COLABORACIÓN EFICAZ, PRISIÓN PREVENTIVA Y PRUEBA

DIRECTORES:
JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO
JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

COLABORACIÓN EFICAZ, PRISIÓN PREVENTIVA Y PRUEBA

JORDI FERRER BELTRÁN / MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ /
VERÓNICA LÓPEZ YAGÜES / LUIS MIGUEL REYNA ALFARO /
TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ideas
Solución Editorial

COLABORACIÓN EFICAZ, PRISIÓN PREVENTIVA Y PRUEBA

© JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO
JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

© IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL S.A.C.
Jr. Azángaro 1075 of. 403
Teléfono: (01) 457-2150 / Cel.: 949050813
E-mail: ideas.solucion.editorial@gmail.com
www.ideassolucioneditorial.com

1ª edición: setiembre 2017
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2017-11166
ISBN Nº 978-612-47498-2-7

Diseño de portada: Melissa Stefany Chirinos Paucar
Diagramación de interiores: Enrique M. Tello Paravecino

Impreso en:
TALLER GRÁFICO DE IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL

Setiembre 2017

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú / Printed in Peru

Índice

Presentación 9

Los presupuestos de la prision provisional. La excepcionalidad de la prision provisional y el procedimiento por colaboración eficaz

José María Asencio Mellado 11
1. Introducción 13
2. Breve análisis del caso: los aspectos jurídicos más relevantes 19
   2.1. Los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad 19
   2.2. El *fumus boni iuris:* apuntes iniciales 21
      2.2.1. Las exigencias objetivas de los elementos de convicción 21
      2.2.2. La complejidad de la resolución que acuerda la prisión provisional 27
   2.3. El *periculum in mora* como presupuesto para la adopción de la prisión provisional 31
      2.3.1. Peligro de fuga 32
      2.3.2. Peligro de obstaculización 35
3. Breve comentario al procedimiento por colaboración eficaz en orden a su influencia en los procesos penales derivados o conexos 37
   3.1. La autonomía del procedimiento por colaboración eficaz. 38

3.1.1. La ausencia de contradicción 40
3.1.2. Procedimiento entre el ministerio fiscal y los testigos, sean o no coimputados 41
3.1.3. Conclusión del procedimiento 43
3.2. La incorporación de pruebas a otro proceso 44
3.2.1. La obtención e incorporación de las fuentes de prueba a los medios de prueba legalmente previstos en la ley procesal 44
3.2.2. La normativa peruana al respecto de la distinción entre medios y fuentes de prueba. A nivel general .. 48
3.2.3. La infracción del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. La nulidad 49
3.3. El problema de la traslación o incorporación de lo actuado en el procedimiento por colaboración eficaz al proceso penal común 52
3.3.1. Problemas derivados de la incorporación de actuaciones provenientes del procedimiento por colaboración eficaz 54
3.3.2. La utilización de las declaraciones de los coimputados o testigos como prueba de cargo 59
3.3.3. La utilización de las declaraciones y los elementos de convicción para otros fines distintos a constituirse en prueba de cargo 64
4. La inexistencia en el caso analizado de un *fumus boni iuris* debidamente acreditado 67
4.1. La incorporación de fuentes de prueba de un proceso a otro. El valor probatorio de cada elemento como dato vinculado a su naturaleza jurídica 74
4.2. La falta de corroboración de las declaraciones de coimputados 77
4.3. Corroboración externa 85
4.4. Las confusas determinaciones acerca del carácter directo de las declaraciones de los colaboradores eficaces 86
4.5. El derecho de defensa. La debida contradicción en declaraciones de imputación 90

5. El presupuesto del *periculum in mora*. Una infracción grave y patente de los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad 93
5.1. El peligro de fuga como riesgo cautelar en el acuerdo de la prisión provisional 97
5.1.1. En general el Código Procesal Penal de 2004 97
5.1.2. La resolución dictada 100
5.2. El peligro de obstaculización procesal 105
5.1.1. Punto de partida 106
5.1.2. El riesgo de obstaculización según la resolución 107

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN PREVENTIVA

Jordi Ferrer Beltrán 111
1. Los objetivos del Derecho Penal y del Proceso Penal 113
2. La presunción de inocencia como regla de trato procesal 115
3. Las condiciones para la justificación de la prisión preventiva 119
3.1. Las causales de riesgo procesal 123
3.2. Conclusiones intermedias 127
4. La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal peruano 128
5. El caso del gobernador Félix Manuel Moreno Caballero 132
6. Consideraciones finales 139
7. Bibliografía 140

EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN PROCEDIMIENTOS DE COLABORACIÓN

SU EFICACIA PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES INTERLOCUTORIAS EN EL PROCESO PENAL

Mercedes Fernández López 143
1. Consideraciones introductorias 145
2. Interrogatorio y principio de contradicción 151
3. Valor probatorio de la declaración del colaborador 156
4. La adopción de resoluciones interlocutorias fundadas en la declaración del colaborador 163

5. Conclusiones 175
6. Bibliografía 176

EFICACIA EN EL PROCESO PENAL DE LAS DECLARACIONES INCRIMINATORIAS VERTIDAS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ. ANÁLISIS Y VALORACIÓN CRÍTICA

Verónica López Yagües 181
1. Introducción 183
2. El procedimiento de colaboración eficaz como estrategia procesal para afrontar la impunidad delictiva y el descubrimiento de la existencia de organizaciones criminales, incluida su desarticulación 187
3. El procedimiento especial por colaboración eficaz. Aspectos críticos 190
   3.1. Colaboración "eficaz". El traslado de información útil y veraz a las autoridades responsables de la persecución y castigo del delito 190
   3.2. La posible incorporación al proceso penal de la información vertida por el colaborador o resultado de las diligencias de corroboración practicadas en el procedimiento especial 194
   3.3. Primera valoración crítica de una, cuando menos cuestionable, opción legislativa 196
4. El uso en el proceso penal de la información obtenida en el procedimiento especial. Ideas para la configuración de un régimen jurídico válido 198
   4.1. La entrada en el proceso penal a través del medio probatorio adecuado 198
   4.2. La incorporación de las declaraciones incriminatorias vertidas por el colaborador y de los elementos de convicción logrados en el procedimiento por colaboración eficaz. El medio probatorio adecuado a su naturaleza 201
      4.2.1. La incorporación de los elementos de convicción logrados en la actividad de corroboración del procedimiento por colaboración eficaz. Su errónea consideración y traslado, en todo caso, como documento .. 203
      4.2.2. La incorporación al proceso penal, como prueba anticipada, de las declaraciones vertidas por el cola-

borador u otros sujetos en el procedimiento especial por colaboración eficaz 205
4.2.3. La incorporación del testimonio del colaborador al proceso penal, a través de la testifical "impropia" del coimputado 211
5. Admisión y valoración de la declaración prestada por el coimputado informante o delator en el proceso penal. Reglas o criterios especiales 213
5.1. La admisibilidad o de la declaración del coimputado en el proceso penal. Doctrina jurisprudencial 214
5.2. Reglas complementarias a observar de cara a la valoración de la declaración del coimputado en el proceso penal 215
6. Necesidad de aseguramiento pleno de la garantía de contradicción. A modo de conclusión y (de nuevo) premisa 219
6.1. La falta de contradicción en origen y la necesidad de su garantía plena en el proceso al que se incorpora la declaración incriminatoria del colaborador 219
6.2. El alcance de la garantía de contradicción en relación con la declaración vertida por el coimputado delator, a los efectos de su consideración como prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia 223
7. La protección conferida al colaborador y testigos o peritos en el procedimiento especial, y su continuidad en el seno del proceso penal. Dudas en torno a la admisibilidad del testimonio anónimo 227

¿COLABORACIÓN EFICAZ DE LA PERSONA JURÍDICA?

Luis Miguel Reyna Alfaro 235
1. Introducción 237
2. El impacto del decreto de urgencia N° 003-2017 en las estrategias de litigio de las personas jurídicas 238
3. La ausencia de regulación procesal expresa de mecanismos premiales para las personas jurídicas 241
4. El efecto reputacional de la actividad de litigio de las procuradurías especializadas 243
5. Conclusión 244

LA COLABORACIÓN EFICAZ Y SU EMPLEO EN LA PRISIÓN PROVISIONAL

José Luis Castillo Alva 245
1. El uso de la información obtenida en el proceso de colaboración eficaz 247
2. ¿Desde cuándo es posible utilizar la información obtenida en el proceso de colaboración eficaz en un proceso conexo o derivado? 249
3. El principio de proporcionalidad y el principio de intervención indiciaria 259
4. La colaboración eficaz y la prisión provisional 269
   4.1. Las medidas cautelares y la prisión preventiva 269
   4.2. La declaración del aspirante a colaborador eficaz, por sí sola, es insuficiente para dictar una medida cautelar 271
   4.3. El modelo legal de corroboración externa de la declaración del colaborador eficaz y el coimputado 273
   4.4. ¿Qué se entiende por corroboración de la declaración del colaborador eficaz? 280
   4.5. La exigencia de corroboración como requisito y control material para la aplicación de una medida cautelar 283
   4.6. El estándar probatorio es gradual y distinto, según la clase de medida coercitiva (real o personal) y el grado de afectación 285
   4.7. Los "elementos fundados y graves de convicción" y el estándar probatorio en la prisión provisional 288
      4.7.1. *El fumus comissi delicti* 288
      4.7.2. La necesaria distinción entre los elementos fundados y los elementos graves de convicción 290
      4.7.3. El estándar de prueba 293
      4.7.4. El estándar de prueba de la prisión provisional 295
      4.7.5. El estándar probatorio de la prisión provisional y la jurisprudencia peruana 308
5. El estándar probatorio de la prisión provisional y la declaración e información aportada por el aspirante a colaborador eficaz 310
6. ¿La corroboración requiere de hechos, datos o de otros medios de prueba? 313

7. ¿En qué aspectos y elementos debe recaer la corroboración? 317
8. ¿La declaración de un coimputado se puede corroborar con la declaración de otro coimputado? 325
9. La presunción de inocencia obliga a un tránsito necesario: de la corroboración mínima a la corroboración suficiente 328
10. La jurisprudencia peruana sobre colaboración eficaz y su relación con la prisión provisional. Valoración crítica 332
11. La información de la evidencia y el derecho a controvertirla en la prisión provisional. La evidencia recogida durante la reserva de la investigación y las declaraciones reservadas como sustento de la prisión provisional 342

LA PRISIÓN PREVENTIVA. NATURALEZA Y FUNCIONES

Tomás Aladino Gálvez Villegas 353
1. Medidas de coerción y prisión preventiva 355
2. La prisión preventiva y derecho a la libertad 358
3. Naturaleza mixta de la prisión preventiva 360
4. Carácter subsidiario de la prisión preventiva 365
5. Otras funciones de la prisión preventiva 365
6. Prisión preventiva y presunción de inocencia 366
7. Definición de la prisión preventiva 370
8. Presupuestos materiales 372
   8.1. *Fumus boni iuris* y fundados y graves elementos de convicción 374
      8.1.1. Elemento normativo. Configuración del delito 375
      8.1.2. Elemento probatorio. Fundados y graves elementos de convicción 377
   8.2. Gravedad del delito 380
   8.3. *Periculum in mora* o peligro en la demora 382
      8.3.1. Evitar el riesgo o peligro de fuga 384
      8.3.2. Evitar el riesgo de obstaculización de la averiguación de la verdad 400
9. Otros presupuestos (observancia de principios) 407

9.1. Razonabilidad 407
9.2. Proporcionalidad 409
9.3. Motivación especial de la prisión preventiva 411

PRESENTACIÓN

El libro que se presenta a la valoración del público es un esfuerzo conjunto de profesores españoles y peruanos que buscan realizar un análisis objetivo del instituto procesal de la colaboración eficaz, su relación con la prisión provisional y las reglas de evaluación de la prueba en la legislación peruana vigente. A tal fin, en los diversos artículos que integran el trabajo colectivo se realiza una interpretación de la ley procesal a la luz de los principios rectores del Código Procesal Penal del 2004 y de los Tratados de Derechos Humanos (Corte IDH y TEDH), con el propósito de dotar de plausibilidad y de un contenido jurídico mínimo a las reglas que rigen el proceso especial de colaboración eficaz, de las reglas que regulan la prisión provisional y de la regla especial de evaluación de la prueba (cláusula de insuficiencia) de la declaración de los testigos referencia, colaboradores eficaces y coimputados del artículo 158.2 del CPP.

La obra refleja una especial preocupación por el uso en situaciones de emergencia y de convulsión social de la prisión provisional, que, de ser un instituto de aplicación excepcional, pasa a ser la regla que gobierna las medidas cautelares en el proceso penal. Ella responde, más allá de los principios convencionales y constitucionales, a cargas emotivas que los medios de comunicación transmiten a la población y que repercuten directamente en fiscales y jueces. La prisión provisional lejos de cumplir un fin procesal se la usa como una pena anticipada y una medida terapéutica que busca calmar a la sociedad y encumbra a falsos ídolos como los emblemas de la moral pública.

En épocas de crisis y emergencia no debe abandonarse la vigencia y el respeto de los principios que inspiran el proceso penal y que son su fundamento democrático y político: la presunción de inocencia, la excepcionalidad de la prisión provisional y la defensa de los derechos humanos. Una democracia constitucional solo es tal, cuando se garantiza a todos por igual la aplicación de la Ley y la sociedad es gobernada por la Constitución y las leyes. Los principios constitucionales que fundamentan las leyes penales y procesales no pueden derogarse cuando se enfrenta una determinada forma de criminalidad.

Alicante y Lima, 31 de agosto del 2017.

José María Asencio Mellado
José Luis Castillo Alva

LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PROVISIONAL Y EL PROCEDIMIENTO POR COLABORACIÓN EFICAZ

José María Asencio Mellado
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación del Reino de España

Sumario: 1. Introducción. — 2. Breve análisis del caso: Los aspectos jurídicos más relevantes. 2.1. Los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. 2.2. El fumus boni iuris: Apuntes iniciales. 2.3. El periculum in mora como presupuesto para la adopción de la prisión provisional. — 3. Breve comentario al procedimiento por colaboración eficaz en orden a su influencia en los procesos penales derivados o conexos. 3.1. La autonomía del procedimiento por colaboración eficaz. 3.2. La incorporación de pruebas a otro proceso. 3.3. El problema de la traslación o incorporación de lo actuado en el procedimiento por colaboración eficaz al proceso penal común. — 4. La inexistencia en el caso analizado de un fumus boni iuris debidamente acreditado. 4.1. La incorporación de fuentes de prueba de un proceso a otro. El valor probatorio de cada elemento como dato vinculado a su naturaleza jurídica. 4.2. La falta de corroboración de las declaraciones de coimputados. 4.3. Corroboración externa. 4.4. Las confusas determinaciones acerca del carácter directo de las declaraciones de los colaboradores eficaces. 4.5. El derecho de defensa. La debida contradicción en declaraciones de imputación. — 5. El presupuesto del periculum in mora. Una infracción grave y patente de los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. 5.1. El peligro de fuga como riesgo cautelar en el acuerdo de la prisión provisional. 5.2. El peligro de obstaculización procesal.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como punto de partida un informe jurídico presentado ante los tribunales peruanos en un proceso determinado, que no se identifica en estas líneas. Se basa, pues, en un caso real que se analiza con los elementos propios de un supuesto cierto, de manera que su estructura responde a los criterios de una labor que se traduce en la emisión de una opinión jurídica útil para ser analizada por quien tiene la potestad de pronunciarse. Un dictamen jurídico, una vez se publica, debe estructurarse de modo que elimine las referencias menos útiles, pero manteniendo su esquema lógico, pues permite el análisis de los elementos jurídicos teóricos, pero a su vez, vinculados a una situación real.

No obstante esa ligazón con un supuesto real rico en matices, el presente trabajo se extiende en el tratamiento de la materia afectada por las normas aplicadas, de manera que, aun abordando el tema desde la atención a las particularidades del caso, importantes por lo que ejemplificativas tienen, avanza y se adentra en el análisis de cuestiones que no desarrollaban en el informe, las cuales, aunque brevemente, son estudiadas en tanto génesis u origen de problemas legales y constitucionales a los que Perú deberá dar una respuesta, pues no todo es válido en la lucha contra el crimen, aunque se trate de corrupción o de cualquier otro delito.

La situación en el caso provocaba y era exponente de graves infracciones de la ley y de la Constitución habida cuenta el uso de la prisión provisional al margen de su regulación y de su esencia constitucional. El uso de la institución en ciertos delitos infringiendo su naturaleza está en la base de una transformación del proceso penal cada vez más tendente al olvido del

modelo acusatorio democrático y la recuperación de principios inquisitivos y autoritarios. Grave involución ésta que se va poco a poco extendiendo en un proceso penal que pierde sutilmente su esencia para ser sustituida por influencias anacrónicas que, además de vulnerar la Constitución, introducen elementos contradictorios en un proceso que combina principios incompatibles, los del modelo acusatorio y los de un inquisitivo que parece haber sido redescubierto en su utilidad represiva innegable. Un retroceso democrático que, no obstante, es ensalzado con excesiva irresponsabilidad y falta de previsión de sus efectos.

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, como presupuesto de la prisión provisional y de toda medida cautelar, exige en el proceso penal la presencia de una imputación de cierta entidad, no solo cuantitativa o cualitativa en relación con el delito presuntamente cometido. No basta. Es obligado que los indicios que lo justifican se encuentren acreditados en forma muy similar a la exigible para la condena, pues, como es sabido, la prisión provisional se resuelve de hecho en una anticipación de la condena futura e hipotética, en una privación de libertad que, además, es computable a los efectos del cumplimiento en su caso. No es, ni puede exigirse una misma condición a los indicios que sirven para iniciar un proceso, para investigar o incluso para limitar un derecho fundamental en orden a una medida de investigación, que para acordar una privación de libertad que es homogénea a la pena que haya de imponerse en el futuro. En consecuencia, más allá de la cantidad o cualidad de los indicios, es exigible que los mismos estén acreditados y practicados con los mismos requisitos que los que se imponen para dictar una sentencia. Esto como regla general.

El *periculum in mora* o peligro derivado del retardo, tal y como se expone en el Código Procesal Penal de 2004, ha de ser concreto, estar acreditado y siempre sujeto a la regla de la excepcionalidad, de modo que si los peligros atendidos pueden ser obviados por medio de medidas menos intensas para la libertad, a ellas hay que acudir. Y esta suficiencia o insuficiencia debe ser motivada en el sentido de que la necesidad de la privación de libertad ha de justificarse de forma concreta y precisa. La excepcionalidad impone la obligación de motivar la insuficiencia de las medidas alternativas a la prisión provisional, siendo el silencio al respecto motivo suficiente para revocar la decisión judicial que impone la prisión provisional. La excepcionalidad no puede quedar reducida a un mero principio informador, sino que ha de plasmarse

en exigencias prácticas y efectivas cuando de la libertad se trata. No es mera especulación intelectual que sirva para adornar una resolución, sino prescripción imperativa cuya desatención ha de generar efectos determinados.

La prisión provisional no puede ser concebida como un medio de respuesta inmediata a una sospecha no verificada suficientemente, con la seguridad derivada de la certeza de los indicios en que se asienta, no mera probabilidad en términos de presupuestos de los medios que la fundamentan y menos como un instrumento de política criminal, no neutral y procesal, ni como una reacción ante la alarma social que provoque un delito o clase de delito. Mucho menos en la actualidad, en el momento presente, en el que la presión mediática es tan elevada y se corre el riesgo de que la prensa determine las resoluciones judiciales o se constituyen jueces estrella que usen o abusen del sistema. La prisión provisional es una medida cautelar y como tal debe responder a sus caracteres y naturaleza, siempre cautelar. Es una consecuencia derivada constitucionalmente del derecho a la presunción de inocencia y, procesalmente, de la individualidad de cada concepto o institución.

El fenómeno, grave, de la corrupción, exige la adopción de medidas especiales, que sean compatibles con el modelo procesal vigente, que no lo perviertan. Las hay y son posibles, pero limitadas por el sistema constitucional y legal. No es posible, ni puede, tampoco el legislador, adoptar soluciones que atenten contra ese sistema legal y constitucional en sus elementos característicos y definitorios. El Estado no puede descubrir la verdad a cualquier precio han afirmado tribunales supremos y constitucionales diversos. Es más, actuar de este modo introduciendo medidas excepcionales incompatibles con el modelo es tanto como reconocer indirectamente el fracaso del sistema acusatorio y democrático para combatir cierta delincuencia, el fracaso de la misma democracia, su insuficiencia y aceptar, irresponsablemente, que solo los mecanismos inquisitivos y autoritarios son útiles y válidos para afrontar la delincuencia. Cuando se acude a recursos excepcionales que entran en colisión con los principios básicos del sistema y se apela a instituciones ya superadas e incompatibles con el proceso humanista y constitucional, se está reclamando el regreso al modelo inquisitivo. Esta actitud tiene efectos demoledores para el Estado de derecho y crea una opinión generalizada en una sociedad siempre e históricamente propensa a la represión inmediata.

Las consecuencia del uso indebido de instituciones, como la prisión provisional o la prueba ilícita, directamente y sensiblemente vinculadas a los

derechos humanos, es muy superior a una mera transformación del proceso penal para hacerlo "más eficaz". Supone y se traduce en un atentado al sistema democrático y una vuelta al inquisitivo y a los rasgos característicos de los regímenes autoritarios. Abierta una puerta, ésta se amplía cada vez más, pues cala en la sociedad una sensación de impunidad cuando el Estado no actúa los medios más represivos de los que dispone y de forma inmediata.

Aceptar obsecuentemente que cabe excepcionar el modelo ante una determinada delincuencia, sin indagar en soluciones más adecuadas al democrático y asumiendo con normalidad la regularidad y eficacia de los mecanismos inquisitivos, se traduce en un golpe certero al sistema político que tantos siglos ha costado implantar y que, sin ser conscientes, destruimos poco a poco cundo ensalzamos las virtudes o la imposibilidad de desterrar los mecanismos del viejo inquisitivo.

Frente a esto cabe decir, afirmar y mantener que el sistema acusatorio y democrático posee medios bastantes para afrontar cualquier tipo de delincuencia, con las especialidades necesarias, pero sin que éstas lleguen a constituirse en excepciones incompatibles con el modelo. Una sensibilidad especial cabe reclamar en tiempos confusos y máxime cuando es obligado garantizar la independencia judicial, que se manifiesta en la sumisión a la ley, frente a presiones exteriores, especialmente políticas y mediáticas. La lucha contra determinados delitos requiere de un análisis pausado y detenido de los medios para hacerlo y ese trabajo no se ha hecho, optando los legisladores y los medios de comunicación por la fácil de los mecanismos represivos.

El supuesto de hecho alrededor del cual gira el presente trabajo (dictamen jurídico previo) es fácil de resumir en sus líneas más características, siendo los rasgos de la decisión adoptada acordando la prisión provisional, en el marco de una mayor complejidad teórica al respecto de mecanismos peruanos no suficientemente analizados, reveladores de un uso inadecuado de la prisión provisional, aunque apoyados en una interpretación tal vez discutible de instrumentos normativos, como el procedimiento de colaboración eficaz, cuya inclusión en el sistema no acaba de precisarse dando lugar a situaciones que no son compatibles con la naturaleza de esta procedimiento autónomo y sus relaciones con los procesos penales que se incoen o en el que usen sus resultados.

En cuanto al *fumus boni iuris*, en el caso, se apreció su presencia sobre la base de la existencia de indicios suficientes, aunque los mismos eran declaraciones prestadas por colaboradores eficaces, uno identificado y otro, anónimo. Uno, testigo directo; y, otro, de referencia, pero sin llamar al directo, conocido e identificado. El procedimiento por colaboración eficaz no había concluido, es decir, no se habían desarrollado sus cuatro fases, de modo que no habían sido corroboradas las declaraciones, ni ratificada la sentencia judicial. En estas condiciones se trasladó o aportó a un proceso penal, en el cual los declarantes podían ser coimputados, la transcripción de aquellas declaraciones realizadas en un procedimiento autónomo, independiente, sin sujetarse a las reglas propias de este último y prescindiendo de los requisitos que el Código Procesal Penal de 2004 establece para la incorporación de declaraciones de coimputados, de testigos anónimos, de referencia y de las manifestaciones de los colaboradores eficaces. Infracciones múltiples y un uso indebido del proceso especial y del proceso penal en su conjunto.

El *periculum in mora* se valoró de forma, si cabe, más dudosa. Por un lado, automáticamente, sin referencia alguna a la necesidad de la medida y la suficiencia de una alternativa y menos gravosa para el derecho fundamental afectado. Con clara violación, pues, de la Constitución y del Código Procesal Penal de 2004. Por otro lado, se basó simplemente en la presunción de la gravedad de la pena, sin valorar los riesgos ciertos de fuga o de obstaculización de la prueba, antes al contrario, reconociendo que tales riegos no se apreciaban en concreto. Se sobrepuso la gravedad sobre elementos concretos que acreditaban la inexistencia de aquellos riesgos que justifican las medidas cautelares.

El dictamen y este artículo, sobre la base de lo expuesto, va a abordar puntos que deben considerarse esenciales en la materia y en el caso:

- Por una parte, un tratamiento breve y ceñido a sus efectos en la adopción de la prisión provisional, del procedimiento por colaboración eficaz, abordando materias, tales como su autonomía y caracteres que se explican precisamente en esa independencia, no en relación con otro proceso que puede no haberse iniciado; su relación con los procesos penales en curso o iniciados posteriormente; la forma de inclusión en el proceso penal de los elementos practicados en el procedimiento por colaboración eficaz, que no es simple y automática en tanto no se trata de

documentos los llevados al proceso penal, sino de actos de investigación sujetos a sus requisitos.

– Por otra parte, la excepcionalidad de la prisión provisional, su no automaticidad. Y ello sin entrar en la extraña figura que se ha impuesto en Perú, de dudosa constitucionalidad, de decretar la prisión provisional por un plazo, aunque sea máximo. No hay referentes en derecho europeo en los cuales se acuerde una medida cautelar por un plazo previamente determinado, ya que esta misma decisión contiene elementos comunes con una pena anticipada y una determinación automática. La simple disposición de un plazo debería suponer la inconstitucionalidad e ilegalidad de la medida. Aunque sea en apariencia, toda decisión de este tipo tiene semejanzas con una sanción muy alejada del carácter cautelar de las medidas de las que se trata en este artículo dictamen. Se aproxima peligrosamente y revela ya, en su misma apariencia, una forma de entender la prisión provisional que no ha conseguido separarse de sus precedentes inquisitivos.

Acordar la prisión provisional por el plazo máximo de la misma es tanto como ordenarla en forma de condena anticipada, al menos aparentemente. Y vulnera su carácter cautelar, que se plasma en la necesidad constante, no inicial, de su necesidad garantizadora de fines legítimos. Adoptar la prisión provisional por un plazo se traduce en una inversión de las cargas de las partes y los tribunales, pues mantenerla durante el plazo previamente establecido hace recaer en el afectado la de acreditar la desaparición de los presupuestos de la medida, siendo así que en esta materia es el Estado el que debe probar la permanencia de los motivos que la justificaron. Un deber que impone la obligación de revisión que no se colma, antes al contrario, se elude, cuando la privación de libertad se ordena con un plazo fijo, el máximo permitido además. Libera el Estado de ese análisis derivando al afectado la prueba de su derecho a la presunción de inocencia, lo que supone una restricción en dicho derecho contrario a las previsiones constitucionales y legales.

La prisión provisional no puede acordarse por un plazo determinado por su carácter temporal y provisional. Está sujeta a un plazo máximo, pero el mismo constituye un límite insuperable, no una regla general anticipada que otorgue una suerte de poder para mantener un estado provisional como

determinado. Lo provisional se torna en este caso en estable, igual que sucede con la pena, en automático.

La mera apariencia de esta forma de acordar la prisión provisional repugna a la idea de medida cautelar personal y confirma una apreciación de la medida incompatible con su naturaleza y con los derechos en juego.

2. BREVE ANÁLISIS DEL CASO: LOS ASPECTOS JURÍDICOS MÁS RELEVANTES

La estructura del trabajo se desarrolla alrededor de tres grandes rúbricas o puntos esenciales, destacando en cada uno de ellos, aquellos aspectos de la resolución judicial puestos en relación con el ordenamiento jurídico procesal peruano.

En este apartado se sintetizan las materias que posteriormente se abordan más profundamente, en un intento de simplificación, clarificación y concreción del estudio.

Es evidente que un trabajo breve no puede profundizar en cada punto de los indicados, pero sí es posible, aunque sea resumidamente, indicar los aspectos más relevantes de cada cuestión, al menos las que sean presupuesto de las conclusiones obtenidas y las posiciones mantenidas y muy especialmente las que consideramos posibles infracciones a la ley, interpretaciones de ésta desproporcionadas o las que desbordan, forzando la letra y espíritu de la norma, la naturaleza y finalidad de cada institución en juego.

2.1. Los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad

Como presupuesto previo para el estudio de toda materia referida a la prisión provisional, debe partirse de las disposiciones contenidas en el artículo 253 del Código Procesal Penal de 2004, que concretan las que establece el art. VI, en relación con el derecho a la libertad en el marco exacto de las medidas cautelares personales. El respeto a los principios o exigencias constitucionales de la excepcionalidad, la necesidad y la proporcionalidad de cualquier privación de libertad cautelar tiene como función la de, precisamente, garantizar los fines del proceso que se consideran dignos de protección con anterioridad a la emisión de una sentencia condenatoria. Y es que solo es procedente constitucionalmente una medida de estas características cuando

deviene indispensable en el caso concreto, lo que exige la motivación expresa no sólo de la adopción de una medida de tal naturaleza, sino que igualmente debe fundamentarse la decisión de optar por la privación de libertad frente al resto de medidas alternativas o menos sensibles frente al derecho a la libertad. No es posible decretar la prisión provisional con olvido de otras medidas menos intensas frente al derecho a la libertad y menos aún acordarla sin motivación alguna acerca de la posibilidad de que las medidas alternativas sean adecuadas al cumplimiento de los fines seleccionados. Las reglas generales, que informan las restricciones cautelares personales no tienen el mero valor de principios, sino que son directamente aplicables, de modo que cualquier resolución que se adopte ha de partir siempre de los criterios generales que sirven para atribuir carácter cautelar a las restricciones de libertad anteriores a la sentencia, evitando usos ilícitos que perviertan su naturaleza.

Siendo esta última cuestión previa por su importancia trascendental en orden a la cualificación misma de la medida como cautelar justificada o mera sanción anticipada, no va a ser tratada de forma independiente, en tanto debe serlo de manera simultánea al de cada punto del trabajo. Un estudio del artículo 253 del Código Procesal Penal de 2004 aislado o independiente y ajeno a las normas que desarrollan la prisión provisional lo haría devenir, como suele suceder en la práctica, en un precepto meramente informador, teóricamente citado, pero desatendido, alejado de su fin esencial, que, se insiste, es el de dotar de sentido cautelar auténtico a estas medidas privativas de libertad anteriores a la sentencia.

Y es que no hay otro modo de abordar la adopción de una medida cautelar que hacerlo atendiendo a las normas de rango constitucional que imponen exigencias inderogables en su interpretación y entendimiento. Es obligado, pues, analizar las razones que el Juzgado, en su resolución, ha elaborado respecto del *periculum in mora*. Si este riesgo es desarrollado con escasa profundidad y puede ser eludido mediante prohibiciones menos intensas para la libertad y, sobre todo, si el Juzgado ha eludido valorar la procedencia u obligatoriedad de acudir las previsiones del artículo 287 del Código Procesal Penal de 2004, la medida podrá ser calificada como desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. De ello habrá de hablarse en su momento.

En todo caso, si falta una simple referencia a la necesidad de la restricción de libertad, que se concreta en la motivación de la ineficacia de las me-

didas alternativas, si el juzgado guarda silencio, no cabe otra conclusión que considerar la resolución contraria a los derechos a la libertad y la presunción de inocencia y revocar la medida impuesta.

En conclusión, para hacer eficaz los caracteres de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, se debe en todo caso fundamentar la ineficacia de las medidas alternativas (art. 287.1), pues si basta para cumplir la finalidad cautelar una medida restrictiva menos intensa que la privación de libertad, a ella hay que acudir. Lo contrario es, evidentemente, anular de hecho los caracteres de la prisión provisional conforme se regulan en Perú.

2.2. El *fumus boni iuris*: Apuntes iniciales

2.2.1. Las exigencias objetivas de los elementos de convicción

La imputación formulada en el caso que sirve de base a este estudio se reconduce a dos delitos bien determinados en su enunciación, los de tráfico de influencias y lavado de activos, respecto de los cuales, se afirma en la resolución, cabe esperar la imposición de una pena superior a los doce años de privación de libertad en caso de condena definitiva. Se verificaría, de este modo, el cumplimiento del límite cuantitativo del art. 268.1-B) del Código Procesal Penal de 2004 en su aspecto de exigencia de un delito de gravedad determinada. No es el delito imputado o sus elementos típicos el objeto de un artículo-dictamen de naturaleza estrictamente procesal, no penal. Si en el caso se verifican los elementos del tipo penal, no es objeto de análisis aquí. Es ajena, pues, a esta aportación toda reflexión acerca de la comisión o no de los hechos o la responsabilidad penal.

Ni siquiera en el trabajo se entra a valorar si los elementos de "prueba" que se afirman coincidentes, cumplen con la totalidad de los elementos típicos de los delitos imputados, es decir, si los indicios que se afirman acreditan la existencia de los hechos punibles en su totalidad conformando una imputación penal suficiente a efectos procesales. No es éste el objeto de un informe estrictamente procesal.

La cuestión objeto del presente dictamen no es, pues, el análisis de los elementos de los delitos imputados que constituyen la base de la adopción de la medida desde un punto de vista material. No es la tipicidad de las acciones investigadas el objeto de este informe.

Es evidente y nadie discute que la base de la imputación exigida para la adopción de una medida cautelar no es equiparable a la que se demanda para condenar, de modo que entrar en esta discusión en un momento procesal como el presente, en fase de instrucción, corre el riesgo de una respuesta genérica que rechazara un examen de fondo apropiado a la sentencia. No es el momento ahora de exigir certezas, ni se puede confundir la convicción derivada de una condena con la exigencia de "graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito" (art. 268.1-A del Código Procesal Penal de 2004), pero tampoco descartar este análisis hasta el punto de limitar las exigencias que constituyen el *fumus boni iuris* a la presencia de meras sospechas o de datos carentes de entidad futura, es decir, de elementos de convicción que no poseen los caracteres que les atribuyen la condición de prueba y que, por tanto, van a poder sustentar una condena en el momento procesal oportuno.

Que no se pueda hablar de prueba en sentido estricto no significa que basten para acordar la prisión provisional elementos que, calificados de indiciarios, no sean objetivamente tales, sino meras sospechas subjetivas, inferencias o, lo que se va a destacar, que se trate de auténticos indicios, pero insuficientemente acreditados o incluso ilícitamente probados. Tratándose de la prisión provisional, los indicios exigibles no solo han de ser graves en un sentido cuantitativo o cualitativo confuso o subjetivo, sino objetivamente suficientes, lo que quiere decir que han de estar válidamente acreditados por medio de actos cumplidos con pleno respeto a la ley y, esencialmente a las garantías de cada medio de investigación. No basta con referir fuentes de prueba, sino que tales fuentes han de ser incorporadas, en esta fase instructora, a través de los procedimientos establecidos para cada una de ellas.

La razón de esta exigencia es fácil de comprender. La prisión provisional se resuelve siempre en una anticipación de los efectos de la condena; como toda medida cautelar es homogénea, aunque no idéntica a la medida ejecutiva (SERRA DOMÍNGUEZ). Tan es así que el tiempo cumplido en este régimen se computa a los efectos de la condena finalmente impuesta. La prisión provisional no es condena, pero la anticipa materialmente, siendo así que esta realidad indiscutible obliga a algo más que exigir que las fuentes de prueba sean bastantes desde un punto de vista valorativo y subjetivo. Han de ser legales y, por ello practicadas conforme a su naturaleza propia y plena. En caso

contrario no cabe hablar de indicios graves en sentido procesal y suficiente para integrar el *fumus boni iuris*.

En consecuencia, en este trabajo no se entra a analizar el contenido valorativo de los actos en que se basa la imputación, lo que llevaría a penetrar en un ámbito complejo y subjetivo, útil en términos reflexivos, pero muy poco seguro cuando se trata de trasladarlo a los hechos concretos por falta de elementos objetivos que cualifiquen los niveles de convicción. No es función de este trabajo valorar los indicios, ni su suficiencia, ni consideramos que procesalmente sea un método de trabajo válido indagar en el término "indicios graves" analizando los requisitos de criterio tan poco objetivo y por tanto relativo. El procesalista debe, por el contrario, trasladar a tales conceptos aquellas reflexiones y requerimientos objetivos que, coherentes con la naturaleza de las instituciones, ofrezcan seguridad jurídica.

En este sentido, no parece que los indicios suficientes para adoptar una medida que anticipa materialmente los efectos de una sentencia, puedan equipararse a aquellos que habilitan para continuar la investigación o incluso limitar otros derechos fundamentales que no se traducen en una homogeneidad de sus efectos con los de la pena, es decir, que no anticipan el cumplimiento de dicha pena. Y esta afirmación, como se ha dicho, no debe realizarse atendiendo a la entidad valorativa de los indicios, máxime en un sistema de libre valoración judicial, sino que ha de concretarse en exigencias objetivas probatorias, asimilando las condiciones de la prueba de los indicios a las propias de una sentencia condenatoria.

El que la prisión provisional se equipare a una suerte de anticipación de la pena se debe traducir en una exigencia de condiciones probatorias objetivas similares a las demandadas para la condena. Esto es, los actos de investigación han de reunir los mismos requisitos y condiciones que los que la ley y la jurisprudencia imponen para una condena respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia. No basta para entender cumplido el presupuesto del "grave elemento de convicción" con un acto que de futuro no va a poder constituir prueba en sentido estricto para, respetando la presunción de inocencia, servir de base a una condena. Sería en extremo complejo aceptar que baste para decretar la prisión provisional una declaración testifical de referencia, por ejemplo, que carezca de valor en su momento para condenar,

pues ambas medidas, la prisión provisional y la condena, se resuelven en un mismo efecto, la privación de libertad.

Mírese bien lo dicho. No se trata de equiparar el grado certeza entre medios de prueba aptos para una condena y los que habilitan la prisión provisional, no es ésta la cuestión en la que se quiere entrar en este artículo, pero sí en las condiciones objetivas que cualifican aquellos actos como prueba, como actividad probatoria practicada con todas las garantías y de cargo, es decir, que sean respetuosos con la presunción de inocencia, que tengan aptitud probatoria, que no incurran en invalidez y que, en resumen, cumplan con las plenas exigencias de cada acto de investigación que vienen impuestas por las normas procesales propias, por su validez y por las condiciones derivadas del derecho a la presunción de inocencia.

Sería contradictorio y difícilmente sostenible, incluso teóricamente, que un elemento sirviera para anticipar una condena, pero no para pronunciar dicha condena. De ser así, la prisión provisional se convertiría en sí misma en una condena autónoma, no cautelar, no instrumental. Estaríamos anticipando una condena con medios que no servirían para imponer ésta. Es decir, estaríamos condenando sin elementos de juicio bastantes para ello y con conocimiento exacto de esa imposibilidad. La prisión provisional, como cualquier medida cautelar es instrumental de un proceso, que asegura y especialmente su resultado, de modo que cualquier decisión al respecto se ha de vincular a un momento presente en el que se verifica un riesgo cierto, pero a la vez futuro, en tanto la condena ha de ser previsible. Y a este efecto, los elementos que sirvan de base para acordar una privación de libertad no pueden ser valorados de forma autónoma, ajena a la condena previsible, sino atendiendo a su capacidad de producir dicho resultado. De no ser así, la prisión provisional dejaría de asegurar el proceso y se constituiría en una sanción independiente.

Y la ley no es ajena a este concepto. No contiene una norma general en tal sentido, pero sí manifestaciones dispersas. Por ejemplo, en lo que resulta esencial para este trabajo, el art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004, que exige para adoptar medidas cautelares los mismos requisitos que para la condena cuando se trata de la necesidad de corroborar testimonios de arrepentidos, colaboradores, testigos de referencia etc. .Para decretar la prisión provisional, pues, no es posible incorporar declaraciones sin someterlas a las

condiciones exigibles para dotarlas posteriormente de valor probatorio. Una norma expresa, tajante y que no admite interpretaciones, pues la totalidad del ordenamiento procesal coincide en las mismas conclusiones aunque alguna interpretación pretenda desproveerla de su sentido.

Y en este sentido se expresa el Tribunal Supremo español, que en su sentencia 188/2017, de fecha 23 de marzo de 2017, atendiendo a lo manifestado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto LABITA CONTRA ITALIA, de 6 de abril de 2000, afirma tajantemente que las declaraciones de coimputados no corroboradas son insuficientes para acordar la prisión provisional.

> "Y en todo caso recuerda que lo corroborado no es la credibilidad sino el hecho declarado probado bajo exigencia de la garantía de la presunción de inocencia: (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 233/2002, de 10 de febrero, FJ 3; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1, y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6 y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1993, caso FUNKE C. FRANCIA). Esa doctrina constitucional tiene correlatos en la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pueden consultarse a esos efectos las sentencias del caso LABITA contra Italia, de 6 de abril de 2000 en la que, para justificar la adopción de la prisión provisional consideró insuficiente las declaraciones incriminatorias del coimputado exigiendo que éstas estuvieran corroboradas por otros elementos de prueba. Y también la Sentencia del caso CORNELIS contra Holanda, de 25 de mayo de 2004. En éste estimó suficiente la declaración del coimputado para descartar la violación del art. 6.1 CEDH porque aquél fue el único elemento probatorio en el que se había fundado la condena, ya que el órgano jurisdiccional había contado con otras pruebas de cargo. Y en la más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 148/2008, en la que tras reiterar la doctrina anterior se afirma nuevamente que los elementos de veracidad objetiva de la declaración ¬tales como la ausencia de animadversión, la firmeza del testimonio o su coherencia interna¬ no tienen relevancia como factores externos de corroboración Añadiendo que tal irrelevancia se resalta más, si cabe, si el coimputado declarante obtuvo un trato penológico favorable, en aplicación del artículo 376.1 del Código Penal, merced a su activa colaboración en la identificación de las demás personas que, junto con él, habrían participado en el delito contra la salud pública objeto de la causa".

En este mismo sentido se expresa el Tribunal Supremo español en su sentencia 1524/2003, 5 de noviembre de 2003, que parece imponer la corroboración para que el uso de las declaraciones de los coimputados pueda justificar una prisión provisional:

"Se ha dicho que la declaración del coimputado es intrínsecamente sospechosa –STS 68/2002 de 21 de Marzo–, y más arriba hemos hecho referencia a las razones del porqué de tal desconfianza, que se acrecienta cuando el coimputado es un "arrepentido" y su testimonio se presta en el marco de un supuesto de delincuencia terrorista. Es entonces donde la declaración del coimputado plantea –en palabras de la STEDH en el caso LABITA contra Italia de 6 de Abril de 2000– ".... delicados problemas ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana concede a los arrepentidos o, incluso venganzas personales (...)" por eso, y para evitar que una persona sea acusada y detenida, continúa la sentencia, en base a afirmaciones no controladas y no siempre desinteresadas "(...) las declaraciones de los arrepentidos deben ser corroboradas por otros elementos de prueba (...)"–párrafos 156 a 159– ".

En consecuencia, la sentencia del TEDH citada, que autoriza la simple detención con base en declaraciones de coimputados no corroboradas, es interpretada en España en el sentido de no autorizar la prisión provisional, no solo en el sentido de limitar su duración.

El TEDH en el caso LABITA CONTRA ITALIA, de 6 de abril de 2000:

"*156. In the instant case, the allegations against the applicant came from a single source, a pentito who had stated in 1992 that he had learned indirectly that the applicant was the treasurer of a mafia-type organization (see paragraph 10 above). According to the authorities in question, in May 1992 those statements constituted sufficient evidence to justify keeping the applicant in detention, given the general credibility and trustworthiness of the pentito concerned (see paragraph 12 above).*

157. The Court is conscious of the fact that the cooperation of pentiti is a very important weapon in the Italian authorities' fight against the Mafia. However, the use of statements by pentiti does give rise to difficult problems as, by their very nature, such statements are open to manipulation and may be made purely in order to obtain the advantages which Italian law affords to pentiti, or for personal revenge. The sometimes ambiguous nature of such statements and the risk that a person might be accused and arrested on the basis of unverified allegations that are not necessarily disinterested must not, therefore, be underestimated (see Contrada v. Italy, application no. 27143/95, Commission decision of 14 January 1997, Decisions and Reports 88-B, p. 112).

158. For these reasons, as the domestic courts recognize, statements of pentiti must be corroborated by other evidence. Furthermore, hearsay must be supported by objective evidence.

159. That, in the Court's view, is especially true when a decision is being made whether to prolong detention pending trial. While a suspect may validly be detained at the beginning of proceedings on the basis of statements by pentiti, such statements necessarily become less relevant with the passage of time, especially where no further evidence is uncovered during the course of the investigation".

No es, pues, el contenido valorativo lo que se tiene en cuenta por el legislador en estos casos, entrando en una espiral compleja que fácilmente se puede descartar aludiendo a criterios subjetivos escasamente fiables en el ámbito procesal de la prueba más allá de la pura especulación intelectual, sino de demandar el cumplimiento exacto de condiciones objetivas de corroboración externa de las declaraciones cuya falta, verificada y al margen de las apreciaciones que el juzgado realice, deben conducir a negar a las declaraciones entidad suficiente para constituir el *fumus boni iuris* de la prisión provisional.

En este trabajo, como se verá, partiendo de esta premisa, no se entra, pues y se elude conscientemente toda referencia al resultado derivado de las testificales que se analizan, en realidad declaraciones de coimputados, que constan en la causa, sino en si en ésta se han culminado las exigencias legales y jurisprudenciales tendentes a confirmar la veracidad y fiabilidad de los declarantes que se benefician de su propia conducta delatora. Y ello ha de ponerse en relación con el proceso de colaboración eficaz, autónomo y ajeno al proceso penal en el que se dilucidan responsabilidades penales con un imputado, pero en todo caso mecanismo que no comporta excepción alguna a los requisitos de la prueba personal de modo que un coimputado o un testigo protegido o anónimo puedan tomarse en consideración sin las condiciones procesal y constitucionalmente exigibles para que sean tomadas en consideración para condenar o para adoptar la prisión provisional.

El procedimiento de colaboración eficaz, como se verá, no autoriza a que se utilicen sus elementos con valor alguno en otro procedimiento sin respeto a las exigencias de cada acto de investigación o medio de prueba. Se trata de un proceso autónomo tramitado entre el Ministerio y sujetos interesados y beneficiados, sin intervención del imputado. La incorporación de sus elementos se ha de sujetar a las normas procesales ordinarias en todo caso.

2.2.2. La complejidad de la resolución que acuerda la prisión provisional

La resolución judicial que acuerda la prisión provisional en el caso objeto del dictamen, lejos de analizar los elementos jurídico procesales con trascendencia en el presupuesto del *fumus boni iuris* atendiendo a los requisitos establecidos por el Código Procesal Penal de 2004 y normas de aplicación al

caso, eludió este control básico, planteando cuestiones que complicaron en exceso la resolución y que en este trabajo han de ser objeto de tratamiento, si bien simplificándolas, pues la materia esencial no pude ignorarse entrando en una espiral de discusiones que alejen al lector de lo fundamental y desviando la atención hacia cuestiones secundarias.

De este modo, necesariamente ha de entrarse a estudiar el proceso por colaboración eficaz, aunque sea brevemente, en lo referido a su sustancialidad, autonomía y requisitos, siempre en relación con el valor de lo actuado en el mismo cuando se aporta a un procedimiento penal. Que es autónomo no merece discusión alguna y así se pronuncia el D. Supremo 07-2017, de 30 de marzo (en adelante DS), cuyo artículo 1 lo dispone de forma expresa. Siendo así, lo que debe analizarse es la forma en que se pueden incorporar a un proceso las actuaciones de otro y, concretamente, los requisitos que deben contener las declaraciones producidas en un procedimiento de colaboración eficaz para servir de base para el acuerdo de prisión provisional atendiendo no sólo a las condiciones propias de dicho procedimiento especial, sino también a las obligatoriamente establecidas en el proceso penal ordinario.

Plantea la resolución, en una espiral compleja que olvida estas premisas y atiende a planteamientos sin base jurídica cierta, si una declaración testifical directa de un coimputado debe sujetarse a los requisitos de la prueba testifical de coimputados o, por el contrario, esta última es solo aplicable a los testigos coimputados de referencia. Una cuestión la planteada que es difícil de entender porque las condiciones previstas para dotar de valor probatorio a las manifestaciones de los coimputados se refieren a cualquier testigo que tenga dicha condición, siendo así que, si fuera de referencia o indirecto, habría que sumar a aquellas las propias del testigo no directo, no eximir al directo de los requisitos del coimputado. Una teoría la suscrita judicialmente que carece absolutamente de base legal y teórica y que confunde materias ya de por sí complejas.

Y, en fin, la resolución judicial guarda silencio sobre un tema capital, cual es la existencia de testigos anónimos, los que asume mecánicamente sin atender a los requisitos propios de este tipo de testigos. Le basta con asumir este carácter que se mantiene en el procedimiento por colaboración eficaz, por razones propias del mismo, no contradictorio, autónomo y dirigido a obtener un pacto entre Fiscal y declarante. Pero, el juzgado olvida que una

cosa es mantener una posición no pública en el marco de un procedimiento autónomo con un fin específico y otra, bien distinta, es que tales caracteres se puedan trasladar al proceso penal obviando las condiciones establecidas. En principio, la reserva de identidad es exclusiva del procedimiento de colaboración eficaz, como sostienen los arts. 38 y 39 del DS, de modo que no pueden extenderse al proceso penal. De muy dudosa constitucionalidad y legalidad es el art. 46 del mencionado DS que parece sostener esa reserva de identidad en el proceso una vez incorporadas las declaraciones y llamado a testificar el testigo anónimo. Una cosa es el testigo que declara bajo medidas de protección y otra, bien distinta, que choca directamente con el derecho de defensa, es que ese testigo mantenga su anonimato y que no se someta a contradicción. En su momento se hablará sobre una medida que en España y en Europa no son admisibles bajo ningún concepto sin grandes prevenciones. Un gravísimo atentado al derecho de defensa agravado por el hecho de ser el declarante un coimputado o, en todo caso, un beneficiado por su declaración que, por tanto, puede ser interesada.

Toca en este dictamen, a la vista de la excesiva amplitud de los temas dejados abiertos y las complejas afirmaciones que se hacen en la resolución que se comenta y las omisiones en que se incurre, resumir la situación de modo que se facilite y simplifique la cuestión para evitar incurrir en una complejidad cuyo resultado es siempre negativo para la causa del derecho.

Porque, básicamente, al margen de los razonamientos judiciales, todo podría ser reducido al análisis de tres cuestiones básicas y fundamentales, las cuales se van a desarrollar con la brevedad impuesta por el trabajo que se aporta.

La primera, y partiendo siempre de la base de que las declaraciones prestadas por un coimputado pueden ser incorporadas a otro procedimiento, si el hecho del fraccionamiento procesal implica el cambio de régimen procesal o de la naturaleza jurídica del coimputado o, por el contrario, se exigen las mismas condiciones para su admisibilidad y valoración. Toda otra discusión es ociosa y podría resultar fraudulenta, pues bastaría con tomar declaración a un coimputado en proceso independiente para convertirlo en testigo simple. Es decir, se trata de meditar acerca de si la incorporación de declaraciones prestadas en un procedimiento pueden ser trasladadas a otro como si de un documento se tratara, perdiendo la naturaleza de una declaración, que es

testifical y que debe ser reproducida si ello es posible. No se puede alterar la naturaleza del medio de prueba que corresponde a cada fuente. Existe en el proceso penal libertad de prueba, libertad de fuentes, pero no libertad para alterar el medio por el que cada fuente debe incorporarse. Se verá este punto en su momento.

De la misma manera, aunque así parezca decirlo el art. 46 del DS, pues no puede ser prueba anticipada aquella que no ha sido practicada con contradicción vulnerando el derecho a interrogar al testigo y menos si la declaración es posible y no concurre circunstancia alguna que haga imposible la práctica oral, concentrada y contradictoria.

La segunda cuestión que ha de abordarse es la referida al alcance de la exigencia de la corroboración de las declaraciones de los coimputados, cuando se quiere trasladar la prueba al proceso penal. Si ya es complejo aceptar esa incorporación cual si de un documento se tratara, mucho más lo es que se puedan utilizar con anterioridad a la conclusión del procedimiento de colaboración eficaz, es decir, sin corroboración adecuada y sin resolución judicial que apruebe las condiciones del pacto basadas, además, en las exigencias de aquel procedimiento especial. El art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004, aplicable al proceso penal, constituye una norma no derogada que impide ese uso obviando los requisitos propios de toda declaración de coimputados.

La tercera cuestión a afrontar consiste en plantearse si la contradicción, la defensa, alcanza en estos supuestos un valor que supera al del derecho a interrogar a los testigos de cargo sobre el fondo del asunto, pues la fiabilidad de los coimputados deriva directamente de una serie de condiciones que entroncan con las relaciones mutuas entre declarante y perjudicado por la declaración. El derecho, pues, no sólo ha de valorarse en relación con el fondo, sino que se extiende a su aspecto de requisito previo de valoración de ese fondo, objetivo y constitutivo del art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004. Es decir, que tratándose de testigos interesados, beneficiados y cuya declaración inculpatoria es a su vez exculpatoria o no imparcial en un sentido pleno, no basta para valorar la fiabilidad de la prueba con el interrogatorio del declarante, sino que deben exigirse las condiciones que normalmente se imponen en este tipo de declaraciones, las que tienden a apreciar la credibilidad de los mismos. Y es que en materia de colaboración eficaz no solo estas condiciones

no deben ser anuladas, sino muy al contrario, exigidas con mayor intensidad. Y el control no puede ser solo de la parte acusadora, del Fiscal, pues el imputado tienen derecho a contradecir la prueba en toda su extensión. Una limitación del derecho de defensa que llegara a anular las condiciones que naturalmente se imponen en este punto sería muy posiblemente inconstitucional en un Estado de derecho y democrático.

El presente dictamen, pues, en resumen en este punto, se va a limitar a analizar si las declaraciones prestadas por los coimputados beneficiados teóricamente por sus declaraciones, pueden servir de base para acordar la prisión provisional, para constituirse en graves elementos de convicción, si es obligada la corroboración de sus manifestaciones y en qué forma y si, tras esta corroboración es necesario además valorar la fiabilidad y veracidad de los declarantes, en cuyo caso habrá que apreciar si la contradicción alcanza un mayor valor en estos casos que excede del fundamental derecho a interrogar a los testigos de cargo.

Y todo ello en el marco de un procedimiento de colaboración eficaz que, sin concluir su fase de corroboración se ha pretendido utilizar indebidamente, especialmente sin dar importancia al anonimato y demás medidas de garantías que acompañan a los colaboradores durante la fase de corroboración, no después. Se infringe la norma adelantando unos efectos que la ley solo concede al final del procedimiento de colaboración eficaz, con lo que se genera un uso abusivo de un procedimiento que choca frontalmente con las normas procesales ordinarias y con las exigencias derivadas de derechos, tales como el de defensa o la presunción de inocencia.

2.3. El *periculum in mora* como presupuesto para la adopción de la prisión provisional

La resolución objeto del presente trabajo basa su acuerdo de prisión provisional en la concurrencia afirmada de dos de los presupuestos que constituyen el denominado periculum in mora, el peligro de fuga y el de obstaculización del hallazgo de la verdad (art. 268 del Código Procesal Penal de 2004).

Partiendo de la regla constitucional de la excepcionalidad, que se concreta en la necesidad y que se complementa con la proporcionalidad, el análisis de los requisitos de toda medida cautelar personal, especialmente ésta que se traduce en una privación de libertad, debe realizarse sin perder de vista el

carácter mismo de este tipo de resoluciones. La prisión provisional no puede nunca constituirse en una sanción autónoma y previa, similar a la pena, ni cumplir fines incompatibles con su naturaleza, los propios de las penas o medidas de seguridad, ni, por supuesto, servir de instrumento de política criminal perdiendo la neutralidad propia del proceso, ajeno a este tipo de fines y siempre perturbado en su esencia cuando se utiliza para funciones impropias.

Todo análisis de los peligros que justifican una medida cautelar debe hacerse sin perder de vista la naturaleza de la institución y sin relegar la excepcionalidad al rango de principio teórico, sin influencia directa e inmediata en los hechos.

En este sentido, en primer lugar se deben constatar los elementos que justifican en el caso concreto, debidamente acreditados, cada uno de los riesgos que la ley establece, sin que a tal efecto sirvan presunciones genéricas, abstractas o meras creencias que actúen a modo de justificación indiscutible. Y, en segundo lugar, valorar si, siendo reales los peligros cautelares, la prisión provisional deviene imprescindible para prevenirlos o puede hacer lo propio mediante medidas menos intensas en los derechos del imputado. No otra cosa significa la necesidad, que impide privar de libertad si otras alternativas proporcionan similares resultados afectando en menor medida a los derechos provisionalmente restringidos.

Ninguno de estos análisis legalmente obligatorios, se hizo adecuadamente en el caso.

2.3.1. Peligro de fuga

Una lectura de la resolución, breve en este aspecto, revela que el peligro de fuga se acuerda sobre la base de dos riesgos que el Juzgado menciona sin especial motivación; por un lado, la gravedad de la pena que se puede imponer y, por otro lado, la conducta del imputado del que se afirma que no ha colaborado en el resarcimiento del daño reparable.

La resolución, no obstante, tras la larga exposición que ofrece en relación con la imputación delictiva y la entidad de las declaraciones inculpatorias de los colaboradores eficaces, desatiende el requisito del peligro de fuga, sin ser consciente de que, aunque la imputación se confirmara y las decla-

raciones de los coimputados alcanzaran un alto grado como elementos de convicción, la prisión provisional exige la acreditación de un concreto peligro de fuga, no meras hipótesis que rellenen formalmente la norma con alusiones a riesgos expresados genéricamente. Porque, sin un concreto peligro procesal que precise para su evitación de una privación de libertad, la medida sería ilegal e inconstitucional. No basta, a diferencia con la pena, con una convicción acerca de la comisión de un hecho; en materia de prisión provisional, a esa convicción hay que sumar la concurrencia de peligros cautelares cuya ausencia impide la privación de libertad. No es suficiente, pues una medida cautelar no constituye respuesta a la comisión de un hecho aún no juzgado, con que existan elementos que confirmen indiciariamente la autoría. Para decretar una medida cautelar es obligado que concurran, probados, los presupuestos que justifican una suerte de anticipación de la pena, al menos en sentido material y que permiten atribuir a la privación de libertad una función propia, la de este tipo de resoluciones procesales.

Ante delitos determinados o sujetos con cierta relevancia social, se va imponiendo, por el contrario, la idea de que es necesaria una reacción social y política inmediata y seria, pervirtiendo el sentido de la medida cautelar y otorgando a la misma un carácter impropio. La prisión provisional, así, asume funciones ejemplarizantes, que atentan a su neutralidad y que tienen un componente ajeno a lo jurídico. Para algunos, la posición que aquí se mantiene resulta incompatible con la labor que el Estado ha de desarrollar en la lucha contra la corrupción organizada. Es comprensible habida cuenta la dificultad que supone indagar en este tipo de comportamientos. No obstante, no renunciar a las instituciones democráticas no puede ser equiparado a la tolerancia con el delito o a la protección del mismo. Una idea peligrosa que, con referentes en todos los sistemas dictatoriales, puede abrir la puerta a un retroceso secular en los avances de un sistema fundamentado en las libertades y que prohíbe al Estado el uso de medios ilícitos o desproporcionados incluso en la investigación del delito. La permisividad o la comprensión hacia este actuar anacrónico, por propio de sistemas ya agotados, es tan peligrosa, como lo es el uso, siempre incontrolado, de mecanismos incompatibles con el sistema democrático que nos hemos dado en los países avanzados.

La pena a imponer, como bien razona la resolución aunque luego no se ajuste a sus propias consideraciones, no supone en sí misma y sin más datos un peligro de fuga concreto. Por un lado, porque el arraigo, que el Juzgado

manifiesta existir, excluye ese peligro, siendo necesario justificar el riesgo cuando el arraigo indica lo contrario. Por otro lado, porque la necesidad, la excepcionalidad y la proporcionalidad obligarían a motivar si bastaría alguna de las medidas del art. 287 del Código Procesal Penal de 2004 para cumplir el fin cautelar, lo que el Juzgado silencia absolutamente, siendo por tanto la resolución inconstitucional. Cuando la pena no viene acompañada de datos que avalen la falta de arraigo, debe valorarse en el caso la suficiencia de medidas menos intensas para el derecho, siendo el silencio el equivalente a una resolución inmotivada e infractora del derecho a la libertad. La gravedad de la pena, en fin, cuando otros datos excluyen el peligro que se dice proteger, se opone derechamente a privar de libertad cautelarmente salvo elementos muy graves que acrediten en el caso ese peligro que no puede quedar reducido a una mera presunción genérica y automática.

La referencia al requisito de la falta de una actitud positiva en orden a la reparación del daño causado por el delito no se explica, salvo a través de una referencia abstracta a una supuesta y exigible conducta positiva que se traduciría, parece ser, en la devolución del objeto de los delitos, lo que, obviamente, de entenderse de este modo, requeriría por parte del imputado la confesión de la autoría y convertiría a la prisión provisional en una medida coactiva a tal efecto.

Es obvio que este requisito, complejo, es de aplicación muy restrictiva y susceptible, dadas las diferencias entre responsabilidad civil y penal, de tradujese en una prisión por deudas. Otra cosa es que la actitud ponga en riesgo el decomiso, sanción penal, pero en todo caso se trata éste de un motivo que no puede ser atendido mencionando una conducta genérica o referida a la responsabilidad civil. Es inconstitucional toda posible remisión al riesgo de incumplimiento de los deberes de naturaleza privada. La responsabilidad civil derivada de un hecho que es a su vez delito, no es penal, sino civil, aunque se acumulen ambas pretensiones y la prisión provisional garantiza exclusivamente la penal, no la civil, que tiene su ámbito en las medidas civiles, como las fianzas o los embargos conforme al CPC.

Aplicar este motivo, en fin, puede conducir, de modo muy complejo, a exigir al imputado reconocer su culpabilidad y sancionar con la prisión provisional no hacerlo.

Razones como ésta, con muy escasos referentes en otros ordenamientos, son peligrosas y deben ser matizadas para evitar convertir la prisión provisional en un instrumento de presión tendente a obtener una confesión.

2.3.2. Peligro de obstaculización

Menos concreta es la resolución, como se verá al abordar este punto crucial del acuerdo de prisión provisional, incurriendo en una cierta automaticidad y generalidad que se traduce en la mera transcripción de los motivos legales expresados en la norma, para, sin motivación alguna, justificar una decisión que resulta de este modo infundada. El peligro de obstaculización, que exige ser concreto y cierto, ajustado al supuesto de hecho sin que quepa admitir presunciones genéricas, no se define en la resolución que, incluso, lo niega de hecho, entrando en una suerte de contradicción de difícil comprensión. Parece que se parte de una idea preconcebida, ligada al delito imputado, de suerte que se afirma un riesgo sobre esa base genérica. Porque esta idea, la de prisión provisional como reacción frente a un delito determinado y sujeto característico, late en toda la resolución y se extiende a casos similares de modo preocupante.

Todo queda reducido en la resolución a un mensaje recibido por uno de los coimputados declarantes en el procedimiento de colaboración eficaz que es calificado como acto de presión y cuya autoría se atribuye sin razonamiento alguno o elemento material ninguno al imputado, aun siendo posible hacerlo o al menos intentarlo. Que la resolución se limite a atribuir al imputado un mensaje sin acreditación ninguna y sin haber intentado actividad alguna en este sentido, debe ser rechazado como elemento suficiente para justificar un peligro de obstaculización. Y que este dato quiera servir de base a una presunción que justifica la prisión provisional frente a una afirmada conducta proactiva en favor del esclarecimiento de los hechos, que se asegura expresamente, es muy dudoso a cualquier nivel de reflexión.

Conforme al art. 270 del Código Procesal Penal de 2004 el riesgo de obstaculización debe ser razonable y concretarse en circunstancias objetivas de las que se pueda inferir motivadamente que el imputado va a influir en otros coimputados para que informen falsamente o se comporten de manera desleal. Llama la atención en este punto la contradicción en la que entra el juez y la propia legislación peruana si no se interpreta adecuadamente y en

su conjunto con cierta homogeneidad. Porque, por una parte, el DS –lo que rechazamos-, afirma que las declaraciones de los testigos prestadas en un procedimiento por colaboración eficaz pueden ser trasladadas como prueba anticipada, pero, por otra parte, una vez prestadas e incorporadas tales manifestaciones, entienden que la posible presión a quienes ya han depuesto constituyen un riesgo de obstaculización. Es evidente que afirmar este riesgo implica, paralelamente, rechazar que se trate de declaraciones anticipadas, pues éstas, como es sabido, no son reproducibles en el juicio, siendo sometidas a lectura (art. 383.1-A del Código Procesal Penal de 2004). Y es que, evidentemente, como se verá, las declaraciones de los colaboradores eficaces, nunca pueden ser asimiladas a la prueba anticipada.

En consecuencia, cabe al menos plantearse la duda acerca de esta contradicción legal y el uso inadecuado en todo caso de las declaraciones prestadas en el procedimiento por colaboración eficaz. Si se trata de prueba anticipada, no cabe de nuevo interrogar al testigo, de modo que tampoco existe riesgo alguno de obstaculización que justifique la prisión provisional ante una declaración ya hecha. Por el contrario, si se estima ese riesgo es porque cabe la posibilidad de interrogar de nuevo al testigo, en cuyo caso la declaración no sería anticipada, sino un supuesto de contradicción previsto en el art. 378.6 del Código Procesal Penal de 2004.

La regulación del procedimiento por colaboración eficaz o la interpretación que se hace del mismo abre tantos interrogantes y genera tantas contradicciones que cabe plantearse su propia constitucionalidad, especialmente cuando se utiliza de manera que siempre perjudica al imputado al que se niega la defensa en su total extensión.

Y en este artículo, que constituye el informe ampliado y más amplio en lo que respecta al análisis de los aspectos jurídico procesales del asunto, es obligado formular algunas reflexiones y críticas al procedimiento por colaboración eficaz, su estructura, la contradicción entre el DS y el del Código Procesal Penal de 2004 y entre la regulación especial y las normas generales previstas en la norma procesal común, así como la aparente al menos afectación a derechos fundamentales que la previsión de esta figura que, excedida en su utilidad, se puede convertir en un instrumento represivo de primer orden. Y un instrumento incompatible con la noción básica y garantista de un proceso acusatorio y democrático. No puede el Estado ignorar los principios

básicos del proceso penal occidental y humanista en sus líneas más elementales propiciando investigaciones ilimitadas, incontroladas, sin derecho de defensa y sin que la parte imputada tenga intervención alguna en la prueba que sirve para su condena. Hacerlo equivale a admitir, como se ha dicho, la ineficacia del proceso democrático para combatir la delincuencia y, en este sentido, reclamar fórmulas inquisitivas que se valoran como el remedio insustituible para combatir la delincuencia. Una clara renuncia a las bases del Estado de derecho.

Regular un mero procedimiento especial, que no un proceso, con afectaciones a derechos esenciales puede ser admisible si no produce efectos. Pero, cuando lo actuado en ese simple expediente no contradictorio se quiere trasladar produciendo efectos a un proceso por esencial dual y contradictorio, se producen efectos inadmisibles cuya negación se traduce en la negación misma de la idea de proceso.

3. BREVE COMENTARIO AL PROCEDIMIENTO POR COLABORACIÓN EFICAZ EN ORDEN A SU INFLUENCIA EN LOS PROCESOS PENALES DERIVADOS O CONEXOS

La extrema complejidad del procedimiento por colaboración eficaz, el posible confusionismo derivado de normas que entran en colisión directa con las instituciones fundamentales del proceso y con el del Código Procesal Penal de 2004, así como con principios constitucionales y jurisprudencia de los tribunales internacionales de defensa de los derechos humanos, está en la base de procesos penales en los que la excepcionalidad, extremadamente amplia, parece justificarse y en los que el carácter mismo de proceso contradictorio es negado y sustituido por un proceder inquisitivo incompatible con la esencia misma del Estado de derecho. Una tendencia que es internacional y que es recibida displicentemente sin percibir el cambio de tendencia que comporta.

Como ya se ha dicho y se reitera, el hecho de que ante ciertos delitos se opte por fórmulas netamente inquisitivas, atentatorias contra todas las garantías básicas del proceso contradictorio, parece manifestar la creencia firme de la insuficiencia del proceso acusatorio democrático para afrontar la lucha contra la delincuencia. Este tipo de procesos carentes de la cualidad de tales, pues se tornan en simples procedimientos o expedientes, encierran en sí

mismos una suerte de reconocimiento estatal de la eficacia del inquisitivo y la insuficiencia del acusatorio para cumplir la función del proceso de determinar la verdad y sobre esa base aplicar el derecho objetivo. Una renuncia a la democracia y al estado de derecho que debería ser analizada con la atención debida y mesurada en lo posible. Que caben excepciones ante determinados delitos, es evidente; que es posible imponer incluso obligaciones procesales a los imputados, tampoco se puede negar siempre que sean compatibles con su condición de parte pasiva y el derecho de defensa. Pero, que tales excepciones perviertan el sistema mismo y creen uno alternativo alejado de los principios básicos que constituyen la esencia del sistema democrático, es otra cosa y nadie parece ser consciente de los efectos que este tipo de decisiones genera y puede generar en el futuro.

Es obligado, por tanto, pues este es el tema que subyace al caso y a otros muchos que se tramitan en la actualidad, analizar brevemente el proceso por colaboración eficaz y sus relaciones con el Código Procesal Penal de 2004, acomodando sus normas e intentando una cierta coherencia que no puede resolverse siempre en favor de lo excepcional, haciendo tabla rasa del proceso ordinario y optando, pues, por reglas inquisitivas cuando aparece una contradicción sustancial, lo que es la norma en un proceso en el que no se ha actuado con la diligencia y el cuidado debidos.

3.1. La autonomía del procedimiento por colaboración eficaz

Aunque se suscitan algunas dudas y ciertas resoluciones dictadas parecen no asumir esta cualidad, con lo que ello comporta, el procedimiento por colaboración eficaz es autónomo, independiente de cualquier otro procedimiento o proceso que pudiera iniciarse sobre su base o que se esté tramitando paralelamente. Así lo disponen explícitamente los arts. 2 y 3 del DS. Como tal, pues, debe ser tratado, atendiendo a su finalidad y sus efectos, que, como regla, tienen la función de servir a su objeto y solo como excepción generar efectos fuera del mismo. Esto supone, obviamente, negar una eficacia directa en procesos penales no coincidentes de lo actuado en un procedimiento especial cuya finalidad no es la de condenar o absolver, sino solo la de alcanzar un pacto acerca de la aceptación de una declaración con beneficios proporcionados por el Estado. Y un procedimiento que no tiene un objeto procesal, una imputación que pueda compararse con la de un proceso. Por ello no se puede hablar de litispendencia. El objeto del procedimiento especial es

exclusivamente el acuerdo sobre una declaración; el del proceso, el hecho jurídicamente relevante imputado a un sujeto. El procedimiento especial es autónomo porque su objeto es diferente al del proceso ordinario y, por ello, sus elementos no pueden trasladarse como se quiere a un proceso determinado. Esa traslación mecánica podría encerrar una suerte de fraude al sustituir lo que debe actuarse en un proceso como tal por lo instruido en un simple procedimiento con fines y contornos muy diferentes y que, por su esencia, no puede servir como fuente de pruebas. La autonomía, pues, no es una mera palabra o definición, sino algo más profundo que debe producir los efectos propios de esa independencia.

No es baladí, pues, esta afirmación y conviene no perder de vista la afirmación legal de autonomía que, lejos de ser una mera cuestión procedimental, se refleja en el carácter o valor de lo actuado cuando es trasladado a otro proceso, pues las exigencias o garantías exigibles en un lugar, no sustituyen a las previstas en la norma común, máxime cuando, como es el caso, el procedimiento especial no es contradictorio, lo que le priva de valor general y de eficacia probatoria o como base para limitar derechos.

La incorporación de elementos de prueba de un proceso a otro no contempla, ni puede entenderse del mismo modo cuando se trata de trasladar instrumentos de un mero expediente no contradictorio a un proceso. No se contempla esta hipótesis en el proceso y las normas que regulan este uso no pueden extenderse con tanta amplitud.

Resumiendo, esa autonomía explica que los requisitos de los actos celebrados alcancen valor en el procedimiento especial, no contradictorio, en tanto no exceden sus efectos de su objetivo, pero, obviamente, se opone a que tales condiciones puedan ser equiparadas a las exigidas para servir en otro proceso, ordinario, que debe ser contradictorio y someterse a la regulación aplicable, el Código Procesal Penal de 2004. Cualquier contradicción ha de ser resuelta otorgando preferencia a las normas comunes, que garantizan un proceso contradictorio y acusatorio.

El procedimiento especial puede, pues, desarrollarse con carácter previo a cualquier otro proceso, sirviendo a los fines de iniciarlo (art. 44.1 DS), en cuyo caso tales diligencias parecen tener el efecto de denuncias a efectos legales; igualmente, pueden enmarcarse en el seno de un proceso ya incoado,

conexo, en cuyo caso la intervención del Juez es activa y conforme a lo previsto en el art. 477 del Código Procesal Penal de 2004.

La autonomía y, en principio, la limitación de sus efectos al procedimiento especial, da lugar a que éste presente unos caracteres muy determinados que lo diferencian netamente de los procesos ordinarios y que dan lugar a que hayan de adoptarse precauciones que impliquen la sustitución del común por el de colaboración eficaz, aunque sea por la vía de hecho.

3.1.1. La ausencia de contradicción

Se trata el procedimiento por colaboración eficaz de un procedimiento, no un proceso como tal, pues no reúne la característica esencial de la contradicción, principio inherente a la estructura del proceso y sin el cual no cabe hablar de esta fórmula heterocompositiva de resolución de los conflictos (GIMENO SENDRA). El procedimiento por colaboración eficaz se aproxima a los mecanismos autocompositivos, en los que no existe un tercero imparcial que resuelva de manera definitiva e irrevocable y en el que no se puede hablar de partes en situación de igualdad y en los que se garantice el derecho de defensa derivado de la dualidad de posiciones contrapuestas. No es ese su objetivo, el de resolver sobre una pretensión dirigida frente a otro sujeto, sino solo el de aceptar o no una oferta. No hay pretensión, no hay partes, no existe contradicción y, en fin, tampoco un órgano jurisdiccional decisor cuyas resoluciones alcancen el efecto de la cosa juzgada. En resumen, no hay proceso, sino mero procedimiento o expediente administrativo.

Ese carácter no heterecompositivo de la colaboración eficaz se enfrenta a una regulación que es difícilmente calificable de constitucional. Y como tal sus normas han de ser reinterpretadas en la medida exigible, muy alejadas de la práctica y de la letra de la ley, cuyos fines no pueden calificarse de jurídicos en pureza.

Esta cualidad de mero procedimiento impide la vigencia en los términos en que la ley los expone, de aquellas normas especiales que contemplan la traslación mecánica de actos de uno a otro. Pues, como se ha dicho y se ampliará, esta incorporación de actos procesales se produce entre procesos, con las características propias de estas instituciones, pero no entre procesos y simples procedimientos en los que no se verifican las cualidades que identifican a los primeros.

El procedimiento especial tiene lugar entre el Ministerio Fiscal, el colaborador y, en su caso, el agraviado (art. 473-A, del Código Procesal Penal de 2004). Nunca, pues, participa el imputado, de existir o el que aparece como tal en la declaración suministrada.

Debe rechazarse la idea de que el imputado deba intervenir en el procedimiento especial. Esta petición es solo consecuencia del errado entendimiento o atribución a las diligencias del expediente autónomo de un valor probatorio automático. Una respuesta ante una aplicación tal vez equivocada de un mecanismo que no puede producir efectos de esta naturaleza; al menos en todos los casos. No es la solución exigir la participación en un procedimiento no contradictorio de aquellos afectados por las declaraciones de los colaboradores, sino, como se dirá, la de someter las mismas a las condiciones del proceso común para alcanzar dicho valor, negándolo cuando no se respeten. Convertir el procedimiento por colaboración eficaz en contradictorio es tanto como superar su finalidad, limitada a un acuerdo entre el Estado y los colaboradores que termina ahí, en la legalidad o conveniencia del favor del Estado como retribución. Incorporar lo obtenido exige someterse a las reglas que imperan en el procedimiento ordinario. Sin objeto procesal definido, no cabe contradicción en su seno. Otra cosa es que se haya de exigir plenamente una vez en el seno del proceso ordinario, lo que es irrenunciable, negando valor a lo actuado en un simple expediente. Esa es la clave, no alterar lo que no es un proceso otorgándole una apariencia, solo apariencia, que poco remediaría.

3.1.2. Procedimiento entre el Ministerio Fiscal y los testigos, sean o no coimputados

Como se ha dicho, este procedimiento se resuelve en un acuerdo entre el Estado y aquellos que quieren colaborar proporcionando una información obteniendo a cambio una retribución. No es, pues, la colaboración espontánea lo que caracteriza a este proceso, sino el intercambio de favores o beneficios. Por esta razón se articula un procedimiento que pretende corroborar y valorar las declaraciones y ajustar el beneficio y su pertinencia.

La corroboración no es mero trámite, sino la condición de un mecanismo que finaliza su función cuando se acepta la oferta y se concede lo pretendido. Es esencial en este proceso esa valoración de fiabilidad y constituye un requisito esencial de esta forma procedimental.

Es por esta razón por la cual no se acaba de entender muy bien el art. 1 DS que confiere esta cualidad de colaborador eficaz a quien no está sometido a proceso, pues en estos casos el beneficio no parece que pueda exceder de una protección al testigo que, solo muy forzadamente, puede considerarse beneficio, siendo más bien una obligación del Estado. La protección de testigos no está sometida a pacto alguno, sino que deriva de la necesidad de amparar a quien colabora con la Justicia.

En principio, pues, normalmente el colaborador eficaz ha de ser un coimputado, condenado o no, que pretende conseguir con su información un beneficio determinado. Y siendo esa la función de un procedimiento que concluye con una decisión que acepta la declaración y acepta la oferta, es evidente que la corroboración adquiere ese carácter esencial, imprescindible, en tanto es requisito mismo del contrato concertado, en tanto avala la oportunidad misma de la concesión.

De ahí que, en cualquier caso, la traslación de actuaciones de este procedimiento especial al ordinario, cuando proceda, ha de serlo una vez concluido el proceso autónomo y una vez corroborado, aunque sea solo por una parte y sin control alguno –lo que afecta a su valor pleno–, lo que se incorpora. Hacerlo antes, cuando lo actuado puede posteriormente no ser aceptado y rechazado, no tiene justificación alguna, pues la duda acerca de la veracidad de lo aportado por quien solicita una contraprestación sobrevuela este tipo de actuaciones y exige de prevenciones sólidas.

La finalidad de este procedimiento especial es la de concluir un pacto entre Estado y colaborador. No es, pues, la de investigar unos hechos penales que pueden ser objeto de un proceso penal independiente. Y ello es así pues la investigación siempre ha de ser contradictoria y aquí no lo es. No se investigan hechos, sino que se corroboran declaraciones, entendiendo por tal la concreción de datos que permitan otorgar cierta verosimilitud a lo declarado. No hay objeto representado por un hecho jurídicamente relevante determinado e imputado a un sujeto. Aunque exista un proceso abierto, el de colaboración eficaz no asume el objeto del proceso, ni se identifica con él. De ser así cabría hablar de litispendencia y sus efectos. Se trata, pues, exclusivamente en este procedimiento de aceptar una declaración a cambio de un beneficio, de valorar la fiabilidad, pero solo en orden a conceder ese beneficio que, como es sabido, puede ser revocado. La misma ley es consciente de su finalidad y autoriza la revocación de la decisión de colaboración, de modo

que es la misma ley la que está asegurando que lo actuado no tiene más valor que otorgar una credibilidad en términos de probabilidad, pero limitada al caso u objeto de esta norma especial.

En resumen, la ausencia de contradicción es producto de un entendimiento de la norma, cuyo fin no es acreditar los hechos imputados, sino conceder un beneficio. La corroboración tampoco tiene como finalidad la de acreditar los hechos, sino la de confirmar cierta fiabilidad y la importancia cuantitativa de lo conocido, a los solos efectos de otorgar un beneficio, de concluir un acuerdo. La fiabilidad que se pretende es meramente la de constatar la probabilidad de veracidad, pero a los meros efectos de una concesión, no la de servir de base a una condena, que requeriría la contradicción al ser dual la exigible: corroboración externa (art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004) y subjetiva referida a la inexistencia de razones o relaciones entre declarante e imputado que pudieran poner en tela de juicio la exposición de aquel.

Siendo así, es evidente, pues, que, siendo exigible la corroboración especial para utilizar los elementos actuados en este procedimiento, su incorporación a uno ordinario exigirá de una corroboración distinta, contradictoria y dirigida a confirmar hechos, no declaraciones. La corroboración de la prueba de los coimputados no se limita a la valoración de la credibilidad, sino que se pone en relación con los hechos investigados que no pueden ser acreditados solo por declaraciones de los coimputados, exigiendo, por tanto, adicionalmente, una prueba externa. Junto a la fiabilidad, en el proceso la corroboración no puede ser independiente de los hechos investigados, que concretan el marco de la comprobación y añaden elementos de análisis inexistentes en el procedimiento especial.

En conclusión, la corroboración propia de un procedimiento no contradictorio limita sus efectos al fin del expediente, siendo condición para el traslado a otro proceso común, pero en éste cualquier decisión requiere de una corroboración que exceda del valor interno de la declaración, alcanzando los hechos, lo que impone la contradicción que asegura o garantiza una plena comprobación objetiva y subjetiva.

3.1.3. Conclusión del procedimiento

Todo lo dicho viene confirmado por las propias normas que regulan este procedimiento.

El procedimiento culmina con un acta del Fiscal en la cual se concede el beneficio previa determinación del acuerdo (art. 476 del Código Procesal Penal de 2004). Si el procedimiento se celebra paralelamente a un proceso conexo, este acuerdo es remitido al juez competente a los efectos de la oportuna verificación (arts. 478 y ss. del Código Procesal Penal de 2004).

Ahí acaba la efectividad de este procedimiento.

Todo lo demás, es decir, su valor en procesos independientes debe ser analizado conforme a estos fines y lo ya manifestado, con más detenimiento y menos automaticidad que la que se ha impuesto en la vida práctica.

3.2. La incorporación de pruebas a otro proceso

3.2.1. La obtención e incorporación de las fuentes de prueba a los medios de prueba legalmente previstos en la ley procesal

Existe una diferencia conceptual, esencial en el marco del Derecho procesal que, lejos de ser meramente teórica, constituye un elemento determinante de la forma de obtención e incorporación legítima de los hechos conocidos con relevancia para el proceso. Una distinción que, de olvidarse o relegarse, provoca graves disfunciones y permite un uso incluso fraudulento de los medios de prueba, que afecta seriamente a los derechos fundamentales de incidencia procesal, hasta el punto de dejarlos desprovistos de la garantía de la defensa. Del mismo modo, esa desatención permite que ingresen en el proceso noticias no completas, fragmentadas incluso de propósito, no fiables en su misma veracidad y solo susceptibles de proporcionar parte de la información que el medio debe ofrecer.

Se trata de los conceptos de fuente y medio de prueba; los primeros, normalmente se obtienen; los segundos, se incorporan previa admisión y se practican y valoran, siendo en ambos casos de aplicación diversas exigencias y efectos.

Esta distinción, elaborada por la doctrina (SENTÍS MELENDO y CARNELUTTI) considera las siguientes diferencias sustanciales:

- Por fuente de prueba cabe entender el conjunto de elementos extraprocesales, existentes al margen del proceso, que contienen informaciones sobre hechos. Las fuentes de prueba son ilimitadas, tantas como existen en la vida y cambiantes, tanto como los adelantos técnicos permiten.

– Por medio de prueba, por el contrario, cabe definir la actividad estrictamente procesal, el procedimiento legalmente establecido y desarrollado a través del cual se incorporan aquellas fuentes al proceso y se obtienen los resultados derivados de su valoración en sentencia.

Los medios de prueba, como conceptos procesales, son limitados, tasados normalmente, en tanto regulaciones legales sujetas a una ordenación estricta (ORTELLS RAMOS). Son limitados y tasados en atención a la naturaleza de cada fuente, a sus características, siendo la ley la que determina el modo de incorporación de las fuentes al proceso a través de un concreto, determinado y no disponible medio de prueba. Los medios de prueba son de orden público en cuanto a su utilización en relación con el carácter de cada fuente. Y ello es así porque el procedimiento que la ley desarrolla, el que otorga a cada medio, contiene, en función de sus características, los requisitos y presupuestos que garantizan su idoneidad, fiabilidad o completitud de la información, no mera transmisión parcial e interesada, así como la contradicción exigible, la garantía del derecho de defensa, la oposición al medio por aquel a quien perjudica, que difiere sustancialmente en cada medio probatorio. No es igual la oposición a un documento público notarial, que a uno judicial, a uno privado o a una testifical.

En este sentido, en cualquiera de los órdenes procesales, con mayor o menor rigidez en cuanto a la admisión de las fuentes de prueba, los medios son limitados y de orden público e indisponibles, no siendo norma autorizada el uso de un medio inadecuado o ilegal para una fuente determinada, la cual debe obtenerse e incorporarse siempre a través del medio legalmente establecido. Sólo en los casos en los que una fuente no tiene un medio previsto, por responder a un avance social no contemplado previamente, la ley permite el uso de los medios más cercanos o, incluso, la creación en el caso de un procedimiento especial, siempre que se adopten las garantías suficientes para preservar las garantías inherentes a la idea de medio de prueba (art. 157.1 del Código Procesal Penal de 2004).

El uso, pues, de un medio de prueba inadecuado implica la nulidad de la incorporación y da lugar a que la fuente pierda su valor probatorio, al no poder ser considerado dicho medio como prueba de cargo. No sólo por afectar a una norma imperativa procesal y de orden público, sino porque en estos casos siempre, inevitablemente, se infringen derechos fundamen-

tales, los propios que a esa fuente asigna la ley al incardinarla en su medio natural. Pero, incluso, aunque no se violen derechos –lo que no es posible por el carácter de garantía procesal del medio en relación con la fuente–, la mera infracción en la incorporación del medio de sus normas procesales reguladoras, da lugar a que éste no tenga la consideración de tal, de prueba. Del mismo modo, la nulidad es consecuencia de un hecho cierto y común, cual es que el uso inadecuado del medio correspondiente a una fuente que no admite duda, siempre es consecuencia de una intención dolosa, de un atentado a la buena fe, de un fraude de ley que pretende con esa conducta un efecto procesal que el medio legalmente establecido no autoriza. La nulidad deriva, pues, de la ilicitud que provoca en el proceso mismo en su totalidad, pues la mala fe o el uso fraudulento de un medio, máxime cuando constituye el origen y fundamento de la prueba toda, genera ese efecto al pervertir y atacar derechamente los fundamentos del derecho al proceso con todas las garantías o debido.

Y si es la ley, una ley especial, la que permite esa labor ilegítima, cabrá imputar a esa ley una intención no adecuada a la norma general, armónica y la entrada en el proceso de mecanismos que entrañan una suerte de fraude procesal.

En el proceso penal, dicha obligatoriedad de utilización de los medios de prueba adecuados y legalmente previstos, constituye una garantía de la prueba misma y de los derechos que disciplinan su actividad, evitando el fraude que conllevaría la posibilidad de introducir una fuente a través de cualquier medio de prueba. El caso más paradigmático sería el de las declaraciones de imputados y testigos ante la policía, carentes de valor probatorio, pero que, esa libertad de medios permitiría aducir como documental, por certificación del interrogatorio o incluso como testifical del policía interrogador. En este mismo sentido, se prohíbe que el atestado, conformado por escrito, pueda alcanzar el valor de prueba documental o que se introduzca por los policías actuantes como prueba testifical, a salvo los casos en que los policías sean testigos en sentido estricto, es decir, hayan presenciado los hechos de forma directa (STS español 480/2009, 22 de mayo). Ejemplos claros de prohibiciones de elección de los medios probatorios que deben adecuarse a la fuente. Y una justificación evidente de la vulneración que provoca el uso no adecuado de la correspondiente, en los derechos y garantías y en la misma integridad de la prueba, que comporta siempre una violación de sus

principios reguladores. Así se expresa a título de ejemplo, el TS español en su sentencia 358/2016, de 26 de abril.

Y, como se verá, la legislación especial en materia de procedimiento por colaboración eficaz camina en esta dirección vulneradora de este principio básico. Convertir las declaraciones de coimputados repetibles en prueba anticipada o en prueba documental constituye un ejemplo paradigmático de lo que prohibido en el proceso penal y causa de defectos insubsanables por afectar a los derechos y garantías fundamentales de naturaleza procesal.

En resumen, solo mediante el entendimiento de la limitación de los medios de prueba y su carácter obligatorio en relación con la naturaleza de cada fuente, se entienden los requisitos de los medios de prueba, los que permiten hablar de regularidad de la misma, los que garantizan los principios que rigen la actividad probatoria y los derechos y garantías de los afectados. Si se asumiera la libertad de aquellos medios, la ley cedería ante la voluntad de las partes, el abuso del derecho o el fraude de ley. Si un imputado puede declarar como testigo o un perito como este último o un atestado convertido en documento o testifical mediante un simple mecanismo de sustitución, todo vale y la misma ley y los presupuestos que disciplinan los actos de investigación y la prueba, perderían absolutamente su sentido. Y si una declaración no contradictoria puede ser tratada como documento o como prueba anticipada, se estaría en la misma posición.

Carecería de sentido si existiera esa libertad que la ley regulara, como hace, diversos medios de prueba. Bastaría con uno solo, único para cualquier fuente.

Y es que, como se ha dicho, el uso de un medio de prueba contrario al previsto por la ley para una fuente perfectamente caracterizada, importa graves infracciones de derechos fundamentales. Atenta a la contradicción como elemento que identifica el proceso como fórmula heterocompositiva, al excluir a una parte en el sentido de eliminar su reacción frente a la acusación, la reacción que la ley anuda a un dato conforme a su naturaleza; lo hace a la defensa al privarle de los mecanismos propios de ese medio, negándole los adecuados y cerrándole el paso al uso de los que la ley entiende que son no sólo los más efectivos para la refutación de la prueba, sino los más posibles, fáciles y accesibles.

En conclusión, cualquier fuente de prueba puede ser incorporada al proceso, pero debe serlo a través del medio legalmente establecido conforme a la naturaleza de aquel instrumento o sujeto o conocimiento. El uso indebido de un medio para una fuente implica la nulidad de aquel en un sentido amplio, como se indicará, por afectar a normas procesales de orden público, indisponibles y a derechos fundamentales del imputado.

3.2.2. La normativa peruana al respecto de la distinción entre medios y fuentes de prueba. A nivel general

La legislación peruana, al igual que todas las demás, no contiene norma alguna que de forma expresa recoja esta diferencia conceptual, limitándose las distintas normas procesales a establecer los criterios generales de prueba tasada o libre y una relación de medios de prueba, perfectamente desarrollados en cada caso.

No obstante, este silencio no implica que exista libertad de obtención e incorporación, pues la no contemplación de esta diferencia en las normas procesales al regular los medios de prueba, se completa con normas de las cuales se extrae con perfecta claridad que cada fuente debe ser adaptada al medio que corresponda. No hay libertad al respecto. Y es que, de no existir esa vinculación carecería de sentido, como se ha dicho, la existencia misma de medios que se adecuan a la naturaleza de cada fuente. Bastaría con un solo medio general. La propia lógica legal y la contemplación de diversos medios que se adaptan a cada conocimiento introducido en el proceso revelan esa vinculación entre medio adecuado y fuente.

El art. 157 del Código Procesal Penal, establece que cada hecho puede ser probado mediante cualquier medio. Esto no significa otra cosa que la opción peruana por el sistema de libre prueba, sin tasaciones probatorias que obliguen a que determinados hechos solo puedan ser probados por medios determinados. Por ejemplo, las lesiones por informes médicos concretos o que la testifical sea inoperante en ciertos casos. Una opción avanzada frente a criterios propios del sistema de tasación que vinculaba la prueba de ciertos hechos a medios concretos. Y es que, este precepto, en su apartado primero, constituye una norma que cierra la posibilidad de la libre elección de medios. Cuando afirma que es posible incorporar fuentes, ordena que se haga por el medio más adecuado a la naturaleza de la fuente, lo que significa que esta

naturaleza impone el medio y que solo se podrá acudir a medios no establecidos o a los más próximos, cuando la fuente sea novedosa y no se adapte perfectamente a un medio preestablecido.

Y esa incorporación queda sujeta, como establece el art. 155 a lo dispuesto en la Constitución y los Tratados Internacionales; a su vez, el art. II, sanciona como contraria a la presunción de inocencia la obtención e incorporación de pruebas sin respeto a las garantías propias de la fuente; y, en fin, el art. VIII, determina la irregularidad de las pruebas obtenidas o incorporadas mediante procedimientos constitucionalmente ilegítimos.

3.2.3. La infracción del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. La nulidad

La incorporación de una fuente de prueba a través de un medio inadecuado afecta a derechos fundamentales procesales y priva al medio de valor probatorio, de carácter de medio de prueba si no se garantizan adecuadamente las características del medio elegido. En estos casos se produce una vulneración del derecho a la presunción de inocencia conforme prevé el art. II del Código Procesal Penal, que sanciona la actividad probatoria obtenida con infracción de las garantías procesales.

La obtención o incorporación de una prueba con vulneración de las normas que regulan esa actividad, incluida la práctica de la prueba, engendra violación del derecho a la presunción de inocencia. No solo, pues, es la vulneración de derechos y garantías la que genera la infracción de dicho derecho, sino también toda actuación que conlleve desatención de las normas que disciplinan cada medio de prueba. Y ello es así por cuanto, tales medios no tienen y no alcanzan la cualidad de dicho medio de prueba cuando la actividad probatoria se realiza al margen de la ley. En este sentido y aunque normalmente la obtención, incorporación y práctica de un medio irregular comporta una infracción de derechos y garantías, por la misma esencia de la regulación de cada medio, la mera irregularidad procesal, en tanto desvirtúa la esencia del medio, implica la inexistencia (en sentido general) de dicho medio, siendo así que la condena solo es posible, como es sabido, sobre la base de auténticos medios de prueba.

Y es que, la ausencia de dichas normas procesales, como se ha comentado, no asegura la completitud del conocimiento y la fiabilidad del medio y su

resultado, dando lugar a que no sea posible que la prueba así irregular cumpla su función de acreditación de unos hechos con todas sus circunstancias.

Así se manifiesta, a título de ejemplo, el Tribunal Supremo español, Sala segunda, en su sentencia 1439/2002, de 10 de septiembre.

> "El derecho a la presunción de inocencia, consagrado en nuestro derecho con rango fundamental en el artículo 24 de la Constitución (La Ley 2500/1978), implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (La Ley 22/1948); artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (La Ley 16/1950), y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (La Ley 129/1966)). Su alegación en el proceso penal obliga al Tribunal de casación a comprobar que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta prueba de cargo, de contenido suficientemente incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica, de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias relevantes jurídico-penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos."

En este o similar sentido, se expresa el TS español, en su sentencia 900/2006, de 22 de septiembre, al establecer que el control sobre la vigencia de la presunción de inocencia, se extiende al control de la actividad probatoria misma, a lo que denomina la "disciplina probatoria", al proceso de formación de la prueba y su atención a los principios que rigen la misma, los cuales coinciden con los requisitos que cada medio recibe de la legislación procesal aplicable.

> "Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, como precisa la STS. 299/2004 de 4.3 (LA LEY 12267/2004), el

> control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad."

Un típico ejemplo de este control y exigencia, viene dado por las declaraciones del imputado ante la policía que, aunque respeten la defensa y asistencia letrada, carecen absolutamente de valor probatorio, no pudiendo ser introducidas como documental, ni como testifical (STS español 188/2002, 14 de octubre y 487/2015, 20 julio).

De la misma manera, la incorporación de una fuente de prueba a través de un medio inadecuado implica una violación del derecho a un proceso con todas las garantías, que se manifiesta en diversas expresiones.

Las infracciones y violaciones de normas procesales y derechos fundamentales son tan extensas, que es compleja su enumeración, siendo imposible destacar una sola posibilidad de subsistencia de la actividad procesal irregular.

Procesalmente, es causa de nulidad, en tanto se producen violaciones a normas imperativas, tales como las que disciplinan la cualidad de los medios en relación con las fuentes.

A su vez, se vulnera la necesaria integridad de la prueba, su indivisibilidad, pues la actuación ilegítima no permite que una prueba sea valorada totalmente. No cabe, ante un documento o una prueba anticipada no contradictoria, extraer la totalidad de la información que puede proporcionar, ni su contraste. La información es tan parcial, como la que consta en el acta derivada de la única instancia que actúa en el procedimiento especial, el Ministerio Fiscal.

Igualmente, se infringe el derecho a un proceso con todas las garantías sin indefensión en tanto se elimina el carácter dual del procedimiento, lo que lo dota de sentido constitucional. El derecho de defensa en sentido amplio como posibilidad de recurrir y oponerse a un acto con todas las posibilidades que la ley asigna al medio adecuado (STC español 64/1986, 21 de mayo).

Se vulnera, en fin, el derecho a la prueba pertinente, pues pertinencia, en el ámbito de la vulneración de los derechos fundamentales, excede su sentido típico para adquirir uno constitucional que se extiende a la exigencia

de que la prueba sea legal y no produzca indefensión (SSTC español 114/84). Las pruebas incorporadas pueden no ser legales, pues se llevan al proceso de forma contraria a la ley y a la Constitución, violándose el derecho al uso de prueba pertinente en tanto produce indefensión en la parte a la que afecta.

3.3. El problema de la traslación o incorporación de lo actuado en el procedimiento por colaboración eficaz al proceso penal común

Destacada la autonomía del procedimiento especial y sus funciones limitadas, siendo así que sus requisitos se explican exclusivamente en esa autonomía y finalidad concreta, aparece el problema, el complejo problema, de analizar la forma y condiciones en que pueden trasladarse e incorporarse al proceso ordinario las actuaciones del especial. Y este problema, siendo similar al que se plantea cuando se trata de hacer lo propio entre procesos ordinarios, se complica cuando ha de hacerse entre un procedimiento especial y uno ordinario en tanto los requisitos de aquel, especialmente su falta de contradicción, no son compatibles con los sustanciales del proceso común. Al no tratarse de dos procesos, sino de un procedimiento y un proceso, no es posible la aplicación simple y mecánica de normas ideadas para lo primero.

Atendiendo a estos dos elementos, cabe hacer o establecer algunas precisiones y notas a las que ha de acomodarse la incorporación de actos de un proceso a otro, generales, que han de respetarse siempre, pero teniendo en cuenta que a estas han de añadirse las que reclama la especialidad del procedimiento por colaboración eficaz y que pueden hacer inaplicable cualquier solución simplista.

- Toda actuación procesal debe ser incorporada a otro proceso por su vía adecuada. Es decir, cada fuente de prueba debe aportarse a través del medio de prueba al que se adecua la naturaleza de la fuente. Y, en este sentido, por ejemplo, una declaración testifical ha de ser trasladada como tal prueba testifical, con sus requisitos propios, no como documental. No se puede convertir en prueba documental lo que no es. Se hablará posteriormente al respecto.
- Se debe asegurar siempre el cumplimiento de la legalidad de origen, esto es, que la prueba se ha practicado conforme a sus exigencias legales. Y, en este sentido, para que una prueba pueda surtir efectos en el proceso al que se incorpora, ha de comprobarse en este que se han verificado to-

das sus condiciones. En caso contrario, no es posible incorporarla y ser utilizada. Y es a quien la alega a quien compete acreditar la legalidad si la misma es puesta en duda por la contraparte. Y, evidentemente, como se dijo, que no sea posible fraudulentamente calificar de documento una testifical o pericial por ejemplo, pues ello significaría frustrar su cualidad y eludir el cumplimiento de las condiciones propias de la naturaleza de cada medio de prueba. Como si, por ejemplo, se incorporara una declaración ante la policía, sin abogado, como documento.

El Tribunal Supremo español, en la decisión dictada en el Pleno no Jurisdiccional de 26 de mayo de 2009, afirmó que:

> "En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal....cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada".

Es, pues, el interesado quien debe acreditar la legitimidad de la prueba incorporada, no el imputado si impugna la misma. Y no cabe presunción alguna al respecto, menos en un procedimiento no contradictorio, con testigos anónimos y secreto.

En este sentido, por exigencias constitucionales, toda prueba debe ser practicada con contradicción, la propia de cada acto, que es diferente según el concreto medio aportado y por el que debe tramitarse. Si falta dicho requisito constitucional, la prueba no puede ser traslada o ha de ser practicada de nuevo.

Indefensión se produce cuando se atenta al principio de contradicción con efectos insubsanables (STC español 48/1986, 23 de abril), como sería el caso de una aportación testifical cual documento, a través de un medio inadecuado a su naturaleza, impidiendo la defensa oportuna.

Indefensión, pues, es más que derecho de defensa, alcanzando a todas las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, el acceso al proceso en condiciones de igualdad, con contradicción plena y que la preste un órgano imparcial sometido a los principios de la lealtad y la buena fe procesal. Y ese acceso en tales condiciones no es efectivo cuando se parte de elementos indiscutibles, obtenidos irregularmente a los que se quiere dotar de valor absoluto.

Indefensión es, evidentemente, toda infracción de la defensa entendida en sentido amplio, desde el menoscabo a la participación en actos procesales concretos, el de realizar alegaciones y recurrir, el de utilizar los medios de prueba pertinentes o el de oponerse a los aportados por la otra parte o el Estado, así como el de recurrir toda resolución frente a la quepa actuar en este sentido (SSTC español 48/1984, 4 de abril; 16/1983, 23 de abril; 89/1986, 1 de julio).

- El tribunal, una vez incorporada la prueba y verificados los requisitos que la misma de reunir en el proceso ordinario al cual se ha trasladado la prueba, goza de plena libertad de apreciación, sin que quede vinculado a lo acordado en el proceso de origen. Es posible, pues, que lo aceptado allí no lo sea aquí y viceversa.
- En el proceso al cual se traslada la prueba se han de cumplir plenamente los requisitos propios de cada medio de prueba. Así, toda testifical ha de ser sometida a contradicción y, siendo la de un coimputado, corroborada por elementos externos que avalen la utilidad de la misma para probar el hecho. O, lo que es lo mismo, en el proceso de destino la prueba debe verificar y cumplir la totalidad de las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, así como la legalidad de cada acto probatorio. Las excepciones que puedan servir para un procedimiento especial quedan reducidas a ese procedimiento, sin que puedan ampliarse al ordinario cuando la ley mantiene sus exigencias al respecto o las excepciones chocan con las reglas constitucionales o las legales que constituyen la base del proceso acusatorio, sus principios básicos.

3.3.1. Problemas derivados de la incorporación de actuaciones provenientes del procedimiento por colaboración eficaz

Como se ha tenido ocasión de exponer de forma reiterada, el problema más grave del procedimiento –se insiste en que no proceso–, por colaboración eficaz, es su falta de contradicción, la inexistencia de partes en sentido estricto, de esa dualidad de posiciones que constituye la esencia del proceso, que es inherente a su propia estructura y existencia. No es el de colaboración eficaz un proceso, sino un mero procedimiento, una tramitación de un acuerdo entre dos sujetos que no son partes en sentido estricto pues tampoco cabe hablar de pretensiones y resistencias.

Es por ello por lo que cabe poner en duda que se puedan trasladar las actuaciones de este procedimiento al ordinario de forma automática, en tanto las normas que regulan ese traslado se refieren siempre a procesos conexos, a auténticos procesos en los que rigen los presupuestos propios de éstos y en los que, por tanto, la transferencia de material de uno a otro no plantea problemas de gran entidad, pues en ambos casos se respetan.

No obstante, y aun en el ámbito del proceso, es sabido que existen determinadas diligencias no contradictorias, en fase de instrucción y que pueden ser incorporadas a otros procesos, aunque en el de origen no se haya constituido la parte pasiva, cual podría suceder con un proceso archivado por no haber identificado al autor de los hechos.

Pero, esta hipótesis no se verifica en el procedimiento por colaboración cuando es conexo de otro, aunque sí puede serlo cuando es causa de la iniciación. Si en este segundo cabría admitir alguna excepción en materia de diligencias materiales y objetivas e irreproducibles, nunca en el primero, pues constituido el contradictorio, no puede ser omitido en una vía alternativa, tal vez en fraude de ley y en todo caso de modo injustificado si lo que se pretende es que la diligencia produzca efectos en el proceso principal. Si ambos se tramitan coetáneamente, no es aceptable que se ejecute un acto en un procedimiento sin contradicción para que sea eficaz en otro contradictorio.

Un estudio detenido obligaría a esta diferencia, con consecuencias directas, lo que no procede en un artículo, siempre breve, máxime cuando su objeto es otro distinto y este particular se afronta solo tangencialmente.

En resumen, parece claro que no es aceptable sin ofrecer muchas explicaciones y todas ellas siempre voluntaristas, asumir como posible la práctica de diligencias sin contradicción cuando ésta es posible y dotarlas de valor por razones que, sean o no éticamente válidas, no lo son procesalmente o constitucionalmente. No puede un procedimiento especial no contradictorio servir como argumento fraudulento para eludir la contradicción y anular de hecho el proceso penal.

En consecuencia, no parece arriesgado afirmar que las normas que regulan el procedimiento por colaboración eficaz en el Código Procesal Penal de 2004 o en DS, deben ser moderadas atendiendo, en primer lugar, a cada suceso y la actuación llevada a cabo, rechazando cualquier elusión de com-

portamientos fraudulentos; y, en segundo lugar, aplicando en todo caso a la prueba trasladada los requisitos que la ley marca para la prueba, sin excepción alguna.

Y esto no significa que se haga fracasar el procedimiento especial, sino solo ceñirlo a su finalidad concreta. Lo contrario, como sucede con reiterada frecuencia sí es infringir el proceso ordinario mediante una fórmula tantas veces usada de modo ilícito, como aceptada es esta posibilidad. Lo que debe hacer meditar y evitarse es esto último, no lo primero que es improcedente bajo premisas procesales y constitucionales.

a. Elementos de convicción

Los arts. 476 A del Código Procesal Penal de 2004 y 45 DS afirman que los elementos de convicción derivados de las diligencias de corroboración se podrán aportar al proceso previa decisión dejada en manos del Fiscal. Conforme a las normas, sin más precisión, es el Fiscal el que decide libremente si utiliza o no este material.

Una cosa aparece clara, y es que solo se pueden aportar las diligencias derivadas de los actos de corroboración, pues, como se dijo anteriormente, el uso de lo actuado en el procedimiento especial se subordina a que éste haya concluido. Lo que se puede trasladar es lo que derive de las diligencias de corroboración, no otras cosas o elementos.

Ahora bien, esta afirmación legal no es, ni puede ser reclamada sin mayores explicaciones, dado que tales diligencias han sido practicadas sin contradicción alguna y gozan de una naturaleza determinada.

La norma, realmente, no autoriza, ni valida las diligencias, sino que se limita a establecer que es el Fiscal el que decide lo que va a utilizar, pero sin que este precepto se pueda entender como habilitación de cualquier diligencia. El fiscal decide proponer, no otro sujeto o autoridad y el juez del proceso aceptará o no en atención a la validez de lo pedido y a su sujeción a la ley.

De esta manera, si las diligencias son repetibles, deben repetirse con contradicción, conforme se desprende del art. 383 del Código Procesal Penal de 2004. Conforme a esta norma, solo se pueden leer en la vista las diligencias objetivas e irreproducibles que lo sean per se y en modo alguno las que no se hayan reproducido pudiendo serlo y siempre que se hayan practicado

conforme a las disposiciones legales. En este sentido, pues, los elementos de convicción trasladables son solo los que se hayan practicado conforme a las exigencias legales y sean irreproducibles, además de incorporar informaciones materiales u objetivas.

Por elementos de convicción no pueden entenderse las diligencias o pruebas personales en caso alguno o los materiales que exijan una práctica contradictoria. Solo, pues, los que no sean contradictorios en origen, materiales, objetivos e irreproducibles.

No acaban aquí las reglas que deben establecerse, pues el procedimiento por colaboración eficaz no puede utilizarse como medio fraudulento de exclusión del proceso penal y sus garantías.

A las normas indicadas, vigentes, hay que añadir una especial diligencia del órgano judicial del proceso al que se trasladan los actos, que debe analizar la situación en cada caso y, concretamente, tratándose de procesos conexos, si el Ministerio Fiscal desvió ciertos actos al procedimiento especial para burlar o eludir las condiciones del ordinario.

Y es que, coexistiendo un proceso y un procedimiento, no deja de estar vigente en el primero el art. 84 del Código Procesal Penal de 2004, que no se excepciona expresamente y afecta a un derecho fundamental solo limitable por medio de una ley. De este modo, permanece plenamente en vigor el derecho del abogado a participar en todos los actos de investigación conforme a la norma aplicable. De este modo, el juez ha de valorar si una diligencia irrepetible lo ha sido por el uso abusivo del Ministerio Fiscal que ha generado la irrepetibilidad de forma negligente al menos, porque en tales casos la diligencia no sería válida como prueba, al no poder leerse en la vista, conforme al art. 383, que no sirve para subsanar la mala fe o la falta de diligencia que engendran indefensión o eluden la contradicción debida.

En definitiva, el procedimiento por colaboración eficaz no es, ni puede servir como cauce artero para eludir el proceso común y sus garantías básicas.

b. Declaraciones de los coimputados

Mucho más complejo es todo lo referido a la aportación al proceso de las declaraciones de los llamados testigos, que son en la mayoría de los casos

y de acuerdo con la naturaleza del procedimiento especial, auténticos coimputados cuyas manifestaciones han de sujetarse a requisitos muy especiales (art. 158 del Código Procesal Penal de 2004).

La legislación especial es tan confusa, como inaplicable en sus términos expresos, que contienen referencias procesalmente inadecuadas y que trastornan los conceptos básicos del Derecho procesal y que, a su vez, contiene infracciones a la norma común y a los derechos poco justificados.

Parte, sin duda, la legislación especial, de la idea del valor de las declaraciones de los coimputados prestadas en el procedimiento especial. Y así, en los arts. 476-A y 481-A del Código Procesal Penal de 2004 y 45 y 48 DS, se viene a establecer, con matizaciones y diferencias, casi a veces con cierta prevención, pero sin ocultar la pretensión de dotar de valor directo e inmediato a dichas manifestaciones obtenidas, no se olvide nunca, previo pago de un beneficio, no espontáneas, ni gratuitas. Declaraciones, por tanto, sospechosas per se y siempre puestas en duda por la misma ley y la jurisprudencia, como acredita el art. 158 del Código Procesal Penal de 2004.

Es posible afirmar, como punto de partida, a la vista de la confusa regulación especial y de la vigencia de la Constitución y el Código Procesal Penal de 2004, que las declaraciones prestadas por los coimputados en el procedimiento por colaboración eficaz carecen de todo efecto probatorio si son trasladadas documentalmente al proceso común o por vía testifical no ordinaria, es decir, no practicadas por declaración del coimputado en el juicio contradictorio.

El art. VIII del Código Procesal Penal de 2004, que contiene reglas absolutas vinculadas a la esencia del proceso penal y vinculadas a mandatos constitucionales, no permite excepciones en el proceso penal que excedan los principios básicos sobre los que se sustenta, sobre los que conforman la noción misma de proceso.

Y así, por un lado, esta norma, veda la valoración como prueba de todo medio obtenido por procedimientos constitucionalmente ilegítimos. Y, sin duda, lo es una declaración de un coimputado o testigo no sometido a contradicción.

Como ha sostenido el TC español (STC 187/2003, 27 de octubre entre otras), podría concederse valor probatorio a una declaración testifical o de

parte anterior al juicio sin contradicción, pero siempre que ésta, posteriormente, se posibilite en el acto de a vista. En tales casos, evidentemente, el valor esencial lo tiene la declaración plenaria, siendo la anterior un referente para valorar la credibilidad o las posibles faltas de coincidencia sustancial o pérdidas de memoria.

Pero, la regla es siempre dotar exclusivamente de valor probatorio a las declaraciones practicadas con contradicción, negándola a las que no respetan este principio esencial.

Por otro lado, este mismo art. VIII del Código Procesal Penal de 2004, de forma expresa, prohíbe que la inobservancia de cualquier garantía constitucional pueda ser utilizada contra el procesado, de modo que es evidente que la ausencia de contradicción, de defensa, no puede en caso alguno perjudicar al imputado o acusado.

3.3.2. La utilización de las declaraciones de los coimputados o testigos como prueba de cargo

La legislación especial, contra la Constitución, la ley común, los Tratados Internacionales y la jurisprudencia universal, así como contra conceptos básicos del Derecho procesal que se desconocen y en un afán inquisitivo que, pudiendo ser comprendido desde el punto de vista de la lucha del Estado contra la delincuencia, ha de ser rechazado por el método utilizado a tal fin, parte de premisas diferentes que han de ser analizadas con cierta atención, aunque aquí se haga muy resumidamente.

El art. 476-A del Código Procesal Penal de 2004 establece que compete al Fiscal decidir si aporta las declaraciones en forma de testimonio, esto es, como documento, si bien se afirma que el Juez lo valorará atendiendo a las prescripciones del art. 158 del Código Procesal Penal de 2004.

Por su parte, el art. 45 DS, considera que las declaraciones del procedimiento especial pueden ser aportadas como prueba documental, o no documental, pero considerándolas prueba anticipada, es decir, dotándolas de pleno valor y sin necesidad alguna de ser reproducidas o reiteradas.

Es de una evidencia innegable que las declaraciones de los coimputados o testigos practicadas en el procedimiento por la colaboración eficaz no constituyen prueba anticipada alguna. No concurren en las mismas los requisitos

que habilitan y cualifican una declaración como tal conforme a lo establecido en el art. 242 y ss del Código Procesal Penal de 2004, norma a la que hay que atender para calificar una declaración de anticipada y que parece haberse ignorado por el legislador que concede esta cualidad a lo que no lo es forzando la letra de la norma y el concepto procesal hasta límites insospechados.

En principio, podría ser y considerarse una prueba anticipada cuando existiera en el caso un concreto riesgo, no genérico, de que el declarante quedara sometido a presión o amenaza para no declarar o hacerlo falsamente; pero, a su vez, no podría actuar como testigo anticipado aquel al cual se le concediera este régimen simplemente por el hecho de haber declarado a cambio de una ventaja o beneficio. Si el beneficio al declarante no procede del exterior, sino del Estado, no puede éste conceder al testigo o coimputado una condición derivada precisamente de su ventaja (art. 242,1-A del Código Procesal Penal de 2004). En resumen, pues, no cabe considerar como anticipada una prueba si no concurre en el caso un concreto peligro de que el declarante pueda negarse o alterar su declaración y estas circunstancias han de probarse y acreditarse debiendo los tribunales rechazar aquellas en las que no concurran estos elementos.

Pero, aún en este caso, en modo alguno una declaración prestada por un coimputado o testigo en el procedimiento por colaboración eficaz, sin garantía de la defensa, puede alcanzar el rango de prueba anticipada. Y es que esta prueba, que no es otra cosa que un adelanto de la que se practica en la vista y con sus mismas condiciones, exige la intervención de la defensa (art. 245 del Código Procesal Penal de 2004). De este modo, siendo así que en el procedimiento por colaboración eficaz no se respeta la defensa, no se puede hablar, ni por aproximación de prueba anticipada, sino solo de diligencia del Ministerio Fiscal sin más valor que el de acto de investigación.

Tampoco, en caso alguno, podría la declaración ser reproducida en el juicio mediante su lectura. Pues conforme a lo previsto en el art. 383,1-D) del Código Procesal Penal de 2004 las declaraciones prestadas en la fase de instrucción ante el Ministerio Fiscal solo podrán ser leídas en el juicio si se ha garantizado la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, lo que es imposible en el procedimiento especial porque en el mismo no participa la parte imputada.

Tampoco, conforme a lo previsto por el art. 476-A del Código Procesal Penal de 2004, pueden las declaraciones de los coimputados y testigos ser aportadas por medio de testimonio, como prueba documental por tanto.

En primer lugar, porque no son documentos, sino documentación de actuaciones orales, de modo que han de articularse como tales, por la vía probatoria que corresponda, no la documental de manera fraudulenta. Siendo así que no cabe su aportación por vía documental, ha de plantearse si cabe que se incorporen, mediante acta, pero respetando su naturaleza testifical o de imputado.

No existe supuesto alguno en el art. 383 del Código Procesal Penal de 2004 en el que se pueda incluir este caso. No es prueba anticipada, no es prueba documental, no es una diligencia objetiva y material irrepetible o irreproducible y, como se comentó anteriormente, siendo una declaración prestada ante el Ministerio Fiscal, lo ha sido sin la debida contradicción.

En conclusión, a pesar de lo establecido por el art. 476 del Código Procesal Penal de 2004, no existe vía alguna procesal por medio de la cual puedan introducirse estas declaraciones en la vista, ni por vía testifical, ni por la documental.

Tampoco cabe por tanto introducir tales declaraciones por vía documental por lectura de las mismas. No hay norma que ampare esta posibilidad.

Un problema adicional y mayor se plantea con las disposiciones del Código Procesal Penal de 2004 y el DS al respecto de la llamada reserva de identidad, de la posibilidad de negar esa comunicación al imputado. De este modo, el art. 476-A del Código Procesal Penal de 2004 dispone que podrá reservarse la identidad del colaborador si existiere riesgo para su vida y el art. 46 DS multiplica esta prevención, pues al hecho de la reserva de identidad añade la declaración por medios interpuestos que impidan el reconocimiento.

La norma, pues, para la legislación especial, es que el declarante puede permanecer en el anonimato en todo momento, de la fase de instrucción, intermedia y el juicio, siendo desconocida su identidad para el acusado. Y esto vale tanto para los fines de adopción de medidas restrictivas derechos o coercitivas, como para la condena.

En una línea parecida se sitúa, curiosamente, el art. 248 del Código Procesal Penal de 2004 que, entre las medidas de protección de testigos establece la reserva de identidad, la cual, a la vista del apartado 2-G, parece que puede, no debe, mantenerse o sustituirse en el juicio por la declaración oculta.

Algo merece la atención y que no ha sido destacado. Y es que, aunque se admitiera la declaración de un testigo anónimo para proceder a la condena de un sujeto, no podría hacerse lo propio de un coimputado que debe ser condenado. Y una sentencia condenatoria no puede ser dirigida contra quien no está identificado. Deberá meditarse al respecto de una legislación tan compleja como dudosa de su constitucionalidad y avanzar en la protección de testigos. Porque, el procedimiento por colaboración eficaz traslada a los coimputados normas que son propias de los testigos, lo que no parece posible por el carácter dual de aquellos. Mantener el anonimato de los testigos presenta problemas muy superiores a los que entraña atribuir este carácter a un coimputado, acusado y posiblemente condenado, que se sitúa en una suerte de situación de rebeldía.

La declaración de testigos o coimputados anónimos está absolutamente prohibida en el ámbito del TEDH sin condiciones. Este tribunal internacional de protección de los derechos humanos siempre reconoció la importancia de proteger a los testigos, especialmente cuando se trata de delincuencia organizada, así como ha mostrado la necesidad de implementar mecanismos que coadyuven a la colaboración para luchar contra esta lacra. No obstante, había dejado claro que ello no es compatible en caso alguno con la existencia de testigos anónimos, pues la falta de conocimiento de la identidad de los declarantes priva a los acusados de su derecho de defensa (SSTEDH, entre otras, KOSTOVSKI, 20 de noviembre de 1989; WINDISCH, 27 de septiembre de 1990; LUDI, 15 de junio de 1992). (STC español 64/1994, de 28 de febrero). Otra cosa es el testimonio oculto, siempre que permita la debida contradicción, es decir, el desarrollado mediante sistemas tecnológicos u otros que impidan la visión del acusado o el contacto directo (STC 64/1994).

La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, española, en su art. 4 prevé expresamente la obligación de proporcionar a los acusados la identidad de los declarantes, testigos o peritos, si lo solicitan en el juicio. En caso contrario, la declaración será considerada nula.

No obstante, debe reconocerse, esta teoría inicial, ha sido matizada posteriormente por el mismo TEDH e incluso por el Tribunal Internacional sobre Yugoslavia, entendiendo que es compatible con un juicio justo el anonimato, incluso en el juicio oral, pero siempre que la identidad sea judicialmente conocida y que se pueda interrogar directamente o por medio interpuesto al testigo a los fines de valorar su credibilidad[1]. Esta jurisprudencia, siempre sujeta a alteraciones, introduce elementos complejos, pero, en todo caso, obliga a un análisis del caso en el que el riesgo del declarante sea concreto y determinado, grave y que, en cualquier situación, se garantice la defensa. No cabe, por tanto, la simple lectura de las declaraciones, ni su incorporación como prueba anticipada. Es necesario que el abogado pueda interrogar al testigo o coimputado.

No podría, pues, en caso de tratarse de testigos o coimputados anónimos, hacer uso de lo dispuesto en los arts. 476-A del Código Procesal Penal de 2004, que permite la aportación documental de la declaración y, tampoco y art. 46 DS que permite la incorporación de la declaración como prueba anticipada, pues en estos casos no se sometería al declarante a interrogatorio por el defensor.

En resumen, tratándose de declarantes anónimos y en el supuesto en que estuviera debidamente justificada la excepción, es preceptiva la declaración contradictoria, no siendo posible en caso alguno la lectura de actas anteriores.

No obstante todo lo dicho, debe quedar claro que el anonimato solo sirve a los efectos del procedimiento especial, siendo necesario, pues, que el juez competente para el proceso común lo ratifique o declare para este proceso penal conexo o derivado, conforme a las normas aplicables y atendiendo a su potestad jurisdiccional, que no le puede ser negada por el Ministerio Fiscal. En consecuencia, pues, todo anonimato procedente del procedimiento especial quedará sin efecto en el proceso común si el juez no lo ratifica motivadamente.

Quien suscribe este artículo debe mostrar, no obstante lo dicho, su rechazo a estas nuevas tendencias, pues no es compatible el proceso penal con

---

1 Ver DEL CARPIO DELGADO, Juana. Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacional "ad hoc". Revista Penal. N.º 19-2007.

fórmulas que eliminan el contradictorio. En todo caso, de ser admitidas, solo deberían serlo una vez agotadas por el Estado las posibilidades de protección por vías diferentes y garantizando la defensa en lo posible y suficiente.

La cada vez mayor tendencia a reproducir el inquisitivo, que se aprecia en las decisiones de los tribunales internacionales y en las normas internas, supone un retroceso secular que nos aleja del humanismo propio de los sistemas democráticos y que es bien visto por tendencias de todos los signos políticos. El futuro es incierto e incluso sostener posturas como las que aquí se mantienen, hasta hace poco ortodoxas, son vistas y calificadas con escasa simpatía por quienes predican la vuelta al autoritarismo.

3.3.3. La utilización de las declaraciones y los elementos de convicción para otros fines distintos a constituirse en prueba de cargo

Dispone el art. 481-A del Código Procesal Penal de 2004 que las declaraciones prestadas en el procedimiento por colaboración eficaz pueden ser útiles en otros procesos. Del mismo modo, se expresa el art. 48 del DS, que, no obstante ciñe el precepto, más adecuadamente, a la finalidad de servir de base para la adopción de medidas coercitivas y de limitar derechos fundamentales.

Queda claro de la redacción de los títulos de tales preceptos y de su contenido, que las declaraciones que pueden ser utilizadas son solo aquellas corroboradas y, más parece incluso, que una vez concluso el procedimiento. Así se desprende de lo manifestado por el art. 48 DS que habla expresamente de "los elementos recogidos en la diligencias de corroboración" o las declaraciones "conjuntamente con los elementos de convicción" de tales diligencias de corroboración.

Como norma, pues, solo pueden ser útiles a los efectos de las normas citadas, las diligencias personales corroboradas y las materiales derivadas de las diligencias de corroboración, careciendo de todo efecto las declaraciones no corroboradas, es decir, no culminadas en un acuerdo, pues la corroboración implica la suscripción del acuerdo y solo se entiende plenamente corroborado aquello que se acepta a los fines de concluir el procedimiento. Esa es la finalidad exclusiva de la corroboración que se lleva a efecto en el procedimiento especial, ninguna otra que exceda de esta finalidad limitada y, no se olvide,

no firme en tanto revocable. Por el contrario, la que deriva de la prueba que puede fundamentar una sentencia condenatoria es mayor en la medida en que la resolución que pone fin al proceso, si alcanza firmeza, alcanza los efectos de la cosa juzgada material.

Los preceptos reseñados establecen, pues, la utilidad del material obtenido en el procedimiento especial a los fines de limitar derechos y adoptar medidas coercitivas. Esto significa o se traduce en dos concretas consecuencias: la de que sirven como indicios para adoptar actos de investigación, como imputación suficiente para decretar la restricción de derechos, tales como el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio y, parece ser, que también podrían servir para constituirse en *fumus boni iuris* de las medidas cautelares personales procedentes.

Estas normas tan amplias, requieren, no obstante, alguna matización, pues no son idénticas las exigencias procesales y constitucionales en los supuestos indicados, que se traducen en invasiones de los derechos distintas y provocan efectos procesales no coincidentes. Una norma tan genérica debe ser moderada en su entendimiento y adoptada a cada situación.

En este sentido, como ya se indicó, no parece que estas diligencias o declaraciones puedan servir como base indiciaria que colme el *fumus boni iuris* de la prisión provisional que, al traducirse en una anticipación de la condena, impone el respeto a los mismos requisitos que la prueba de cargo. Y el art. 158 del Código Procesal Penal de 2004 confirma esta afirmación. Lo que hace a su vez el art. 481-A del Código Procesal Penal de 2004 que supedita el uso de las declaraciones del procedimiento especial al respeto de la norma contenida en el mencionado art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004. Y la corroboración exigida no puede ser, como ya se indicó, la prevista en el procedimiento por colaboración eficaz tendente solo a asegurar la credibilidad en abstracto del testigo, pues esta corroboración, al no existir un objeto procesal determinado, el cual es propio de otro proceso, el común, queda limitada, obviamente, al control de la credibilidad del declarante o es excesivamente amplia. La credibilidad del declarante no es abstracta en lo que se refiere al requisito establecido en el art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004, que es objetiva y externa y que debe relacionarse con los hechos investigados. Y es claro que en el procedimiento por colaboración eficaz no existe

una pretensión conformada o en formación, pues su objeto es meramente el de conceder o no un privilegio.

Por tal razón, la corroboración a efectos de cumplimiento del art. 158.2 y del art. 476-A del Código Procesal Penal de 2004, es siempre externa, objetiva y distinta y adicional a la que se impone en el procedimiento por colaboración eficaz.

Las normas peruanas, interpretadas conjuntamente, no hacen otra cosa que confirmar lo que establece el TEDH en el caso LABITA contra Italia, anteriormente citada, sentencia asumida por el TS español en sus sentencias de fecha 23 de marzo de 2017, 1 de julio de 2013 y 5 de noviembre de 2003, igualmente citadas en apartados anteriores.

Los elementos de convicción derivados de las diligencias de corroboración pueden ser utilizados a los fines dispuestos en las normas citadas. Como imputación o como *fumus boni iuris* de las medidas cautelares.

No existe problema en principio para aceptar esta norma y su extensión, pero solo cuando se trate de diligencias materiales, objetivas e irrepetibles en las condiciones expuestas en un epígrafe anterior. Es decir, de diligencias que no hayan sido practicadas en el procedimiento especial, obviando el común, con el ánimo de eludir fraudulentamente el derecho de defensa. Pues, no se justifica que coexistiendo un proceso ordinario y un procedimiento especial, se practique una diligencia irrepetible sin defensa en este último y se quiera posteriormente validar en el ordinario.

Si ambos, el procedimiento especial y el proceso común, se tramitan paralelamente, no se puede utilizar una diligencia del primero, no contradictoria pudiendo serlo, cuando la defensa ha sido excluida al practicar un acto en el procedimiento de colaboración eficaz pudiendo ejecutarse en el común con todas las garantías.

En cuanto a las declaraciones sí pueden ser utilizadas como elementos que sirvan para fundar una imputación e iniciar una investigación u ordenar actos de esta naturaleza. Pero, en el caso de que se declarara la nulidad de la declaración, habría que predicarla de los actos derivados de la misma (arts. 149 y ss. del Código Procesal Penal de 2004). Como simples indicios, sin más consecuencias, pero dependientes de la validez de las manifestaciones.

Más dudoso es que pudieran servir para limitar derechos fundamentales, pues un acto obtenido infringiendo el derecho de defensa no parece adecuado para vulnerar otros derechos. No se compadece esta actitud con la proporcionalidad de la regla de los sacrificios al conferir al Estado una ventaja excesiva en relación con los ciudadanos imputados.

Y, definitivamente, no se podría, como se ha sostenido, utilizar en caso alguno una declaración no contradictoria como base para acordar la prisión provisional u otra medida cautelar que anticipara los efectos de una condena.

4. LA INEXISTENCIA EN EL CASO ANALIZADO DE UN *FUMUS BONI IURIS* DEBIDAMENTE ACREDITADO

Tras la exposición desarrollada en páginas anteriores, que centran el objeto del dictamen elaborado y exponen sucintamente las líneas generales jurídico procesales alrededor de los aspectos más complejos del procedimiento por colaboración eficaz y su incidencia en materia de valor de lo en el mismo actuado, es necesario pasar y adentrarse, con la brevedad y concisión exigida, en las líneas concretas en las que se sitúa la resolución dictada y comentada para, a partir de ahí, realizar la critica que ya se ha anunciado a una resolución judicial que, a juicio de quien suscribe este trabajo, no colma las exigencias del derecho a la libertad.

En este capítulo se entra, pues, sobre las anteriores exposiciones, no incluidas en el dictamen, a examinar el caso concreto analizado, dando, pues, un paso adelante en tanto la teoría se plasma y aplica a un caso individualizado y determinado. Se hará, no obstante, con una concisión mayor que la que se atribuyó al informe, pues la labor teórica, que anteriormente se incluía en este apartado, se remite al anterior. Solo se trata, por tanto, de aplicar a la realidad procesal de un caso dado, lo que la ley impone a juicio del autor.

Como ya se ha indicado y es sabido, sin que esto genere duda alguna, el art. 268 del Código Procesal Penal de 2004 exige, como requisito que agote el *fumus boni iuris*, la presencia de unos "graves elementos de convicción". Tales graves elementos de convicción, al margen de su entidad valorativa, que en todo caso ha de ser objetivamente seria en tanto basada en elementos contrastables fácticamente, no pueden basarse en meras sospechas. Los conceptos procesales contienen elementos suficientes para ser individualizados, de modo que indicio, en cualquier lugar en que la ley lo reclame, es elemen-

to objetivo y constatable (García Cavero), no mera inferencia subjetiva sin base cierta en datos verificables y probados.

No obstante, como se sostuvo en apartados anteriores, en este artículo no se va a abordar este concepto en lo que constituye su contenido objetivo o exigencias en orden a su racionalidad o suficiencia que determinen un grado determinado de convencimiento, pues este tipo de valoraciones son siempre vagas y poco reclamables en su aplicación concreta fuera de espacios especulativos. Basta con afirmar el concepto de indicio en el marco de una prueba circunstancial o indirecta y con ello la necesaria consistencia de elementos que excedan la mera percepción o creencia judicial, que no puede sustituir lo objetivo y acreditado.

Por el contrario, en este artículo, ya se avanzó, se trata de analizar la preceptividad de los graves indicios desde una óptica más objetiva, más procesal en el sentido de vincularla a las condiciones que ha poseer un indicio que sirva para justificar la prisión provisional. O, lo que es lo mismo, los requisitos que cada prueba debe reunir desde su contemplación objetiva y que son plenamente reclamables cuando se trata de acordar la prisión provisional en la medida en que esta siempre se traduce en una anticipación de la condena futura. Y es que, aunque la doctrina y la jurisprudencia avancen y profundicen en el significado intrínseco de la exigencia de la gravedad de los indicios, poco puede conseguirse si no se llega a objetivar tal exigencia. La tendencia actual de reconducir el proceso penal a valoraciones argumentativas, aunque se pretenda unificar criterios al respecto, tiene un valor determinado, pero insuficiente para colmar las necesarias imposiciones de la norma procesal penal. La objetivación, en tanto se traduce en seguridad jurídica e igualdad, evita una discrecionalidad que, aunque se ampare en razonamientos argumentativos y científicos, no autoriza a garantizar la uniformidad en las decisiones judiciales.

En esta línea parece moverse Neyra Flores que, tras desarrollar sus argumentos acerca de la entidad valorativa de los elementos indiciarios exigibles, culmina afirmando que lo que debe constar es un "juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos suficientes". Objetividad, pues, frente a elementos subjetivos y valorables desde la intimidad del convencimiento de quien haya de apreciarlos. Una objetividad que se ha de reconducir al concepto de indicio, su acreditación y la motivación suficiente

De la misma forma, SAN MARTÍN afirma que la demanda de graves elementos de convicción se traduce en un cierto grado de desarrollo de la imputación, en un alto grado de probabilidad de la comisión del hecho y de la presencia de todos los elementos típicos. Y llega a citar la STEDH FOX, CAMPBELL y HARTLEY, de agosto de 1990, que exige que la concurrencia de los elementos de certeza sea suficiente para convencer a un tercero de la realidad de los hechos. En esta definición se contienen elementos que tienden a objetivar la convicción, no obstante lo cual, como es evidente, es difícil pasar de la afirmación de lo subjetivo a una realidad en ocasiones compleja de acreditar. Por muchas reflexiones que se quieran hacer y por muchas construcciones argumentativas que se elaboren, el nivel de exigencia práctica no puede pasar de la apreciación de los requisitos objetivos que rodean la prueba y su motivación.

Es necesario, pues, prescindir, en este trabajo, que no en el análisis de la cuestión cuando ello proceda, del análisis valorativo de los indicios, graves o no, que tan pocos resultados ha proporcionado por su relatividad y a pesar de los esfuerzos que juristas destacados dedican a lo contrario y adentrarse en un terreno más objetivo, procesal, que desemboque en un nivel de exigencia común y general y que se desatiende cuando se sustituye por otro, subjetivo e incierto, en el que prima lo ponderable e inseguro, sobre lo legalmente establecido y no manipulable. Esto no significa, por supuesto, que ese análisis deba ser obviado; antes al contrario, no carece de importancia su desarrollo, pero no puede el mismo, como viene sucediendo, sustituir al irrenunciable y procesal de modo que lo valorativo pueda alterar el régimen legal procesal y anular de hecho la vigencia de la norma en sus aspectos positivos. Esta tendencia debe ser invertida y situar cada cosa en su lugar. Primero, las condiciones legales y objetivas que avalan la actuación procesal y, segundo, una vez confirmados estos extremos, la suficiencia valorativa. Lo racional o razonable no implica legalidad, siendo la apreciación de la suficiencia valorativa un estadio posterior a la comprobación de la objetiva, legal y procesal en concreto. En definitiva, pasar de poner la atención en el segundo elemento valorativo que en ocasiones se sobrepone o excluye al primordial y previo, netamente procesal y que constituye presupuesto de la validez de los actos que posteriormente se valoren.

Es por ello por lo que es ineludible atender, si se quiere entrar en un análisis eficaz, a los elementos externos de los indicios o instrumentos sobre

los que ha de basarse la convicción, en sus requisitos objetivos o condiciones legales, pues los mismos son constatables sin incurrir en apreciaciones subjetivas y poco seguras por opinables y mensurables conforme a la conciencia de cada cual.

Pues bien, en el caso concreto analizado, tales graves elementos de convicción se reducen en este asunto a la presencia de sendas declaraciones formuladas por dos coimputados, uno, determinado y otro, anónimo y no identificado. Ambos se han acogido a un procedimiento de colaboración eficaz, no concluido, es decir, en el cual no han sido todavía corroboradas las manifestaciones vertidas ni se ha otorgado el beneficio, ni se ha levantado el acta por el Ministerio Público o aprobado judicialmente, siendo los declarantes partícipes de los delitos imputados en cualquier medida, beneficiarios en su caso de la ventajas derivadas de una declaración inculpatoria. Y ambos han aceptado haber tomado parte en los actos imputados, de una u otra forma, difícil de concretar cuando el segundo no es identificado, razón que impide más concreción que la de considerarlo coimputado dada su intervención en los hechos y los beneficios que espera obtener de su colaboración en el proceso.

Los graves elementos que la resolución utiliza para integrar el requisito se reducen a dos declaraciones interesadas de dos coimputados, que conocen, dicen, los hechos de forma directa o referencial y que se contradicen en sus afirmaciones y dejan espacios vacíos sin explicar suficientemente. Uno de ellos, se insiste en el dato, anónimo, sin identificar, ninguno de ambos sometido a contradicción y en ambos casos sin que las declaraciones hayan sido sometidas a corroboración externa alguna. Esos son los datos, muy resumidamente, como debe hacerse atendiendo a una simplificación obligada que evite confusiones, sobre los que ha de analizarse si la resolución cumple con las exigencias legales. Y estos son los datos, más significativos de lo que aparentan, pues encierran elementos suficientes para su rechazo a los efectos que la resolución le atribuye. Y estos extremos sirven para rechazar el valor de actos ilícitos a los efectos pretendidos, sin necesidad de entrar a valorar su contenido, lo que queda vedado al no respetarse los presupuestos previos derivados de la legislación especial y la común. Una prohibición de valoración de instrumentos derivada de las infracciones cometidas a los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

Y estos datos han de analizarse atendiendo al carácter del procedimiento por colaboración eficaz y el valor de lo en el mismo actuado cuando se trata de incorporarlo a un proceso penal derivado o conexo. Ese análisis lo obvia la resolución que ordena la prisión provisional, que prescinde de toda mención a las normas que regulan un procedimiento autónomo con incidencia en un proceso penal, en el que se dilucidan responsabilidades penales y se acuerdan medidas privativas de la libertad.

Todos los razonamientos judiciales se resumen en pocas líneas que omiten considerar los elementos centrales de una situación procesalmente compleja, optando, por el contrario, por aceptar por la vía de hecho unas declaraciones que, como se verá, no podían ser utilizadas a los efectos de ordenar un ingreso en prisión provisional.

Afirma la resolución que se está en presencia de declaraciones de colaboración eficaz practicadas en procesos independientes y que éstos, conforme a la ley, se pueden incorporar a otro proceso bajo de acuerdo con el art. 478 del Código Procesal Penal de 2004. Sin más consideraciones acerca de si el procedimiento de origen está concluido y si los actos han sido sometidos a las condiciones que la propia legislación especial establece y, por supuesto, sin indagar acerca de si tales declaraciones pueden ser vertidas al proceso sin verificar la naturaleza del acto mediante el que se incorporan. Sin atender a la ley especial y la común se actúa mecánicamente sustituyendo un proceso penal ordinario por un procedimiento especial.

Para el Juez, sin otras consideraciones, cualquier declaración prestada en un procedimiento de colaboración eficaz, que se halla en fase de celebración y sin corroboración, es suficiente para integrarse como elemento de convicción en el proceso, sirviendo de base para acordar una prisión provisional. No valora el juez el hecho de que el procedimiento autónomo no ha concluido, que no han sido aceptadas las declaraciones, es decir, que no se ha producido una decisión que les confiera credibilidad. Y, tampoco entra el juez a analizar si el art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004 exige algo más que una actividad del Ministerio Público en un procedimiento autónomo cuyo fin es una corroboración con efectos limitados, no los de conferir valor procesal en un proceso en el que se dilucida una responsabilidad criminal.

Para el juez, la posibilidad de incorporación de las actuaciones a otro proceso, se traduce en una suerte de artificio para eludir el cumplimiento

del art. 158.2 (igualmente el art. 481-A), de modo que parece ser que todo lo trasladado se convierte en prueba documental perdiendo su naturaleza originaria y sin que en tal caso les sean exigibles las condiciones propias de su carácter testifical o de parte. No otra cosa podría decirse de esa alteración de las reglas establecidas en materia de pruebas personales y su traslación entre procesos. Porque, más allá de las normas especiales, ha de valorarse la incidencia de las comunes en esta materia.

La resolución acepta de modo casi expreso que las declaraciones no han sido corroboradas por elementos externos, pero, prescindiendo de las normas que regulan el proceso especial, equipara corroboración a coincidencia de las dos declaraciones y que cada una de ellas serviría como dato de afirmación de la otra. Una alimentación mutua que vendría para el Juzgado, contra la ley y la jurisprudencia, a integrar el requisito de validez de toda prueba de coimputados. Es decir, el juzgado omite por un lado considerar si en estos casos es obligada una doble corroboración, la del proceso especial que actuaría a modo de presupuesto para el uso del material que se traslada y la que pudiera ser exigible en el proceso penal común. Y ello, porque como se ha apuntado y se dirá, no parece que la corroboración a la que alude el art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004, que obliga al Juez, pueda ser la misma que la que lleva a efecto el Ministerio Público para pactar su acuerdo. Acepta, en suma, una declaración provisional del procedimiento por colaboración eficaz sin valorar si tales actos pueden ser traslados como condición objetiva y se pronuncia, en materia de corroboración de declaraciones, negando que sea obligada la culminación del procedimiento especial para poderse trasladas sus actuaciones. O, simplemente, no se lo plantea. Pero, es más, es que la propia legislación especial, al punto de aceptar las declaraciones de los coimputados, se remite al art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004, el cual, como es sabido, exige que la corroboración sea externa a la declaración, no entrando el juez a analizar si cabe por tal considerar otra declaración en el mismo sentido y condiciones. Una omisión incomprensible.

Y, en este sentido, en clara violación de las normas que rigen la necesaria corroboración externa de las declaraciones de coimputados, considera como tal la mera coincidencia entre las vertidas.

Da un paso más el juzgado en su compleja resolución, casi huérfana de análisis de las normas procesales, pero que construye una reglamentación

paralela sin base cierta y en exceso voluntarista. Así, estima que al ser los declarantes testigos directos, sus declaraciones no han de ser corroboradas, reservando, parece ser, esa regla de la corroboración, sin base legal alguna y contra la ley, que no permite esta interpretación desde ningún punto de vista, a las emitidas por los testigos de referencia. Una afirmación, pues, que implica una violación patente de las normas procesales, pues el mismo art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004 diferencia entre coimputados y testigos de referencia exigiendo en ambos casos la corroboración oportuna y debida.

Confunde, pues, el juzgado dos conceptos diferentes, el de coimputado y el de testigo de referencia, siendo así que la corroboración, aunque es predicable de ambos, a los segundos se les debe aplicar normas diferentes. Los coimputados, directos o de referencia, se han de someter a corroboración, aunque si se trata de testigos de referencia las normas imponen prohibiciones que impiden su declaración en todo caso. Un plus que se suma a la corroboración, no lo sustituye.

Ninguna reflexión, en fin, realiza el Juzgado acerca de los requisitos de este tipo de declaraciones, las de coimputados, en orden a su fiabilidad, especialmente cuando se trata de colaboradores eficaces y, de manera concreta, acerca de la contradicción debida, aunque sea a los solos fines de verificar la fiabilidad de los declarantes. La contradicción, el derecho de defensa en su doble aspecto de confrontación del fondo y de verificación de las condiciones de credibilidad en materia de coimputados, no merecen reflexión o indicación alguna por parte del juzgado.

Y es que, en materia de coimputados, no basta con la corroboración de las manifestaciones, siendo necesario analizar la coincidencia de requisitos que, aunque vinculados a esa credibilidad, la exceden, cuales son los referidos a la inexistencia de motivos de inculpación espurios. Y esa comprobación no se puede llevar a efecto sin la debida contradicción, pues como se verá exige conocer las relaciones entre declarante e imputado, en algunas ocasiones desconocidas. En suma, ni la ley, ni el juzgado, parecen atender a este segundo grupo de condiciones impuestas para la apreciación de la declaración de un coimputado, las cuales son reclamadas por la jurisprudencia integrando un conjunto de reglas de valoración objetivas que derivan del derecho a la presunción de inocencia.

Y, en fin, guarda silencio el Juzgado, aceptando las normas especiales sin mayores comentarios o reservas e incluso sin atender a las normas comunes, sobre el carácter anónimo de uno de los colaboradores eficaces, anonimato que no es irrelevante a los fines de servir como base de una medida cautelar. Y ese anonimato es compatible con el procedimiento de colaboración eficaz si se cumple con el mismo y se concluye su realización tras la debida corroboración. Otra cosa es utilizarlo sin que culmine y sin que se haya corroborado lo que se exige sea acreditado. Pues, es evidente que una declaración anónima no puede ser corroborada con seguridad en tanto tampoco puede el testigo ser sometido al necesario control de su veracidad y credibilidad por parte de la defensa en el procedimiento de colaboración eficaz, que no autoriza la contradicción por el hecho de la ausencia en el mismo del imputado. No siendo el procedimiento especial contradictorio, las declaraciones anónimas, carecen de efecto alguno. Las declaraciones de este tipo pueden ser eficaces en el procedimiento especial a los efectos de sus fines propios, es decir, el acuerdo entre Fiscal y declarante, pero no en un proceso común en el cual se exige contradicción, tanto para la condena, como para la adopción de cualquier medida restrictiva. No cabe, por tanto, incorporar la declaración anónima, no contradicha, al proceso común.

Todas estas cuestiones han de ser abordadas a continuación con la debida extensión, aunque se haga de forma resumida. Materia existe para profundizar y deseable sería que se hiciera en un aspecto tan crucial para el proceso penal cuando en el mismo se introducen procedimientos especiales represivos y excepcionales que atentan derechamente contra los principios básicos del proceso, los derechos fundamentales y la esencia de un modelo democrático en un Estado de derecho.

4.1. La incorporación de fuentes de prueba de un proceso a otro. El valor probatorio de cada elemento como dato vinculado a su naturaleza jurídica

Poco resta por decir al respecto de esta cuestión tras lo expuesto en páginas anteriores. Con base en lo ya relatado se puede ofrecer una respuesta al hecho de la incorporación de las declaraciones no corroboradas del procedimiento especial, como documento, al proceso común conexo.

El Juzgado considera que la incorporación de declaraciones prestadas en un procedimiento de colaboración eficaz a otro proceso es siempre posible

siendo indiferente que dicha incorporación se haga convirtiendo la declaración en otra cosa distinta. Esta postura, que tiene un cierto apoyo en la legislación especial es rechazable como ya se ha dicho, pues esconde o encierra un error de base que puede propiciar fraudes procesales de cierta entidad. Y siempre lo produce un procedimiento cuya finalidad es alcanzar datos con merma de derechos, legítimo, pero solo hasta un cierto punto.

Y es que, la declaración de un coimputado mantiene su naturaleza cualquiera que sea el proceso en el cual se produzca, de forma que en el mismo o en otro si se incorpora, mantendrá dicha naturaleza, siéndole exigibles los mismos requisitos que si fuera prestada directamente. No pierde su carácter, ni se ven reducidas las exigencias por el hecho de su práctica en el mismo o en otro procedimiento.

Bastaría de lo contrario, como afirma ROXIN con abrir diversos procesos para excluir la naturaleza de coimputado de del Código Procesal Penal de 2004 puesto en relación con el art. 45 del DS, que concede valor para servir de base a una prisión provisional solo a las declaraciones corroboradas y, en este sentido, limita la incorporación de estas declaraciones a las corroboradas. Y siempre con remisión adicional al respeto del art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004.

Las declaraciones de los colaboradores eficaces han de ser corroboradas para que el acuerdo alcance validez y eficacia, de modo que, si las mismas no lo han sido, ni siquiera producen efectos hacia el interior del procedimiento de colaboración eficaz (art. 476.2), mucho menos, pues, hacia el exterior. No pueden ser testimoniadas e incorporadas a otro procedimiento sin esa corroboración que les dota de valor y sin la cual carecen de toda aptitud para enervar la presunción de inocencia en fase de sentencia o en fase de adopción de una medida cautelar. Y así se pronuncia el art. 158.2 con carácter general y los arts. 476 y ss, con carácter particular para las declaraciones provenientes de procesos de colaboración eficaz.

Quiere ello decir que no pueden ser incorporados a otro proceso aquellos actos derivados de coimputados no corroborados; pero, si se hace, habrá que aplicar los arts. 158.2 y 481-A del Código Procesal Penal de 2004, negando valor a tales declaraciones para servir de base a una decisión de acuerdo de prisión provisional. Y, como se dijo, incluso adicionalmente, a la corroboración del procedimiento especial, habrá que añadir la que debe realizar el

Juzgado poniendo en relación la declaración con los hechos imputados, pues la credibilidad no se puede valorar nunca en abstracto, sino en relación con los elementos fácticos de la imputación, del objeto procesal, siendo así que el procedimiento por colaboración eficaz no tiene un objeto determinado.

No debieron ser incorporadas al proceso penal las declaraciones no corroboradas en el especial, de modo que si se hizo contra la ley, no se puede atribuir un valor que resultaría de una conducta ilícita procesalmente y un fraude de esta naturaleza.

Mientras se mantiene vivo el procedimiento de colaboración eficaz, el declarante asume esta condición procesal y debe someterse a las normas sobre dicha condición provisional. No puede ser, por tanto, considerado testigo, pues no lo es en tanto coimputado o sujeto a un procedimiento que, por concederle beneficios, le aleja siempre de la condición de testigo, ajeno a los hechos por esencia. Incorporar sus declaraciones no corroboradas y atribuirles carácter de meras testificales, como hace la resolución, es inviable e infringe no solo las normas de la colaboración eficaz, sino la esencia misma de la condición de quien depone como coimputado o interesado, no testigo. Porque, hacer uso de una declaración de un coimputado no corroborada supone convertir este medio en uno distinto.

Una doble vulneración se ha dado en el caso de la obligatoriedad de aportar cada fuente por su medio de prueba correspondiente. Por un lado, al haberse convertido la declaración de coimputados en testificales al no haber sido corroboradas; por otro lado, al aportarse como documental. Una doble transformación combinada de uso indebido que causa no sólo indefensión, sino nulidad radical de las declaraciones aportadas. Un artificio procesal que carece de base legal si se toma como referencia el conjunto de la normativa procesal y, especialmente, se respetan los conceptos e instituciones básicas del Derecho procesal que no pueden ser sustituidas por criterios abstractos y discrecionales tan en boga, como la ponderación, la proporcionalidad o similares, que sirven para corregir en favor del imputado la severidad de ciertas normas restrictivas de derechos, pero no para eludir la aplicación de la norma o para reducir la vigencia de los derechos o garantías. Volver al estudio del Derecho procesal, sus conceptos nacidos en el ámbito civil, procesal civil, es ineludible y así lo impone la seguridad jurídica. Por otro camino es fácil instalarse en la incerteza que lleva siempre a la sumisión de los ciudadanos a un

Estado tan poderoso, como ilimitado en su arbitrariedad, pues no se olvide que el proceso cumple un papel de limitación de ese poder absoluto que en un modelo democrático debe ser negado al Estado. Las apariencias progresistas que acuñan criterios con apariencia avanzada, ocultan una intención o abren la puerta irresponsablemente a soluciones opuestas. La realidad confirma estas palabras y debe marcar el camino.

En resumen, pues, las declaraciones prestadas se han de apreciar atendiendo a los requisitos que la ley impone en relación con las declaraciones de los coimputados, siendo irrelevante el dato de su incorporación a otro proceso, de su independencia procedimental. Un argumento el judicial que debe tenerse como no puesto por su irrelevancia a los fines de fundamentar la medida y la ilegalidad manifiesta de sus consecuencias, no solo legales, sino constitucionales, al violar gravemente el derecho a la presunción de inocencia dotando de valor probatorio, aunque sea a nivel indiciario, a aquello que carece de aptitud a tal efecto.

4.2. La falta de corroboración de las declaraciones de coimputados

Fuera de cualquier otra consideración adicional que se quiera realizar, un colaborador eficaz -cuando como sucede en el caso ha sido partícipe de los delitos que se afirman cometidos en cualquier grado de participación y de existir obviamente el hecho inculpado-, tiene la cualidad de coimputado, de modo tal que esta condición se ve reflejada en las normas que en Perú regulan la figura del colaborador eficaz otorgando a éste un estatuto que no difiere en nada del aplicable a todo coimputado. Y ello es así, de modo que las normas especiales han de ser interpretadas atendiendo a la naturaleza del acto procesal y acomodándolas a las comunes y a las garantías exigibles y propias de cada medio de prueba.

De esta manera, los arts. 472 y ss, del Código Procesal Penal de 2004 no hacen otra cosa que precisar un procedimiento mediante el cual el colaborador, normalmente partícipe en los hechos, recibe esta condición y determinados beneficios siempre que sus declaraciones sean corroboradas suficientemente. Una corroboración, la especial, que tiene como fin la concesión o no del beneficio y que no puede extender sus efectos al proceso común.

Pero, junto a las normas que disciplinan la validez de las declaraciones de los coimputados referidas a la corroboración externa, coexisten otras, de

origen jurisprudencial, que obligan a comprobar ciertas circunstancias en el coimputado que avalen esa credibilidad y que se relacionan directamente con el imputado, pues se basan precisamente en las existencia o no de razones subjetivas para mentir o no. Un doble control de credibilidad que no debe dejarse de lado cuando se trata de utilizar este tipo de declaraciones complejas.

Es sabido en este sentido que los coimputados constituyen una figura híbrida entre el testigo y el imputado en tanto declaran sobre hechos cometidos por terceros que, no obstante, al ser a su vez propios, implican la posibilidad de una autoinculpación (NOYA). Y que la intervención de esos terceros puede condicionar la del coimputado, de modo que las relaciones entre ambos son presupuesto de la valoración.

Es por ello por lo que la ley y la jurisprudencia, desde siempre, han establecido requisitos objetivos y subjetivos tendentes a asegurar la libertad de la declaración y la fiabilidad y veracidad de lo declarado.

Se establecen, pues, condiciones que se configuran como exigencias previas a la valoración misma de la declaración, requisitos previos o anteriores a cualquier actividad o resolución judicial que las tome como base. Son las demandadas máximas de la experiencia que funcionan a modo de criterios tasados de valoración de las declaraciones y que forman parte de las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, de modo que deben ser respetadas para poder ser valoradas a los efectos de una condena o de una medida cautelar.

Por ello, el principio de libre valoración de la prueba se condiciona en estos casos a una serie de requisitos objetivos y subjetivos que, previa valoración de la credibilidad, concluyen en la exigencia inderogable de la corroboración externa de tales declaraciones y de la expulsión de toda sospecha de parcialidad subjetiva, máxime cuando el colaborador coimputado se beneficia de su manifestación, cual sucede siempre en los casos de colaboración eficaz en los que, en tanto se verifica exactamente la sospecha acerca de la parcialidad del coimputado concretada en un beneficio determinado, esta corroboración es ineludible y estricta.

Como establece el Tribunal Supremo español en su sentencia de 1 de julio de 2013 que recoge una doctrina firmemente asentada, las declaraciones de coimputados se someten a las siguientes condiciones:

"La sentencia de esta Sala núm. 248/2012, de 12 de abril , siguiendo la núm. 1168/2010, de 28 de diciembre , entre otras, resume la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 233/2002 de 9 de Diciembre , 34/2006 de 13 de Febrero y 160/2006 de 22 de Mayo , entre otras) en relación a la aptitud de la declaración del coimputado en el proceso penal para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia cuando sea prueba única, en los siguientes enunciados:

a) La declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.

b) La declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia.

c) La aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.

d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.

e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.

f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado".

Permitir que un beneficiado declare sin corroborar sus manifestaciones es tanto como incurrir en riesgos que el proceso no puede permitirse. No controlar contradictoriamente la existencia de razones que excluyan la parcialidad, tampoco es aceptable. No conceder valor al requisito de la imparcialidad que exige no autoexculparse o beneficiarse y, a su vez, no imponer una corroboración estricta en sentido amplio, no se compadece con este acto de declaración especial y la presunción de inocencia y supone excesivas concesiones a los ánimos inquisitoriales y las demandas sociales de retribución inmediata de hechos no comprobados.

Sin esa corroboración externa, que la misma ley peruana impone reiteradamente (arts. 158.2, 475, 476, 481-A, etc.) del Código Procesal Penal de 2004, la declaración de un coimputado o de un colaborador eficaz cualquiera que sea el grado de su participación en los hechos, carece de capacidad para constituirse en elemento probatorio o de inferencia siquiera a los efectos de fundar una medida cautelar, pues no tiene aptitud para superar las exigencias que impone el derecho a la presunción de inocencia. (STC español 115/1998, de 1 de junio). En esta sentencia el TS español se muestra rotundo al afirmar que, sin esa corroboración, tales declaraciones carecen absolutamente de

valor a los efectos de constituirse en prueba de cargo, lo que, trasladado al proceso peruano, se traduce en imposibilidad de servir como elemento grave de convicción a los fines de una prisión provisional.

> "Así, pues, a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia".

Claro y rotundo se ha mostrado el TC español al respecto, para el cual, una vez analizadas las condiciones previas respecto a la veracidad, se deben corroborar las declaraciones de forma externa, siendo esta corroboración una condición esencial, un requisito ineludible, un presupuesto para la aptitud constitucional de este tipo de manifestaciones (STC español 49/1998, 2 de marzo; 69/2001, 17 de marzo; 207/2002, 11 de noviembre, 233/2002, 9 de diciembre).

Para el TC español, incluso, aunque se verificara la ausencia de razones para dudar de la fiabilidad, no quedaría excluido el deber de corroboración, pues en contra de algunas opiniones, esa apariencia de fiabilidad no puede ser equiparada a corroboración. Es decir, la credibilidad que merecen los coimputados no constituye corroboración. La credibilidad subjetiva no elude el deber de corroboración que viene a constituir un requisito externo que refuerza, validándolo, el examen de la licitud de lo declarado a efectos probatorios.

Esa corroboración ha de ser externa por propia lógica, ya que, en caso contrario, el doble test de control se reduciría por la vía de hecho a un solo, el subjetivo, ya que la coincidencia de declaraciones no pasa de ser una mera confrontación de posiciones que revelan el ánimo interno de cada uno de los declarantes.

> "De manera que incluso de verificarse la ausencia, en el caso que nos corresponde enjuiciar, de móviles autoexculpatorios o espurios.....no por ello queda dicha declaración exenta de sometimiento a la ulterior comprobación de si , en el plano objetivo, existen datos externos que la corroboren; ya que,....los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración –como pueden ser la existencia de animadversión, el mantenimiento o no de las declaraciones

en las distintas fases del procedimiento o su propia coherencia interna–, carecen de relevancia como factores externos de corroboración".

En resumen, solo son válidas las declaraciones de los coimputados en las concurran todas las exigencias destacadas, de modo que, especialmente y sin excepción alguna, las manifestaciones de los colaboradores eficaces no corroboradas no producen efecto alguno, ni siquiera hacia el interior del proceso de colaboración eficaz (art. 476.2), mucho menos a los fines de constituirse en base de una prisión provisional.

Y esta conclusión no parece discutible y el art. 481 del Código Procesal Penal de 2004 lo confirma en todos sus extremos pues, para el caso de no conclusión del procedimiento de colaboración eficaz niega todo valor a las declaraciones de los colaboradores, mientras que, por el contrario, otorga valor a lo actuado por terceros en dicho procedimiento o lo obtenido en el mismo. Es decir, que la ley es consciente plenamente del carácter dudoso de lo declarado por quien tiene un interés en el caso y solo lo avala cuando se confirma objetivamente lo que debe ser admitido con cautelas (TALAVERA ELGUERA).

Debe partirse de un dato cierto, cual es que en estos casos, las declaraciones son siempre "sospechosas". Se parte en todo caso de una presunción de sospecha, de duda, de modo que viene impuesto un especial deber de acreditación de veracidad y fiabilidad por quien propone la prueba, no al contrario. Cuando el declarante, arrepentido o no, se beneficia de su declaración se convierte inmediatamente en sujeto sospechoso, hace surgir una presunción que impone un deber especial de vigilancia y exigencias. Exactamente lo contrario que parece demandarse, de modo equivocado, al procedimiento de colaboración eficaz. Y así se ha expresado el TEDH en el caso LABITA contra Italia citado y establece explícitamente el TS español.

En la STS 1524/2003, 5 de noviembre de 2003, se señala lo siguiente:

"Se ha dicho que la declaración del coimputado es intrínsecamente sospechosa –STS 68/2002 de 21 de Marzo–, y más arriba hemos hecho referencia a las razones del porqué de tal desconfianza, que se acrecienta cuando el coimputado es un "arrepentido" y su testimonio se presta en el marco de un supuesto de delincuencia terrorista. Es entonces donde la declaración del coimputado plantea –en palabras de la STEDH en el caso LABITA contra Italia de 6 de Abril de 2000– "(...) delicados problemas ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana

concede a los arrepentidos o, incluso venganzas personales...." por eso, y para evitar que una persona sea acusada y detenida, continúa la sentencia, en base a afirmaciones no controladas y no siempre desinteresadas "....las declaraciones de los arrepentidos deben ser corroboradas por otros elementos de prueba...." –párrafos 156 a 159– ".

En la STS. 558/2013 de fecha 01 de julio de 2013, se establece que:

"El fundamento esencial de toda la jurisprudencia constitucional en esta materia está constituido por el principio de que la veracidad objetiva de lo declarado por el coimputado ha de estar avalada por algún dato o circunstancia externa que debe verificarse caso por caso, y ello porque su papel en el proceso es híbrido: es imputado en cuanto a su implicación en los hechos enjuiciados, y es un testigo en relación a la intervención de terceros, pero esta simultaneidad de situaciones desdibuja su condición de tal y por ello no se le exige promesa o juramento, y su contenido puede suscitar desconfianza por poder venir inspirado en motivos espurios de odio, venganza o ventajas para él derivadas de su heteroincriminación (...).

El Tribunal Constitucional sigue en esta materia la misma doctrina del TEDH que pone de relieve la problemática probatoria de la declaración del coimputado en relación con la figura del "pentiti" o arrepentido, propia del derecho procesal italiano pero incorporada a otros ordenamientos para la lucha contra la criminalidad organizada, señalando "que , por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana concede a los arrepentidos o incluso de tratarse de venganzas personales... .". Por eso el Tribunal exige que las declaraciones de arrepentidos sean corroboradas por otros medios de prueba (STEDH, LABITA vs. Italia, 6 de abril de 2000)".

En la STS 188/2017 de fecha 23 de marzo de 2017.

"Como concluye el Tribunal Constitucional en la Sentencia 102/2008 de 28 de Julio de 2008, recurso n° 7610/2005, la declaración del coimputado, en cuanto prueba «sospechosa no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal» (STC N.º 17/2004 de 23 de febrero) o, como dice en sentencias recientes «las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas». Y, en algunos momentos, cuida el Tribunal Constitucional de advertir ya la diferencia entre la credibilidad y la consistencia probatoria. Así cuando dice que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración –como pueden ser la inexistencia de animadversión, el persistente mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna– carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren.

Similar cuerpo de doctrina se expone en la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2008 de 21 de julio. En ambas por otra parte se advierte que la

declaración de un coimputado no puede servir de corroboración a la de otro coimputado.

Y en todo caso recuerda que lo corroborado no es la credibilidad sino el hecho declarado probado bajo exigencia de la garantía de la presunción de inocencia: (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 233/2002, de 10 de febrero, FJ 3; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1, y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6 y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1993, caso FUNKE C. FRANCIA).

Esa doctrina constitucional tiene correlatos en la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pueden consultarse a esos efectos las sentencias del caso LABITA contra Italia, de 6 de abril de 2000 en la que, para justificar la adopción de la prisión provisional consideró insuficiente las declaraciones incriminatorias del coimputado exigiendo que éstas estuvieran corroboradas por otros elementos de prueba. Y también la Sentencia del caso CORNELIS CONTRA HOLANDA, de 25 de mayo de 2004. En éste estimó suficiente la declaración del coimputado para descartar la violación del art. 6.1 CEDH porque aquél fue el único elemento probatorio en el que se había fundado la condena, ya que el órgano jurisdiccional había contado con otras pruebas de cargo. Y en la más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 148/2008, en la que tras reiterar la doctrina anterior se afirma nuevamente que los elementos de veracidad objetiva de la declaración –tales como la ausencia de animadversión, la firmeza del testimonio o su coherencia interna– no tienen relevancia como factores externos de corroboración Añadiendo que tal irrelevancia se resalta más, si cabe, si el coimputado declarante obtuvo un trato penológico favorable, en aplicación del artículo 376.1 del Código Penal, merced a su activa colaboración en la identificación de las demás personas que, junto con él, habrían participado en el delito contra la salud pública objeto de la causa. 3.- Que el coimputado delator obtenga de su estrategia procesal beneficios penológicos constituye una opción de política criminal compatible con la credibilidad de lo que el coimputado manifiesta. De mantenerse incompatibilidad entre el beneficio del acusado y el de la sociedad por su testimonio la opción de política criminal resultaría en gran medida neutralizada cuando la confesión afecta a otros sujetos diversos del delator. No parece menor la ingenuidad de quien niega la credibilidad por razón del beneficio, que la de quien admite aquella sometiéndola a contrastes como el de la exigencia de corroboración externa y objetiva. En definitiva es ese otro canon de la corroboración el que atribuye a la delación por un coimputado, siempre que ésta se produzca con los requisitos de validez, la consistencia presupuesto de eficacia para enervar la presunción de inocencia. Precisamente porque esa aceptación no se vincula exclusivamente a la credibilidad del delator, caben aceptaciones discriminatorias de lo que manifiesta. Por ello es irrelevante que algunos de los delatados por un coimputado sean tenidos por culpables y otros resulten absueltos".

TC español. Sentencia 69/2001, de 17 de marzo: "(...) la declaración del coimputado es, tanto por la posición que ocupa, cuanto porque no se le exige legalmente decir verdad, sospechosa".

No puede quien propone la prueba partir de una validez que la ley y la jurisprudencia niegan, de modo que las declaraciones no corroboradas son, en principio, ineficaces a cualquier efecto, no siendo el afectado quien debe acreditar su déficit de credibilidad. Es quien propone la prueba el que ha de acreditar ese carácter previamente, pues se presume inexistente. Es el fiscal quien tiene esa carga, que no privilegio. Y eso es lo que hace el art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004 que adquiere su explicación en este marco que no puede ser obviado en caso alguno.

Esa presunción de sospecha constituye la razón por la cual estas declaraciones se someten a un doble test de control: uno, que se puede denominar subjetivo o valorativo; otro, estrictamente objetivo e ineludible por ser incluso anterior y previo al más personal o individual.

Como se desprende de la jurisprudencia española citada, es previo a la corroboración externa el deber de realizar un test de fiabilidad. Ni la credibilidad se equipara a la corroboración, ni el análisis subjetivo elimina el posterior y externo, ni este último anula la necesidad del anterior, cualquiera que sea el orden que se siga en su realización.

No basta, pues, como se ha dicho, con la corroboración externa, sino que tales declaraciones han de ser sometidas a un análisis que acredite su veracidad más subjetiva, de manera que deben excluirse razones espurias en las declaraciones, a cuyo efecto han de valorarse por el tribunal motivos que incidieran en posibles falsedades, tales como las relaciones entre los declarantes, venganza o, más concretamente, interés en la inculpación de terceros para obtener un beneficio. Y ese análisis, por afectar directamente a circunstancias que inciden en el imputado, solo es posible si se respeta la contradicción.

Como conclusión, la llamada corroboración adquiere en el procedimiento especial de colaboración eficaz una triple dimensión:

- El Ministerio Público, debe corroborar las declaraciones a los efectos de concluir el pacto, con esa mera finalidad.
- El Juez ha de corroborar externamente las declaraciones poniéndolas en relación con los hechos imputados y los sujetos afectados.

– El Juez, a su vez, ha de confirmar la credibilidad de los coimputados, la inexistencia de parcialidad, lo que exige siempre la contradicción.

En resumen, pues, nunca puede ser trasladada una relación de coimputados sin corroborar al proceso común. Pero, éstas, para alcanzar valor probatorio o para servir de base de una medida cautelar personal que anticipe los efectos de una sentencia requiere la contradicción a los fines de excluir motivos o razones subjetivas de parcialidad, así como una corroboración externa amplia y relacionada con los hechos objeto del proceso.

4.3. Corroboración externa

La jurisprudencia constitucional española ha sido siempre rotunda al clarificar la forma y el contenido de las diligencias de corroboración y su alcance.

Se trata de que las declaraciones se vean ratificadas y verificadas por hechos, datos o circunstancias externas que corroboren su contenido, no estableciendo positivamente el TC español una relación de elementos que sirvan a tal efecto, aunque sí, negativamente, ha configurado lo que no es corroboración.

En la sentencia de Trbunal Supremo español 558/2013 de fecha 1 de julio de 2013:

> "d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.
>
> e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.
>
> f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado".

En todo caso, pues, ha de tratarse de elementos externos y objetivos, verificables y que tengan entidad suficiente para acreditar lo que ha sido declarado (STC español 69/2001, 17 de marzo; 80/2003, 28 de abril; 142/2003, 14 de julio; 72/2001, 26 de marzo; 181/2002, 14 de octubre).

Para el TC español, nunca, jamás, por ser interna y no verificable, puede considerase, corroboración, la declaración de otro coimputado coincidente con la que apreciada.

Así, en la STC 72/2001, de 26 de marzo, concluye negando la viabilidad de que las declaraciones de los coimputados tengan valor probatorio suficiente, al afirmar que solo constaban dos declaraciones de coimputados coincidentes y ningún elemento adicional más.

Más claro fue en la STC 181/2002, de 14 de octubre, en la que sostuvo:

> "[L]a circunstancia de que la condena se funde exclusivamente en las declaraciones de más de un coimputado no permite tampoco considerar desvirtuada la presunción de inocencia del condenado, siendo exigible en tales casos la mínima corroboración del contenido de esas declaraciones de la pluralidad de coimputados mediante algún dato, hecho o circunstancia externos a las mismas, esto es, la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima, a los efectos que venimos exponiendo, de la declaración de otro coimputado".

En consecuencia y contra los hechos que constituyen la base de este trabajo, no sirven a efectos de integrar los requisitos exigibles por el *fumus boni iuris*, las declaraciones de los colaboradores eficaces no corroboradas por elementos externos cuando el procedimiento de colaboración eficaz no ha concluido precisamente porque no se han corroborado las declaraciones a salvo las coincidencias, parciales, entre todas las vertidas. Coincidencias ineficaces a todos los efectos y, especialmente, a los de acordar la prisión provisional (art. 158 de Código Procesal Penal de 2004). Sustituir la corroboración exigible, incluso la proveniente solo del procedimiento especial, por la mera coincidencia de dos declaraciones no confirmadas, infringe no sólo el deber referido a que las declaraciones no han sido establecidas en su certeza provisional, sino el que impone que la corroboración ha de ser externa.

4.4. Las confusas determinaciones acerca del carácter directo de las declaraciones de los colaboradores eficaces

Contiene la resolución objeto que se comenta una referencia muy compleja y confusa acerca del carácter de testifical directa de algunas declaraciones de los colaboradores eficaces, carácter directo e inmediato al que el Juzgado atribuye la cualidad de no precisar corroboración alguna, siendo suficiente por sí mismo a los efectos del art. 268 del Código Procesal Penal de 2004.

Una disposición que no tiene base alguna en la ley y que, de hecho, hace desaparecer la condición de imputado y la de testigo de referencia, mezclan-

do ambos conceptos, atribuyendo al coimputado el valor de testigo y al de referencia, el de coimputado.

Con esta interpretación, que mezcla problemas y conceptos diferentes, omite la aplicación del art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004 y de normas referidas a cada clase de sujeto o declarante. Una forma de eludir la ley mermando las condiciones impuestas para la validez de las diferentes manifestaciones. Un error, en todo caso, que provoca consecuencias muy graves y serias. Y un erro forzado, en exceso aparente que no halla explicaciones plausibles fuera de servir de base para una decisión previamente adoptada.

Porque, al negar al testigo directo, aunque coautor de los hechos, la condición de coimputado convirtiéndolo en simple testigo, se omite aplicar las normas que avalan las declaraciones de esta figura compleja, intermedia entre imputado y testigo, especialmente el art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004. Pero, de la misma forma, al considerar al testigo de referencia como mero coimputado, resulta la aplicación al mismo del art. 158,2 del Código Procesal Penal de 2004, aunque se excluyan, posiblemente, las especiales contenidas en el art. 166 del Código Procesal Penal de 2004.

Esta confusión de conceptos, viene a confirmar que el Juzgado reconoce derechamente que carece de corroboración alguna de los elementos de los que dispone, de manera que acude a una alteración de las condiciones de los declarantes con el fin de servirse de elementos que, de cumplir la ley, deberían haber sido rechazados sin argumento alguno contrario. Una interpretación, pues, que encierra finalidades que deben ser analizadas con atención.

La resolución indica que un colaborador, coimputado, fue testigo directo de los hechos que manifiesta, mientras que otro, también coimputado, tuvo la doble condición de testigo directo en unos casos y de referencia de un determinado funcionario, en otros.

Y, el juzgado afirma que cuando los colaboradores declaran en calidad de testigos directos, sus manifestaciones no precisan de corroboración alguna, alcanzando fuerza suficiente por su relación directa e inmediata con los hechos. No tiene importancia, pues, la naturaleza del colaborador, sino su relación con los hechos, dejando la aplicación de la exigencia de corroboración reducida solo a los testigos de referencia o a los coimputados del mismo carácter.

El Juzgado, pues, antepone la calidad del testimonio, la percepción, a la condición procesal de coimputado, de colaborador eficaz y a los requisitos legales y constitucionales que se imponen a estos últimos, al margen de que se trate de perceptores directos o indirectos, lo que carece absolutamente de trascendencia en orden a la necesidad de corroboración de declaraciones afectadas por dudas en relación con la credibilidad o veracidad, dada la sospecha general que recae sobre este tipo de actos.

Confundir forma de percepción con carácter del deponente y obviar el requisito de la corroboración, que es independiente de la forma en que se ha adquirido el conocimiento, es algo más que un simple error, pues ninguna norma permite llegar a esta conclusión, antes al contrario, la rechaza.

Los colaboradores eficaces pueden ser coimputados o no serlo y, a su vez, perceptores directos o de referencia de los hechos. Y esa cercanía o lejanía de la fuente de conocimiento no afecta a su condición, ni a lo establecido en el art. 158.2, que no distingue.

Los testigos pueden ser directos, teniendo un valor determinado sus declaraciones o de referencia conforme establece el art. 166 del Código Procesal Penal de 2004, en cuyo caso sus declaraciones se someten a condiciones que se basan en la ausencia de elementos suficientes para confirmar la credibilidad e integridad de sus manifestaciones. Y así, deben señalar e identificar siempre al testigo principal, careciendo su declaración de valor si no lo hacen, no pudiendo, además, un testigo de referencia sustituir a uno directo.

Habiendo ya tratado las exigencias propias de la condición de coimputado y las normas de aplicación especiales y comunes, se debe ahora hacer una mención a las que vienen establecidas para los testigos de referencia, es decir, aquellos que transmiten una información que no han percibido directamente, sino que les ha sido comunicada por quien los ha adquirido personalmente y sin intermediarios.

Y la norma es clara al establecer requisitos para la admisibilidad de estos testimonios que tienen relación con sus especiales características. Se trata de prevenciones y prohibiciones que pretenden asegurar que al proceso llegue una versión de los hechos directa, no sometida a los riesgos de la falta de inmediación. Porque es evidente que el testigo de referencia expone lo que oyó, no lo que vio y, por tanto, lo que se le comunicó por quien percibió la

realidad, que bien la puede trasladar de modo erróneo o ser comprendida incorrectamente por quien es un simple tercero, cuando no manipulada por uno u otro, máxime si quien es testigo indirecto, adicionalmente, tiene un interés en obtener un beneficio determinado.

El art. 166 del Código Procesal Penal de 2004, por ello, ordena acudir con carácter preferente al testigo directo, el que conoce los hechos, no siendo en caso alguno posible sustituir a aquel por el de referencia.

El testigo de referencia, para la validez de su información, debe identificar al testigo directo, que no puede permanecer, pues, en el anonimato, indicando, además, las circunstancias en las que obtuvo la información.

Si el testigo de referencia se niega a proporcionar la identidad del directo, no será posible admitir su declaración.

En definitiva, la norma peruana no hace otra cosa que recoger la jurisprudencia emitida por Tribunales, como el TC español o el TEDH, que impiden la sustitución de los testigos directos por los de referencia, salvo que concurra una causa legitima, porque ello supone, en primer lugar impedir que se puedan confrontar las dos declaraciones y que el acusado pueda interrogar a los testigos que declaran contra él. Téngase en cuenta que el testigo de referencia declara lo que le han dicho, siendo de este modo que su conocimiento es siempre parcial y sujeto a sospechas sobre la veracidad, incluso, del directo (SSTC español 131/1997, 15 julio; 97/1999, 31 de mayo; 187/2003, 27 de octubre. TEDH, DELTA C. FRANCIA, 19 de diciembre de 1990; ISGRO C. ITALIA, 19 febrero de 1991; ASCH C. AUSTRIA, 26 de abril de 1991; WINDISCH C. AUSTRIA, 27 de septiembre de 1990; LUID C. SUIZA, 15 de junio de 1992).

La defensa solo es posible si se interroga al testigo directo por el conocimiento parcial de la realidad del indirecto, limitado a lo que se le ha dicho. La posibilidad de conocer la plena integridad de los hechos se ve fuertemente constreñida y la contradicción, muy limitada.

Los testigos de referencia, pues, deben someterse siempre a estas exigencias, en cualquier proceso y condición, sean o no coimputados. Y, conforme a lo dispuesto en el art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004, además, sus declaraciones deben ser corroboradas externamente con otras pruebas.

Es esta última una exigencia legal insuperable, la cual resulta de aplicación en todo caso, sean los testigos de referencia meros testigos, coimpu-

tados y declare o no el principal, pues la existencia de manifestaciones que pudieran ser contrapuestas o no coincidentes, impone que la declaración del referente sea corroborada externamente. No solo es aplicable el art. 158.2 del Código Procesal Penal de 2004 a los casos de declaraciones de los testigos de referencia si no comparece el directo, sino a los casos en que concurren los dos y especialmente cuando existan divergencias en las declaraciones. Es evidente, pues si no existen tales diferencias, la declaración del testigo de referencia carece de valor alguno y es prescindible.

Atendiendo a todo lo expuesto cabria concluir en el caso:

Las manifestaciones de los colaboradores que percibieron directamente los hechos no pueden ser sustituidas por las prestadas por los indirectos, es decir, que habría que prescindir en todo caso de estas últimas que carecerían de valor, lo que afecta derechamente a las vertidas por el colaborador de referencia en relación con lo que afirma le transmitió el funcionario. Dicho funcionario es conocido y debe ser interrogado. La negativa a comparecer o a ser llamado, anula la prueba vertida por el testigo de referencia, que es nula a cualquier efecto.

Las declaraciones del colaborador de referencia deben ser excluidas en lo que se refiere a las reuniones que afirma le refirió el funcionario que las celebró, el cual, testigo directo, es desconocido sin justificación alguna y contra el art. 166.2 del Código Procesal Penal de 2004, no pudiendo la declaración de este último ser sustituida por la de un testigo de referencia.

Y la pérdida de valor significa que carece del mismo absolutamente. De modo que no puede entenderse como prueba externa que sirva para corroborar las declaraciones del coimputado testigo directo. Un juego complejo e ilícito en el que la resolución incurre.

Como establece el TC español en su sentencia 68/2002, de 21 de marzo, la declaración de un coimputado referencial no puede sustituir nunca a la de otro, directo.

4.5. El derecho de defensa. La debida contradicción en declaraciones de imputación

Ya se ha expuesto en páginas anteriores el derecho de todo imputado a interrogar a los testigos o coimputados, incluso a los que lo hacen de forma

anónima. El derecho de defensa encierra uno particular consistente en el que se tiene a interrogar a los testigos de cargo. Solo tiene la consideración de prueba aquella que se practica conforme a los principios que le son característicos, esencialmente, la contradicción. Si se vulneran tales reglas, no puede hablarse de prueba en sentido estricto y la condena pronunciada sobre la base de tales elementos afectaría derechamente a la presunción de inocencia.

En este sentido, se expresa el Tribunal Supremo español, en su sentencia 900/2006, de fecha 22 de septiembre, al establecer que el control sobre la vigencia de la presunción de inocencia, se extiende al control de la actividad probatoria misma, a lo que denomina la "disciplina probatoria", al proceso de formación de la prueba y su atención a los principios que rigen la misma, los cuales coinciden con los requisitos que cada medio recibe de la legislación procesal aplicable.

> "Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, como precisa la STS. 299/2004 de 4.3 (LA LEY 12267/2004), el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad."

Resulta, pues, la contradicción un condición que confiere carácter probatorio a una fuente determinada al exigirse los mismos requisitos, salvo los propios del juicio oral a los que no alcanza la contradicción, para fundamentar un acuerdo de prisión provisional.

Podría hablarse, como se ha comentado anteriormente, de existencia de un cierto grado de confusión en el procedimiento de colaboración eficaz y

la valoración de las declaraciones resultantes del mismo en el proceso en que hayan de producir efectos. Porque, una cosa es que se llegue a un acuerdo con un colaborador a los fines de obtener una declaración y que la misma incluso sea corroborada, y otra, bien distinta, es el valor probatorio que dicha declaración ha de surtir en un proceso respecto de terceros acusados y que gozan de todos los derechos propios de su condición.

Que una colaboración eficaz sea aceptada, se reduce a que se suscribe un convenio por el Estado con unas consecuencias para éste. Pero, en modo alguno, ese acuerdo puede o da lugar a excluir los derechos de todo imputado en relación con la prueba derivados de la presunción de inocencia.

O, lo que es lo mismo, una declaración corroborada no excluye, ni puede excluir el derecho a que el afectado interrogue al declarante, cualquiera que sea su condición, sin que, en caso contrario, la declaración pueda servir para una condena o para decretar una prisión provisional. Que se alcance un acuerdo estatal no implica que esa manifestación quede excluida de la debida contradicción, careciendo de valor en caso contrario.

Y la contradicción no puede reclamarse en el procedimiento especial, no contradictorio por su propia esencia, pero sí en el común a cualquier efecto.

Y, por tanto, debe ponerse en duda toda disposición, incluso legal, que eluda la aplicación de este derecho mediante el recurso de convertir una declaración de coimputados en testificales anticipadas o documentales. Ya se habló al respecto.

No existe norma alguna que lo excepcione, siendo así que, al afectar a un derecho fundamental, no basta la jurisprudencia para restringir lo que el principio de legalidad impone. Y, en caso de contradicción entre normas vigentes, la legalidad constitucional impone aplicar preferentemente la que mejor salvaguarda los derechos humanos.

Que la norma no prevea la participación del coimputado inculpado en el proceso por colaboración eficaz, no significa que se le prive de sus derechos en orden a las exigencias de una prueba practicada con todas las garantías que cumpla con los requisitos del derecho a la presunción de inocencia. Como antes se comentó y se reitera, la no participación del afectado en el proceso de colaboración eficaz se atempera por sus derechos a interrogarlo una vez culmine el procedimiento y se lleven las declaraciones al proceso

principal debidamente corroboradas y levantadas todas las cautelas. Solo la infracción del procedimiento especial y el uso de las declaraciones sin corroboración permiten que se evidencie un proceso sin respeto a derechos y garantías fundamentales.

Esta exigencia es mucho más evidenciable en los casos de declaraciones de coimputados que, como ya se dijo, al ser sospechosas, deben ser sometidas a controles de veracidad y fiabilidad que versan sobre aspectos muchas veces referidos a las relaciones con el delatado y que solo él conoce y puede poner de manifiesto.

Conforme al Acuerdo Plenario N.º 2-2005, merece un especial análisis la personalidad del coimputado y, sobre todo, las relaciones con el delatado, debiéndose valorar, una vez puesta de manifiesto, la existencia posible de razones turbias o espurias, de venganza, odio, revanchismo, etc.

Siendo así, no cabe duda alguna de que la veracidad de una declaración de coimputados exige, para ser tomada en cuenta, además de su corroboración dual, la comprobación de su carácter no influido por razones espurias. Y éstas solo son conocidas por el afectado que, por tanto, debe poder interrogar al declarante que le imputa.

En estos casos de coimputados, el derecho a interrogar a los testigos de cargo no se limita solo al control de fondo de lo manifestado (la propia corroboración), sino, adicionalmente y como presupuesto básico, a los requisitos internos de veracidad y fiabilidad que la privación del derecho puede eludir sencillamente.

En conclusión, no se pueden utilizar las declaraciones de los coimputados sin dar al imputado la posibilidad de interrogarlo en relación con los elementos de fondo de lo manifestado, corroborados pues y con los subjetivos que acreditan la ausencia de motivaciones espurias que pudieran afectar a la credibilidad del declarante.

5. EL PRESUPUESTO DEL PERICULUM IN MORA. UNA INFRACCIÓN GRAVE Y PATENTE DE LOS PRINCIPIOS DE EXCEPCIONALIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD

La prisión provisional, como medida cautelar que se traduce en un privación de la libertad, se supedita a principios comunes a toda restricción de

derechos fundamentales en el proceso penal, si bien ese acomodo o respeto es el adecuado a una privación de libertad que anticipa, de hecho, los efectos de una sentencia condenatoria. La prisión provisional, de este modo y así se ha puesto de manifiesto por amplios sectores de la doctrina aunque sea a meros efectos lucrativos (Carrara), se opone directamente al derecho a la presunción de inocencia, por lo que se impone en su aplicación un muy especial cuidado que la ley establece sin duda, pero que la práctica, excesivamente apegada a tendencias inquisitivas y exigencias de vindicta inmediatas que imperan en la sociedad, suele infringir con notable frecuencia. Una vulneración que, no obstante, niega la jurisprudencia, pero siempre que la medida, obviamente, se ajuste a su naturaleza y normas de desarrollo. No afecta al derecho lo que constituye una resolución cautelar; sí, por el contrario, lo que obedece a otra naturaleza punitiva o preventiva.

Los principios que informan la prisión provisional se concretan en tres muy generales: la excepcionalidad de toda privación de libertad cautelar; la necesidad o indispensabilidad de la medida para verificar los fines, siempre cautelares, que la justifican y avalan constitucionalmente; y, la proporcionalidad de la regla de sacrificios, que en este ámbito de resoluciones anticipatorias de una condena, viene especialmente demandada.

Todos estos principios operan de manera mutua, conjunta, influyéndose recíprocamente y sin que sea posible respetar alguno de ellos dejando de hacerlo de otros. E impiden en todo caso que la privación de libertad cautelar sea automática, que cumpla fines ajenos a esta medida y propios de la pena, la cual anticipa, pero no confunde o equipara pues, aunque traducidas ambas en una misma privación de libertad, responden a fines radicalmente diferentes.

Los arts. VI y 253 del Código Procesal Penal de 2004, recogen todos estos principios de forma expresa, destacando y exigiendo la ley que las medidas de esta naturaleza sean extraordinarias, primando siempre la libertad, indispensables para culminar los fines lícitos que persiguen y proporcionales. En este sentido, para dotar de virtualidad y eficacia cierta a principios que no son meros informadores, sino rectores y de aplicación directa e inmediata, la norma exige que todos los preceptos, presupuestos y requisitos sean apreciados atendiendo al caso concreto, de modo particular, no genérico o automático (STC 7038-2005-PHC/TC).

La excepcionalidad se traduce en la exigencia de que sea la libertad la regla en el proceso constante el mismo y que la privación o restricción de la libertad, constituya la excepción justificada. De igual modo, que sea preferible siempre la medida menos intensa en la afectación al derecho de las legalmente previstas. Que nunca se adopte medida alguna de forma automática, sino motivada y atendiendo a las circunstancias del caso concreto y los peligros que se deben eludir, riesgos que deben ser verificados individualmente en cada situación, sin que sea posible aludir a máximas de experiencia genéricas no contrastadas. La medida ha de motivarse especificando cada uno de los presupuestos y fines, así como la necesidad de su verificación. Y, en fin, toda interpretación de hechos, criterios, fines y necesidades habrá de hacerse de forma favorable a la libertad.

A modo de resumen, como sostiene SAN MARTIN CASTRO "al ser la prisión provisional la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal, el principio de proporcionalidad exige una aplicación excepcional y subsidiaria".

La necesidad se traduce en que solo es posible privar de libertad cautelarmente a una persona cuando, como afirma el art. 253.3 del Código Procesal Penal de 2004sea imprescindible para el cumplimiento del fin legítimo perseguido. Es decir, si es indispensable para cumplir la finalidad cautelar. De este modo se expresa el art. 287 del Código Procesal Penal de 2004, que establece el carácter preferente de las medidas alternativas a la prisión provisional sobre la privación plena de libertad, siendo así que cualquier resolución judicial que acuerde la prisión deberá justificar motivadamente que no son bastantes y suficientes estas medidas para cumplir los fines propuestos.

Debe ser, como establece DEL RIO, la última ratio o último recurso para salvaguardar el objetivo del proceso penal (STC 1091-2002-HC/TC).

La proporcionalidad se plasma en la exigencia de un juicio de ponderación de fines y medios que debe mantener un equilibrio medido conforme a los anteriores principios y que se viola cuando aparece ausencia de motivación de la necesidad o de la excepcionalidad.

El *periculum in mora* es requisito básico en materia de prisión provisional, pues determina y especifica los fines legítimos a los que la medida ha de supeditarse y debe cumplir. Quiere esto decir que en un sistema democrá-

tico, respetuoso con los derechos fundamentales, no basta para acordar el ingreso en prisión con la coincidencia en el caso de un adecuado y suficiente *fumus boni iuris*. La imputación, aun en el supuesto de estar debidamente acreditada según la fase procesal en que se halle la investigación, no basta para justificar una limitación de la libertad si se quiere que la misma responda a criterios cautelares y no se confunda con una pena anticipada, sancionadora e inconstitucional. Que una sospecha se confirme o goce de amplio fundamento, no valida la adopción de una medida cautelar si en el caso no se verifican los riesgos cautelares exigidos y la restricción del derecho aparece como necesaria para cumplirlos o prevenirlos. Como medida cautelar que es la prisión provisional debe ser respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia y este derecho exige, para su satisfacción, la presencia de riesgos concretos y la necesidad de prevenirlos mediante la privación de libertad, sin que otra medida alternativa sirva a los mismos fines.

Adoptar una prisión provisional solo sobre la base de una imputación, sin la concurrencia de un concreto *periculum in mora*, sería tanto como atribuir a esta medida la naturaleza de sanción anticipada o preventiva o punitiva, lo que fue sancionado por la CIDH en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela de 17 de noviembre de 2009 como contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional español, en sentencia 128/1995, de 26 de julio, entre otras muchas, dispone que: "(...) la constatación de razonables sospechas de responsabilidad criminal opera como condición sine qua non de la adopción y de mantenimiento de tan drástica medida cautelar que, además, en cuanto particularmente gravosa para uno de los derechos fundamentales más preciados de la persona queda supeditada en su aplicación a una estricta necesidad y subsidiariedad que se traduce tanto en la eficacia de la medida como en la ineficacia de otras de menor intensidad coactiva (...)".

En conclusión, pues, no basta con la presencia del *fumus boni iuris*, que opera como condición básica en tanto sujeta o liga a una persona con un proceso, sino que es necesaria en todo caso la presencia de riesgos cautelares concretos, no genéricos, siendo indispensable que la privación de libertad sea la única medida capaz de prevenirlos, especialmente cuando existen otras menos gravosas para el derecho que pudieran alternativamente ser adoptadas.

Bajando al caso que se analiza en este trabajo, llama poderosamente la atención las muy escasas referencias que se hacen en la resolución comentada al presupuesto legitimador del *periculum in mora* frente al dedicado a la imputación. Unas breves líneas, genéricas, inmotivadas, poco desarrolladas y, lo más grave, ninguna referencia, ni siquiera indirecta a la necesidad de la prisión provisional frente a otras medidas alternativas.

Una resolución, pues, que solo desde su apariencia ya presenta dudas acerca de su legalidad constitucional y que un análisis más detenido confirma como insuficiente para colmar las exigencias que los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia imponen.

La automaticidad en la adopción de la medida, como consecuencia directa de la convicción judicial de la responsabilidad del imputado, caracteriza una resolución que dista mucho de satisfacer las exigencias de toda medida cautelar.

A ello se dedicarán las siguientes páginas.

5.1. El peligro de fuga como riesgo cautelar en el acuerdo de la prisión provisional

5.1.1. En general el Código Procesal Penal de 2004

Considerado como el más relevante de los criterios que sirven para evaluar la presencia de un riesgo evidenciable y susceptible de prevenirse mediante medidas cautelares, el peligro de fuga aparece en el art. 268 del Código Procesal Penal de 2004 de forma expresa como determinante a efectos valorativos de la presencia de fines legítimos y amparables mediante privaciones de libertad no punitivas, desarrollando el art. 269 del Código Procesal Penal de 2004, de manera no cerrada, ni taxativa, ciertos criterios que permiten valorar su presencia en el caso concreto. Es decir, que la ley procesal peruana es deudora de una forma de entender la prisión provisional adecuada a las exigencias constitucionales derivadas de demandas ineludibles de protección de la libertad y la presunción de inocencia, siendo las resoluciones judiciales las que deben analizarse atendiendo a su acomodación o alejamiento de dicho respeto a normas básicas.

Los preceptos citados legitiman el peligro de fuga como riesgo cautelar amparable y desarrollan situaciones que permiten a los tribunales una valora-

ción adecuada del mismo, poniendo el acento en que dichos peligros han de verificarse en el caso concreto, ser reales, efectivos, no meramente genéricos o supuestos al modo de presunciones legales automáticas. El peligro de fuga debe revelar que el imputado se intentará sustraer a la acción de la justicia impidiendo la celebración del juicio oral en tanto no admitida la rebeldía en el proceso penal y, adicionalmente, eludiendo el cumplimiento de la pena que pudiera imponerse. Un peligro que debe y puede analizarse en este doble sentido de aseguramiento del juicio oral y de la condena que, en su caso, pudiera imponerse.

El peligro de fuga, pues, no puede ser entendido como un riesgo genérico que se traduzca en una simple conducta de evitación temporal de comparecencia a un acto del proceso o de una actitud no colaborativa con el mismo. Muy al contrario, ese peligro se ha de concretar en una consecuencia procesal determinante del fracaso del proceso mismo, de su celebración central y la ejecución de la pena. En suma, el riesgo ha de ser relevante y determinante del fracaso del proceso, no de cualquiera de sus actos que pudieran ser subsanados sin efectos importantes o que tampoco tuvieran especial incidencia en el desarrollo del devenir procesal. No es un riesgo, el prevenible, pues, meramente formal, sino material en tanto referido a la existencia misma del proceso y el cumplimiento mismo de sus fines.

Es por ello por lo que ciertos criterios que se refieren a los antecedentes o a conductas procesales que no se oponen, aunque retrasen el proceso, carecen de entidad suficiente para apreciar lo que debe ser analizado desde una perspectiva más acentuada, como riesgo procesal grave.

A su vez y esto no debe nunca ser olvidado, son tales riesgos cautelares centrales los que justifican una medida de este carácter, nunca el cumplimiento de fines punitivos propios de la pena que se anticiparía contra el derecho a la presunción de inocencia.

Tampoco la prisión provisional puede ser ordenada para impulsar una conducta positiva del imputado que favorezca la instrucción o investigación compeliéndole a colaborar en su condena. No puede forzarse a aquel a actuar en su contra produciendo pruebas o actos atentatorios a su defensa (STC español 128/1995, de 26 de julio entre otras muchas). Un cuidado muy especial se impone a la hora de analizar determinadas resoluciones que acuerdan

la prisión provisional y que ocultan fines no enunciados expresamente, pero veladamente presentes en su decisión.

El sistema de medidas cautelares que regula el Código Procesal Penal de 2004 es acorde con los principios, también expresamente acogidos, de excepcionalidad y necesidad, de modo que, a los efectos de valorar los fines legítimos, enumera una serie de circunstancias objetivas, sin constituir un numerus clausus, que permiten apreciar en el caso, de modo individual, un previsible riesgo de fuga.

La norma, bien entendida, permite concluir que:

- Nunca puede ser interpretada una circunstancia o dato de modo automático. No basta, pues, con la aparición en el supuesto dado de uno de los criterios legales. Ha de valorarse en su presencia real y efectos. Lo contrario, afectaría a la excepcionalidad de la resolución.
- El riesgo de fuga ha de ser valorado de forma concreta e individualizada. No cabe deducir de los criterios legales presunción de elusión alguna. Debe motivarse cumplidamente cada uno de los elementos que la ley establece para servir de base a una presunción que ha de construirse en cada situación del modo ordinario, con base en indicios, varios y confluyentes en el mismo resultado, único o serio, el riesgo de fuga. Si de los criterios se pueden derivar varias consecuencias y entre ellas cabe acoger la presencia del imputado en el proceso, habrá que optar por el *favor libertatis* que preside el proceso penal. La duda ha de favorecer al imputado y conducir a la libertad o a una medida menos intensa, nunca actuarse contra el derecho a la libertad. La presunción de inocencia preside la adopción de las medidas cautelares.
- Todos los motivos o criterios legalmente establecidos y cualesquiera otros que puedan servir a los mismos efectos, han de ser analizados de forma conjunta, combinadamente, de modo que unos y otros se valoren en su significación atendiendo a un resultado final derivado de la consecuencia favorable o adversa de cada uno a la presunción de fuga o de permanencia. Si, por ejemplo, existe arraigo y la conducta revela intención de sujeción al proceso, no parece que la simple gravedad de la pena, ya conocida y que no ha generado una fuga anteriormente, pueda anteponerse a una presunción de voluntad de permanencia en el lugar y sometimiento al proceso.

Como señala Neyra citando el TC (STC 5490-2007-HC/TC), el peligro procesal "ha de ser evaluado en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o sustraerse a una posible sentencia prolongada".

5.1.2. La resolución dictada

La resolución dictada en el caso, que acuerda la prisión provisional, es de tal simplicidad que se transforma en una decisión compleja de entender, salvo que se asuma la posibilidad de medidas cautelares que puedan acordarse haciendo caso omiso de la propia naturaleza de estas decisiones y de manera automática.

Parte la resolución de un dato esencial a los efectos de valorar la decisión que finalmente se adopta. Y es que el imputado mantiene un fuerte arraigo con el lugar, trabajo, domicilio y familia, arraigo que se ha manifestado en la permanencia constante en su domicilio y trabajo desde el primer momento y que se ha traducido en una disposición frente al proceso que en momento alguno se ha puesto en riesgo. Es decir, el Juzgado reconoce no sólo el arraigo plural y basado en condiciones de entidad considerable, sino que el imputado, conociendo la imputación y las inculpaciones que frente a él se dirigían y teniendo medios suficientes para lo contrario, nunca ha eludido la Justicia, nunca se ha ausentado y nunca ha mostrado la menor inclinación o intención de huir de ella y de sus efectos. La resolución, pues, admite sin reservas que el imputado no ha intentado eludir la acción de la justicia, antes al contrario ha colaborado con ella y que existen circunstancias que avalan su plena voluntad de permanecer a disposición del tribunal.

Se llega a reconocer expresamente una actitud proactiva de cara a contribuir al desarrollo del proceso y el esclarecimiento de los hechos. Una actitud de colaboración que se opone derechamente a cualquier presunción de fuga o se comporta como elemento que reduce considerablemente su atención.

Existe en el caso, pues, un conjunto de indicios muy relevantes que acreditan la voluntad de permanencia y de asunción de las obligaciones y cargas procesales, indicios objetivos, no supuestos y que deben, si se adopta una decisión contra los mismos, imponer una motivación adicional, de entidad

considerable, que sirva para basar la presunción contraria, es decir, la de fuga y elusión de los deberes procesales que competen a las partes. Frente, pues, a una conducta no presumida, sino acreditada, los indicios de fuga deben ser suficientes y graves como para acreditar el peligro que se afirma.

Frente a esta realidad, acreditada y asumida judicialmente, no negada, ni desconocida, antes al contrario afirmada, el juzgado acuerda la prisión provisional sobre la base de dos razones: la primera, la gravedad de los delitos imputados; la segunda, una compleja interpretación acerca de la falta de colaboración del imputado en la reparación del daño presuntamente ocasionado con el delito.

Ambos elementos han de ser analizados, pues ante la consistencia de los que apoyan la presunción certificada de la voluntad de permanencia a disposición del proceso y de colaboración con el mismo, los indicios opuestos han de ser de tal entidad valorativa, que sirvan para anularlos, que los excluyan en el caso concreto. Y eso, como se verá, no se produce más allá de afirmaciones genéricas y abstractas que, de facto, convierten a la prisión provisional en el caso en una mera sanción anticipada deudora de una reconocida alarma social o sentimiento colectivo o selectivo de vindicación inmediata. Una decisión, pues, de muy dudosa constitucionalidad.

a) La gravedad del delito. La pena asignada al mismo

La resolución, con cita en resoluciones de la Comisión Interamericana y la Corte Suprema de Perú, afirma que la gravedad de la pena es un criterio suficiente para evaluar el riesgo de fuga, aunque no el único, no obstante lo cual entiende y atribuye a este dato un carácter de suficiencia para el acuerdo inicial de la privación de libertad, negándolo para su mantenimiento posterior en el tiempo. Afirma el juzgado que la gravedad de la pena es útil, junto con otros datos, que no apunta, antes al contrario ha excluido, para acordar inicialmente la medida, pues el mismo es válido en los primeros momentos a los efectos lícitamente pretendidos.

Nada más dice el juzgado que se limita a transcribir una jurisprudencia que aparentemente legitima la gravedad del delito para adoptar una medida en los primeros momentos, si bien ignora que la misma ha de ser combinada con otros elementos que sirvan para dotarla o negarle fuerza acreditativa. Porque si inicialmente se aprecian datos que minoran la fuerza del objeti-

vo, el criterio jurisprudencial ha de decaer en su sentido legitimador de una medida solo en el caso de que no existan más criterios valorativos del riesgo.

Y concluye afirmando, sin más motivación y sin combinar la gravedad con el arraigo antes confirmado, que existe un riesgo de fuga que, cabe concluir, determina a partir de una sola y exclusiva referencia automática a dicha gravedad de la pena que opera, de este modo, contra las reglas de la excepcionalidad y necesidad, de forma automática e inmotivada, como presunción genérica.

Es por ello por lo que se habla de resolución compleja en tanto de la doctrina que aplica extrae la consecuencia contraria. No es compatible con la afirmación de ser necesaria una combinación de todos los elementos de base para presumir la incomparecencia la decisión de acordar la prisión solo por la gravedad del delito cuando se asume que existe un fuerte arraigo y una conducta de plena colaboración con el proceso. Y menos, hacerlo sin valorar la procedencia, en lugar de la prisión, de las medidas alternativas del art. 287 del Código Procesal Penal de 2004. Es evidente que, existiendo razones que hacen presumir la comparecencia, de adoptarse alguna cautela, debería ésta no constituir nunca una excesiva y desproporcionada privación de libertad.

Olvida el juzgado y omite considerar, por tanto, que, como sostuvo el TEDH en el asunto LETELLIER (26 de junio de 1991), la pena, por sí sola, ni siquiera inicialmente sirve si concurren otros elementos que conducen a conclusiones diferentes, cual sucede en este caso en el que el arraigo y la voluntad de permanencia se han acreditado y afirmado expresamente. Una contradicción judicial que no se salva con una simple referencia a la pena sin atender a su repercusión concreta en el caso.

Y olvida el juzgado, no obstante afirmar otra cosa o al menos mencionarla que, como expresa NEYRA, los informes 2/97 y 64/99 de la CIDH, la prisión provisional no puede ser adoptada solo sobre la base de la gravedad o tipo de delito cometido cuando concurren otras circunstancias que niegan esa presunción que, por tanto, se torna automática.

Como sostiene DEL RIO, el máximo experto en prisión provisional en Perú, la gravedad de la pena no es suficiente nunca para adoptar la prisión provisional, pues ello sería equivalente a convertirla en automática. Sería tanto como establecer una presunción de culpabilidad que operaria iuris et de

iure, sin motivación en el caso y obligatoria. Afectaría al principio de proporcionalidad de manera evidente (STC 1802-2005-HC/TC).

En conclusión, pues, este criterio, en la forma en que se aprecia por el juzgado es irrelevante para acordar la prisión provisional y contrario a las reglas de la excepcionalidad y necesidad:

- Es automático.
- No se motiva en relación con el arraigo y la voluntad de permanencia manifestada y reconocida.
- No se valora la aplicabilidad, dado el mínimo riesgo de fuga, de medidas alternativas, las del art. 287 del Código Procesal Penal de 2004, que pudieran cumplir fines similares sin privar de libertad y que serían, en su caso, más proporcionales y ajustadas al afirmado riesgo genérico de fuga. Es decir, de existir alguno, el mismo se podría soslayar mediante medidas menos intensas dada la certeza de la voluntad de permanencia y el fuerte arraigo del imputado.

b) La actitud del imputado frente al daño resarcible

El juzgado basa su decisión en este complejo motivo que el art. 269 del Código Procesal Penal de 2004 desarrolla como criterio, ciertamente difícil de entender, en el marco de una presunción de fuga, pues es evidente que se refiere a la responsabilidad civil, no la penal, estableciendo la norma una suerte de medida que corre el riesgo de convertirse en una prisión por deudas anticipada. Una norma, pues, tan compleja, como abierta y que el juzgado en este caso no explica con claridad o no se llega a entender.

Un criterio éste que SAN MARTÍN ha calificado como desacertado "pues condiciona la valoración de la conducta del procesado frente a un hecho futuro e incierto como es el pago de una eventual reparación civil y, además, adopta un canon para la determinación de la pena como es el hecho de analizar su comportamiento frente a la víctima".

En el mismo sentido se expresa DEL RÍO, que considera que la actitud del imputado en relación con el daño del que no ha sido declarado responsable nada indica en relación con su conducta procesal, especialmente, con un riesgo de fuga.

Y a la misma conclusión llega NEYRA FLORES.

Afirma el juzgado que, en efecto, este dato no debe atender a conducta alguna positiva del imputado tendente a reparar un daño civil que implicara, paralelamente, el reconocimiento de la culpa penal en tanto responsabilidades acumuladas cuando proceda.

Sin obviar, es necesario decir en este punto, que la responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito que es delito no es acumulable siempre en Perú y que puede ser ejercitada de modo independiente, lo que impediría en el proceso penal toda referencia a la reparación del daño (arts. 11 y ss. del Código Procesal Penal de 2004). Establecer como presupuesto para la adopción de la prisión provisional un criterio que es propio de la responsabilidad civil que, además, no ha de ser acumulada preceptivamente a la penal, requiere de muchas explicaciones, que no se ofrecen.

Es evidente, pues, que el juzgado tiene razón en este punto, pues nunca este motivo puede ser equiparado a la exigencia de una conducta que positivamente tienda a reparar o asegurar el cumplimiento de una responsabilidad civil que suponga reconocimiento de la penal. Otra cosa es que se adopten medidas cautelares civiles en el proceso penal sobre sus bases concretas.

Nunca la prisión provisional puede traducirse en una exigencia, aunque sea indirecta, que fuerce una actitud positiva del imputado en favor de su condena, penal o civil si esta última conlleva el reconocimiento de la culpabilidad. Demandar la presencia de un ánimo reparador es tanto como exigir que se asuma la culpa y la autoría del delito imputado. Téngase en cuenta que en este ámbito los hechos naturales son coincidentes, de modo que aceptar la culpa civil equivale a asumir la realidad de los hechos en su acepción física, en su existencia. Porque, como es sabido, la acumulación de las acciones civil y penal tiene su razón de ser prejudicial en la identidad de los hechos naturales.

De ahí que el juzgado entre en una argumentación tan compleja, que es difícil, por no decir imposible comprender. Afirma expresamente: "la reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del investigado luego de cometido el delito ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal".

Incomprensible que se afirme la inexistencia de base para afirmar un riesgo de fuga sobre la base de un criterio de este tipo y luego que se diga no se sabe bien qué respecto de la conducta procesal. Pero, parece que se dice que si no se repara, se puede presumir un riesgo de fuga. No otra interpretación cabe extraer de palabras tan confusas. Y se afirma esto, porque, sin riesgo de fuga, no cabe a prisión y, por supuesto, la no colaboración no puede ser sancionada mediante una prisión provisional. La buena o mala conducta, es decir, la colaboración con la condena no sólo no autoriza una medida cautelar, sino que se opone a la presunción de inocencia que releva al acusado de toda actividad tendente a beneficiar su condena.

Lo cierto es, además, que la propia resolución, como se dijo, afirma la existencia de una actitud proactiva del investigado en el proceso, razón ésta que excluye lo contrario, es decir, que no se puede afirmar en unas pocas líneas una cosa y otra contradictoria, como se hace de modo que no se alcanza a entender lo que se afirma.

En resumen, pues, este criterio, complejo, nunca puede ser valorado como exigencia de colaboración en la condena y menos en la civil. Solo podría ser tenido en cuenta analizando elementos negativos u obstruccionistas tendentes a la evasión de bienes, ocultación de patrimonio o alzamiento, cada uno de ellos en relación con responsabilidades penales, no civiles, que revelaran una actitud obstruccionista que afectara a la futura ejecución de posibles delitos adicionales. Pero, en todo caso, conductas negativas y concretas que en el caso no se han verificado.

Esta apreciación tendría más relación, en fin, con la evitación de una muy poco aceptable reiteración delictiva. Todo ello conduce a rechazar el criterio bajo cualquier interpretación, además de negar, como el juzgado hace tácitamente, su concurrencia en el caso.

5.2. El peligro de obstaculización procesal

Constituye un criterio típico del cual derivar un fin legítimo cautelar el denominado peligro de obstaculización de la investigación y prueba, riesgo que el art. 270 del Código Procesal Penal de 2004, desarrolla regulando de forma muy determinada los supuestos o situaciones que pueden revelar su existencia y las consecuencias que deben evitarse.

El mencionado precepto dispone la procedencia de la prisión provisional cuando coincida en el caso concreto un riesgo cierto de alteración material de la prueba documental o de influencia decisiva en cualquier prueba personal, coimputados, testigos o peritos, bien de forma directa o bien por medio de tercera persona.

En todo caso, la norma exige, como es adecuado al principio de necesidad, que el peligro sea concreto, no meramente abstracto o inferido sin atención a su real existencia, que se contraste con los datos obrantes en la causa, especialmente con la conducta mantenida por el investigado, que sea efectivo, es decir, no meramente hipotético o, lo que es lo mismo, que la influencia, aun existiendo, pueda causar un real daño, pues si los actos ya han sido practicados en todo o en parte, la afectación de esa intervención es mínima o inexistentes, no pudiendo adoptarse una resolución como la prisión provisional sin que la misma prevenga riesgo alguno.

En resumen, la prisión provisional exige, en estos casos, la presencia y constancia de una conducta del imputado que haga presumir un riesgo cierto, con una base real y no asentada en meras conjeturas. Y tales elementos han de estar acreditados cual sucede con todos los indicios sobre los que se asienta una presunción, no siendo posible la simple afirmación del hecho indirecto para afirmar una conclusión indiciaria.

No se puede, oculta tras esta exigencia cautelar, demandar una indirecta colaboración del imputado con su condena o perturbar, limitándolo, el derecho de defensa.

Con base en estas consideraciones, admitidas generalmente en la doctrina y jurisprudencia, se puede entrar a valorar la resolución judicial que, en este punto es, si cabe más imprecisa que en el anterior.

5.1.1. Punto de partida

Parte la resolución de una afirmación expresa que merece ser considerada y que, no obstante, es desatendida en la forma en que merece, cual es que el investigado ha mostrado una actitud proactiva en el desarrollo del proceso y en el esclarecimiento de los hechos, exhibiendo documentos pedidos o aportados por su propia voluntad, no manipulados, así como que ha propiciado la declaración de funcionarios del gobierno, que han manifestado

los hechos que conocen bajo declaraciones juradas que, por tanto, constan en documentos de relevancia probatoria evidente.

En resumen, pues, la resolución reconoce, admite y expresa una conducta contraria a toda obstaculización procesal, antes al contrario y sin deber alguno al respecto, plenamente respetuosa con la buena fe procesal y colaborativa, no sólo pasiva o no obstruccionista. Y es importante destacar, en este punto, el calificativo de proactividad que la resolución atribuye a la conducta del imputado, pues esa actitud choca de lleno con la presunción de riesgo de obstrucción procesal que, por tanto, exige de fuertes elementos de acreditación y razonamiento.

Este dato, indicio esencial, debe ser tomado en cuenta a la hora de construir cualquier presunción contraria al resultado que el anterior demuestra, es decir, la plena colaboración leal con el proceso. Un indicio con fuerza que tiende a una conclusión opuesta a la de obstaculización cuya afirmación exige, pues, la presencia de indicios con entidad suficiente como para desvirtuar lo que es un comportamiento serio, estable y judicialmente reconocido.

5.1.2. El riesgo de obstaculización según la resolución

Contra toda lógica y coherencia y contra los argumentos vertidos en su integridad, especialmente la referida actitud de colaboración en el proceso, la resolución establece y admite de modo expreso que el que se va a indicar "es el único criterio que se tiene o el único elemento que se tiene para valorar el peligro de obstaculización (...)".

Para el juzgado, pues, no hay otro dato que revele dicho riesgo que el que se va a exponer, de modo y manera que, descartado plenamente o sometido a duda o siendo incierto, resultaría que tal peligro no podría predicarse en la causa y su admisión sería ilícita e irregular. Parece que el propio juzgado duda de su afirmación y expone su decisión con extrema cautela, en espera incluso de una revocación obligada, pero que remite la libertad a una instancia distinta y superior.

Afirma el juzgado que el coimputado colaborador eficaz recibió en su *facebook* una amenaza genérica, de origen y procedencia desconocidas, pero que el Ministerio Público y el juzgado atribuyen voluntaristamente al investigado sin más datos o apoyo que su entendimiento o sospecha, sin dato

alguno, sin referencia siquiera a un elemento indiciario. Una atribución voluntarista incompatible con las exigencias del proceso penal.

Una amenaza de la que ni consta su autoría pretende, frente a la actitud positiva de quien ofrece documentos y declaraciones sin interferencia alguna, constituirse en argumento determinante de un peligro de obstrucción tan grave como para justificar una prisión provisional.

Frente a ello cabe oponer:

- Que la presunción de obstrucción u obstaculización, como toda presunción, exige de la presencia de indicios que deben reunir los requisitos de toda prueba indiciaria, incluso en fase de investigación cuando se trata de adoptar una medida privativa de la libertad. En este sentido, las presuntas amenazas no han sido acreditadas en cuanto a la autoría del investigado, de modo que carecen de entidad para constituirse en elemento base de una presunción de riesgo cautelar.
- Que, frente a estos indicios, constan otros, de entidad superior, plurales y concordantes en un mismo resultado, reconocidos judicialmente y valorados como colaborativos con la investigación. La existencia de una pluralidad de indicios que concuerdan en otro resultado impide que uno solo, no acreditado, sirva de base a una presunción judicial tan grave. Esto es, no es posible construir una presunción de obstaculización cuando los indicios conducen a una conclusión diametralmente distinta.
- La declaración del colaborador, aunque no corroborada como se ha dicho, ya se ha producido en su lugar y consta, de modo que habría que valorar, a los efectos de determinar la real influencia del investigado, el alcance de una amenaza en una manifestación que ya consta. Como sostiene SAN MARTÍN, una vez producida la declaración, pierde consistencia la necesidad de acordar o mantener la prisión para asegurar lo ya realizado (STEDH, caso LETELLIER, 27 de noviembre de 1991). Y es que este motivo de prisión provisional solo tiene la finalidad de asegurar la investigación o preconstituir la prueba, lo que ya ha sucedido en tanto el imputado ha declarado, aunque su declaración carezca de valor al no haber sido corroborada. Que no tenga valor probatorio, no significa que no se haya producido, que es lo esencial a los fines de evitar la influen-

cia de posibles presiones. Lo esencial es que el riesgo procesal en este momento es inexistente. Además, al no estar corroborada, bien podría suceder que lo que se quiere proteger fuera nulo si no es aceptado por no ser creíble. En definitiva, producida la declaración no cabe acoger el criterio de un peligro que carece de objeto, salvo que se estuviera en otra fase en la cual hubiera de producirse otra declaración. Lo que sucede es que, atendiendo a la interpretación que se hace del procedimiento especial y siendo así que la fiscalía considera el valor anticipado o documental de lo declarado, ese riesgo no existiría o no debería existir para quien insta la medida cautelar. Otra contradicción que se resuelve favoreciendo los ataques a los derechos fundamentales de los imputados.

En fin y en esta compleja línea, no aclara el juzgado el valor de un cambio posible en declaraciones ya producidas, precisamente las que utiliza esta resolución para justificar el *fumus boni iuris*, máxime cuando las ha asumido como definitivas. Constituye una contradicción basarse en declaraciones para restringir la libertad y, a su vez, afirmar un riesgo de influencia en unas declaraciones a las que se ha concedido ya un valor muy determinado y que alcanzarán la eficacia que la ley concede a cualquier declaración prestada en un proceso.

En resumen, pues, no existe riesgo cautelar alguno medido en términos de un peligro de obstaculización procesal.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN PREVENTIVA

JORDI FERRER BELTRÁN*

SUMARIO: 1. Los objetivos del Derecho Penal y del Proceso Penal. — 2. La presunción de inocencia como regla de trato procesal. — 3. Las condiciones para la justificación de la prisión preventiva. 3.1. Las causales de riesgo procesal. 3.2. Conclusiones intermedias. — 4. La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal Peruano. — 5. El caso del gobernador Félix Manuel Moreno Caballero. — 6. Consideraciones finales. — 7. Bibliografía.

* Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona (España), director de la Cátedra de Cultura jurídica y del Máster en Razonamiento Probatorio de esa misma universidad. Para este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación "Prueba y atribución de responsabilidad: definición y contrastación del daño" (DER2014-52130-P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad español. Agradezco a Carmen Vázquez sus útiles comentarios a una versión previa de este trabajo.

1. LOS OBJETIVOS DEL DERECHO PENAL Y DEL PROCESO PENAL

Mucho se ha discutido acerca de si el derecho penal es el mejor instrumento del que nos podemos dotar en sociedades desarrolladas para proteger algunos derechos básicos de todo ciudadano, como la vida, la libertad, la salud, la integridad física, la libertad sexual, la propiedad, etc. En uno de los extremos del debate, se han posicionado las teorías abolicionistas, fundadas en la criminología crítica o en el garantismo penal, sea porque se sostiene que otros mecanismos, como la educación o la erradicación de la pobreza, serían más eficaces métodos en la prevención del crimen, sea porque se desconfía de otorgar al Estado un poder tan intenso como el penal, considerándolo a su vez como el mayor violador de los derechos[1].

Otras veces, más débilmente, se objeta específicamente contra la prisión, abogando por penas alternativas. Otras, más débilmente aún, la crítica se centra en la prisión preventiva. Para ello se esgrimen habitualmente dos argumentos: 1) que no se justifica la aplicación de una injerencia tan grave en la libertad sin previa condena (firme, se añade normalmente) y 2) que la prisión preventiva es incompatible con la presunción de inocencia. Centraré este trabajo en el análisis de este último argumento que, evidentemente, mantiene relaciones con el primero y con las formas más fuertes de abolicionismo, pero no es reducible a ellos ni a la inversa.

Para abordar el punto es necesario, en mi opinión, partir de una premisa que, aun siendo discutible, daré por presupuesta: lo que pretendemos del

1 No abordaré aquí el análisis de este punto con detalle. Para una buena y somera presentación véase LARRAURI, 1997: 133 ss.

derecho penal y del proceso penal son básicamente dos cosas, a saber, a) que el Estado proteja nuestros derechos, evitando que nos maten, violen, roben, etc. y b) que el Estado no nos dañe injustificadamente (es decir, que no sancione o imponga medidas limitativas de derechos a los inocentes). Los dos objetivos son independientes de la teoría que se sostenga respecto de la justificación de la pena. Y no pueden conseguirse en grado completo de forma simultánea. Este último punto es de capital importancia. Sólo podemos estar seguros de no condenar nunca a un inocente, no condenando a nadie. Ello por la sencilla razón de que ningún conjunto de elementos de juicio (pruebas, si se prefiere[2]), por rico y fiable que éste sea, permite alcanzar certezas racionales sobre ningún hecho. Pero, claro está, que si no se condena a nadie, entonces el derecho penal pierde su función de protección de los derechos. Alternativamente, si se opta, por ejemplo, por rebajar el nivel de exigencia probatoria para condenar penalmente aumentará la ratio de culpables condenados y con ello la eficacia de la función protectora, pero también aumentará el número de inocentes condenados. Siendo así, debemos como sociedad decidir en cada momento cuál es el punto de equilibrio que estimamos conveniente entre el cumplimiento de los dos objetivos para los que queremos al derecho y el proceso penales. El mismo tipo de situación se presenta respecto de la prisión preventiva, como se verá enseguida.

En efecto, una de las facetas de la presunción de inocencia, su faz como regla de trato, impone que cualquier persona debe ser tratada como si fuera inocente entre tanto no se declare probada su culpabilidad en una sentencia. Con ello, quiere garantizarse que el Estado no dañe prematuramente a un ciudadano respecto del que finalmente no se disponga de pruebas suficientes de su culpabilidad o, incluso, se pueda demostrar su inocencia. En cambio, en ocasiones parece haber buenas razones para adoptar medidas cautelares durante el procedimiento que, de diversos modos, tienen que ver con el aseguramiento de la función protectora del derecho penal. Se reproduce, así, la tensión mencionada en el párrafo anterior, que deberá ser analizada con detalle.

---

2 Aunque jurídicamente puede adoptarse la decisión de usar la palabra 'prueba' sólo para los elementos de juicio (o de convicción, para decirlo en los términos de la legislación peruana) que se aportan al juicio oral, desde el punto de vista epistemológico no hay distinción alguna. Todo elemento de juicio relevante para tomar una decisión sobre la ocurrencia de un hecho es una prueba.

2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL

La presunción de inocencia se configura, en su desarrollo jurisprudencial como un haz de derechos, procesales y extraprocesales, que constituyen las distintas facetas de la presunción. Suele decirse que tiene, además, una función como principio informador de todo el proceso penal. Así, el Tribunal Constitucional español (Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1999, F.J., 2) ha declarado que la presunción de inocencia "sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura, constituyendo uno de los principios cardinales del Derecho Penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal"[3]. En este sentido, la presunción de inocencia actuaría "como límite a la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes" (Sentencia del Tribunal Constitucional español 109/1986, F.J. 1) respecto de todo el proceso penal.

Uno de esos límites viene impuesto por la faceta de la presunción de inocencia como regla de trato procesal. Ésta rige el tratamiento que debe darse a cualquier persona que se vea inmersa como sujeto pasivo de un proceso penal. Así, la presunción de inocencia como regla de trato impone tratar al imputado como si fuera inocente hasta que recaiga sentencia que declare su culpabilidad, si es el caso. Es a esta faceta de la presunción de inocencia a la que apelan expresamente la mayoría de declaraciones internacionales de derechos y de textos constitucionales.

La garantía procesal que otorga aquí la presunción de inocencia supone que el Estado no puede tratar al ciudadano de otra forma que como inocente hasta que un juez o tribunal, después de un proceso con todas las garantías, declare probada su culpabilidad[4]. Nada se dice, en este punto, respecto de

---

3 *Vid.* también, entre otros muchos, VEGA TORRES, 1993: 35 ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 1992: 274; se podría decir que, en este punto, tanto la jurisprudencia española como buena parte de la doctrina han seguido las tesis de la denominada Escuela clásica del derecho penal, encabezada en Italia por Carrara. *Vid.*, al respecto una buena presentación en VEGA TORRES, 1993: 20 ss.

4 Obsérvese que no tiene sentido siquiera pensar el derecho a la presunción de inocencia como regla de trato en forma de regla presuntiva. No se trata de que, dado un hecho *A*, deba presumirse un hecho *B* (i.e., la inocencia). Y menos aún que esta presunción, como sostiene una parte de la doctrina y la jurisprudencia, sea una presunción *iuris tantum*. Como regla de trato, ¿qué permitiría destruir la presunción? ¿qué es lo que hay

las condiciones en las que procederá o estará justificada esa declaración de culpabilidad: esto será objeto de otros derechos subjetivos vinculados a la presunción de inocencia como regla probatoria y como regla de juicio. Lo único que la regla de trato impone es que el Estado (incluido el propio juez de la causa) no puede someter al imputado a ningún trato ni tomar ninguna resolución en el marco del proceso que suponga la anticipación de su culpabilidad y, en consecuencia, de la pena[5].

Se plantean aquí muchas cuestiones de gran interés práctico: así, por ejemplo, ¿en qué momento empieza la protección de esta regla? ¿Cuándo finaliza? Algunos autores afirman que la protección al presunto inocente otorgada por esta regla de trato finaliza con la primera sentencia condenatoria (VEGAS TORRES: 1993: 41); otros, en cambio, sostienen que la regla debe seguir aplicándose hasta el momento en que recaiga sentencia condenatoria

---

que presumir? Más bien parece tener la forma de una ficción jurídica: la regla establece que, hasta el momento en que recaiga sentencia condenatoria, el acusado debe ser tratado *como si* fuera inocente. La discusión sobre la compatibilidad de esta regla con las medidas cautelares en el proceso penal sería, entonces, un debate sobre el ámbito de aplicación de la referida ficción, i.e., sobre cuáles son los supuestos en los que procede aplicarla y cuáles son los supuestos en los que la regla no es aplicable y, por tanto, pueden ser aplicadas medidas cautelares que no traten al acusado como si fuera inocente. Volveré sobre este punto, en el texto, al final de este epígrafe.

5 Podría sostenerse que la prisión preventiva, como cualquier otra medida cautelar, no supone en ningún caso una anticipación de la pena. Aquella conlleva, efectivamente, una privación de libertad, pero no toda privación de libertad es una pena en sentido estricto. Así es, por ejemplo, en el caso de las medidas de seguridad, internamientos forzosos por razones sanitarias, etc. La pena tendría siempre como una de sus características definitorias el reproche, cosa que no se daría en el caso de la prisión preventiva. No es el objeto de este trabajo discutir las distintas teorías sobre la noción de pena o castigo y su justificación. Sin embargo, creo que aún si se entendiera de este modo retribucionista la pena, no se salvan los problemas señalados en este epígrafe. El punto de partida principal, en mi opinión, es determinar qué significa "tratar como si fuera inocente". Pues bien, estimo que la respuesta es relativa al propio sistema jurídico: hay que dar al imputado el mismo tratamiento que sería consecuencia de la declaración de inocencia, es decir, hay que determinar cuál es el trato que se establece como consecuencia de la declaración de inocencia en el proceso y ese mismo trato es que él debe darse al imputado hasta tanto no recaiga sentencia condenatoria. Si esto es así, resulta claro que la declaración de inocencia, como tal, no tiene como consecuencia en nuestros sistemas (aunque claro, esto es contingente) ningún tipo de medida de seguridad. Estas podrán tomarse, en su caso, pero no son en sentido estricto una consecuencia jurídica de la declaración de inocencia sino, en su caso, de otros antecedentes.

firme (FERRAJOLI, 1998: 559). Sin embargo, es claro que el problema principal que se presenta es el de la compatibilidad de la presunción de inocencia con las medidas cautelares en el marco del proceso penal y, en especial, con la prisión preventiva. En otros términos, se plantea aquí el dilema entre la garantía de la seguridad de los demás ciudadanos y de la libertad del acusado que, sin haber recaído sentencia en su contra, tiene todos los derechos vinculados al hecho de que es el propio Estado que le pretende imponer medidas cautelares el que no le ha declarado aún culpable[6]. El dilema ha sido objeto de un amplio tratamiento doctrinal desde la época romana, con posturas que van desde las abolicionistas de la presunción de inocencia, vinculadas a un derecho penal autoritario (vid. una presentación en FERRAJOLI, 1998: 564-6 y la bibliografía allí citada), hasta las abolicionistas de la prisión preventiva[7]. A mitad de camino se sitúan las tesis compatibilistas, mayoritarias, que en general pretenden hacer compatible una prisión preventiva muy restrictiva con la vigencia de la presunción de inocencia como regla de trato procesal[8].

En mi opinión, en cambio, las tesis compatibilistas (distintas entre ellas en lo que hace al número y a la severidad de las restricciones impuestas a la procedencia de la prisión preventiva) plantean mal la cuestión si su punto de partida es la negación del dilema y, por tanto, la compatibilidad entre las dos garantías estatales[9].

---

6 *Vid.*, por todos, MONTESQUIEU, 1748: libro XII, caps. 1 - 4, pp. 171-5; y una presentación moderna en HASSEMER, 1983: 105 ss. También ASENCIO MELLADO, 1987: 26.

7 Se podría citar aquí a FERRAJOLI como defensor de las tesis abolicionistas de la prisión preventiva. *Vid.* FERRAJOLI, 1998: 566-572. Impedir el uso de la prisión preventiva es, para este autor, la mejor manera de evitar caer en el habitual abuso de la misma. Sin embargo, la argumentación que desarrolla FERRAJOLI deja abiertas algunas posibilidades que, como bien ha señalado PASTOR (2010: 131 ss), permitirían situarlo entre los defensores de las tesis compatibilistas más restrictivas de la presunción de inocencia.

8 Entre los autores compatibilistas encontramos a buena parte de los clásicos ilustrados. *Vid.*, por ejemplo, HOBBES, 1651: § XXVIII, pp. 249, 252 y BECCARIA, 1764: § XIX, p. 62. Y en nuestros días, sólo por citar algunos nombres: ILLUMINATI, 1979: 33; HASSEMER, 1983: 115-6; FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: 123-138; y PASTOR, 2010: 131 ss.

9 Es aplicable aquí una reflexión de HART (que él hace a propósito de quienes disuelven los conflictos entre derecho y moral sosteniendo que la norma injusta no es derecho y, por tanto, no hay verdadero conflicto entre derecho y moral): "(...) si hemos aprendido algo de la historia de la moral, es que la reacción adecuada frente a un conflicto de ese tipo es no ocultarlo. Las situaciones en que la vida nos fuerza a elegir [...] el menor de dos males deben ser asidas, como las ortigas, con la conciencia de que son lo que son." El

Vayamos por partes. Tres son los supuestos en los que más habitualmente se considera que procedería adoptar la prisión preventiva del imputado como medida cautelar en el curso de un proceso penal: el peligro de reincidencia, el aseguramiento de las pruebas y el peligro de fuga del acusado. Resulta altamente difícil, por no decir conceptualmente imposible, sostener la argumentación de que el imputado es tratado como si fuera inocente y, a la vez, que es sometido a prisión preventiva para evitar que *reincida* en la comisión del delito. Evidentemente, para reincidir hay que haber incidido ya en él, que es justo lo que la presunción de inocencia obliga a presumir que no se ha hecho. El caso del aseguramiento de las pruebas es el más dudoso. Se trata aquí de evitar que el imputado manipule o haga desaparecer pruebas en su contra. Aunque no es necesario que el imputado sea el autor del delito del que se le acusa para que pueda tener interés en manipular el material probatorio, sí creo que de forma general el argumento presupone precisamente lo que la presunción de inocencia proscribe: que es el autor del delito y, por ello, hará lo posible para evitar que esa circunstancia pueda probarse en el proceso. Respecto del peligro de fuga, creo que basta con decir que el inocente no se *fuga*, sino que viaja. Ya los términos delatan al mal argumento. Por otro lado, como ya advirtiera Voltaire hace más de doscientos años, cabe la posibilidad de que no sea la autoría del delito lo que empuja al imputado a huir, sino el miedo a ser sometido a la prisión preventiva sin poder defenderse (VOLTAIRE, 1766: 111-2). Si la prisión preventiva no existiera, el imputado no tendría motivos para huir, al menos, hasta el momento inmediatamente previo a la condena. Hasta entonces, su máximo interés sería pues el de defenderse de las acusaciones en su contra (FERRAJOLI, 1998: 569-570).

Con independencia de la justificabilidad de la prisión preventiva en estos u otros supuestos, lo único que está en mi interés señalar aquí es que la situación sería mejor descrita si quienes defienden el carácter justificado de adoptar en algunos supuestos la prisión preventiva (u otras medidas cautelares) durante el proceso sostuvieran que, en esos supuestos, el derecho a la presunción de inocencia como regla de trato procesal es vencido por más

---

defecto de la estrategia que niegan el conflicto "es que servirá para enmascarar la verdadera naturaleza del problema que enfrentamos, y favorecerá el optimismo romántico de que todos los valores que estimamos terminarán por ensamblarse en un sistema único, sin que ninguno de ellos tenga que ser sacrificado o comprometido para dar cabida al otro". (HART, 1958: 48).

fuertes argumentos, privilegiándose así el cuerno del dilema que atiende a la protección de la seguridad ciudadana. Hablar de límites al ámbito de aplicación de la presunción de inocencia como regla de trato procesal me parece una mejor presentación conceptual de la situación que pretender encontrar una compatibilidad entre ser tratado como inocente y contemporáneamente ser ingresado en prisión. Así planteado, el debate entre abolicionistas (de la prisión preventiva o de la presunción de inocencia) y compatibilistas sería, más bien, un debate acerca de los límites de la presunción de inocencia como regla de trato procesal, i.e., si puede ser derrotada en una ponderación con otros derechos y, en su caso, bajo qué condiciones[10].

3. LAS CONDICIONES PARA LA JUSTIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Una vez se asume la incompatibilidad entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia como regla de trato, es decir, que al someterlo a prisión preventiva se está tratando al ciudadano de forma incompatible con su inocencia, ello nos impone un especial deber de motivación, mediante el que debemos mostrar que hay otros derechos (en particular, los derechos de los demás ciudadanos que el derecho penal protege) que deben primar sobre el derecho del acusado a ser tratado como inocente, y por tanto a no ser sometido a prisión, hasta que no haya sentencia condenatoria.

Esa motivación especialmente reforzada, por otro lado, se impone tanto al legislador, en el momento de regular las condiciones en que puede decretarse la prisión provisional, como al juez o tribunal, en el momento de adoptar la medida en el caso concreto.

Por lo que hace al legislador, la regulación de la presión preventiva debe ser tal que ésta sea excepcional, proporcional y subsidiaria. Debe ser excepcional, en el sentido de que las condiciones legales previstas para su adopción deben producir que en la gran mayoría de los casos no se adopte la medida. Esto es

10 En términos parecidos, la Corte Suprema peruana (Casación N.º 70-2010-Lambayeque, de fecha 26.04.11, fundamento jurídico 7º) ha planteado la cuestión como "(...) un eventual conflicto de derechos, [de modo que] el *ius ambulandi* se vea afectado por la supremacía de los derechos de terceros y por la de otros bienes constitucionalmente protegidos". En el mismo sentido se pronuncia en la Sentencia de Casación N.º 626-2013-Moquegua, de fecha 30.06.15, considerando noveno.

así por el hecho de que con ella se está sacrificando un derecho fundamental, i.e., el derecho a ser tratado como inocente en tanto no haya sentencia condenatoria. En este punto es interesante tomar en consideración las estadísticas de población reclusa y observar el porcentaje de presos preventivos. Puede verse que en España, a fin de 2016, de los 59.589 presos totales, 7.996 eran presos preventivos[11], lo que representa un 13,4% del total. Seguramente podrá discutirse si ese porcentaje refleja suficientemente la necesidad de que la medida sea excepcional y, con seguridad, debe tender a la baja. Sin embargo, la comparación con otros países puede resultar ilustrativa: a fin de 2010 el porcentaje de reclusos en prisión preventiva respecto del total era del 15.5% en Alemania, del 19.4% en Portugal, del 14.9% en Inglaterra y Gales, y del 43.6% en Italia, por ejemplo[12]. En América Latina, el porcentaje de reclusos en prisión preventiva a final de 2016 era del 43.6% en Perú (35.722 presos preventivos sobre un total de 82.200)[13]; la mitad del total de presos o más del 60% si lo limitamos a los procesados por delitos federales en la Argentina[14]; en Colombia en octubre de 2008 de un total de 69,600 personas privadas de libertad, el 35% lo era en régimen de prisión provisional; Honduras, por su parte, tenía a fin de 2005 una tasa de aproximadamente el 62% de presos sin sentencia; y en Ecuador más del 64% de los presos estaban en espera de juicio[15]. Una combinación de factores inciden en que las cifras sean tan distintas. En particular, pueden mencionarse no sólo las mayores o menores facilidades para adoptar la prisión

11 *Vid.* las estadísticas oficiales de instituciones penitenciarias: Disponible en <http://bit.ly/2vmxxgh>. Última consulta el 23 de agosto de 2017.

12 Fuentes: International Centre for Prison Studies – King's College – Universidad de Londres; y Eurostat, Statistics in focus – 58/2010. Disponible en <http://bit.ly/2wMWQZv>. Última consulta: 23 de agosto de 2017.

13 Según estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario, que pueden verse en: <http://bit.ly/2iD7s6T>. Última consulta: 23 de agosto de 2017. Estas indican una clara, aunque muy insuficiente, mejoría respecto de los datos publicados en el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2013, p. 21, donde se reporta que a 31 de julio de 2012 el porcentaje de presos preventivos era del 58.8% del total de presos. Estas cifras, en el caso del Perú como de otros países americanos, produjo que el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU criticara el uso excesivo de la detención preventiva en su informe E/CN.4/1999/63/Add.2, publicado el 11 de enero de 1999.

14 Según datos del informe anual 2016 de la Procuración Nacional argentina, que puede verse en <http://bit.ly/2rFcLSw>. Es de destacar que el mismo informe (p. 19) considera contrario a la presunción de inocencia esta situación.

15 Cifras obtenidas del Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2013, p. 18.

provisional, sino también su duración máxima y también la duración promedio de los procesos judiciales[16]. Sin embargo, huelga decir que porcentajes del 40, 50 o 60% de presos preventivos no se corresponden con el requerimiento de excepcionalidad en la adopción de una medida tan lesiva de los derechos, que supone un grave peligro de dañar a un inocente.

La medida debe ser también proporcional[17], lo que requiere al menos tres elementos: en primer lugar, el delito del que se acuse al imputado debe ser suficientemente grave como para justificar el sacrificio del derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de trato procesal; en segundo lugar, los elementos de juicio (pruebas) que apoyen tal acusación deben ser suficientemente consistentes para considerar baja la probabilidad de que el acusado sometido a prisión provisional acabe finalmente absuelto y, por tanto, resulte injustificada la medida cautelar; y, finalmente, en tercer lugar, los elementos de juicio (pruebas) que apoyen la hipótesis de la existencia de un grave riesgo procesal deben ser acreditar ese riesgo con un alto grado de corroboración[18].

Finalmente, la adopción de la prisión provisional debe ser siempre una medida subsidiaria, en el sentido de que, siendo la medida que mayor afectación supone a los derechos del acusado, procede únicamente en caso de que ninguna otra medida cautelar pueda resultar eficaz[19].

Todo ello se traduce jurisprudencialmente por la Corte IDH en las siguientes exigencias para que la prisión preventiva sea conforme con los tratados internacionales de derechos humanos[20]:

---

16 Este último factor es mencionado como uno de los principales, junto a políticas públicas de seguridad que privilegian la adopción casi automática de la prisión preventiva en delitos menores como mecanismo de lucha contra la criminalidad, por el citado Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.

17 Sobre el modo en que se entiende la proporcionalidad en materia de prisión provisional por parte del TEDH, puede verse DÍAZ MARTÍNEZ, 2004: 1605.

18 *Vid.*, entre otras, las sentencias del TEDH en los casos *Mishketkul y Otros c. Rusia*, 24 de mayo de 2007, párrafo 57; *Khodorkovskiy c. Rusia*, 31 de Mayo de 2011, párrafo 186; *Sulaoja c. Estonia*, 15 de febrero de 2005, párrafo 64 y Jabłoński c. Polonia, 21 de diciembre de 2000, párrafo. 83.

19 En este punto, queda mucho camino por recorrer en relación con el uso de mecanismos técnicos como pulseras, tobilleras, etc., que permiten tener siempre localizado al imputado sin por ello afectar a su libertad de movimientos.

20 *Pollo Rivera c. Perú*, 21 de octubre del 2016, párrafo 122.

- *Debe ser una medida cautelar y no punitiva.*
- *Debe fundarse en elementos probatorios suficientes* que permitan concluir razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga.
- *Debe estar sujeta a revisión periódica*, evitando que la prisión se prolongue más allá de las causas que la motivaron.
- *Además de legal, no puede ser arbitraria*, exigiéndose una resolución motivada en las circunstancias del caso concreto y sin que la participación del imputado en el ilícito del que se le acusa o el peligro procesal puedan darse por supuestos o presumirse.

También el juez deberá ajustar su actuación en el caso concreto a los criterios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad. Así, deberá tener en cuenta que la prisión preventiva sólo debe ser adoptada de forma excepcional, de modo que no podrá hacer una interpretación de la regulación legislativa al respecto y una valoración de las circunstancias específicas del caso que, de ser generalizadas, dieran lugar a un alto índice de aplicación de la prisión preventiva. Con independencia de la adecuación de la legislación a la constitución y a los tratados internacionales, que en el caso del Perú será analizada más adelante, si el resultado de las decisiones judiciales es que más del 40% de los presos son preventivos, resulta claro que no se está respetando el criterio de la excepcionalidad. Ello puede suceder, por ejemplo, si los jueces relajan sus exigencias para estimar que concurren las causales de peligro procesal y/o si rebajan sustancialmente las exigencias probatorias que aporten verosimilitud a la hipótesis acusatoria contra el imputado[21].

Es importante, además, destacar que el grado de corroboración de la hipótesis de la culpabilidad, a los efectos de acordar la medida de la prisión preventiva no puede ser el mismo que se exija para la condena, por cuanto supondría la anticipación de la decisión final, pero tampoco puede ser reducido al grado de corroboración exigido para iniciar la acción penal por parte de la fiscalía. Se trata, pues, de una corroboración reforzada respecto de ésta última, de modo que la fiscalía deberá aportar elementos de prueba suficien-

21 Así lo ha establecido la Corte IDH, por ejemplo, en el caso *Norín Catrimán y otros* (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) *c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párrafos 361 a 364.

tes para acreditar que es muy probable que se haya cometido un delito y que este es atribuible al imputado, no pudiendo basarse en meras conjeturas[22]. Sin embargo, el juez deberá valorar, obviamente, tanto las pruebas de cargo como las de descargo al momento de determinar si la hipótesis acusatoria dispone del grado de corroboración exigido para decidir sobre la prisión provisional, puesto que unas y otras inciden en el grado de corroboración de la hipótesis[23]. La cuantificación de ese grado de probabilidad deberá ser concretada por el legislador nacional en forma de estándar de prueba. En todo caso, tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han precisado que no podrá adoptarse en ningún caso la prisión preventiva de forma instrumental, como modo de presionar al imputado para obtener su confesión o algún tipo de colaboración, perdiendo así su carácter cautelar, o como un modo de ganar tiempo para investigar[24].

3.1. Las causales de riesgo procesal

La satisfacción del estándar de prueba previsto para decretar la prisión provisional, es decir, la constatación de que se dispone de un nivel de corroboración suficiente de la hipótesis acusatoria para ese estadio procesal, no es condición suficiente para decretarla. Además, tanto las declaraciones internacionales de derechos humanos como las constituciones y legislaciones nacionales exigen que concurran una serie de causales de riesgo procesal que pongan en peligro el objeto del proceso penal en el caso concreto.

---

22 *Palamara Iribarne c. Chile* de 25 de noviembre de 2005, párrafos 206 - 207; *Norín Catrimán y otros* (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) *c.* Chile del 29 de mayo del 2014, párrafo 311, b); *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador* de 21 de noviembre de 2007, párrafo 103. Sobre la necesidad de disponer de distintos estándares de prueba, aplicables a diversas decisiones durante el procedimiento penal, puede verse Ferrer Beltrán, 2007: 144 ss.

23 Comisión IDH, Informe N.º 86/09, caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrafo 155. Véanse también las sentencias del TEDH en los casos: Colac c. Rumanía, 10 de febrero del 2015; párrafo 41; Scholer c. Alemania, 18 de diciembre del 2014; párrafo 45; Gäfgen c. Alemania, 01 de junio del 2010; párrafo 164; Hümmer c. Alemania, 19 de julio de 2012; párrafo 38; Horncastle y otros c. el Reino Unido, 16 de diciembre del 2014; párrafo 131; y Ellis y Simms c. el Reino Unido y Martin c. el Reino Unido, 10 de abril del 2012; párrafo 72, entre otras.

24 *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador* de 21 de noviembre de 2007, párrafo 103. TEDH casos: *Nechiporuk y Yonkalo c. Ucrania*, 21 de abril del 2011, párrafo. 175, y *Cebotari c. Moldavia*, 13 noviembre de 2007, párrafo. 48.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concretado las causales de riesgo procesal en 4 supuestos, a saber:

a) el riesgo de que el acusado no comparezca en juicio[25];

b) el riesgo de que el acusado destruya pruebas o entorpezca su obtención[26]

c) el riesgo de que el acusado pueda cometer nuevos delitos[27]; y

d) el riesgo de que el acusado pueda causar desorden público[28].

En cambio, la CIDH ha sido más restrictiva, considerando, a partir del artículo 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica, como únicas causales legítimas[29]:

a) el peligro de que el acusado destruya o entorpezca la obtención de pruebas y, con ello, la acción de la justicia; y

b) el peligro de fuga del acusado.

Con independencia de cuántas y cuáles sean las causales, el problema mayor que aquí se plantea es específicamente el de la prueba del peligro procesal. Como resulta claro, es imposible probar en sentido estricto un hecho futuro, salvo que dispongamos de pruebas que lo vinculen causalmente de forma necesaria con otro hecho ya acaecido. Dado que esta última circunstancia no se da en el caso del peligro procesal (por la intervención de la vo-

---

25 *Vid.* las STEDH en los casos *Khudobin c. Rusia*, 26 de octubre del 2006, párrafo 104; *Stögmüller c. Austria*, 10 de noviembre de 1969, párrafo 15.

26 *Vid.* las STEDH en los casos *Wemhoff c. Alemania*, 27 de junio 1968, párrafo 14; *Smirnova c. Rusia*, 24 de julio del 2003, párrafo 59; y *Khodorkovskiy c. Rusia*, 31 de mayo de 2011, párrafo 184.

27 *Vid.* las STEDH en los casos *Matznetter c. Austria*, 10 de noviembre de 1969; párrafo 9; *Smirnova c. Rusia*, 24 de julio del 2003, párrafo 59; *Khodorkovskiy c. Rusia*, 31 de mayo de 2011, párrafo 184; y *Khudobin c. Rusia*, 26 de octubre del 2006, párrafo 104.

28 *Vid.* las STEDH en los casos *Letellier c. Francia*, de 26 de junio de 1991, párrafo 51; *Tomasi c. Francia*, 27 de agosto de 1992, párrafo 91; *Smirnova c. Rusia*, 24 de julio del 2003, párrafo 59; *Khodorkovskiy c. Rusia*, 31 de mayo de 2011, párrafo 184; y *Khudobin c. Rusia*, 26 de octubre del 2006, párrafo 104.

29 *Vid.* las sentencias de la Corte IDH en los casos *Argüelles y otros c. Argentina*, 20 de noviembre del 2014, párrafo 130; *Norín Catrimán y otros* (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) *c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párrafo 312, a); *J. c. Perú* de 27 de noviembre de 2013, párrafo 159; *y Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador* de 21 de noviembre de 2007, párrafo 103.

luntad humana), no queda más remedio que concluir que resulta imposible probar que, por ejemplo, el acusado se fugará en caso de permanecer en libertad durante el procedimiento penal que se sigue contra él.

Las alternativas en este punto parecen reducirse a dos. Por un lado, podríamos acudir a información estadística acerca de la frecuencia con que otras personas en las circunstancias del acusado se han fugado o han destruido u obstaculizado la obtención de pruebas. Esta estrategia, sin embargo, enfrenta tres tipos de problemas. El primero es que normalmente no disponemos de esa información. Sin embargo, aún si los Estados decidieran invertir para recoger esta información estadística, quedaría una segunda e importante dificultad: el llamado problema de determinar la clase de referencia. ¿Cuál es la clase relevante de casos respecto de la que buscaremos y usaremos la información estadística?, ¿la de los acusados con nacionalidad y residencia peruanas que se fugan?, ¿la de los acusados de delitos graves que se fugan?, ¿la de los hombres ricos con bienes en el extranjero que se fugan?, ¿la de los hombres menores de 40 años que se fugan?, ¿alguna combinación de las anteriores preguntas? Y así podríamos seguir preguntando indefinidamente, puesto que el número de propiedades de un caso y sus combinaciones son infinitas[30]. Evidentemente, si no disponemos de una forma de determinar cuáles son las propiedades relevantes de un caso a los efectos del peligro procesal, entonces no será posible recoger la información estadística de la clase de casos que compartan esas propiedades relevantes. El tercer problema es que incluso en el caso en que pudieran salvarse los dos primeros escollos mencionados, la información estadística acerca de, por ejemplo, cuántos casos de fuga se han dado en una determinada clase, nada nos dice sobre el caso concreto que debemos juzgar. En otros términos, no hay forma de establecer inferencias que vayan de la ratio de fugas en la clase de los hombres mayores de 40 años sometidos a juicio por delitos graves a la probabilidad de que sea verdad que Juan (mayor de 40 años y sometido a juicio por un delito grave) se fugará[31].

---

30 Sobre el problema de la determinación de clase de referencia para identificar la generalización relevante véase SCHAUER, 2003.

31 Sobre la imposibilidad de fundar conclusiones de probabilidad inductiva o lógica (probabilidad de proposiciones) en probabilidades estadísticas, puede verse Ferrer Beltrán, 2007: 98 y ss.

La segunda alternativa para probar el peligro procesal parte de tomar en consideración ciertos aspectos del caso individual que se debe resolver para inferir de ellos la probabilidad de que se concrete el riesgo de fuga o de destrucción de pruebas. Así lo ha sugerido, por ejemplo, el TEDH, que estima que no basta para determinar el peligro de fuga con señalar que el sujeto está sometido a una imputación penal grave, sino que deben tomarse también en cuenta aspectos como el carácter del sujeto acusado, su moral, su arraigo, su patrimonio y activos, sus lazos familiares, su vínculo con el país o sus contactos o bienes internacionales[32]. Ahora bien, ¿cómo podemos inferir a partir de, por ejemplo, el arraigo de un sujeto que éste no se fugará? Sólo conozco dos formas de hacerlo: a) incorporando una premisa normativa en forma de presunción que establezca, por ejemplo, que si el acusado tiene arraigo deberá presumirse que no se fugará; o b) incorporando como premisa una generalización que diga, por ejemplo, que los sujetos que tienen arraigo no se fugan[33]. Esta segunda opción nos devuelve a los problemas de la fundamentación estadística, ya mencionados. La primera, por su parte, parece requerir necesariamente que se trate de presunciones *iuris tantum*[34], dado que si fueran *iuris et de iure* dejarían la decisión sobre la concurrencia de las causales de la prisión preventiva fuera del ámbito probatorio. Sin embargo, ello no está tampoco exento de problemas: por un lado, ¿es compatible con la presunción de inocencia presumir que hay peligro de fuga si se tienen bienes y contactos en el extranjero? Por el otro, ¿cómo se puede probar en contrario? Para aportar la prueba que derrote la presunción nos encontraríamos en los mismos problemas señalados hasta aquí, que, en resumen, tienen que ver con la imposibilidad de probar un hecho futuro.

A pesar de todo lo dicho en los párrafos precedentes, las indicaciones de las instancias internacionales de derechos humanos, como la Comisión In-

32 *Vid.*, por ejemplo, las sentencias del TEDH en los casos *Yevgeniy Bogdanov c. Rusia*, 26 de febrero del 2015; párrafo 136; *Smirnova c. Rusia*, 24 de julio del 2003, párrafo 60; *Khodorkovskiy c. Rusia*, 31 de mayo de 2011, párrafo 185; *Isayev c. Rusia*, 22 de octubre del 2009; párrafo 143; *Becciev c. Moldavia*, 4 octubre de 2005, párrafo 58.

33 En realidad, los dos modos de fundar la conclusión pueden no ser, en últimos análisis, tan distintos, puesto que el fundamento de la regla de presunción puede ser, a su vez, la propia generalización.

34 Así lo establece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrafo 85.

teramericana, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo, sostienen claramente que la mera alegación del peligro no basta para justificar la prisión preventiva, ni tampoco meras conjeturas[35], siendo necesario que se pruebe un riesgo cierto o real, grave e inminente[36] y se motive adecuadamente en la resolución judicial, tomando en cuenta tanto los elementos de juicio de cargo como los de descargo respecto de la existencia de ese peligro procesal[37]. No dudo que en algunos casos ello sea posible: basta pensar en supuestos en que se dispone de pruebas de que el acusado ya ha intentado o ha realizado acciones preparatorias para fugarse o destruir u obstaculizar la obtención de pruebas sobre su participación en el delito. Salvo en supuestos como estos, sin embargo, es extraordinariamente difícil acreditar suficientemente la hipótesis del riesgo procesal, lo que si se toma en serio es también perfectamente congruente con la idea de que la prisión preventiva debe ser excepcional.

3.2. Conclusiones intermedias

Antes de pasar al análisis de la legislación peruana y de un caso controvertido en materia de prisión preventiva, creo que resultará útil recapitular las ideas principales expuestas hasta aquí.

- La presunción de inocencia como regla de trato procesal exige que todo sujeto sometido a proceso penal sea tratado como si fuera inocente durante todo el procedimiento, hasta tanto no haya sido dictada sentencia condenatoria. Hay opiniones y legislaciones divergentes respecto de si rige hasta la primera sentencia condenatoria o bien hasta que haya sentencia firme.
- Tratar al procesado como si fuera inocente es un modo de evitar que el Estado dañe injustificadamente a alguien, puesto que hasta el final del proceso no se puede determinar si el acusado es inocente o culpable del delito que se le imputa.

---

35 *Vid.*, por ejemplo, el Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. párrafo 85.

36 STEDH, Łachowski c. Polonia, 05 de diciembre del 2006, párrafo 40.

37 *Vid.* las sentencias del TEDH en los casos: *Smirnova c. Rusia*, 24 de julio del 2003, párrafo 63, y *Rokhlina c. Rusia* de 07 de abril de 2005, párrafo 68.

- La prisión preventiva es un modo de asegurar el cumplimiento del objetivo de protección de los derechos de los ciudadanos que asignamos al derecho y el proceso penal. Con ella se asegura que el acusado no escape a la pena, en caso de haber cometido el delito, fugándose o destruyendo pruebas, o bien siga cometiendo otros delitos.
- Someter al acusado a medidas cautelares y, en particular, a prisión preventiva es incompatible con la presunción de inocencia como regla de trato procesal.
- Esa incompatibilidad no implica la necesidad de abolir la prisión provisional, pero sí la aplicación extraordinariamente restrictiva de la misma, siempre justificada en la protección de otros derechos fundamentales, es decir, en el objetivo de protección de esos derechos a través del derecho y el proceso penales.
- Por ello, la regulación de la prisión preventiva y su adopción por parte de los jueces y tribunales debe realizarse de acuerdo con los criterios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad, siempre de forma motivada.
- La decisión judicial de adopción de la prisión provisional deberá motivar la existencia de elementos de juicio (pruebas) que aporten corroboración suficiente a la hipótesis de que el acusado ha cometido el delito. La exigencia probatoria deberá ser superior que la prevista para el inicio de actuaciones penales pero inferior al estándar de prueba establecido para la condena.
- Será también condición necesaria acreditar y justificar en la resolución judicial la concurrencia de alguna de las causales previstas de riesgo procesal.

4. LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

La regulación legal de la prisión preventiva contenida en el nuevo Código procesal penal peruano recoge de forma general las exigencias desarrolladas por la jurisprudencia internacional de derechos humanos que han sido presentada hasta aquí. En este sentido, puede decirse que se trata en líneas generales de una legislación satisfactoria.

Preside la mencionada regulación un artículo general sobre las condiciones a las que debe someterse cualquier medida de coerción procesal. Se trata del artículo 253, que a la literalidad establece que:

> "1. Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella.
>
> **2.** La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al *principio de proporcionalidad* y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción.
>
> **3.** La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando *fuere indispensable*, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva."

Aparecen ya en este artículo, aunque no en todos los casos llamados con ese nombre, los criterios de proporcionalidad, excepcionalidad y subsidiariedad que hemos analizado más arriba[38]. Las medidas cautelares que restrinjan derechos fundamentales, como el caso de la prisión preventiva, sólo podrán adoptarse cuando resulten indispensables o, en otros términos, de forma excepcional y si no hubiera otro mecanismo menos lesivo para asegurar el objeto del proceso. También se menciona ya la necesaria exigencia probatoria, indicándose que se requerirá que haya "suficientes elementos de convicción" (lo que remite al cumplimiento del estándar de prueba que determine ese nivel de suficiencia).

Este último aspecto es retomado por el artículo 268.1 a), que requiere que existan "fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo". La formulación del grado de exigencia probatoria, i.e., del estándar de prueba, es claramente mejorable. Sin embargo, vale la pena destacar que el legislador peruano ha establecido una clara graduación de umbrales probatorios para distintas decisiones. Así, por ejemplo, el artículo 329 establece que el fiscal iniciará la investigación "cuando tenga

38 En este sentido, la Sentencia de Casación N.º 631-2015-Moquegua (F.J. octavo) establece que la referencia legal a la necesidad debe interpretarse en el sentido de que la prisión preventiva sea excepcional y subsidiaria.

conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito". Y el artículo 336.1 establece que procederá la formulación y continuación de la investigación preparatoria cuando "(...) de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, *aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito* (...)". Las formulaciones de los artículos 268, 329 y 336 no tienen el nivel de precisión deseable para la formulación de estándares de prueba. Sin embargo, sí indican claramente una graduación en la que el nivel claramente superior es el necesario para decretar la prisión provisional[39]. Este punto, como hemos visto anteriormente, es exigido por la jurisprudencia de la Corte IDH y ha sido también destacado por la Corte Suprema peruana[40], que entiende que la apelación a "graves y fundados elementos de convicción" del artículo 268.1 a) del NCPP debe entenderse en el sentido de que a la luz de los elementos de juicio aportados exista un "alto grado de probabilidad" de la ocurrencia de los hechos (y cabe entender que también de la participación del acusado en el delito).

En mi opinión, usando la clásica distinción entre valoración individual y valoración de conjunto de la prueba, un modo apropiado de entender la fórmula "graves y fundados elementos de convicción" pudiera ser éste: al nivel de la valoración individual, se requiere que los elementos de convicción (esto es, elementos de juicio de cargo) sean 1) fundados y 2) graves. Diremos que un elemento de convicción es fundado cuando resulta fiable probatoriamente, es decir, cuando ha sido corroborado por otros elementos y/o cuando por sí mismo es portador de una alta fiabilidad de sus resultados (como en el caso de la prueba de ADN). Pero esto no basta. Podemos tener, por ejemplo, una prueba de ADN que muestre que el acusado tuvo relaciones sexuales con la víctima, pero de ello no se infiere que aquél cometiera el delito de violación. Por ello, es necesario también que los elementos de convicción sean graves. Diremos que son tales si tienen un alto poder incriminatorio, es decir, vinculan al acusado con la comisión de un delito. Así, por ejemplo, si se encuentra en el domicilio del acusado el cuchillo utilizado para matar a la víctima, con restos de sangre de ésta. La conjunción de elementos de convicción fundados (es decir, fiables) y graves (es decir, de alto poder incrimina-

39 En el mismo sentido Asencio Mellado, 2005: 513.

40 Sentencia de Casación N.º 626-2013-Moquegua, de fecha 30-06-15, considerando vigésimo séptimo.

torio) daría lugar, ya en el plano de la valoración de conjunto de la prueba, a que la hipótesis acusatoria alcance el alto grado de probabilidad al que hace referencia la Corte Suprema peruana.

Por otro lado, corresponderá en todo caso al fiscal satisfacer este requisito probatorio y su cumplimiento o no deberá ser parte fundamental de la motivación de la resolución judicial que acuerde o deniegue prisión provisional solicitada por la fiscalía.

El requisito de proporcionalidad se traduce también en la previsión de que no podrá acordarse la prisión provisional si el delito del que se acusa al imputado tiene establecida una pena inferior a los cuatro años.

Finalmente, las causales previstas en la letra c) del artículo 268.1 del NCPP son el peligro de fuga y el de obstaculización de la averiguación de la verdad[41]. Es destacable que el propio código establece en su artículo 269 una serie de indicadores a tomar en consideración para determinar el peligro de fuga, siguiendo la estela de lo señalado por el TEDH, que ha sido analizado anteriormente. Así, se indica que el juez deberá tener en cuenta:

> "1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
> 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
> 3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;
> 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal."

Sin embargo, nada se dice respecto de los indicios a considerar para determinar el peligro de obstaculización probatoria, sino que el artículo 270 únicamente determina en qué actuaciones puede consistir esa obstaculización[42].

---

41 El párrafo 2 del mismo artículo hace referencia a la pertenencia del imputado a una organización delictiva, pero no se trata de una causal distinta sino de un aspecto a considerar por cuanto pudiera darle facilidades para fugarse u obstaculizar la averiguación de la verdad.

42 En concreto, establece que se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: "**1.** Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. **2.** In-

En los siguientes artículos se regula la duración de la prisión preventiva, así como el procedimiento para solicitarla, adoptarla y recurrirla. No prestaré aquí atención a estos aspectos. Sí, en cambio, quisiera concluir este epígrafe constatando que la regulación prevista en el NCPP se corresponde bastante bien con las exigencias convencionales y con la interpretación de las mismas realizada por la Corte IDH. En cambio, las cifras de presos preventivos y la proporción con las de presos sentenciados en Perú, como hemos visto, están muy lejos de reflejar la debida excepcionalidad y subsidiariedad de la prisión preventiva. Habrá que buscar las causas de esas indebidas cifras en otros aspectos del procedimiento y/o de los recursos invertidos en la administración de justicia, que producen una excesiva duración de los procesos, y en interpretaciones demasiado laxas de la normativa legal analizada por parte de los jueces y tribunales. Por ello, será interesante analizar un caso concreto como muestra de esa aplicación jurisprudencial.

5. EL CASO DEL GOBERNADOR FÉLIX MANUEL MORENO CABALLERO

Mediante Resolución N.º 3, de 8 de abril de 2017, el Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, decretó prisión provisional para la persona de D. Félix Manuel Moreno Caballero, Gobernador del Callao, en el marco de un proceso por tráfico de influencias y lavado de activos derivado de las averiguaciones del caso Odebrecht. La fiscalía solicita la prisión provisional, entendiendo que hay elementos de juicio graves y fundados respecto de la comisión de los delitos por parte de Moreno Caballero, que podrían acarrearle una pena de hasta 12 años de privación de libertad, de modo que se cumplirían las condiciones previstas en el artículo 268 NCPP para proceder al análisis de la concurrencia de alguna de las causales de la prisión preventiva.

La fiscalía acusa al Sr. Moreno Caballero por haber intervenido ilícitamente en la adjudicación de un contrato para construir la Vía Costa Verde, tramo Callao, a favor de Odebrecht a cambio de cuatro millones de dólares, que se repartirían entre el Gobernador y el Sr. Gil Shavit (que habría actuado como intermediario para favorecer la adjudicación a Odebrecht). La parte de

---

fluirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. **3.** Inducirá a otros a realizar tales comportamientos."

la coima correspondiente a Moreno Caballero se habría utilizado para pagar los servicios de asesoría del Sr. Luis Favre para la campaña electoral de la gubernatura. La acusación se basa fundamentalmente en las declaraciones de dos colaboradores eficaces, el primero identificado por su nombre en clave, 03-2016, y el segundo el propio Gil Shavit.

Según el relato fáctico de la fiscalía, Gil Shavit habría intermediado ante funcionarios de Odebrecht, presentándose como persona muy cercana al gobernador Moreno Caballero, para saber si tendrían interés en la obra Vía Costa Verde, tramo Callao. Como continuación de ese primer contacto se produciría una segunda reunión en abril de 2013 con la participación del colaborador 03-2016, el funcionario número 05 de Odebrecht, Félix Moreno Caballero y Gil Shavit. En esta oportunidad Félix Moreno solicita el 60% del valor de 4 millones de dólares y el 40% se acuerda para Gil Shavit. En posteriores contactos, se habrían entregado a Odebrecht las condiciones de licitación de la obra, ofreciéndoles la posibilidad de introducir cambios. A raíz de los distintos contactos, se habrían reforzado las condiciones para poder presentarse a la licitación (elevando el nivel de experiencia previa exigida a las empresas de obras urbanas y costeras y aumentando la necesidad de calificación técnica exigida a los profesionales que trabajarían en la obra), lo que permitió excluir a la mayoría de las empresas interesadas, y también se habría acordado la realización posterior de diversas adendas al contrato. Finalmente, el contrato es adjudicado en 2014 a la empresa Odebrecht. Este relato corresponde con lo declarado por los dos colaboradores eficaces: 03-2016 y Gil Shavit.

El contrato se firmó el 19 de mayo de 2014 y a partir de ahí habrían iniciado los pagos de la coima. Dos millones correspondientes a la coima reservada para Moreno Caballero se acuerda que sean liquidados directamente al Sr. Luis Favre, en pago de su asesoría para la campaña electoral para la Gobernatura de 2014, en cinco pagos de 400 mil dólares cada uno.

Por su parte, la Sra. María Lucia Guimarães Tavares, testifica también como colaboradora eficaz en Brasil, explicando el método de comunicación interna de Odebrecht y confirmando la realización de cinco pagos de 400 mil dólares a favor de alguien denominado con el apodo Taça. También se aporta copia de un correo electrónico, en el que se ordenaría esos pagos a favor de Taça, que Gil Shavit y el colaborador 03-2016 identifican como Luis

Favre. No se habría llegado a realizar el pago restante de 400 mil dólares a Moreno Caballero, hasta completar el 60% de su parte de la coima, debido a la detención de Marcelo Odebrecht. Siendo así, surge el inconveniente de vincular a Moreno Caballero con los cobros a favor de Luis Favre, lo que según Gil Shavit se hace por el trabajo de asesoría electoral de éste último para la candidatura de Moreno Caballero.

No hay constancia contractual de la asesoría de Luis Favre para la campaña electoral de Moreno Caballero, pero la fiscalía aporta un tuit del Sr. Favre y actas de búsqueda de información en Youtube en las que se vincula a Favre con la campaña. En el mencionado tuit, Favre reconoce haber participado en el marketing de la campaña, contratado por la empresa brasileña FX Comunicaçao Global, pero niega haber recibido ningún pago de Odebrecht.

Con este acervo probatorio, el Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional consideró satisfecho el requisito de que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito por parte del acusado, Moreno Caballero.

Por lo que respecta al peligro procesal, la resolución judicial es dubitativa en lo atinente al riesgo de fuga: estima acreditado el arraigo domiciliario, familiar y laboral, pero considera que la previsible condena a una pena de más de 12 años de privación de libertad es un indicador favorable para considerar existente el riesgo de fuga, así como también la falta de disposición del acusado a reparar el daño y la gravedad de los hechos, cometidos como máximo responsable político de la Provincia del Callao.

La resolución estima acreditado, en cambio, el peligro procesal en la forma de la causal relativa a la obstaculización probatoria, que según el artículo 270 NCPP podría consistir en la destrucción, modificación, ocultamiento o supresión, falsificación de elementos de prueba, en influir para que coimputados, peritos, testigos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducir a otros a realizar tales comportamientos. En este punto, el Ministerio Público estima que Moreno Caballero es el autor de la amenaza recibida por Gil Shavit a través de Facebook, plataforma en la que habría recibido un mensaje con el contenido "eres Gil y morirás gil". Por otra parte, la defensa aporta declaraciones juradas de los funcionarios que formaron parte del Comité de otorgamiento de la Buena pro a favor de Odebrecht en el sentido de no haber sido influenciados por Moreno Caballe-

ro en su decisión. Pero ello es valorado por el Juez en su resolución estimando que se trata de funcionarios del Gobierno regional y, por tanto, fácilmente influenciables por el Gobernador, es decir, por su jefe. Entiende el juzgador que hay que considerar esa posibilidad dada la gravedad de la imputación y la pena que arriesga Moreno Caballero, por lo que estima que concurre el riesgo procesal en su modalidad de obstaculización probatoria.

Pues bien, en mi opinión la resolución en comento es un buen ejemplo de la facilidad con que en ocasiones se decreta la prisión preventiva, rebajando las exigencias probatorias y estimando acreditado el peligro procesal con meras conjeturas[43]. A ello, además, contribuye la presión social derivada de casos como éste, de gran repercusión mediática. Son este tipo de resoluciones las que pueden explicar en buena parte el nada excepcional porcentaje de presos preventivos en el Perú. Estimo además que se violan en la resolución los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y subsidiariedad, no respetándose lo establecido por el NCPP ni por la jurisprudencia de la Corte IDH.

La resolución fue apelada y resuelta por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional[44]. En la resolución de la mencionada Sala Penal, N.º 12 de 19 de mayo de 2017, se analizan especialmente dos aspectos: la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de los delitos atribuidos a Moreno Caballero, por un lado, y la concurrencia del peligro procesal, descartando ambos extremos y revocando la prisión provisional. Estimo totalmente acertado el sentido de la resolución en apelación y también su línea argumental. Por ello, lo seguiré en buena parte.

1) Se considera acreditado que Moreno Caballero era Presidente Regional del Callao, que Luis Favre participó en su campaña de 2014, que Gil Shavit tenía una relación amical con Moreno Caballero de larga data,

43 Con lo no sólo contraviene lo específicamente establecido en el artículo 271.3 del NCPP, sino que se aparta también claramente de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano (expediente N.º 728-2008-PHC/TC, caso *Llamoja Hilares*), que exige una especial justificación a las decisiones jurisdiccionales que afecten a derechos fundamentales como la libertad, pues solo así es posible evaluar si el juez ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida. En el mismo sentido, véase la Sentencia de Casación N.º 626-2013-Moquegua, de fecha 30-06-15, considerando sexagésimo noveno.

44 Expediente N.º 00075-2017-3-5001 -JR-PE-03.

que se adjudicó la obra Vía Costa Verde tramo Callao a favor de las empresas de Odebrecht-Perú, que Odebrecht realizó cinco pagos de 400 mil dólares a una persona de apodo Taça.

2) Sin embargo, sólo dos de los elementos de juicio aportados por el Ministerio Público involucran en supuestas actividades delictivas a Moreno Caballero: las dos declaraciones de los Colaboradores eficaces 03-2016 y Gil Shavit. Tampoco hay ningún elemento de juicio que vincule el apodo Taça con Luis Favre, a excepción de las declaraciones de los dos colaboradores mencionados. Tampoco la colaboradora María Lucía Guimaraes Tavares pudo asegurar esa vinculación.

3) Resulta de capital importancia destacar que los dos elementos de juicio que involucran a Moreno Caballero son declaraciones testificales de colaboradores eficaces. Este tipo de declaraciones, como es sabido, son de especial importancia para obtener información sobre hechos delictivos que, como los de corrupción, son de difícil prueba. Sin embargo, la propia institución de la colaboración premiada introduce genuinas dudas de fiabilidad al elemento probatorio, dado que el colaborador no es un testigo desinteresado y cabe perfectamente que declare movido por el interés de obtener las ventajas procesales de la colaboración premiada, por venganza, etc.[45] Esa falta de fiabilidad sólo puede salvarse a través de la corroboración de lo informado por los colaboradores mediante pruebas independientes. Sólo así es posible compatibilizar la importancia de la información que los colaboradores pueden aportar con las necesarias exigencias de fiabilidad probatoria para tomar decisiones que afectan a derechos fundamentales. El problema, en el caso en comento, es que ninguna de las imputaciones con efectos penales realizadas por los colaboradores contra Moreno Caballero fueron corroboradas por pruebas independientes antes de adoptar la medida de la prisión preventiva. En otros términos, debe concluirse que el acervo probatorio aportado por la fiscalía no contiene elementos de convicción fundados y graves, en los términos en que han sido definidos más arriba, y que son exigidos como condición necesaria para que proceda decretar la prisión preventiva.

45 En este sentido, por ejemplo, *vid.* la Sentencia del TEDH en el caso *Labita c. Italia*, de 06 de abril de 2000, párrafos 157 - 159.

4) La estrategia probatoria de la fiscalía, acogida por la resolución del Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, adolece de importantes lagunas probatorias. Uno de los aspectos fundamentales que debe analizarse en la justificación de las decisiones probatorias es el peso del conjunto de elementos de juicio disponibles[46]. Es decir, en otros términos, si las pruebas que son necesarias, y que, por ello, deberían estar presentes en el expediente, para acreditar los hechos que se pretende acreditar están, de hecho, a disposición del juez y se han incorporado y practicado con todas las garantías procesales. La identificación de cuáles son las pruebas necesarias es siempre relativa a los hechos que se pretendan acreditar.

Así, por ejemplo, no se inspeccionó la casa u oficina en la que supuestamente se realizaron las reuniones para acordar la adjudicación de la licitación a Odebrecht. No se determinó de manera detallada y precisa el tiempo en el que habrían ocurrido las supuestas reuniones. Tampoco se realizó diligencia alguna para ubicar geosatelitalmente a Moreno Caballero, Gil Shavit y el colaborador 03-2016 en los días y horas en que supuestamente se llevaran a cabo esas reuniones, de forma que se pudiera confirmar que estuvieron juntos en el lugar indicado en las declaraciones de los colaboradores eficaces. Tampoco se llamó a declarar a los miembros del comité que adjudicó la obra; no se realizó diligencia alguna para corroborar que hubo diversos borradores de las bases y se introdujeron cambios para restringir las empresas que podrían participar en la licitación. Esta falta de corroboración de lo declarado por los colaboradores eficaces, imputable a las lagunas de la estrategia probatoria del Ministerio Público y no señalada por el Juez que acordó la prisión provisional, supone una clara violación de lo establecido por el artículo 158.2 del NCPP peruano, que a la letra establece: "En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria."

---

46 La noción de peso probatorio tiene su origen en Keynes (1921): cap. IV, p. 71 ss. Véase también FERRER BELTRÁN, 2014.

5) Sí se llevó a cabo el allanamiento en los inmuebles ubicados en avenida Guardia Chalaca N° 1441 - Callao y en calle Jacaranda N° 180 - Urbanización Camacho - La Molina, pero destaca que no se encontraron elementos de convicción que de manera periférica corroboren la sindicación formulada contra Moreno Caballero.

6) Todo ello es destacado de forma muy elocuente por la Primera Sala Penal en la resolución de la apelación. Creo que vale la pena reproducirlo:

> "i) ¿Se habría aportado elemento de convicción que coadyuve a corroborar haberse realizado las reuniones con fin ilícito, entre Félix Manuel Moreno Caballero, Gil Shavit. el Ce 03-2016 y el funcionario N° 5? NO.
>
> ii) ¿En los actuados obra evidenciado que Félix Manuel Moreno Caballero hubiere tenido asignado un *codinome*? NO.
>
> iii) ¿Se ha corroborado que Luis Favre fuera quien tuviera asignado el codinome de "TAÇA"? NO.
>
> iv) ¿Obra evidenciado por la Fiscalía que "TAÇA" hubiere recibido el dinero presuntamente solicitado por Félix Moreno? NO.
>
> v) ¿Quién sería el encargado de recibir el dinero, según CE 03-2016, que correspondía entregar a "TAÇA"? VALDEMIR GARRETA.
>
> vi) ¿Se ha recibido la declaración de Valdemir Garreta, en estos actuados? NO.
>
> vii) ¿Se habría utilizado dinero entregado por Odebrecht a TACA" por intermedio de Valdemir Garreta, en la campaña electoral del año 2014 a favor de Moreno Caballero? NO OBRA CORROBORADO.
>
> viii) ¿Se habría determinado la existencia de alguna irregularidad en el proceso de licitación pública N°0009-2013 por la Contraloría General de la República, antes de requerirse prisión preventiva para Moreno Caballero? NO.
>
> viii) ¿Se ha corroborado que el dinero encontrado en la residencia del investigado Moreno Caballero está vinculado al presuntamente dirigido para su campaña de reelección al Gobierno Regional del Callao? NO"[47]

7) A partir de aquí, concluye la Primera Sala Penal que no debió haberse "solicitado la medida cautelar personal en cuestión, sobreviniendo así está en prematura al no contarse con suficientes elementos de convicción como para procurar se prive preventivamente de la libertad a Moreno Caballero" (énfasis en el original).

8) Es claro que existe la posibilidad de que los hechos sucedieran como indicaron los colaboradores eficaces, pero de ahí a que pueda decirse

47 Párrafo 3.4.8.5. de la resolución judicial. Negritas en el original.

que hay graves y fundados elementos de convicción hay un gran trecho. Y no cumpliéndose el primero de los requisitos necesarios para adoptar la prisión provisional ya ésta no debió ser adoptada, con independencia del análisis que merezca la concurrencia de peligro procesal.

9) Por lo que hace a este último, concretado en el riesgo de obstaculización de la averiguación de la verdad, la resolución del Juez que acordó la prisión provisional adolece de nuevo de una grave insuficiencia probatoria. Así, se asume que el autor del mensaje dirigido a Gil Shavit a través de Facebook ("eres Gil y morirás Gil") es Moreno Caballero, sin que se haya realizado diligencia alguna que aporte el más mínimo elemento de juicio a favor de esa hipótesis. Del mismo modo, se asume no sólo que Moreno Caballero en su función de Gobernador tiene la posibilidad de mediatizar las declaraciones de los funcionarios del Gobierno regional y, en particular, de los integrantes del Comité adjudicador de la obra, sino que de ello se infiere el riesgo grave e inminente de que lo lleve a cabo (que es el requisito para la adopción de la prisión preventiva, como hemos visto más arriba). En definitiva, contra lo que repetidamente ha establecido la Corte IDH, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Perú[48], se acuerda la prisión preventiva sobre la base de una mera conjetura y no de pruebas del riesgo procesal. Del mismo modo que no basta mostrar la mera posibilidad física de viajar para acreditar el riesgo de fuga, tampoco basta la mera posibilidad de influir en testigos (por tratarse del Gobernador) para acreditar el riesgo de obstaculización probatoria. Es necesario abandonar el campo de la conjetura y de la suspicacia y justificar la decisión judicial en elementos que acrediten el riesgo procesal grave e inminente que pueda obstaculizar el devenir del proceso, de acuerdo con la jurisprudencia nacional e internacional y el artículo 271.3 del NCPP, lo que no se realizó en absoluto en la Resolución del Juez de garantías que acordó la prisión provisional.

6. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de la legislación procesal penal peruana permite concluir que las previsiones legales del NCPP se condicen razonablemente bien con la

48 Exp. N.º 01555-2012-PHC/TC del 19 de marzo de 2013, fundamento 6.

doctrina jurisprudencial de la Corte IDH y el TEDH. También se gradúan oportunamente los diversos umbrales de exigencia probatoria para diversos tipos de decisión sobre los hechos durante el procedimiento. Sin embargo, vale la pena recordar la conveniencia de mejorar la precisión con la que esos umbrales son identificados, siendo los formulados excesivamente vagos.

En cambio, la realidad de las cifras de presos preventivos en el país muestra que, a pesar de haber disminuido significativamente en los últimos años, el porcentaje de presos preventivos está todavía por encima del 40%, lo que de ningún modo se condice con la exigencia de excepcionalidad de la medida. Por ello, es necesario estudiar las causas de esas cifras tan elevadas. Se han conjeturado algunas: excesiva duración de los procesos y de la propia prisión preventiva y una "cultura" judicial poco exigente con el cumplimiento estricto de los requisitos, especialmente probatorios, para que proceda acordar la prisión preventiva.

Debe recordarse, además, que ello tiene por efecto el sacrificio de la presunción de inocencia como regla de trato procesal, lo que no puede hacerse legítimamente sin exigencias muy reforzadas.

Finalmente, como forma de ejemplificar esa "cultura" judicial poco exigente con el cumplimiento de los requisitos para que proceda la prisión preventiva, he analizado un caso reciente que, en mi opinión, es un ejemplo paradigmático del abuso de esa medida.

7. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1992): "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en Doxa, N.º 12.

ASENCIO MELLADO, J.Mª. (1987): *La prisión provisional*, Civitas, Madrid.

ASENCIO MELLADO, J.Mª (2005): "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú", en Cubas Villanueva, V., Doig Díaz, Y. y Quispe Farfán, F.S. (coordinadores): *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales.* Palestra, Lima.

BECCARIA, C. (1764): *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano, 1991.

DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2004): "Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos", en *La Ley*, Tomo 1.

HASSEMER, W. (1984): "*Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft*", en *Der Strafverteidiger*, N.º 1; citado por la traducción castellana de Ziffer, P.: "Los presupuestos de la prisión preventiva", en HASSEMER, W.: *Crítica al derecho penal de hoy*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005): *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid.

FERRAJOLI, L. (1998): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.

FERRER BELTRÁN, J. (2007): *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.

FERRER BELTRÁN, J. (2014): "La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil", en Papayannis, D.M. (ed): *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid.

HART, H.L.A. (1958): "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review*, vol. 71, N.º 4. Citado por la traducción de CARRIÓ, G.: "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", en HART, H.L.A.: *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires: Depalma, 1962.

HERNÁNDEZ, H.H. (2013): *El garantismo abolicionista*, Marcial Pons, Madrid.

HOBBES, Th. (1651): *Leviatán*, trad. a cargo de Mellizo, C., Alianza Universidad, Madrid, 1989.

ILLUMINATI, G. (1979): *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna.

KEYNES, J.M. (1921): *A Treatise on Probability*, Macmillan & Co., London. Citado por la edición de Watchmaker Publishing, 2007.

LARRAURI, E. (1997): "Criminología crítica: abolicionismo y garantismo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo L.

MONTESQUIEU (1748): *De l'esprit des lois*, Garnier Frères Libraires-Éditeurs, Paris, 1878.

PASTOR, D. (2010): "Las garantías de libertad del imputado", en AA.VV.: *Garantismo y crisis de la justicia*, Universidad de Medellín, Medellín.

Schauer, F. (2003): *Profiles, probabilities, and stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London.

Vega Torres, J. (1993): *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid.

Voltaire, (1766): *Commentaire sur le livre Des délits et des paines, par un advocat de province*, Paris.

EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN PROCEDIMIENTOS DE COLABORACIÓN

SU EFICACIA PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES INTERLOCUTORIAS EN EL PROCESO PENAL

Mercedes Fernández López
Universidad de Alicante
España

Sumario: 1. Consideraciones introductorias. — 2. Interrogatorio y principio de contradicción. — 3. Valor probatorio de la declaración del colaborador. — 4. La adopción de resoluciones interlocutorias fundadas en la declaración del colaborador. — 5. Conclusiones. — 6. Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La necesidad de contar con medios especiales de investigación está hoy en día fuera de toda duda cuando se plantea en el marco de la persecución de delitos cometidos en el seno de grupos organizados o de delincuencia económica como la que desgraciadamente azota a muchos países en forma de corrupción. Alcanzar el núcleo de tramas delictivas cada vez más complejas solo es posible mediante el empleo de diligencias especialmente invasivas, como son la intervención de las comunicaciones telefónicas, los registros informáticos remotos o la infiltración policial. Medidas todas ellas destinadas a introducirse de la manera más profunda posible en las organizaciones criminales para conocer sus entresijos y sus actuaciones delictivas presentes y futuras; para conseguir, en definitiva, su desmantelamiento y la persecución penal de sus integrantes. Los obstáculos con los que se encuentra el Estado para lograr desarticular grupos y organizaciones criminales son notorias y cada vez de mayor envergadura, sobre todo al amparo de las nuevas tecnologías, que facilitan la creación y el mantenimiento de tales grupos (en muchas ocasiones transnacionales), posibilitan su colaboración con otras organizaciones criminales y, en definitiva, multiplican exponencialmente el alcance y efectos de sus actuaciones delictivas. Ello ha favorecido que se salga al encuentro de fórmulas y medios especiales de investigación que permitan incrementar la eficacia de la justicia penal frente a estas formas de delincuencia, tal y como puede comprobarse si se examinan las reformas procesales de los últimos años.

Y entre todas estas medidas se encuentra la posibilidad de lograr información de primera mano de quienes forman parte del entramado delictivo o poseen información valiosa al haber entrado en contacto con él, bien por haber participado en las relaciones clientelistas habituales en estos casos,

bien por haber sido víctimas de sus actuaciones, bien porque pertenecen a otros grupos criminales que han cooperado con la organización investigada o simplemente porque disponen de información por su contacto más o menos directo con miembros de la organización. Cada uno de estos sujetos, con sus especiales características, puede ofrecer datos sustanciales para la investigación, como testigos o como coinvestigados y, en este caso, con un peculiar y reforzado estatuto jurídico que garantiza sus derechos pero que, al tiempo, puede contribuir a poner todavía más en cuestión la fiabilidad de sus declaraciones.

La incontestable eficacia de este canal de información para el enjuiciamiento de formas complejas y organizadas de delincuencia ha sido el caldo de cultivo del interés creciente que hoy despiertan entre los juristas los mecanismos dirigidos a fomentarlo[1], y ha llevado a algunos países a arbitrar sistemas más o menos flexibles de colaboración premiada orientados a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de la delincuencia organizada[2].

En España, la promoción de la colaboración de sujetos implicados en la organización criminal con la policía y los órganos encargados de la instrucción a través de compensaciones procesales, penales y –cuando se trata de testigos– a través de recompensas económicas no se ha generalizado todavía, pero parece en vías de hacerlo[3].

---

1 Sirva como ejemplo la propuesta contenida en las "Conclusiones de las XXVI jornadas nacionales de juezas y jueces decanos de España", documento en el que, entre las reformas penales y procesales que se consideran necesarias, se aboga por fomentar las figuras del denunciante confidencial y del arrepentido, esta última mediante un sistema de reducciones penológicas (apartado 3. h). Disponible en <http://bit.ly/2vfm1PK>. Fecha de consulta: 30 de julio de 2017.

2 Ejemplos paradigmáticos de ellos son el procedimiento peruano de colaboración eficaz, regulado en los arts. 472 a 481 del Código Procesal Penal (reformados por el Dec. Legislativo núm. 1301, de 19 de diciembre de 2016) y la delación premiada brasileña, regulada actualmente por la ley 12.850, de 5 de agosto de 2013. Ambos instrumentos están siendo clave en la investigación de los casos Odebrecht y Lava Jato. Argentina regula la delación premiada en la Ley N.° 27304, de 19 de octubre de 2016, conocida como *Ley del arrepentido*. También México, en los arts. 35 y siguientes de la Ley Federal contra la delincuencia organizada de 7 de noviembre de 1996, prevé diversos incentivos para los colaboradores –implicados o no– en los hechos delictivos.

3 Ortiz Pradillo destaca otros, como los programas de clemencia previstos en los arts. 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, que permiten la exención o la reducción del pago de multas a quienes colaboren con la Comisión

La legislación española contempla algunos incentivos[4] que no van acompañados de una adecuada regulación del proceso mediante el que debe canalizarse la colaboración, los posibles acuerdos alcanzados, los sujetos que pueden acogerse a ellos ni la eficacia procesal de la información obtenida. Es solo el germen de lo que parece que puede llegar en los próximo años, pues el debate sobre la conveniencia de potenciar la figura del *arrepentido* o, de forma más genérica, el *whistleblower* o *soplón*, se ha reabierto con fuerza en España en los últimos tiempos, especialmente a partir del estudio de las especialidades procesales de la investigación de la delincuencia empresarial, que ha provocado un interés creciente por el funcionamiento en otros sistemas procesales (sobre todo en el americano) de los canales de denuncia previstos en los programas de cumplimiento para favorecer el flujo de información de los trabajadores hacia los responsables de la ejecución de tales programas (generalmente el *chief compliance officer*)[5] o del principio de oportunidad reglada como método para premiar la colaboración mediante incentivos penales, procesales o económicos[6].

Nacional de la Competencia en la inspección de un cártel en el que hayan participado, o la posible suspensión del expediente de expulsión abierto contra una mujer víctima de violencia de género que denuncia a su agresor o contra quienes sean explotados por redes dirigidas al tráfico de personas que ofrezcan información sobre sus integrantes. ORTIZ PRADILLO, J. C., "El difícil encaje del delator en el proceso penal español", *La Ley*, núm. 8560, 12 de junio de 2015 (p. 3 en su versión digital).

4 Por ejemplo, el art. 376 del Código Penal prevé la posible rebaja de la pena a imponer en hasta dos grados a quienes colaboren en la investigación de los delitos de tráfico de drogas. Similar disposición se contiene en el apartado 3 del art. 579 bis para quienes sean condenados por delitos de terrorismo y colaboren eficazmente con la Justicia, en el art. 305.6 respecto de encausados por delitos contra la Hacienda Pública que colaboren en la averiguación de los hechos o el descubrimiento de otros responsables y en el art. 434 respecto de los delitos de malversación.

5 Sobre ello puede verse NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", *La Ley*, nº 8120, 5 de Julio de 2013 y GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Toledo, 2014 (Tesis doctoral. Disponible en <http://bit.ly/2m5o20j>), pp. 70 y ss, en el que se analizan los distintos tipos de incentivos, especialmente los previstos en EEUU, y los modelos de canales de denuncias. También NEIRA PENA, A. M.ª, "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal", *Política criminal*, Vol. 11, No 22 (Diciembre 2016), Art. 5, pp. 467–520. Disponible en <http://bit.ly/2kbOt3v>, realiza un interesante análisis comparado de los canales de denuncia como parte nuclear de los programas de cumplimiento.

6 Especialmente sobre los incentivos económicos dirigidos a fomentar la delación, véase GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal...*, cit., pp. 76 y ss.

Se trata, sin duda alguna, de una forma legítima y eficaz[7] de obtención de datos relevantes para poner en marcha la investigación, sustentar la acusación y posibilitar la condena de quienes forman parte de estas organizaciones criminales, y si bien es cierto que en ocasiones se produce una colaboración espontánea y desinteresada, en otros muchos casos es preciso acudir a sistemas especialmente arbitrados de colaboración, bien en el seno propio del proceso penal, bien en el marco de procedimientos previos o coetáneos a la investigación, mucho más ágiles y flexibles pero también por ello extraños a las garantías propias que han de presidir la instrucción. Este tipo de fórmulas se conocen como métodos de *delación* o *colaboración premiada*, por cuanto persiguen lograr la mayor y mejor información posible a cambio de importantes beneficios penales y procesales (en el caso de quienes colaboran siendo coinvestigados o pudiendo llegar a alcanzar esta condición) y/o puramente económicos. Sobre ellos se han publicado trabajos muy interesantes en los últimos años[8] que han permitido evidenciar las dificultades que estos mecanismos plantean desde dos ángulos. El primero es el relativo a cómo encajar este tipo de medidas especiales de investigación en sistemas procesales apegados firmemente al principio de legalidad. Sin embargo, si pensamos que los mecanismos de colaboración encuentran su razón de ser en la investigación de los casos más graves de delincuencia, un análisis de política criminal de tipo

7 *Indispensable* para DEL MORAL GARCÍA, A., "Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104–II, enero–abril 2016, p. 62.

8 No es el objetivo central de este trabajo poner de manifiesto los distintos sistemas premiales o compensatorios que buscan incentivar este tipo de actitudes, tarea de la que se han ocupado con notable repercusión y excelente enfoque otros autores. Sobre esta materia, tanto por lo que respecta al análisis de distintos sistemas de delación como por lo que se refiere a las propuestas de *lege ferenda* que plantean son especialmente recomendables los trabajos de ORTIZ PRADILLO, J. C., "El difícil encaje del delator...", cit. y "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la Justicia", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, PORTO ALEGRE, vol. 3, n. 1, p. 39–70, jan./abr. 2017. <http://bit.ly/2rIDpLK>. Respecto de la colaboración en el marco de la delincuencia empresarial, con especial atención a los canales de denuncia previstos en los programas de *compliance*, resulta de sumo interés el trabajo ya citado de NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas...", cit. Sobre la aplicación de la atenuante específica de arrepentimiento y colaboración prevista en el párrafo primero del art. 376 del Código Penal puede verse Soto Rodríguez, Mª L., "El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal", *La Ley*, núm. 7856, 11 de Mayo de 2012.

utilitarista conduce a buscar maneras de flexibilizar el principio de legalidad para incrementar la eficacia de las pesquisas judiciales[9]. En efecto, el éxito de las fórmulas de colaboración requiere que el Ministerio Público, amparado en el principio de oportunidad, disponga de cierto margen de maniobra para decidir cuándo, en qué condiciones y con qué límites ejerce la acción penal contra quienes colaboran con la Justicia y al tiempo han participado en la actividad delictiva objeto de investigación, y ello tanto en términos de eficacia del procedimiento de colaboración (buscando el mayor rédito procesal), como en términos de seguridad jurídica para quienes, estando involucrados como sujetos activos del delito, deciden colaborar para permitir el enjuiciamiento y condena de sus principales autores, así como la recuperación de los bienes y el producto obtenido con sus actuaciones[10]. Desde este punto de vista, la flexibilización del principio de legalidad ha de venir de la mano de una adecuada regulación del principio de oportunidad y, en particular, de la previsión detallada de los medios, requisitos y momentos (procesales, previos o simultáneos al proceso) para obtener la información y de los compromisos que la fiscalía puede alcanzar, que pueden ir desde la aplicación de beneficios penales (rebaja de la pena e incluso total impunidad), procesales (medidas de

9 Ortiz Pradillo, J. C., "El difícil encaje del delator...", cit., p. 4.

10 No es una cuestión menor. El procedimiento de colaboración ha de resultar eficaz (examinado en términos de calidad y utilidad de la información obtenida), pero al tiempo ha de asegurar a quienes participen en él unas mínimas garantías de obtener el beneficio comprometido con su colaboración por razones de elemental seguridad jurídica, evitando con ello situaciones como la que ha tenido lugar en el caso *Penta*, en el que los delitos tributarios dieron paso a sobornos y financiación irregular de partidos políticos chilenos. Según denunció el letrado de varios de los principales investigados, la fiscalía llegó a un acuerdo con ellos para lograr información a cambio de llevar a cabo un procedimiento abreviado ante el Juez de Garantía (cuyo alcance es similar a la conformidad española e implica, por parte del investigado, el reconocimiento de los hechos y, por parte de la fiscalía, la solicitud de una pena que no exceda los cinco años de privación de libertad). Una vez obtenida la declaración auto y heteroinculpatoria de los coinvestigados, la fiscalía chilena habría incumplido el acuerdo alcanzado, solicitando la celebración de juicio oral y la imposición de penas de diez años de prisión. Esta circunstancia ha dado pie a una situación procesal insólita: la citación por el Juez de Garantía de los fiscales intervinientes en la causa como testigos a petición del letrado de tales coinvestigados con la finalidad de que declaren acerca de los acuerdos alcanzados para, en primer lugar, lograr invalidar las declaraciones de sus clientes al haber sido obtenidas mediante engaño y, en segundo lugar, como medio para apartar a los citados fiscales del conocimiento de la causa.

protección, no adopción de medidas cautelares), penitenciarios (progresiones de grado, permisos) o económicos.

El segundo de los ángulos desde los que cabe observar los procesos de colaboración es el relativo a la eficacia de la información que se obtiene a través de ellos, lo que, a su vez, se proyecta sobre dos ámbitos: en primer lugar, sobre su valor como prueba apta y suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria. Esta cuestión ha sido ampliamente tratada por doctrina y jurisprudencia a propósito de las condiciones que deben reunir las pruebas personales[11], que son plenamente aplicables a los supuestos en los que tales declaraciones se prestan en el contexto de procedimientos de colaboración. En segundo lugar, con el término *eficacia* trato de aludir a su aptitud para fundamentar decisiones interlocutorias o, en otros términos, a su valor procesal en aquellos casos en los que, sin reunir necesariamente los requisitos propios de un acto de prueba, la declaración del colaborador se ha incorporado al procedimiento, generalmente en fase de instrucción y sin alguna de las garantías requeridas para que alcance valor probatorio. En definitiva, es interesante preguntarse acerca de la utilidad de la información obtenida en cada uno de los momentos procesales respecto de las decisiones judiciales interlocutorias que impulsan las actuaciones contra una persona o personas determinadas y no solo respecto de su aptitud para fundamentar una sentencia condenatoria: desde la incoación de las diligencias judiciales a partir del conocimiento de la *notitia criminis* hasta la decisión de apertura del juicio oral, pasando por la práctica de diligencias de investigación o la adopción de medidas cautelares sobre los investigados y sus bienes. Me parece especialmente interesante la cuestión acerca de la posibilidad de acordar medidas cautelares exclusivamente sobre la base de la información obtenida a través de estos procedimientos, más todavía si se analiza desde la perspectiva de su incidencia sobre el derecho a la presunción de inocencia que, como regla de tratamiento procesal –pero también como regla probatoria vinculada a un alto estándar de prueba– ampara al sujeto sometido a ellas.

---

11 Realicé un análisis del tratamiento doctrinal y jurisprudencial de esta cuestión en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., "La valoración judicial de las pruebas declarativas", *Jueces para la Democracia*, núm. 64, marzo de 2009, pp. 95 y ss. Disponible en <http://bit.ly/2xsdzgU>. Fecha de consulta: 18 de agosto de 2017.

Este es el objetivo central de las siguientes páginas, dedicadas al tratamiento procesal de la información ofrecida por colaboradores respecto de las decisiones judiciales previas a la sentencia. Presentaré brevemente las distintas fórmulas de colaboración y las condiciones que generalmente se exigen para reconocerles aptitud como prueba de cargo para valorar si tales condiciones son exigibles –y en qué grado– cuando la información se utiliza para fundamentar decisiones interlocutorias, especialmente las que afectan a la situación procesal, personal o patrimonial del encausado.

2. INTERROGATORIO Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Antes de abordar el análisis de la declaración del colaborador considero necesario hacer dos advertencias. La primera se refiere a la escasa incidencia de los procesos de colaboración sobre el tratamiento procesal de la información que proporcionan. El empleo generalizado de beneficios a cambio de información no altera sustancialmente la problemática del valor de la declaración de testigos, víctimas o coencausados. Tales programas o incentivos favorecen el incremento de casos de colaboración, que hoy se reduce a los supuestos antes citados (relativos a una posible rebaja de la pena de hasta dos grados a colaboradores condenados por determinados delitos) y a los escasos ejemplos de colaboración ciudadana desinteresada. La expectativa de lograr un premio por la información ofrecida es solo una circunstancia más que ha de conducir a buscar la confirmación del testimonio a través de otros elementos probatorios, pero no le resta por sí sola credibilidad[12]. Antes al contrario, tal expectativa puede coadyuvar a mejorar la calidad de la información aportada si se acompaña de una adecuada regulación de la exigencia de corroboración para que el colaborador pueda disfrutar de los

12 "Que el coimputado delator obtenga de su estrategia procesal beneficios penológicos constituye una opción de política criminal compatible con la credibilidad de lo que el coimputado manifiesta. De mantenerse incompatibilidad entre el beneficio del acusado y el de la sociedad por su testimonio la opción de política criminal resultaría en gran medida neutralizada cuando la confesión afecta a otros sujetos diversos del delator. No parece menor la ingenuidad de quien niega la credibilidad por razón del beneficio, que la de quien admite aquella sometiéndola a contrastes como el de la exigencia de corroboración externa y objetiva" (STS 188/2017, de 23 de marzo). De la misma opinión son DÍAZ PITA, Mª P., *El coimputado*, cit., p. 435, ZAVAGLIA, F., *La prova dichiarativa nel giusto processo*, Ed. Cedam, Padova, 2007, pp. 228–229 y DEL MORAL GARCÍA, A., "Justicia penal y corrupción...", cit., pp. 60 y 61.

estímulos penales, procesales o económicos que se le ofrezcan a cambio de datos útiles para la investigación. Incluso, como sucede en el caso peruano, permite establecer condiciones cuyo incumplimiento comportaría la revocación de las medidas premiales[13]. En efecto, criterios que tradicionalmente se han tomado en consideración para evaluar la credibilidad del declarante, tales como la falta de interés en la acusación, el ánimo de venganza, autoexculpación o la espontaneidad, pierden fuerza en un contexto como este en favor de la exigencia de corroboración, no solo para valorar la atendibilidad del declarante y de su testimonio, sino también como elemento que permite valorar la procedencia de la aplicación efectiva de los beneficios prometidos a cambio de la colaboración prestada[14].

La segunda advertencia se refiere a la falta de interés de la distinción (en este contexto) entre categorías de sujetos que colaboran con la investigación de los hechos. Lo relevante es la existencia de un colaborador (que puede ser testigo, víctima o coinvestigado) que ofrece una información. Es preciso en todos los casos (y al margen de la condición procesal del colaborador) que se descarten motivos espurios subyacentes a su declaración y que los datos aportados resulten útiles para la investigación y el posterior enjuiciamiento[15], pues los requisitos en todos los casos serán los mismos, dejando a salvo concretas especialidades derivadas del estatuto jurídico de cada uno de ellos. Esta es la razón por la que el TEDH utiliza generalmente el término *testigo* en un sentido amplio y comprensivo de dichas categorías[16] y por la que me referiré

13 QUIRÓZ SALAZAR, W. F., "La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú", *Revista oficial del Poder Judicial*, 2/1, 2008, pp. 168–169.

14 Sobre la importancia de la corroboración, DI MARTINO, C. y PROCACCIANTI, T., *La chiamata di correo*, Cedam, Padova, 2007, p. 72 y SSTS 938/2016, de 15 de diciembre y 514/2017, de 6 de julio, en las que no solo se considera necesaria para que la declaración alcance el carácter de prueba *suficiente*, sino incluso para ser prueba *apta* para condenar.

15 Ha sido sobre todo desde la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto jurídico de la víctima, cuando se ha producido un reconocimiento de ciertos derechos que la sitúan más cerca de la condición de parte procesal, incluso en los casos en los que no se encuentra personada, pero sin perder, al tiempo, la condición de testigo cuando presta declaración, si bien con las especialidades que se prevén en los arts. 416 y 433 de la LECRIM, que no afectan, sin embargo, a la conveniencia de realizar un tratamiento conjunto de su declaraciones y de las prestadas por testigos y encausados.

16 Así lo pone de manifiesto MIRANDA ESTRAMPES, M., "La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC

indistintamente en las páginas que siguen al colaborador o al testigo, pero considerando incluidos también a la víctima y al coencausado.

Sentadas estas premisas, el análisis del modo en el que el colaborador interviene en el proceso penal y del valor de su declaración ha de realizarse, como ya se ha anunciado, desde una doble perspectiva: de un lado, es preciso identificar las condiciones para que su declaración alcance la naturaleza de verdadero acto de prueba y no agote su valor como simple acto de investigación (un elemental principio utilitarista requiere maximizar la eficacia de la información tratando de garantizar que su obtención sea respetuosa con las garantías del debido proceso). Desde esta perspectiva, hemos de centrarnos en su práctica y evaluar el impacto que tienen ciertas limitaciones al principio de contradicción sobre su valor probatorio. En particular, me detendré en dos: la ocultación de la identidad del colaborador y la obtención del testimonio sin ofrecer al investigado la oportunidad de estar presente y participar en su interrogatorio. De otro lado, es necesario individualizar los criterios de decisión acerca de la fiabilidad del colaborador y, en particular, la exigencia de corroboración de la información que proporciona. Y todo ello con la finalidad de valorar en qué grado cabe trasladar las conclusiones alcanzadas al ámbito de la adopción de resoluciones interlocutorias.

Por lo que respecta al primero de los límites señalados, el testigo (directo o de referencia) han de dar cuenta de sus datos identificativos[17], pero en determinados procedimientos, especialmente en el marco de la delincuencia organizada, y a los efectos de evitar posibles represalias graves, sus familiares o sus bienes, puede estar justificada la adopción de ciertas medidas de protección y, entre ellas, las que permitan ocultar los datos personales que puedan llevar a su identificación[18]. A efectos procesales, el modo en el que

---

(radiografía de un giro constitucional involucionista)", *Revista Xuridica Galega*, núm. 58, 2008, p. 14.

17 Arts. 266 a 268 LECRIM respecto de los denunciantes y art. 436 LECRIM respecto de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sí cabe, sin embargo, la denuncia anónima como medio para poner en marcha la instrucción penal a los efectos de verificar la información que proporciona, tal y como se desprende del art. 308 LECRIM. Rubio Eire, J.V., "La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una instrucción penal", disponible en <http://bit.ly/2w3qlTm>. Fecha de consulta: 18 de agosto de 2017.

18 Art. 2 de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

esa identidad se oculta a los encausados es muy relevante, por cuanto puede afectar al adecuado desarrollo de su derecho de defensa. Es preciso distinguir por ello entre los testigos *anónimos* (de los que se desconoce su identidad)[19] y los *ocultos* (cuya identidad es conocida por la autoridad judicial pero no se desvela al encausado por razones de seguridad). La distinción entre testigo anónimo y oculto fue utilizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 64/1994, de 28 de febrero, en la que se hizo eco de la distancia entre ambas figuras, trazada previamente por el TEDH[20]. Aunque ha sido objeto de algunas críticas por quienes consideran que también el testigo oculto limita ilegítimamente el derecho de defensa, lo cierto es que pone de manifiesto una diferencia esencial que no puede pasarse por alto: la existencia de control judicial sobre los motivos por los que deben mantenerse reservados los datos del testigo oculto, permitiendo un análisis del caso ajustado al principio de proporcionalidad sobre las razones por las que debe prevalecer la seguridad del testigo sobre el derecho de defensa. De todos los supuestos que pueden darse, el denominado testigo *oculto* es, por tanto, el único que legítimamente puede proporcionar información incriminatoria con valor probatorio, por cuanto su identidad es conocida para el tribunal, pero este, por razones de seguridad, decide motivadamente mantenerla reservada para evitar que pueda recibir presiones para no declarar o represalias por haberlo hecho[21]. Es decir, existe en estos casos un juicio ponderado, motivado y sujeto a revisión, que ha supuesto la adopción de medidas de protección legalmente previstas (adicionales o no a la ocultación de la identidad) que pueden levantarse si concurre una modificación en las circunstancias y el órgano judicial considera que debe prevalecer el derecho de defensa sobre posibles riesgos para el testigo o su familia. En el resto de casos (confidentes y testigos anónimos, de cuya identidad nada conoce el órgano judicial) se produce una quiebra del derecho de defensa difícilmente salvable que los mantiene extramuros de la investigación y del enjuiciamiento penal[22]. El mismo tratamiento ha

19 Sobre los testigos anónimos véase RUBIO EIRE, J. V., "La posible inviabilidad (...)", cit.

20 STEDH de 15 de junio de 1992 (caso *Lüdi c. Suiza*), relativo a la ocultación de identidad de un agente policial que actuó como agente infiltrado.

21 En el mismo sentido, DÍAZ–MAROTO y VILLAREJO, J., "Algunos aspectos jurídico–penales y procesales de la figura del «arrepentido»", *La Ley*, 1996, p. 7 en su versión digital.

22 SSTEDH de 27 de septiembre de 1990 (caso *Windisch c. Austria*) y 22 de noviembre de 2005 (*Taal c. Estonia*). Por ello, el TEDH ha manifestado que el ámbito natural del

de recibir quien colabora con una investigación en curso en el seno de una empresa a través de un canal de denuncias que garantice la confidencialidad. La información obtenida en estos casos habrá de ser objeto de comprobación, pero en ningún caso tendrá fuerza probatoria. La razón de ser de esta opción no hay que buscarla solo en razones garantistas desconectadas de otro tipo de fines sino que cuenta también –y creo que sobre todo– con un fundamento de índole epistémica: ¿cómo valorar la fiabilidad del colaborador y de su declaración si desconocemos su identidad? La corroboración es condición necesaria pero no suficiente para valorar la calidad de la información que proporcione. Su coincidencia con elementos corroboradores puede ser fruto de una casualidad o de una reconstrucción *a posteriori* de los hechos, por lo que la valoración de posibles causas para actuar de manera deshonesta es un requerimiento que debe evaluarse junto con la corroboración. El TEDH lo ha manifestado con claridad en su extensa y consolidada jurisprudencia sobre el tratamiento procesal del testigo: conocer su identidad permite a la defensa detectar motivos para poner en entredicho su fiabilidad[23] y por ello considera imprescindible –en términos generales respecto de los testigos ausentes, pero es doctrina también aplicable al caso de los testigos anónimos– que se adopten las medidas necesarias para permitir el control (al menos judicial) de la fiabilidad del testigo[24], lo que supone disponer todo lo necesario para que el acusado pueda interrogarlo (cuanto esté testificando o en un momento posterior)[25] y que su declaración no sea la única prueba relevante, sino que vaya acompañada de otras que la corroboren[26].

---

confidente es la fase de investigación (SSTEDH de 9 de junio de 1998, caso *Texeira de Castro c. Portugal* y de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski c. Holanda*). También lo pone de manifiesto San Martín Castro, C., "Persecución penal de la corrupción política (reflexiones desde el Perú)", en AAVV, *Estado de derecho frente a la corrupción urbanística*, La Ley, Madrid, 2007 (p. 20 en su versión digital). El Tribunal Supremo limita su eficacia a un momento todavía anterior, el de las pesquisas policiales que dan origen a la investigación judicial (STS 153/2015, de 18 de marzo). En el mismo sentido, Gómez de Liaño Fonseca–Herrero, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, p. 147.

23 SSTEDH de 17 de septiembre de 2013 (caso *Brzuszczyski c. Polonia*), 2 de abril de 2013 (caso *Garofolo c. Suiza*) y 22 de noviembre de 2012 (caso *Tseber c. República Checa*).

24 STEDH de 10 de noviembre de 2016 (caso *Avetisyan c. Armenia*).

25 STEDH de 27 de febrero de 2001 (caso *Lucà c. Italia*).

26 STS 182/2017, de 22 de marzo.

Por lo que respecta al segundo límite antes anunciado, en *Lucà c. Italia*[27], el TEDH consideró que la eficacia del principio de contradicción no solo no se agota al permitir al acusado conocer la identidad del testigo, sino que ha de extenderse a su participación activa –si es que así lo desea– en el interrogatorio, ya sea en el juicio oral, ya sea en la investigación previa[28]. Sin embargo, la doctrina del TEDH sobre la vulneración del debido proceso responde a una valoración de conjunto de las actuaciones judiciales que en los últimos años le ha llevado a matizar esta exigencia, lo que ha supuesto una importante involución en la interpretación del principio de contradicción. No basta que la ausencia de contradicción haya impedido al acusado o a su letrado intervenir en el interrogatorio y ello sea imputable a la autoridad judicial. Que resulte declarado vulnerado el derecho al debido proceso por esta causa requiere, además, que la prueba así practicada haya ocupado un lugar determinante en la declaración de culpabilidad[29].

3. VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR

Las principales dificultades que surgen respecto de la utilización de la información ofrecida por colaboradores afectan a las tres grandes manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: en primer lugar, desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla probatoria, se plantea el problema de su aptitud como prueba de cargo (esto es, si puede ser prueba *válida*). En segundo lugar, desde la perspectiva de la presunción de inocencia

27 STEDH de 27 de febrero de 2001.

28 Más específicamente, a la remoción de obstáculos que le impidan participar en el interrogatorio, de modo que no pueda imputarse a las autoridades judiciales la falta de debate contradictorio. MIRANDA ESTRAMPES, M., "La declaración del coimputado...", cit., p. 16.

29 Sobre el principio de contradicción véase el interesante trabajo de ALCÁCER GUIRAO, R., "La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, 4/2013, especialmente por lo que respecta al análisis de la STEDH de 15 de diciembre de 2011 (casos *Al-Khawaja y Tahery c. Reino*), en la que se realiza una cuestionable asociación entre contradicción y corroboración por la que el TEDH permite valorar declaraciones que no hayan sido sometidas a contradicción en los casos en los que aparezcan corroboradas por otros elementos probatorios, centrándose exclusivamente en la relación entre contradicción y verdad y dejando de lado la importante conexión entre debate contradictorio y derecho de defensa (pp. 9 y ss).

como regla de juicio, cabe preguntarse –habiendo resuelto afirmativamente la primera cuestión– si puede fundamentar por sí sola una decisión judicial (o, en otros términos, si puede considerarse prueba *suficiente*). Por último, también puede resultar comprometida la presunción de inocencia como regla de tratamiento del investigado en la medida en que se adopten decisiones interlocutorias basadas exclusivamente en la declaración de un colaborador obtenida sin o con contradicción, esto es, como mero acto de investigación o como acto de prueba no sometido a corroboración.

El cumplimiento de las garantías propias del debido proceso y, en especial, del principio de contradicción en los términos antes señalados, dotan de valor a las declaraciones prestadas por colaboradores para fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, la convierten en prueba *válida* según los estándares impuestos por el derecho a la presunción de inocencia como regla probatoria. En cualquier otro caso, su práctica al margen de las exigencias derivadas del derecho de defensa, de las condiciones que impone la contradicción y de espaldas, en definitiva, a los más elementales postulados garantistas y epistémicos, las reduce a la categoría de actos de investigación, cuya eficacia se encuentra fuertemente limitada a la fase de instrucción penal y a la búsqueda de información para la preparación de un futuro juicio oral. Esta es la razón principal por la que se tiende a privilegiar la declaración prestada en el juicio oral, en el que se dan cita tales garantías o, en su defecto, a la obtenida como prueba anticipada, esto es, aquella que se practica con respeto de las condiciones que se presentarían de practicarse en el juicio oral. Solo en defecto de estas y en presencia de las exigencias derivadas del principio de contradicción (que en el caso español se encuentran previstas en los arts. 714 y 730 LECRIM) cabría tomar en consideración las declaraciones prestadas en la fase de investigación, convertidas en verdaderos actos de prueba al verse sometidas a confrontación y debate contradictorio o, como ha admitido el TEDH, cuando, aun careciendo de contradicción, la declaración se encuentra corroborada por otras pruebas y, por tanto, no es la única prueba de cargo[30].

30 SSTEDH de 19 de febrero de 1991 (caso *Isgró c. Italia*), 26 de abril de 1991 (caso *Asch c. Austria*) y 28 de agosto de 1992 (caso *Artner c. Austria*). Se trata, en definitiva, de garantizar la existencia de medidas de compensación al déficit de garantías que origina la falta de contradicción. Contreras Cerezo, P., "La protección a los testigos tiene su límite en el respeto al derecho de defensa. El testimonio del testigo anónimo, cuya

Contestada afirmativamente la pregunta relativa a la aptitud de las declaraciones del colaborador como prueba de cargo, el siguiente interrogante es el que se refiere a su autonomía y suficiencia para fundamentar una resolución judicial. Esta cuestión se ha enfrentado desde la perspectiva de su condición de prueba suficiente para dictar un fallo condenatorio, respecto de lo que existe una consolidada jurisprudencia que ha estipulado los parámetros a partir de los cuales cabe valorar su fuerza probatoria en cada caso, dirigidos a evaluar, por un lado, la credibilidad del declarante y; por otro, la fiabilidad de su declaración (verosimilitud, firmeza y corroboración)[31]. Aisladamente considerados, estos criterios no permiten concluir la veracidad de la información ofrecida por el colaborador. Se trata de criterios generales orientativos que contribuyen a minimizar el error en la valoración de la prueba (especialmente el que se refiere a la corroboración, como veremos después), pero no es deseable adoptarlos como reglas de valoración inflexibles, a imagen de las reglas de prueba tasada. En cierto modo, son criterios que facilitan la motivación de la decisión judicial, pero no la predeterminan. Llevan, como ha señalado Del Moral, a apurar la motivación, pero no deben conducir a negarle automáticamente valor probatorio al testimonio cuando falle la comprobación de alguno de tales parámetros[32].

---

identidad desconoce el acusado, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y si es la única prueba de cargo no puede sustentar una declaración de condena sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)", *La Ley*, 14 de junio de 2013. También destaca la posibilidad de acordar medidas compensatorias que salven la declaración del testigo oculto Del Carpio, J., "Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad–hoc", *Revista Penal*, núm. 19, 2007, p. 49.

31 Sobre estos criterios de valoración realicé un análisis doctrinal y jurisprudencial en Fernández López, M., "La valoración judicial de las pruebas declarativas", *Jueces para la Democracia*, núm. 64, 2009, pp. 95 a 116.

32 Del Moral García, A., "Justicia penal y corrupción...", cit., p. 60. Son parámetros orientativos para la motivación, no reglas de validez de la prueba (STS 891/2014, de 23 de diciembre). Para Miranda Estrampes, sin embargo, sí nos encontramos ante *reglas negativas de suficiencia*. Miranda Estrampes, M., "La declaración del coimputado...", pp. 23–24, postura que el Tribunal Supremo parece haber asumido en los últimos tiempos: "Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del tes-

Existe un importante número de casos a partir de los cuales el Tribunal Supremo ha formado una sólida jurisprudencia sobre los criterios más adecuados para evaluar la fiabilidad de este tipo de pruebas. Por lo que se refiere a la credibilidad del colaborador, determinadas circunstancias (relaciones, experiencias, percepción de la realidad, etc.) pueden revelar motivaciones ocultas detrás de su voluntad de declarar. En España, la jurisprudencia se ha referido reiteradamente a tales circunstancias como condiciones para determinar la *ausencia de incredibilidad subjetiva* a modo de juicio preliminar sobre las motivaciones del testigo para declarar y sobre la posible existencia de circunstancias especiales (en sus capacidades cognitivas o relativas al modo en el que entró en contacto con los hechos) que permitan poner en duda su fiabilidad como fuente de prueba. La valoración de estas particularidades (entre las que se encuentran sus relaciones previas con las partes y especialmente con el investigado) está orientada a descartar móviles como la autoexculpación o la exculpación de terceros, la venganza o la obediencia debida. Motivaciones todas ellas que debilitarían la fuerza probatoria de (toda o parte de) su declaración, y que han de examinarse conjuntamente con las características propias de la personalidad del declarante[33]. En el caso concreto del coimputado, es útil analizar también, por ejemplo, su posición dentro de la organización criminal, su conocimiento de las actividades ilícitas desarrolladas, la división de roles dentro del grupo, etc[34].

---

timonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación" (STS 630/2016, de 14 de julio y, en idéntico sentido, más recientemente, STS 1053/2017, de 6 de julio). En el mismo sentido se expresa la STS 457/2017, de 21 de junio (con cita de la STS 938/2016, de 15 de diciembre): "*La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro*, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre".

33 Por todas, entre las más recientes, véanse las SSTS 319/2017, de 4 de mayo y 428/2017, de 14 de junio. Sobre la valoración de la personalidad del declarante puede verse Martínez Galindo, G., "Valor probatorio de declaraciones de coimputados", La Ley Penal, núm. 7, julio 2004 (p. 7 en su versión digital).

34 Di Martino, C. y Procaccianti, T., *La chiamata...*, cit., p. 43.

Además de la credibilidad del declarante, es necesario examinar también la fiabilidad de la información que ha proporcionado, para lo que generalmente se valora la coherencia y credibilidad del relato y la persistencia mostrada durante el procedimiento[35]. Por lo que se refiere a la coherencia y credibilidad del testimonio, hay que valorar que no resulte fantasioso, que no presente ambigüedades o vaguedades y que sea coherente, esto es, que no presente contradicciones entre sus distintas partes. Sin embargo, no hay que olvidar que estamos ante criterios orientativos que no impiden admitir la valoración *fraccionada* cuando la declaración presente algún tipo de incoherencia o laguna pero pueda analizarse por partes que gocen de cierta autonomía unas de otras (por ejemplo, cuando no existan relaciones causales entre las mismas o cuando constituyan relatos relativos a hechos independientes, tal y como sucede, por ejemplo, en el caso de testigos menores de edad o que presentan algún tipo de discapacidad intelectual), lo que, sin duda, habrá de ir acompañado de un mayor esfuerzo motivador del juez y una sólida corroboración mediante datos externos[36].

La firmeza o persistencia, en segundo lugar, es otro indicador importante de credibilidad[37], si bien la existencia de retractaciones (muy habituales, por ejemplo, en el ámbito de la violencia de género) o de contradicciones entre las distintas declaraciones prestadas (especialmente cuando el relato se refiere a hechos complejos, traumáticos o sucedidos a lo largo de amplios periodos de tiempo) no ha de conducir necesariamente a descartar la declaración. Tampoco será posible atender a este parámetro cuando deba valorarse

35 Dado que se aleja demasiado de la finalidad principal de estas páginas, no resulta conveniente detenerse en otro tipo de factores que, sin duda, condicionan la calidad de la información que se obtiene a partir de la prueba testifical. Un análisis con cierto detalle sobre tales factores puede verse en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., "La valoración judicial...", cit., pp. 103 y 104, así como en la bibliografía que allí se cita. Una perspectiva centrada en la psicología del testimonio y muy útil para entender las limitaciones de nuestra capacidad de percepción de acontecimientos, de nuestra memoria y la influencia sobre la narración del testigo de circunstancias tales como el modo de llevar a cabo el interrogatorio, puede verse en DIGES JUNCO, M., "La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos", *Jueces para la Democracia*, núm. 68, julio de 2010, pp. 51 y ss, disponible en <http://bit.ly/2wy3sea>. Fecha de consulta: 18 de agosto de 2017.

36 ZAVAGLIA, F., *La prova dichiarativa...*, cit., p. 229.

37 SSTS 441/2007, de 23 de mayo, 1071/2002, de 7 de junio y 272/2001, de 19 de febrero, entre otras muchas.

la fiabilidad de las primeras declaraciones prestadas para acordar la práctica de actos de investigación o de medidas cautelares.

Las contradicciones en aspectos secundarios de la declaración, así como la existencia de lagunas cuando el testigo declara mucho tiempo después de sucedidos los hechos tampoco son datos que, por sí solos, permitan desechar la declaración, puesto que puede tratarse de circunstancias propias del transcurso del tiempo[38].

Si hay una exigencia que destaca sobre el resto a la hora de evaluar la fiabilidad del testimonio es, sin duda, la de su corroboración mediante datos externos de carácter objetivo[39]. La credibilidad del declarante y la verosimilitud de su declaración son condiciones necesarias pero no suficientes para que el testimonio pueda fundamentar una sentencia de condena. La manera de minimizar la posibilidad de error judicial al valorarlo es asegurar que su contenido se encuentre respaldado por otras pruebas, especialmente en aquellos casos en los que el testimonio prestado no se ha sometido a contradicción o, como consecuencia del estatuto del declarante (en el caso de los coimputados), las posibilidades de contradicción se hayan visto seriamente comprometidas[40]. Sin embargo, no es tarea fácil determinar en qué consiste exactamente la *corroboración* a la que aluden los tribunales, pues no existe

---

38 Uno de los aspectos que la jurisprudencia italiana toma en consideración para darle mayor o menor credibilidad a la declaración es el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta la declaración (a mayor tiempo, menor credibilidad). No obstante, aunque es un dato a tener en cuenta, no se le puede dar un valor determinante, pues pueden existir posibles causas que expliquen razonablemente el transcurso de largos periodos de tiempo. DI MARTINO, C. y PROCACCIANTI, T., *La chiamata...*, cit., p. 48.

39 Lo que se ha denominado también *credibilidad extrínseca* u *objetiva* (DÍAZ PITA, Mª P., *El coimputado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 455) y *corroboration* en los sistemas procesales de *common law*. Sobre el alcance de la corroboración en este ámbito son interesantes los trabajos de WALTON, D. y REED, C., "*Evaluating Corroborative Evidence*", disponible en <http://bit.ly/2iqHROk> y de JUDD, K., "Corroboration", disponible en <http://new.vicbar.com.au/pdf/CLE_Seminar08032005Judd.pdf>. En sentido similar, MIRANDA ESTRAMPES alude a un modelo de *atendibilidad* o *verificación extrínseca*. MIRANDA ESTRAMPES, M., "La declaración del coimputado..." cit., p. 18.

40 STS 223/2017, de 30 de marzo. En el mismo sentido, véase la STS 523/2017, de 7 de julio: "Cuando el coimputado se niega a declarar o a contestar a las preguntas de las defensas, este dato es un elemento valorable a los efectos, ya en sede de valoración de la prueba, de establecer su credibilidad, para lo cual la entidad de los elementos de corroboración presenta una especial relevancia. Pero el silencio del coimputado no determina la ausencia absoluta de contradicción".

una definición legal y unívoca del término[41]. El Tribunal Constitucional circunscribe la necesidad de corroboración a dos ideas: en primer término, exige que la corroboración sea *mínima* (no necesariamente *plena*), y solo relativa a algunos aspectos de la declaración, no a todos sus elementos. En segundo lugar, entiende que la corroboración implica, al menos, la existencia de algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente a la propia declaración[42]. La corroboración supone, pues, que ha de existir al menos algún otro indicio que apunte en la misma dirección que la declaración del testigo, tanto por lo que se refiere a la existencia de los hechos como a la participación del investigado en los mismos, lo que Miranda Estrampes ha denominado modelo de *atendibilidad extrínseca reforzada* en atención al contenido concreto que ha de tener esa corroboración[43]. Esos datos externos o periféricos pueden ser, por ejemplo, las lesiones provocadas por el delito reflejadas en el parte médico o en el informe forense, los testimonios de otras personas que refuercen la credibilidad del declarante[44] o el resultado de diligencias de in-

41 No sucede lo mismo en Italia, donde el art. 192.3 CPP, establece con claridad que la declaración del coimputado debe valorarse conjuntamente con otros elementos de prueba que confirmen su credibilidad.

42 Es de referencia obligada sobre ello la STC 57/2009, de 9 de marzo (en la que se admite la corroboración del testimonio mediante la coincidencia con el testimonio de otro coimputado, con voto particular discrepante de Mª Emilia CASAS BAAMONDE). También se expresan en un sentido similar las SSTC 91/2008, de 21 de julio, 125/2009, de 18 de mayo y 134/2009, de 1 de junio. Doctrina esta, además, ampliamente secundada por el Tribunal Supremo. En la STS 57/2002, de 28 de enero se hace esta misma interpretación del término "corroboración": "Lo relevante es que la declaración del coimputado no constituya un dato probatorio aislado que comprometa al acusado en un hecho, sin que existan otros elementos probatorios ajenos al coimputado que también relacionen al acusado con el mismo hecho delictivo". Sobre la evolución del concepto de corroboración, véase SÁNCHEZ YLLERA, I., "Dudas razonables: la declaración de los coimputados", *Revista Xurídica Galega*, núm. 50, 2006, pp. 15 a 19 (y p. 32 sobre los hechos que han de quedar corroborados). También MIRANDA ESTRAMPES analiza con detalle su evolución. MIRANDA ESTRAMPES, M., "La declaración del coimputado...", cit., p. 19.

43 MIRANDA ESTRAMPES, M., "La declaración del coimputado...", cit., p. 20. A ello se refiere la jurisprudencia italiana cuando exige que la corroboración sea *individualizzante*. DI MARTINO, C. y PROCACCIANTI, T., *La chiamata...*, cit., p. 63. El mismo sentido de corroboración sostiene SÁNCHEZ YLLERA, I., "Dudas razonables...cit., pp. 32–33.

44 La corroboración de la credibilidad del declarante no supone, *per se*, la corroboración de su declaración (el declarante puede ser creíble –y así constatarlo, por ejemplo, un perito– y su declaración falsa), por lo que hay que ser especialmente cuidadoso y centrar las exigencias de corroboración en el relato de los hechos.

vestigación que resulten coincidentes con lo manifestado por el testigo[45]. En definitiva, la corroboración supone contar con información que provenga de fuentes de prueba externas a la propia declaración[46], de modo que esta no sea la única prueba sobre la que se sustente la decisión judicial[47].

Por tanto, a la vista de esta doctrina jurisprudencial, se evidencia la necesidad de examinar lo que ha de entenderse por corroboración suficiente en cada caso[48], si bien parece que la finalidad es evitar que la declaración sea la única prueba de cargo, de manera que el convencimiento judicial descanse también en otros elementos probatorios que apunten a la misma dirección que la declaración[49].

4. LA ADOPCIÓN DE RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS FUNDADAS EN LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR

La iniciación de las actuaciones judiciales se produce, como regla general, con ocasión de la formulación de una denuncia, la presentación de querella o por el traslado del atestado policial a la autoridad judicial, y ello

45 Vid por todas la STS 1018/2017, de 15 de junio.

46 ZAVAGLIA, F., *La prova dichiarativa...*, cit., p. 230. También es de esta opinión Díaz Pita, Mª P., *El coimputado*, cit., p. 468.

47 STEDH de 6 de abril de 2000 (*caso Labita c. Italia*), de especial interés en relación con la adopción de la medida de prisión provisional, como después se verá.

48 Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha señalado que la declaración de un coimputado no puede servir como elemento de corroboración de la declaración de otro coimputado (STS 319/2017, de 4 de mayo, con cita de la STS 763/2013, de 14 de octubre). Sin embargo, la Corte Suprema italiana admite este tipo de corroboración, a la que denomina *cruzada*, para lo que exige que el órgano jurisdiccional verifique que la coincidencia en las declaraciones no es fruto de un acuerdo previo. DI MARTINO, C. y PROCACCIANTI, T., *La chiamata...*, cit., p. 57; ZAVAGLIA, F., *La prova dichiarativa...*, cit., p. 231. También considera posible elemento de corroboración a la declaración de un segundo coimputado DÍAZ PITA, Mª P., *El coimputado*, cit., p. 470.

49 También el Tribunal Supremo lo exige así actualmente, tal y como se desprende de las resoluciones que se han citado en las notas precedentes, por lo que parece haber abandonado la idea de que la corroboración solo sería exigible cuando la declaración se prestó en la fase de instrucción o ante la policía y no se hubiera ratificado en fase de juicio. Con ello mostraba una fe inexplicable en la inmediación como fuente de conocimiento infalible: "si la declaración del coimputado se efectúa en el Plenario, y por tanto con pleno sometimiento a los principios de publicidad y contradicción, no serían precisas otras corroboraciones" (SSTS 1948/2002, de 20 de noviembre, 1168/2002, de 19 de junio y 630/2002, de 16 de abril).

con la finalidad de poner en marcha las actuaciones que permitan ampliar la información sobre los hechos y decidir sobre la procedencia de un futuro enjuiciamiento. La decisión judicial por la que se incoa la investigación supone una imputación cuando en ella aparece designada una persona concreta a la que se vincula con el hecho delictivo, en cuyo caso entra en juego automáticamente lo dispuesto en el art. 118 LECRIM, garantizando que desde ese mismo momento el sujeto al que se refiera la decisión judicial adquiera la condición de investigado y los más amplios derechos dimanantes del derecho de defensa. No es preciso, pues, en este momento tan incipiente de las actuaciones, que la información que se haga llegar al juez de instrucción se encuentre sustentada en datos adicionales al relato de los hechos que ofrezca la víctima, un testigo o el Ministerio Fiscal al formular querella a partir de los datos que estos otros le hayan manifestado. Incluso cabe incoar las actuaciones a partir de las manifestaciones de un testigo de referencia. Cuestión distinta es que el transcurso del tiempo permita mantener esta débil situación probatoria inicial. La instrucción debe contar con el impulso de sus protagonistas, dirigido a la búsqueda de información relevante que refuerce las sospechas contra el investigado o las reduzca hasta el punto de ocasionar un sobreseimiento libre o provisional o la imputación de terceros por su posible participación en los hechos investigados. Lo mismo sucede cuando se acuerda la detención. Aunque cuenta con la naturaleza de medida cautelar y, por tanto, ha de ajustarse a las previsiones derivadas del principio de proporcionalidad, su carácter provisionalísimo, ajustado a plazos generalmente muy breves, justifica que la mera apariencia de participación en un hecho delictivo (los *motivos racionales* a los que alude la LECRIM) lleve a acordarla sobre la base de una declaración verosímil y ajena a otro tipo de elementos que la corroboren cuando se presenten los presupuestos que la legitiman.

Algo similar sucede con la fundamentación de la decisión judicial por la que se acuerdan actos de investigación limitativos de derechos fundamentales. En muchas ocasiones, estos se acuerdan *ad limine*, por lo que no pueden someterse a la comprobación exhaustiva de los hechos, precisamente porque su práctica es necesaria para avanzar en dicha comprobación. Por ello, en tales casos basta contar con lo que el Tribunal Supremo ha denominado *iniciales elementos indiciarios*[50], expresión claramente diferenciada de

50 SSTS 153/2015, de 18 de marzo y 74/2014, de 5 de enero, así como las que en ellas se citan.

los *indicios racionales de criminalidad* a los que alude el art. 384 LECRIM (y, por extensión, el art. 779.1.4ª LECRIM), equiparando esta última a *juicio de probabilidad* sobre la implicación del investigado en los hechos a partir del total de las actuaciones llevadas a cabo en la instrucción[51]. Y podrá considerarse que se dispone de elementos indiciarios iniciales habilitantes para acordar ulteriores actos de investigación cuando conste en las actuaciones algún dato objetivo del que quepa inferir –siquiera de forma muy provisional– la implicación del investigado en un hecho delictivo[52], como sucede, por ejemplo, con las informaciones que la policía obtiene mediante seguimientos y vigilancias[53]. Por tanto, si existen indicios –más sólidos según avanzan las actuaciones– que vinculan al investigado con actuaciones ilícitas, el órgano jurisdiccional podrá acordar motivadamente la práctica de las diligencias que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, que habrán de cesar si desaparecen tales indicios en el transcurso de las investigaciones.

En materia de adopción de medidas cautelares y, más en general, de protección, el planteamiento ha de diferir sustancialmente, sobre todo porque la eficacia de los actos de investigación se agota en la fase preparatoria y en la obtención de información relevante sobre los hechos para decidir si se abre o no la fase de juicio oral, mientras que las decisiones sobre la situación personal del investigado trascienden a esa finalidad, pues persiguen asegurar su presencia en el juicio oral –que se prevé va a celebrarse si permanece el estado de cosas que se presenta al acordar la medida–, la integridad de la prueba –que se percibe en peligro por una posible actuación obstruccionista del investigado más allá de los límites permitidos por el derecho de defensa– o proteger los intereses de quienes puedan verse afectados por la posibilidad de reiteración delictiva –en el caso de las medidas de protección, social o particular, que pueden acordarse sobre el investigado–. La vigencia de estas medidas no se agota, pues, en la instrucción, suponen una limitación grave de los derechos de la persona sometida a ellas y puede causar daños irreparables si posteriormente se revela que el investigado no participó en los hechos delictivos.

51 STS 74/2014, de 5 de enero.

52 SSTC 26/2010, de 27 de abril y 145/2014, de 22 de septiembre.

53 STS 153/2015, de 18 de marzo.

Por ello, la reflexión sobre la adopción de medidas cautelares personales[54] –dejando a salvo la detención–, y a diferencia de lo que sucede con las decisiones interlocutorias hasta ahora analizadas, debe estar presidida por la presunción de inocencia[55] y orientada a valorar la manera de reducir su impacto sobre esta garantía, que como regla de tratamiento condiciona su acuerdo al estricto cumplimiento de los presupuestos que las legitiman, por cuanto supone que el imputado reciba el trato de inocente hasta que la sentencia firme, debidamente fundada y motivada, establezca su vinculación con el hecho delictivo[56]. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia

54 Aunque me referiré sobre todo a las medidas de naturaleza puramente cautelar, esto es, a aquellas que se dirigen en sentido estricto al aseguramiento del proceso y de su posible resultado, las consideraciones que siguen son perfectamente aplicables a la adopción de medidas de cualquier otra naturaleza que de alguna manera limiten el derecho a la libertad del investigado, como es el caso de las medidas de protección a las víctimas del delito, que en muchas ocasiones reciben el tratamiento procesal de medidas cautelares pero que presentan especialidades que es preciso tener en cuenta para su tratamiento teórico y práctico (entre otras, los fines que persiguen, que exceden de la clásica finalidad cautelar). Tales especialidades, sin embargo, en nada afectan a las consideraciones que realizaré a continuación, puesto que en ambos casos –medidas cautelares y medidas de protección– se acuerdan sobre quien todavía no ha sido declarado autor o partícipe de un hecho delictivo. Ello no impide que por tratarse de medidas sin fundamento cautelar, puedan ser sometidas a requisitos aún más estrictos. Por ejemplo, Asencio Mellado considera que han de respetarse los siguientes cuando se acuerda la prisión provisional basada en la evitación de la reiteración delictiva: a) existencia de un riesgo concreto y justificado de reiteración; b) existencia de una relación entre el hecho cometido y el que se pretende evitar, bien sea por la naturaleza común de ambos, por la capacidad del imputado de aumentar mayor daño con su acción o bien, al menos, por la gravedad de los actos delictivos que ha cometido y/o que se presume que puede llegar a cometer; c) por último, aunque conectado con el anterior, es necesario que la actuación delictiva que se pretenda evitar sea de tal gravedad que justifique la medida. ASENCIO MELLADO, J. Mª., "Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, 2003.

55 Me ocupé extensamente de la relación entre presunción de inocencia y medidas cautelares en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, Madrid, 2005.

56 TRANCHINA lo expresa de manera muy explícita al señalar que el investigado "*ha diritto d'esser trattato alla stregua di una qualsiasi altra persona, senza alcun pregiudizio di colpevolezza che possa socialmente o moralmente sminuirlo nei confronti degli altri cittadini*". TRANCHINA, G. (con SIRACUSANO, D.; GALATI, A. y ZAPPALÀ, E), *Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 2ª ed., Vol. I, Milano, 1996, p. 180. En sentido similar se pronuncia, KIRÁLY, T., "Significato e valore della presunzione d'innocenza", *L'indice penale*, 1992, p. 8.

impide la aplicación de medidas judiciales que impliquen una equiparación de hecho entre investigado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que suponga una anticipación de la pena[57]. Muestra de la importancia de esta prohibición es, por ejemplo, el art. 10.2 *a*) PIDCP, que exige que los presos preventivos estén separados de los penados y sometidos a un trato distinto acorde con su carácter de no condenados, o el lugar destacado que recientemente se le ha otorgado a la presunción de inocencia como regla de trato en la Directiva (UE) 2016/343 de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. El texto –que plantea importantes interrogantes que exceden del objetivo de estas páginas– supedita la adopción de actos procesales dirigidos a acreditar la culpabilidad del investigado y de resoluciones preliminares de carácter procesal a la existencia de indicios o pruebas de cargo.

La cuestión central que se plantea es la de establecer la conexión existente entre la presunción de inocencia como regla de tratamiento del investigado y las medidas cautelares del proceso penal, especialmente la prisión provisional. La paradoja de tener que contar con instituciones como la prisión provisional en el marco de un sistema procesal orientado a la tutela de la inocencia, provoca no pocos quebraderos de cabeza, y obliga a posicionarse respecto del conflicto de intereses subyacente entre libertad y seguridad[58]. Y en este contexto, se encuentran opiniones que van desde las de quienes han sugerido la perfecta compatibilidad entre presunción de inocencia y medidas cautelares –y, por tanto, han negado la existencia de ese conflicto de intereses[59]– hasta quienes entienden –en línea de principios y modelos procesales–

57 Illuminati, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 29–30. El Tribunal Constitucional ha manifestado en alguna ocasión que la presunción de inocencia no queda comprometida por el auto de prisión provisional (por ejemplo, en el ATC 191/2000, de julio), pero una interpretación coherente con su doctrina ha de llevar a interpretar esta afirmación como una forma de desvincular la presunción de inocencia como regla probatoria de la adopción de medidas cautelares, que sí afectan, sin embargo, a la presunción de inocencia como regla de tratamiento.

58 Sobre ello, extensamente, Asencio Mellado, J. Mª., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 26.

59 Fundamentalmente se trata de autores que, en el contexto de la regulación de la presunción de inocencia en el artículo 27.2 de la Constitución italiana, concluyen que no nos encontramos ante un inocente sometido a medidas limitativas, sino ante un "no cul-

que la prisión provisional supone una incoherencia inasumible para el proceso de corte garantista[60]. Ambos representan análisis extremos –pragmático el primero y desconectado de la praxis el segundo– y no reflejan el pensamiento mayoritario, presidido hoy por el análisis ponderado de los intereses en presencia y la exigencia de un estricto cumplimiento de los presupuestos que legitiman las medidas que limitan el derecho a la presunción de inocencia[61].

Para quienes se sitúan en esta línea, la incompatibilidad entre la presunción de inocencia y las medidas cautelares personales se mitiga con el estricto cumplimiento de los presupuestos para la autorización de la medida: el *periculum in mora* (peligro de fuga) y el *fumus boni iuris* (indicios racionales de criminalidad) y, al tiempo, mediante la eliminación de los presupuestos legales que no tienen una clara naturaleza cautelar. Los fines represivos o preventivos –ya sean con carácter general o especial– que parecen estar llamados a cumplir algunos de los presupuestos previstos legalmente (como sucede, por ejemplo, con la evitación de la reiteración delictiva) desnaturalizan las medidas cautelares, en tanto presuponen la culpabilidad del imputado con anterioridad a la sentencia de condena[62] (si bien no cabe olvidar que nos encontramos ante fines que podrían encontrar legítima justificación si se analizan desde la perspectiva de la protección a las víctimas que pueden estar llamados a cumplir).

---

pable", cuyo status vendría a ser más restringido por su condición de sujeto sometido a un proceso penal. Solo a título de ejemplo, véase PISANI, M., *Libertà personale e processo*, CEDAM, Padova, 1974, p. 8.

60 Es el caso de FERRAJOLI, que aborda además con detalle la evolución histórica de la prisión provisional, inversamente proporcional a la de la presunción de inocencia. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. de ANDRÉS IBÁÑEZ, P., RUIZ MIGUEL, A., BAYÓN MOHINO, J.C., TERRADILLOS BASOCO, J. y CANTARERO BANDRÉS, R.), Trotta, Madrid, 1995, pp. 551–553. Idéntica perspectiva crítica adopta Larrauri, E., "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, Fasc. I (enero–abril), pp. 57–58.

61 ASENCIO MELLADO admite que la prisión provisional es incompatible con la presunción de inocencia, si bien considera que "deviene necesaria en la medida que resulta ineludible para garantizar el proceso penal". ASENCIO MELLADO, J. Mª., *La prisión...*, cit., p. 136. En la misma línea se sitúa JORGE BARREIRO, A., "Prisión provisional: una reforma, para qué", en *Jueces para la Democracia*, núm. 22, 2/1994, p. 8.

62 El fin de la evitación de la reiteración delictiva fue legitimado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 128/1995, de 26 de julio y finalmente incorporado en la LECRIM en 2003.

En una posición más crítica, pero también tratando de encontrar el mayor equilibrio posible entre prisión provisional y presunción de inocencia, se muestra Andrés Ibáñez, para quien aquella es el principal problema del proceso penal orientado a la tutela de la inocencia, pero al tiempo reconoce la imposibilidad de prescindir de ella[63] y manifiesta como única salida para los jueces la de actuar con cierta "mala conciencia" a modo de garantía frente a un uso indiscriminado y desproporcionado de la prisión provisional[64].

En definitiva, la presunción de inocencia, en su manifestación de regla de tratamiento del imputado impone, al menos, que las medidas limitativas de la libertad del investigado (y, en especial, la prisión preventiva) se acuerden únicamente (1) en presencia del elemento o fundamento cautelar o de protección legalmente previsto (exclusivamente, pues, para asegurar el procedimiento, la integridad de la prueba o para evitar la reiteración delictiva –genérica o sobre a quien ya ha sido víctima del delito–) y (2) ante la existencia de un concreto *fumus boni iuris* fundado en elementos de prueba suficientes y ajustados a la gravedad de la medida[65]. Solo el juego simultáneo de ambos presupuestos permite al juez decisor hacer una ponderación ajustada al principio de proporcionalidad y evaluar, entre otras, la excepcionalidad que ha de acompañar a la adopción de la medida.

El control sobre ambos presupuestos (riesgo objeto de protección e imputación suficientemente fundada) solo puede efectuarse mediante el examen de la motivación del auto por el que se acuerda la medida (506.1 LECRIM para el auto de prisión), que actúa, pues, a modo de garantía última del derecho a la presunción de inocencia y de todos aquellos que resultan afectados, por cuanto el juez habrá de expresar los elementos probatorios en los que se sustenta y el concreto riesgo que se pretende conjurar a los efectos de permitir el control de la decisión por vía de recurso. Y en este punto

63 Andrés Ibáñez, P., "Presunción de inocencia y prisión sin condena", AAVV, *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 17.

64 Calificada de *trabajo sucio* o *injusticia necesaria* o incluso *injusticia legalizada* por Landrove Díaz, G., "La reforma de la prisión provisional", *La Ley*, núm. 5926, 5 de enero de 2004, p. 2.

65 Por todas, véase la STC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3º), que se refiere a *indicios graves de criminalidad* y, por tanto, requiere que la decisión se apoye en indicios sólidos y no en meras sospechas o indicios como los que podrían justificar una medida menos lesiva.

resulta interesante poner de manifiesto que la adopción de una medida de este tipo no solo pone en cuestión directa la presunción de inocencia como regla de tratamiento, sino también su condición de regla probatoria, la que exige que la decisión judicial (y no solo la sentencia, sino cualquier decisión de la que se derive la participación del encausado en el hecho delictivo) reúna unas condiciones probatorias mínimas y muestre la existencia de elementos de juicio suficientes para entender fundada la incriminación del sujeto al que afecta. La presunción de inocencia, como todos los derechos fundamentales, resulta limitable siempre que se respete el principio de proporcionalidad, lo que tradicionalmente se ha traducido en el cumplimiento de las exigencias propias para enervar su virtualidad en la sentencia (existencia de prueba de cargo suficiente y obtenida con todas las garantías), examen que igualmente –aunque de manera ajustada a las características de la decisión y al nivel de prueba exigido, en algunos puntos diversa a las que presenta la sentencia– debe realizar el juez decisor y expresarlo de modo tal que permita evidenciar que en el caso concreto se han alcanzado los requerimientos para acordar la medida.

La situación procesal y probatoria en la que se dispone aplicar una medida cautelar o de protección resulta –o puede resultar– claramente distinta a la que se presenta tras la celebración del juicio oral y en la que se sitúa el órgano enjuiciador al expresar su parecer sobre la participación del acusado en el hecho delictivo. En particular, son dos los elementos que la diferencian del resto: el primero se refiere a la calidad de los elementos probatorios en los que se sustenta la decisión judicial, pues mientras la sentencia condenatoria se ha de fundar en verdaderos actos de prueba obtenidos con todas las garantías, el auto que acuerda una medida como la prisión provisional suele fundamentarse en el resultado de actos de investigación, y solo en ocasiones en actos de prueba anticipada. El segundo elemento apunta al nivel de prueba exigido para acordar la medida. Sin pretender entrar en la discusión acerca de si la presunción de inocencia fija o no un determinado estándar de prueba y, en su caso, cuál sería y cómo habría de concretarse, lo cierto es que la sentencia condenatoria debe mostrar que existe un cuadro probatorio muy sólido que permite descartar que hipótesis más favorables al acusado puedan considerarse fundadas. Hay que preguntarse entonces si la adopción de otro tipo de decisiones judiciales previas a la sentencia requiere –como así parece– un nivel de prueba inferior, menos exigente, y cómo podríamos

fijarlo con un mínimo de objetividad y precisión. La alusión a expresiones como *indicios racionales de criminalidad, elementos suficientes* o *sospechas graves* no resulta satisfactoria, como tampoco lo es aludir a la prueba *más allá de toda duda razonable* como nivel de prueba exigido para dictar una sentencia condenatoria[66]. Todos ellos son conceptos vagos que poco nos indican acerca de la calidad y cantidad de pruebas que debe avalar la toma de decisiones. Intuitivamente podemos considerar que estamos ante una exigencia particularmente estricta en el caso de la prueba *más allá de toda duda razonable* y algo menos estricta en el resto de casos, pero sin posibilidad de establecer una graduación con un mínimo de fiabilidad acerca de cuál es el nivel de prueba que parece requerir cada uno de ellos. Por ello es preciso integrar este tipo de expresiones con un análisis particularizado de cada caso y de los elementos probatorios disponibles, estableciendo al menos unos límites cualitativos por debajo de los cuales no es aceptable considerar justificada una decisión que limite los derechos del encausado. Esos límites cualitativos pasan, en mi opinión, por establecer una doble condición cuando la decisión se tome a partir de la información proporcionada por un colaborador. En primer lugar, es indudable que, en muchas ocasiones, la decisión judicial no puede más que acordarse sobre la base de meros actos de investigación sin valor probatorio, pero ello no debe conducir a renunciar a una mejora de la calidad de la información practicando un nuevo interrogatorio bajo estrictas condiciones de contradicción y defensa al revisar la procedencia de continuar con la privación cautelar de libertad. Según ha manifestado el TEDH[67], la información proporcionada inicialmente por el colaborador puede justificar la incoación de las actuaciones o la adopción de medidas como la detención, pero el transcurso del tiempo sin someter esa declaración a contrastación la devalúa considerablemente y pone en cuestión que la fundamentación del auto de prisión sea suficiente. Basar la procedencia de una medida cautelar y, en especial, la de prisión, sobre la base de meros actos de investigación no sometidos a elementales procedimientos de contradicción provoca, en mi opinión, un serio déficit de motivación. Y aunque en ocasiones no será posible (por ejemplo, porque el testigo no pueda comparecer o se encuentre

66 Un análisis crítico del estándar de prueba *más allá de toda duda razonable* puede verse en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., "La valoración judicial (...)", cit., pp. 95 a 101.

67 STEDH de 6 de abril de 2000 (caso *Labita c. Italia*).

temporalmente en ignorado paradero), es deber del juez que acuerda la medida no cesar en la búsqueda de información que confirme la declaración inculpatoria, dando cumplimiento con ello, al menos, a la segunda condición que antes anunciaba: la imprescindible corroboración de la información que conduce a acordar o mantener la prisión provisional. Solo en casos de extrema urgencia, evidente riesgo y suma gravedad de los hechos debería acordarse el ingreso en prisión con la única base de la declaración del testigo, y solo por el tiempo estrictamente necesario para buscar los elementos indiciarios que la corroboren y permitan fundamentar razonablemente –con la provisionalidad propia del tipo de decisión que se acuerda y del momento procesal en el que se acuerda– la relación del encausado con los hechos delictivos. En este sentido apunta la regla probatoria prevista en el art. 158.2 del Código Procesal Penal peruano, que establece que las medidas coercitivas, al igual que la sentencia condenatoria, solo podrán acordarse sobre la base de la declaración de colaboradores (entre los que se refiere también a testigos de referencia, arrepentidos y situaciones análogas) cuando se encuentren corroboradas por otras pruebas.

La trascendencia de estas medidas sobre la esfera de derechos del investigado ha de llevarnos a reforzar las cautelas para tratar de afianzar el acierto de la decisión judicial por la que se acuerdan y, en consecuencia, a considerar necesario que su adopción se sustente en información debidamente sometida a contradicción, no solo porque ello permite controlar la fiabilidad del testimonio, sino también porque permite al encausado desarrollar libremente su derecho de defensa, por sí o a través de su letrado. El respeto del principio de contradicción es, simultáneamente, garantía de verdad y respaldo del derecho de defensa[68].

Como ya se ha anticipado, solo cabría excepcionar de esta regla la adopción de la medida de detención, que dado su carácter provisionalísimo podría acordarse y mantenerse sobre la base de sospechas de criminalidad, propias del inicio de la investigación penal contra una persona determinada, y siempre que se verifique simultáneamente la existencia del habilitante *periculum in mora*[69]. Cualquier otra medida cautelar, privativa o limitativa de libertad

68 Conexión entre contradicción y defensa que, entre otras muchas, ha puesto de manifiesto la STS 754/2016, de 13 de octubre.

69 Así se desprende de la STEDH de 6 de abril de 2000 (caso *Labita c. Italia*).

y por tanto no solo la de prisión, habrá de fundamentarse en información adicional y concurrente con la proporcionada por el colaborador.

En el caso de la adopción de medidas cautelares de naturaleza patrimonial, dirigidas a asegurar responsabilidades relativas a la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, las exigencias son necesariamente distintas. Ni los derechos afectados resultan igual relevantes a los que limitan las de carácter personal (aunque esta idea podría ser claramente discutible) ni –sobre todo– el nivel de prueba exigido en relación con los pronunciamientos de carácter civil es tan alto como el que se requiere en relación con las decisiones que afectan a la presunción de inocencia. Como regla general, la adopción de una medida cautelar en el ámbito civil solo requiere un principio de prueba, una apariencia de que la pretensión está mínimamente fundada (el *fumus boni iuris* en el sentido más estricto de la expresión). No hay que olvidar, además, que la LEC prevé como tercer presupuesto junto al riesgo de incumplimiento y a la apariencia de fundamentación de la pretensión el ofrecimiento de una caución destinada a cubrir los posibles daños y perjuicios que se le ocasionen al sujeto afectado por la medida (art. 728.3 LEC), lo que explica también que la adopción de la medida no se sujete al mismo y exigente grado de comprobación que se espera en los casos en los que deban acordarse medidas cautelares de naturaleza personal.

Para finalizar el tratamiento procesal de las distintas resoluciones interlocutorias, es necesario referirse a la posibilidad de acordar la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado o de valorar la procedencia del auto de procesamiento. El auto ordenando la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado (art. 779.1.4ª LECRIM) es una decisión relativa a la transformación de las actuaciones que el juez instructor debe dictar una vez que hayan quedado descartadas las situaciones descritas en los tres primeros apartados de tal precepto y entienda, además, que existan en la causa *indicios racionales* de la comisión de alguno de los delitos cuyo enjuiciamiento deba realizarse por los cauces del procedimiento abreviado (art. 757 de la LECRIM). Su función se ha considerado equivalente a la reservada al auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, hasta el punto de que se ha equiparado la *justificación suficiente* de la comisión del hecho delictivo a la que alude el art. 779.1.4ª de la LECRIM a los *indicios racionales de criminalidad* exigidos por el art. 384 de la LECRIM para acordar el procesamiento. Y del alcance de estos *indicios racionales de*

criminalidad para acordar el auto transformador del procedimiento se ha ocupado con detalle el Tribunal Supremo, que ha puesto de manifiesto que en este estadio procesal, del mismo modo que no es exigible anticipar con exactitud la valoración del material probatorio que realizará el órgano enjuiciador, tampoco basta la existencia de una sospecha más o menos fundada de criminalidad. Se requiere, nos recuerda el Tribunal Supremo, la existencia de una *probable criminalidad*: "Solo ese nivel justifica la apertura del plenario que, indudablemente, encierra también cierto contenido aflictivo para el acusado, aunque sea difuso. La probabilidad de comisión del delito, se traduce en negativo, expuesto de forma poco matizada, en la racional posibilidad de que recaiga una condena. No pueden extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que solo procederían tras examinar la prueba practicada en el juicio oral. Pero sí ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si tal bagaje se revela desde este momento como insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios que, entre otras cosas, supondrían la afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, también el de las partes acusadoras que verían inútilmente postergada en el tiempo la decisión final ya pronosticable, y dilapidadas energías no solo procesales sino también económicas y personales cuando se trata de parte no institucional. El procesamiento exige que la hipótesis de la comisión del delito y la participación en él del inculpado sea al menos tan posible o fuerte como la contraria. Estamos en un escalón superior al necesario para tomar declaración como imputado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales"[70]. De este modo, la decisión de continuación de las actuaciones, propia de la fase intermedia, requiere un examen predictivo acerca de las posibilidades de que el procedimiento finalice con una sentencia condenatoria en el caso de que siga su curso. Si el material probatorio que se espera reunir en el juicio oral a la vista de las diligencias realizadas en la instrucción y los actos de prueba anticipa-

70 ATS de 31 de julio de 2013.

da que podrían sumarse a aquel no alcanza para pronosticar una sentencia condenatoria como posible final del procedimiento, la resolución adecuada sería el sobreseimiento.

5. CONCLUSIONES

En este trabajo he tratado de mostrar las dificultades que presenta la adopción de decisiones judiciales basadas en declaraciones prestadas por colaboradores de la Justicia en el marco del enjuiciamiento de causas penales. Sin desconocer el interés que despierta la posibilidad de traer al proceso penal información obtenida a partir de procesos de colaboración eficaz, es preciso no perder de vista tampoco las reglas más elementales del justo proceso y, en especial, la presunción de inocencia, que no solo juega en el momento de dictar sentencia, sino que preside todas las actuaciones procesales en las que se acuerdan medidas que afectan a la situación personal del investigado y a su estatus procesal. Es imprescindible que tales medidas se adopten solo en presencia de información relevante, fiable, obtenida y practicada con todas las garantías. Aunque no será posible en todos los casos que la declaración testifical en la que se base la medida sea sometida a contradicción, lo deseable es que se generalice la anticipación probatoria a los efectos de mejorar la calidad de la motivación de la decisión y el fundamento probatorio sobre el que se sustenta. La declaración de quienes han conocido los hechos o parte de ellos, obtenida sin intervención judicial, sin posibilidad de contradicción para el investigado y, en ocasiones, sin conocimiento de su identidad, carece de las condiciones mínimas de fiabilidad necesarias para fundamentar la adopción de medidas cautelares y de protección que reduzcan la libertad del encausado, además de suponer un limitación difícilmente justificable del derecho de defensa. Junto con ello, en este ámbito cobra especial relevancia la corroboración de la información ofrecida por colaborador para poder concluir con la máxima seguridad posible –aunque con carácter puramente provisional– que el encausado se encuentra involucrado en los hechos delictivos y que la información obtenida cuenta con calidad suficiente como para considerar que el colaborador ha cumplido con su parte del acuerdo. Por ello, el ejercicio del derecho de defensa solo puede limitarse de forma motivada y fundada en presencia de intereses igualmente relevantes (como es el caso de la protección de la seguridad e integridad del testigo y de su familia), lo que justifica que, en ocasiones, se adopten medidas para preservar el anonimato

del testigo (medidas que en todo caso debe adoptar el órgano judicial, al margen de las que se hayan podido acordar en procedimientos previos), pero en modo alguno justifica que se prive al investigado del derecho a interrogarle ni de la posibilidad de contar con información externa que corrobore su versión de los hechos.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R., "La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, 4/2013.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Presunción de inocencia y prisión sin condena", AAVV, *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

ASENCIO MELLADO, J. Mª., "Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, 2003.

ASENCIO MELLADO, J. Mª., La prisión provisional, Civitas, Madrid, 1987.

CONTRERAS CEREZO, P., "La protección a los testigos tiene su límite en el respeto al derecho de defensa. El testimonio del testigo anónimo, cuya identidad desconoce el acusado, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y si es la única prueba de cargo no puede sustentar una declaración de condena sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)", *La Ley*, 14 de junio de 2013.

DEL CARPIO, J., "Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad–hoc", *Revista Penal*, núm. 19, 2007.

DEL MORAL GARCÍA, A., "Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104–II, enero–abril 2016.

DI MARTINO, C. y PROCACCIANTI, T., *La chiamata di correo*, Ed. CEDAM, Padova, 2007.

DÍAZ PITA, Mª P., *El coimputado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

DÍAZ–MAROTO y VILLAREJO, J., "Algunos aspectos jurídico–penales y procesales de la figura del «arrepentido»", *La Ley*, 1996.

DIGES JUNCO, M., "La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos", *Jueces para la Democracia*, núm. 68, julio de 2010, pp. 51 y ss. Disponible en: < http://bit.ly/2wy3sea>.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., "La valoración judicial de las pruebas declarativas", *Jueces para la Democracia*, núm. 64, marzo de 2009, pp. 95 y ss. Disponible en <http://bit.ly/2xsdzgU>.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, Madrid, 2005.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. de Andrés Ibáñez, P., Ruiz Miguel, A., Bayón Mohino, J.C., Terradillos Basoco, J. y Cantarero Bandrés, R.), Trotta, Madrid, 1995.

GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Toledo, 2014 (Tesis doctoral). Disponible en <http://bit.ly/2v52Tbc >.

GÓMEZ DE LIAÑO Fonseca–Herrero, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004.

ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979.

JORGE BARREIRO, A., "Prisión provisional: una reforma, para qué", en *Jueces para la Democracia*, núm. 22, 2/1994.

JUDD, K., "Corroboration". Disponible en <http://bit.ly/2iqtY2x>.

KIRÁLY, T., "*Significato e valore della presunzione d'innocenza*", *L'indice penale*, 1992.

LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de la prisión provisional", *La Ley*, núm. 5926, 5 de enero de 2004.

LARRAURI, E., "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, Fasc. I (enero–abril).

MARTÍNEZ GALINDO, G., "Valor probatorio de declaraciones de coimputados", La Ley Penal, núm. 7, julio 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, M., "La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC

(radiografía de un giro constitucional involucionista)", *Revista Xuridica Galega*, núm. 58, 2008.

Neira Pena, A. M.ª, "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal", *Política criminal*, Vol. 11, No 22 (Diciembre 2016), Art. 5, pp. 467–520. Disponible en <http://bit.ly/2kbOt3v>.

Nieto Martín, A., "Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", *La Ley*, nº 8120, 5 de Julio de 2013.

Ortiz Pradillo, J. C., "El difícil encaje del delator en el proceso penal español", *La Ley*, núm. 8560, 12 de junio de 2015.

Ortiz Pradillo, J. C., "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la Justicia", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 39–70, jan./abr. 2017. Disponible en <http://bit.ly/2wyesrD>.

Pisani, M., *Libertà personale e processo*, CEDAM, Padova, 1974.

Quiroz Salazar, W. F., "La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú", *Revista oficial del Poder Judicial*, 2/1, 2008.

Rubio Eire, J.V., "La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una instrucción penal". Disponible en <http://bit.ly/2w3qlTm>.

San Martín Castro, C., "Persecución penal de la corrupción política (reflexiones desde el Perú)", en AAVV, *Estado de derecho frente a la corrupción urbanística*, La Ley, Madrid, 2007.

Sánchez Yllera, I., "Dudas razonables: la declaración de los coimputados", *Revista Xurídica Galega*, núm. 50, 2006.

Soto Rodríguez, Mª L., "El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal", *La Ley*, núm. 7856, 11 de Mayo de 2012.

Tranchina, G. (con Siracusano, D., Galati, A. y Zappalà, E), *Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 2ª ed., Vol. I, Milano, 1996.

Walton, D. y Reed, C., "*Evaluating Corroborative Evidence*". Disponible en <http://bit.ly/2iqHROk >.

Zavaglia, F., *La prova dichiarativa nel giusto processo*, Ed. Cedam, Padova, 2007.

EFICACIA EN EL PROCESO PENAL DE LAS DECLARACIONES INCRIMINATORIAS VERTIDAS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ. ANÁLISIS Y VALORACIÓN CRÍTICA*

Verónica López Yagües

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante

Sumario: 1. Introducción. — 2. El procedimiento de colaboración eficaz como estrategia procesal para afrontar la impunidad delictiva y el descubrimiento de la existencia de organizaciones criminales, incluida su desarticulación. — 3. El procedimiento especial por colaboración eficaz. Aspectos críticos. 3.1. Colaboración "eficaz". el traslado de información útil y veraz a las autoridades responsables de la persecución y castigo del delito. 3.2. La posible incorporación al proceso penal de la información vertida por el colaborador o resultado de las diligencias de corroboración practicadas en el procedimiento especial. 3.3. Primera valoración crítica de una, cuando menos cuestionable, opción legislativa. — 4. El uso en el proceso penal de la información obtenida en el procedimiento especial. Ideas para la configuración de un régimen jurídico válido. 4.1. La entrada en el proceso penal a través del medio probatorio adecuado. 4.2. La incorporación de las declaraciones incriminatorias vertidas por el colaborador y de los elementos de convicción logrados en el procedimiento por colaboración eficaz. el medio probatorio adecuado a su naturaleza. — 5. Admisión y valoración de la declaración prestada por el coimputado informante o delator en el proceso penal. Reglas o criterios especiales. 5.1. La

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Derechos Fundamentales vs. Seguridad en un nuevo modelo de Justicia (DER 2013.47584–R) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español, concedido al grupo de investigación del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante (España).

admisibilidad o de la declaración del coimputado en el proceso penal. Doctrina jurisprudencial. 5.2. Reglas complementarias a observar de cara a la valoración de la declaración del coimputado en el proceso penal. — 6. Necesidad de aseguramiento pleno de la garantía de contradicción. a modo de conclusión y (de nuevo) premisa. 6.1. La falta de contradicción en origen y la necesidad de su garantía plena en el proceso al que se incorpora la declaración incriminatoria del colaborador. 6.2. El alcance de la garantía de contradicción en relación con la declaración vertida por el coimputado delator, a los efectos de su consideración como prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia. — 7. La protección conferida al colaborador y testigos o peritos en el procedimiento especial, y su continuidad en el seno del proceso penal. Dudas en torno a la admisibilidad del testimonio anónimo.

1. INTRODUCCIÓN

Antes que una realidad, continúa siendo un reto para los Estados elevar el nivel de eficacia en la lucha frente a complejas formas de criminalidad y, en particular, contra aquéllas que tienen cabida en el amplio concepto de criminalidad o delincuencia organizada, sea o no de raíz terrorista; un reto, pues, permanente, que se renueva a medida en que lo hacen las diferentes formas de criminalidad asociativa surgidas, enormemente cambiantes y de extraordinaria capacidad lesiva, cuya acción provoca incuantificables daños no solo a bienes e intereses individuales, sino al sistema político–social y económico de cada Estado y a la Sociedad Internacional en su conjunto[1].

En verdad, a pesar de los esfuerzos realizados y de algún que otro pequeño avance, siempre lejos de ser eficazmente combatida, la criminalidad organizada ha logrado expandirse, favorecida por la libertad de circulación de personas, capitales, bienes y servicios reinante en la que es ya, por esa razón, una Sociedad Globalizada. En las últimas décadas, la Comunidad Internacional asiste atónita a un nada discreto incremento de la "criminalidad" llevada a cabo por grandes grupos[2], que operan en el mercado como auténticas "multinacionales del delito" [3], dotadas de una extraordinaria capacidad

---

1 MILITELLO, V., "Lucha contra la criminalidad organizada de tipo mafioso y el sistema penal italiano", en (AA.VV.), Problemas actuales de la Justicia Penal, Madrid, 2013, p. 120.

2 SILVA SÁNCHEZ, JM., La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, 1999, p. 69 y ss.

3 Expresión empleada por el (entonces) Secretario General de la ONU, BUTROS GHALI, empleada en el discurso inaugural de la Conferencia Ministerial Mundial sobre delincuencia transnacional organizada, celebrada en Nápoles, el 21 de noviembre de 1994.

operativa que pone en jaque a los Estados que persiguen, no solo sancionarla, sino desmantelar la organización y erradicar esta grave criminalidad, en cualquiera de sus manifestaciones.

En efecto, en el desarrollo de su actividad, la delincuencia organizada –y, con mayor intensidad, la que opera a gran escala, penetra en los diferentes ámbitos de la economía y de la política estatal, por citar sólo dos de los diferentes sectores en los que incide[4]. En realidad, la transformación experimentada por la Economía mundial en el pasado siglo está en la génesis de un fenómeno surgido en las últimas décadas, cual es la creciente "concentración de poder criminal" en manos de grandes grupos, que hacen de la obtención de riqueza el principal motor de su actividad, grupos que operan en el mercado como una auténtica empresa, verdaderas empresas cuyo objetivo no es sólo la exitosa o fructífera intervención en ese gran mercado, sino control, algo que consiguen ampliando su programa delictivo, para incluir en él toda actividad que le permita no sólo la obtención de extraordinarios ingresos, sino reforzar esa posición de poder[5]. Con ese propósito, se adentra hasta alcanzar posiciones estratégicas en la Economía, la Política, la Administración de Justicia y los sectores sociales más relevantes del país o, dadas sus conexiones internacionales, de los distintos países en los que se mueve.

El pasado reciente, y parece que también el momento actual que se vive en el Perú, evidencian hasta qué punto la acción de las grandes organizaciones del crimen hace peligrar la estabilidad política, jurídica, económica y social del país del Estado en el que operan.

---

4 "La corrupción en todos los niveles y, sobre todo, la instaurada en grandes redes –afirma con acierto SOSA SAN MIGUEL– es un mal que repercute negativamente en el ámbito económico y social; debilita instituciones estatales e incrementa la ineficacia de la gestión pública, creando inseguridad y factores, desconfianza entre los ciudadanos" y, además, "frena el desarrollo, al desviar recursos destinados originariamente a brindar servicios, a mejorar la calidad de vida y a garantizar el ejercicio pleno de los derechos de sus ciudadanos". *Vid.* Introducción al número monográfico titulado "Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional", *Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado*, p. 17.

5 *Vid.* ALARCCHI, P., "Tendencias de la criminalidad y de los mercados ilegales en el mundo actual", Rev. Poder Judicial, 1995, N.º 16, p. 86; BOTTKE, W., Mercado, criminalidad y blanqueo de dinero en Alemania, Rev. Penal, 1998, núm.2, p. 2.

La opacidad de la estructura interna de la organización y, en esencia, la existencia de un centro de poder a cierta distancia de los que son autores materiales o directos del delito, no hace sino complicar la labor de determinación de los responsables últimos de la acción criminal, y la obtención de pruebas suficientes para fundamentar una sentencia condenatoria en su contra. Conocer la compleja estructura de la organización, el cerebro y miembros de la misma, el papel o cometido que a cada uno corresponde y, así mismo, la forma o método empleado en la preparación y desarrollo de la acción delictiva, venciendo el oscurantismo y clandestinidad con la que actúan estas grandes organizaciones, en resumen, descubrir el entramado criminal, facilita la obtención de pruebas incriminatorias en contra de sus miembros y, en definitiva, proporciona una mayor eficiencia y éxito de la investigación y prueba en juicio de estas conductas[6].

Es, además, una constante que la actividad delictiva principal de la organización acompañe una criminalidad asociada, la comisión de múltiples delitos ciertamente heterogéneos, cuyo producto, en una suerte de retroalimentación, sirve para dotar de viabilidad económica a sus acciones y garantizar la continuidad delictiva, incluso, su ampliación; de ahí que resulte vital conocer, asimismo, su fuente de financiación, planes de expansión y el cauce a través del que lo pretende o consigue, a menudo con la creación de un entramado de relaciones con otra u otras organizaciones y/o extendiendo sus redes y penetrando en los diferentes sectores de la Sociedad. En particular, y por citar sólo algunos de los delitos frecuentemente cometidos de forma organizada, destacan el terrorismo y los delitos de corrupción, el delito de lavado de activos, delitos monetarios y, sin duda alguna, el tráfico de drogas, contra la fe pública y el orden migratorio, o delitos contra la humanidad, conductas todas de extraordinaria gravedad cuyo peso hace tambalear las estructuras de la nación o naciones sobre las que la organización criminal despliega su actividad.

El singular *modus operandi* de las distintas formas de criminalidad asociativa, qué duda cabe, hace surgir, particularmente en el marco de la investigación penal, nuevas necesidades que no logran ser satisfechas con

6 DELGADO MARTÍN, J., "Criminalidad organizada", p. 135; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, 2004, ed. Colex, p. 26.

los métodos tradicionales o clásicos[7]. La inadecuación y/o insuficiencia de estos últimos hacían obligada la articulación de nuevos instrumentos con los que vencer la dificultad probatoria que ofrece esta singular delincuencia, algo irrealizable con los instrumentos con los que trata de hacerse frente a la delincuencia común u ordinaria[8].

En este escenario, y siendo objetivo común de la Sociedad Internacional la lucha frente a la amenaza que representa la gran criminalidad, de raíz o no terrorista, encuentra explicación –que no, quizás, justificación bastante– la transformación operada en el Sistema de Justicia Penal Internacional, a raíz de atroces sucesos que conmocionaron al mundo, y la habida en el seno de los diferentes Ordenamientos Jurídicos estatales, fruto de la estrategia seguida por todos ellos para tutela de sus ciudadanos y del propio Estado frente a este fenómeno delictivo[9]; una estrategia que, en el plano procesal, se ha traducido en el refuerzo de los instrumentos puestos al servicio de la persecución de esta singular delincuencia, en ocasiones, sin medir el coste que ello entraña, muy alto y a menudo excesivo por lo que esa intensificación implica de riesgo, cuando no efectiva lesión, para los valores y principios sobre los que, frente al Estado Policial, se asienta el Estado de Derecho.

Conscientes de la imposibilidad de profundizar en el debate que esta idea merece, baste anotar como convicción de quien suscribe que, por deleznable que resulte la delincuencia a combatir –y la de carácter terrorista o la desarrollada por las grandes organizaciones del crimen son el claro exponente– la eficacia de la tutela penal frente a la misma no puede justificar un sacrificio ilimitado de los derechos fundamentales[10] ni, en lo que atañe al

---

7 Se habla, incluso, de la existencia de un derecho procesal a dos velocidades, según se esté ante la clásica delincuencia habitual o ante fenómenos organizados. *Vid.* GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO, M., "Criminalidad organizada (...)", *op. cit.*, p. 26.

8 PEREZ GIL, J., "Respuesta judicial frente a la corrupción. Reflexiones recientes con vistas al futuro", en (AA.VV), *Nuevos Horizontes del Derecho Procesal (Libro Homenaje al profesor Ernesto Pedraz Penalva)*, Ed. Bosch, España, 2016, p. 832.

9 GALÁN MUÑOZ, A., "¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?", en *Cooperación judicial pena en la Unión Europea* (dir. GONZÁLEZ CANO), Valencia, 2015, p. 111; ANARTE BORRALLO, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, p.17.

10 De esta opinión, entre otros muchos, BACHMAIER WINTER, L., "Información de inteligencia y proceso penal", en (AA.VV), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Barcelona, 2012, p. 98; GALAN MUÑOZ, A.," ¿Leyes que matan ideas ...", *op. cit.*, pp.

proceso penal, una subversión de los principios y garantías procesales básicas, aquellas que definen el proceso debido, en particular, consagrado en el art. 139.3 Constitución, y I y III TP del Nuevo Código Procesal Peruano de 2004[11].

Asegurar la obtención de prueba suficiente acerca de la existencia y autoría del delito o delitos que se presumen cometidos y, en el mejor de los casos, neutralizar o erradicar definitivamente estas acciones delictivas mediante el desmantelamiento o fin de la organización misma, son el objetivo último y también prioritario de instituciones como la que representa el procedimiento por colaboración eficaz[12] que está en la base del análisis y crítica que recogen estas páginas.

2. EL PROCEDIMIENTO DE COLABORACIÓN EFICAZ COMO ESTRATEGIA PROCESAL PARA AFRONTAR LA IMPUNIDAD DELICTIVA Y EL DESCUBRIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE ORGANIZACIONES CRIMINALES, INCLUIDA SU DESARTICULACIÓN

Como no podría ser de otro modo, comprometido con esa estrategia e impulsado por la necesidad de activar de manera efectiva la respuesta penal y procesal frente a complejas o "poco convencionales" formas de criminalidad, el legislador peruano daba forma, originariamente en la Ley N.º 27378 del año 2000 y más tarde, en el Decreto legislativo N.º 1301, de 29 de diciembre de 2016, que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz, y el Decreto Supremo N.º 007–2017

150 - 151; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO, M., "Criminalidad organizada (...)", *op. cit.*, p. 2004.

11 En adelante, NCPP.

12 En opinión de SÁNCHEZ VELARDE, el esfuerzo de los órganos jurisdiccionales especializados en el conocimiento de los delitos que cometen los grupos delictivos organizados se ha visto durante algún tiempo limitado por la legislación procesal, a la que están obligados a respetar y aplicar, razón por la que era necesario generar nuevas ideas para la creación de una ley especial contra el crimen organizado que (comprendiera) (...) las posibilidades procesales especiales, incluyéndose los mecanismos de premiación para los casos de delación, así como especialidades procedimentales. *Vid.* "Criminalidad organizada y proceso penal: la colaboración eficaz", La Reforma del Proceso Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal 2004, p. 238.

JUS que aprueba su reglamento[13], y como reflejo, en el articulado del NCPP, a un procedimiento especial, el denominado "procedimiento por colaboración eficaz" destinado, según se desprende de lo dispuesto en el art. 472 NCPP, a contribuir a "la eficacia de la justicia penal".

En efecto, este singular procedimiento –exponente de una categoría emergente de instrumentos premiales–[14] permite la obtención de información suministrada por el llamado "colaborador"–un sujeto sometido, o no, a un proceso penal, o que haya sido condenado, que abandona la acción criminal y reconoce, en todo o en parte, su intervención en la comisión del delito– al que, a cambio, se otorga un beneficio procesal o penitenciario, mediante acuerdo suscrito con el fiscal y aprobado definitivamente por la autoridad judicial.

Se configura, no como auténtico proceso,[15] sino un procedimiento con el que, efectivamente, pueden lograrse todos o algunos de los fines que relaciona el art. 474 NCPP, cuales son "evitar la continuidad, permanencia o consumación" de cierto tipo de delitos o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución, "impedir o neutralizar futuras acciones de organizaciones delictivas". Así mismo, la delación del colaborador puede servir para dar a "conocer (a las autoridades estatales) las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en que se viene ejecutando" e identificar a los autores y partícipes en él y al resto de integrantes de la organización y su funcionamiento, con el ambicioso objetivo de desarticularla. Además, la colaboración eficaz del sujeto que interviene en este procedimiento puede consistir en "la entrega de instrumentos, efectos, ganancias o bienes delictivos relacionados con las actividades de la organiza-

13 Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1301, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz, en adelante DS.

14 SÁNCHEZ VELARDE, P., El procedimiento por colaboración eficaz, número monográfico "Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional", *Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado*, p. 39.

15 Existirá proceso allá donde exista un Juez con partes justiciables en igualdad de posturas, en lo que a ataque y defensa se refiere, con deberes y derechos recíprocamente señalados y teniendo la seguridad del derecho que se pronuncia". Son palabras de PRIETO CASTRO de las que se hace eco CAROCCA, A., *Garantías constitucional de defensa procesal*, Barcelona, 1998, p. 18.

ción" y averiguar el paradero o destino de los mismos. Por último, permite revelar la trascendental cuestión relativa a la que ha sido o es su "fuente de financiación y aprovisionamiento".

Que la consecución de estos fines puede, y de facto, permite incrementar la eficacia en la respuesta estatal a especiales formas de criminalidad que azotan a la Sociedad peruana, parece indiscutible. No en vano, su ámbito de aplicación –ampliado en el NCPP desde su inicial configuración legal, y reflejado en el actual art. 474.2 NCPPP7– se extiende a la revelación de datos o información relativa a los delitos de "asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, delitos informáticos y contra la humanidad, trata de personas y sicariato, todos los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia, y los delitos de "concusión, peculado, corrupción de funcionarios, delitos tributarios, aduaneros, contra la fe pública y el orden migratorio", siempre que el delito haya sido cometido en concierto por una pluralidad de personas, u "otros que establezca la Ley". No será, sin embargo, obstáculo para la celebración del acuerdo a través de este procedimiento, "cuando se trate de concurso de delitos y uno de ellos no corresponda a los previstos en el presente artículo" (*vid.* Art. 474. 3 NCPP).

La trayectoria de este procedimiento especial arroja un balance que bien pueden calificarse de positivo, en lo que atañe al éxito en el descubrimiento, persecución y castigo de delitos altamente complejos; basta remontarse a sus orígenes y hacer recuento de las muchas y fructíferas experiencias habidas para evidenciarlo[16]; sin embargo, el signo de ese balance parece ser el opuesto cuando se trata de hacer balance o medir el equilibrio entre los fines a alcanzar y las fórmulas que incluye la regulación de este procedimiento especial para lograrlos.

Como a lo largo de las próximas páginas se tratará de evidenciar, el procedimiento en sí, o quizás el uso o la interpretación que se hace de éste y de los fines a los que sirve, plantea importantes interrogantes y genera im-

16 Señala NEYRA FLORES el caso Alto Barrios, como la primera ocasión en la que el Estado Peruano se sirvió de un instrumento de colaboración eficaz; según relata, la delación, en bajo condiciones de reserva, de los integrantes del grupo Colina, permitió conocer el operativo montado por el Servicio de Inteligencia del Ejército para la perpetración de la ya conocida masacre, en un contexto de confrontación entre el gobierno y los terroristas. *Vid. Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*, Lima, 2010, p. 476.

portantes disonancias con los postulados sobre los que se asienta el proceso penal que, al menos formalmente, acoge el NCCP; es más, ciertos aspectos del régimen legal al que se ajusta en su desarrollo y efectos, plantean serias dudas de inconstitucionalidad.

En particular, preocupa seriamente la forma en que el legislador procesal salda una cuestión extraordinaria relevancia, cual es la relativa a la eficacia de la información o conocimientos adquiridos como resultado de su celebración, esto es, el posible empleo y virtualidad de efectos, en otro proceso, del contenido de las declaraciones vertidas por el "colaborador" y del resultado de las diligencias practicadas con objeto de corroborar la verosimilitud de ese testimonio. La trascendencia de esta previsión es innegable, y lo es también –lamentablemente– que su aplicación práctica, por razones que a lo largo de estas páginas se tratará de evidenciar, puede traducirse en merma de los derechos y garantías procesales básicas, aquéllas que configuran el proceso debido constitucionalmente consagrado.

En palabras de Asencio Mellado[17], excedido en su uso o virtualidad, este procedimiento puede convertirse en un "instrumento represivo de primer orden" incompatible con la noción básica y garantista de un proceso acusatorio y democrático.

3. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ. ASPECTOS CRÍTICOS

3.1. Colaboración "eficaz". El traslado de información útil y veraz a las autoridades responsables de la persecución y castigo del delito

La expresión "colaboración eficaz" que da nombre al procedimiento regulado en la legislación especial y los art. 472 y ss., del NCPP es, sin duda, reveladora del objetivo, en grueso, que persigue su articulación, y se identifica con la contribución o traslado de información valiosa relativa a la existencia de un hecho delictivo, trasladada a las autoridades responsables de su persecución y castigo, por parte del llamado "colaborador", que no es

17 Asencio Mellado, J. M., "Los presupuestos de la prisión provisional. La excepcionalidad de la prisión provisional. El procedimiento de colaboración eficaz y el *fumus boni iuris*", *(AA.VV.)*, Lima, 2017.

sino el sujeto que ha intervenido como autor, coautor o en otra calidad, en su comisión, incluso si se encuentra ya condenado; información que puede, así mismo, ser suministrada por un sujeto, ajeno al delito, pero que conoce circunstancias s con su comisión o autoría, bien personalmente, en calidad de "testigo directo", bien a través de un sujeto interpuesto, testigo directo o "de referencia".

El informante o "colaborador", qué duda cabe, ha de proporcionar a las autoridades a cargo de la persecución del delito, información útil o eficaz, además de veraz, en relación con el delito y su autoría, en definitiva, información "valiosa" entendiendo por ésta, tanto la que revela datos de relevancia que contribuyan a prevenir con eficacia la comisión de delito o delitos, cuanto, la que sirva o facilite una adecuada represión y castigo de los ya cometidos; e información que, a esos efectos, hade ser completa, no sesgada, y de peso o significativa, no en vano, a la vista de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 475 NCPP, es claro que el beneficio premia la otorgar dependerá "del grado de eficacia o importancia de la colaboración en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho (...)".

En definitiva, la que se recibe ha de ser información –se insiste– relativa al delito y su autoría, o relacionada con la actividad desarrollada por la organización criminal y/o la propia organización, esto es, su estructura, modus operandi, programa delictivo, fuentes de financiación y otros aspectos que de ésta se conozcan[18], de ahí que el legislador permita la participación en este procedimiento, en calidad de "colaborador" tanto al autor o coautor del hecho ilícito, cuanto a otros sujetos partícipes en el desarrollo de la acción criminal en su condición de miembros de la organización e, incluso, a sujetos terceros que, sin haber intervenido desde un lado u otro en la acción criminal, conozcan de la existencia del delito y sus circunstancias y puedan suministrar información que reúna las condiciones antedichas, con ese misma

18 Nótese que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 475 NCPP –en particular, en su párrafo 5– la concesión del claramente ventajoso beneficio que representa exención o remisión de la pena exigirá: a) evitar un delito de especial connotación o gravedad, b) identificar categóricamente y propiciar la detención de líderes de especial importancia en la organización delictiva y c) descubrir concluyentemente aspectos sustantivos de las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva, o de los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos de notoria importancia para los fines de la organización.

finalidad de evitar o perseguir eficazmente el delito, cuando no detener la actividad delictiva de la organización y, en el mejor de los casos, desarticularla.

De la regulación dada a este procedimiento especial, tanto en la legislación especial, cuanto en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 y posteriores reformas, se concluye sin dificultad que la información –se insiste, útil, de entidad, además de veraz– llega a conocimiento del Fiscal y, así, al de las autoridades responsables de la persecución y castigo del delito, a través de una doble vía, de un lado, la declaración o manifestaciones realizadas, a esos efectos, por el "colaborador" y, de otro, las denominadas "diligencias de corroboración" que la propia norma ordena practicar, para constatar la fiabilidad o verosimilitud de lo declarado. Acreditada esa circunstancia, y siempre que se estime de entidad suficiente para merecerlo, la delación o testimonio prestado por el colaborador conlleva, como contrapartida, la concesión de un beneficio, ya procesal, ya punitivo, decidido por el representante del Ministerio Fiscal y que, tras el debido control, resulta definitivamente aprobado por la autoridad judicial.

De ser ése el supuesto –es decir, cuando el procedimiento concluye con un acuerdo en el sentido antes dicho– no parece erróneo afirmar que el procedimiento, las actuaciones que lo conforman, la información generada en él, han surtido efecto, el efecto que le es propio de permitir al informante o colaborador alcanzar un acuerdo con el Fiscal que favorezca su situación procesal, penal o penitenciaria[19]. Cosa distinta, obviamente, resulta cuando las circunstancias son las opuestas, tal y como –bajo el indicativo título de "mérito de la información y de lo obtenido cuando se rechaza el acuerdo"– dispone el art. 481 NCPP.

En efecto, si a la vista del contenido e importancia de la información recibida del colaborador o alcanzada a resultas de la realización de las preceptivas diligencias de colaboración –se entiende– "(...) el "acuerdo de colaboración y beneficios" es denegado por el Fiscal o desaprobado por el Juez, las diversas declaraciones formuladas por el colaborador se tendrán por inexistentes y no podrán ser utilizadas en su contra". Carecen, pues, de toda efi-

19 Cuestión al margen es la relativa a qué tipo de favor o beneficio puede otorgarse al tercero ajeno al hecho delictivo que, en el seno de este procedimiento especial, suministra información acerca del mismo, sus circunstancias y/o su autoría; una cuestión sobre la que la legislación especial, de un lado, y el NCPP, de otro, guardan silencio.

cacia tanto, *ad intra*, al objeto o fin propio de este procedimiento especial, cuanto –si es el caso– *ad extra*, en lo que escapa al objeto o finalidad de este particular procedimiento y se acerca a la que es finalidad propia del proceso penal.

Ahora bien, no obstante lo dispuesto en el primero, el mismo art. 481 NCPP en el segundo de sus párrafos viene a señalar que "en ese mismo supuesto –esto es, el de denegación o no aprobación del acuerdo de colaboración y beneficios– las declaraciones prestadas por otras personas durante la fase de corroboración, así como la prueba documental, los informes o dictámenes periciales y las diligencias objetivas e irreproducibles –en clara alusión a lo que, en el plano doctrinal se conoce como prueba preconstituida– mantendrán su validez y podrán ser valoradas en otros procesos conforme a su propio mérito y a lo dispuesto por el art. 158 NCPP".

A diferencia, pues, del tratamiento dado a las declaraciones prestadas por el colaborador en un procedimiento de colaboración eficaz frustrado, la norma otorga –o permite conservar– eficacia a estos otros "elementos de convicción" resultantes de las diligencias de corroboración practicadas que, recuérdese, no son otras que las actuaciones que la propia norma dispone realizar, tendentes a constatar la fiabilidad de lo declarado. Así pues, el contenido de las declaraciones recibidas de testigos o peritos, la información obrante en documentos hallados e incorporados al cuaderno del fiscal que interviene en este procedimiento especial, y que habían de servir para acreditar la credibilidad de la información suministrada por el colaborador, "serán válidas" es decir, surtirán efectos, y "podrán –que no necesariamente han de ser, queda a decisión del Fiscal–valoradas en otros procesos"[20].

Ponderar debidamente el acierto o no de esta previsión normativa y, en cualquier caso, medir el alcance o consecuencias, de orden procesal, de esta –a criterio de quien suscribe– poco convincente opción legislativa, es tarea compleja que probablemente requiere de mayor tiempo o espacio que

20 Nada señala, sin embargo, el legislador acerca de si podrán ser valorados en otros procesos en relación con el propio colaborador o informante, o con sujetos distintos de este último, esto es, respecto del coautor o coimputado en el delito que aquél se atribuya o por el que haya sido condenado, o el sujeto sobre el que pese la imputación delictiva surgida a resultas del desarrollo de esa actividad de corroboración enormemente "fructífera".

el que permite la extensión de un trabajo como éste; no obstante ello, en las próximas páginas se aborda el análisis, necesariamente breve, de las distintas cuestiones que concita aquella otra más amplia a cuya solución pretendemos aproximarnos y, fundamentalmente, las que sirven para valorar críticamente la que es, si cabe, de mayor calado y principal objeto aquí de estudio, cual es la relativa a la eficacia de las declaraciones vertidas en el procedimiento por colaboración eficaz, o los elementos de convicción en él logrados, en un proceso penal derivado de éste o que marcha en paralelo para enjuiciamiento de los hechos sobre los que versan las manifestaciones incriminatorias realizadas por el colaborador o de las que se conoce como resultado de las diligencias de corroboración practicadas en el marco de ese procedimiento especial.

3.2. La posible incorporación al proceso penal de la información vertida por el colaborador o resultado de las diligencias de corroboración practicadas en el procedimiento especial

Con el declarado propósito de dotar de efectividad al procedimiento por colaboración eficaz al que obedece su denominación, por Dec. Legislativo N.º 1301, de 29 de diciembre de 2016 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 007–2017, el legislador peruano operaba una reforma que, precisamente, modifica la regulación contenida en el NCPP, en relación con este procedimiento especial, en el que hace decidida apuesta por dotar de mayor alcance y virtualidad a la información que de éste se deriva, una vez concluido.

Por su parte, el Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del (citado) Dec. Legislativo N.º 1301, y modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz, bajo el claro título de "eficacia de la diligencias de corroboración y su incorporación en otros procesos", prevé en su art. 44.1 la efectiva posibilidad de que la información que brinde el colaborador eficaz, y los elementos de convicción de su corroboración, "puedan generar el inicio de diligencias preliminares, derivándose así un proceso común o especial del proceso por colaboración eficaz". Es claro, pues, que la información o conocimientos adquiridos tras la articulación de este procedimiento especial, puede originar la apertura de un nuevo proceso (se entiende que penal) que puede reconocerse como "derivado".

El mismo art. 44 DS en su apartado 2, reconoce que esa información brindada por el colaborador puede guardar relación con un proceso penal ya iniciado y que marcha en paralelo al procedimiento por colaboración eficaz, un proceso que ha de entenderse "conexo".

De lo dispuesto en ambos preceptos se concluye sin dificultad que el procedimiento por colaboración eficaz puede seguirse de un proceso penal "derivado" o guardar relación con un proceso o procesos que se consideran "conexos" y a los que, según prevé el subsiguiente art. 45 DS, pueden ser incorporados los elementos de convicción y, de acuerdo con el art. 46 DS, las declaraciones del colaborador, en resumen, el material o información generada en el primero, recuérdese, de forma no contradictoria.

Especialmente preocupante es, a nuestro juicio, la fórmula que el art. 45.3 DS de un lado, y el art. 46.1 DS proponen para el traslado de ese material, la incorporación física de los "testimonios" en el caso de los elementos de convicción logrados con las diligencias de corroboración, y la declaración testifical del colaborador, como prueba plenaria o –nótese– prueba anticipada, para el supuesto de incorporación al proceso penal de las manifestaciones incriminatorias del colaborador o informante, cuestión ésta de gran calado, de cuyo análisis nos ocupamos luego. Por el momento, baste señalar que, de conformidad con lo previsto en el art. 48 de esa misma norma, los elementos de convicción recogidos como consecuencia de la diligencias de corroboración de la información proporcionada por el colaborador podrá ser utilizados en procedimientos derivados o conexos para –y es literal– "requerir medidas limitativas de derechos o medidas de coerción" y podrá también emplearse, entendemos que a los mismos fines, "la declaración del colaborador" conjuntamente al material anterior, para lo que prevé la incorporación de la y trascripción de las partes pertinentes de la misma. La forma de dar a éste entrada –si a través o no de "testimonio", en referencia al documento–y uso en el proceso derivado o conexo de este material queda, al parecer, a la discrecional decisión del Ministerio Fiscal.[21]

Así mismo, en lo que constituye un firme paso adelante dirigido a incrementar –valga decir también que a "rentabilizar"– la eficacia de este pro-

21 *Vid.* Arts. 45, 46 y 48 D, en consonancia con la previsión contenida en el art. 476.2 y 3 NCPP.

cedimiento especial, el Decreto legislativo N.º 1301 del año 2016 reconoce abiertamente la posibilidad de que la información lograda en este procedimiento, sea a partir de la delación o testimonio prestado por el colaborador, sea como resultado de las diligencias de corroboración tendentes a acreditar la verosimilitud de los datos o informaciones suministradas por el primero, se incorpore y, en consecuencia, sea tenida en consideración en un proceso penal, es claro que con la no explícita pero sí clara intención de su toma en consideración para formar la convicción del juzgador.

Esta peligrosa o, cuando menos, cuestionable medida legislativa, tiene reflejo en el articulado del nuevo Código Procesal Penal, en los arts. 476 A y 481 de nuevo cuño, un texto que, sin embargo, guarda prácticamente silencio en cuanto a la forma y condiciones en las que ha de operarse esta incorporación que, se advierte, en absoluto puede ser automática, ni resulta todo lo simple que a primera vista pueda parecer; antes al contrario, el solo hecho de ser material o información procedente, no de un proceso penal distinto y, por ende, contradictorio, sino de lo que no es sino un procedimiento especial en el que, se insiste, no rige contradicción, hace intuir una mayor complejidad de la fórmula que permita su válida incorporación y posible uso en el proceso penal al servicio de los fines que son a éstepropios.

3.3. Primera valoración crítica de una, cuando menos cuestionable, opción legislativa

Como, tras la lectura de las líneas que anteceden, puede fácilmente sospecharse, la opinión que a quien suscribe merece esta, al parecer, poco meditada solución legislativa, no es precisamente positiva. Que informaciones o material generados en una suerte de expediente o procedimiento, que no proceso, como el que representa el denominado "por colaboración eficaz" puedan gozar de virtualidad más allá de los márgenes que impone su objeto y finalidad para la que es concebido, es una idea poco o nada convincente, en lo fundamental, porque se obtiene en condiciones quizás óptimas para alcanzar ese valor o efecto propio, pero no en las que requiere el proceso penal para, una vez incorporado, desplegar en él la eficacia que en este otro corresponde, distinta y de mayor entidad que aquélla, puesto que diferente y de más calado son el objeto y los fines a alcanzar en el proceso penal.

Como es sabido, el procedimiento por colaboración eficaz se desarrolla en ausencia de contradicción, y es sin esta garantía como, a través de su declaración, se obtiene del colaborador información relevante para descubrimiento y persecución de un hecho o hechos delictivos. Si, en su desarrollo, es observada la forma que impone su regulación, nada hace dudar de la validez de lo actuado y esa declaración o manifestaciones tendrán el valor o eficacia que a su naturaleza corresponde, posibilitar la consecución de un acuerdo entre el Estado, que recibe la información, y el colaborador, que obtiene el beneficio o favor procesal o punitivo buscado.

Así las cosas, el único valor o eficacia que, más allá de logro de ese acuerdo o pacto "de beneficios" atribuible a la información suministrada por el colaborador sería, en principio, el de "denuncia" o puesta en conocimiento de las autoridades responsables, la existencia de un delito o de su presunta autoría. Sin embargo, pretender o atribuir de facto a ese material un valor o eficacia distinto, como parece ser la voluntad del legislador peruano, no deja de ser una peligrosa distorsión, fruto de la conversión de este procedimiento en un instrumento fraudulento que permite eludir la garantía de contradicción, en sustitución del proceso penal, per se contradictorio y en el que se dan cita las garantías que permiten atribuirle valor o eficacia probatoria.

Como con todo acierto ha declarado ASENCIO MELLADO, excedido en sus fines, este procedimiento especial por colaboración eficaz corre el riesgo de convertirse en un "instrumento represor de primer orden" que trae de vuelta a fórmulas propias del modelo de proceso inquisitivo que el derecho peruano parecía haber superado.

En cualquier caso, resignados a aceptar la decisión del legislador de permitir el uso de esta información lograda en el procedimiento especial, una vez concluido con éxito, en un eventual proceso penal "derivado" o "conexo", no podemos por menos que reclamar de aquél el arbitrio de una fórmula o régimen al que ajustar esta operación de incorporación que evite el máximo de desajustes o incoherencias, cuando no frontal oposición, con los que han de ser postulados básicos del proceso penal propio de un Estado de Derecho.

4. EL USO EN EL PROCESO PENAL DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL. IDEAS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO VÁLIDO

4.1. La entrada en el proceso penal a través del medio probatorio adecuado

La primera de las cuestiones que preocupan y conviene resolver es la relativa al que debe ser el cauce de entrada en el proceso penal de un material generado fuera de él y, no se olvide, en ausencia de contradicción; material que, obviamente, no es resultado de la práctica de una diligencia de investigación o probatoria.

Inevitablemente, aunque de forma irreal, habrá de operarse su conversión, y no –a nuestro entender– en la forma o a través del cauce o vía que, por su mayor simplicidad, convierta esta operación en algo automático o que prescinda, en todo o en parte, de dar cumplimiento a los requisitos o exigencias que impone la práctica de las diligencias de investigación y prueba en sede de proceso penal. Así mismo, y con mayor motivo, ha de excluirse como medio a través cual incorporar al proceso este material, el buscado en sustitución del que, a pesar de resultar acorde con la naturaleza de esa fuente de conocimiento, conlleva la exigencia de observar ciertos presupuestos y garantías que, fraudulentamente, cabe o se desea ignorar.

En absoluto puede, pues, ser fruto de una elección la forma en que se da entada al proceso de este material, como no lo es la del medio a través del cual se incorpora la fuente al proceso para, una vez configurado como auténtica prueba, servir a formar la convicción del juzgador y de fundamento a una eventual sentencia de condena.

Lejos de lo anterior, las declaraciones vertidas por el colaborador y los diferentes elementos de convicción resultado de la actividad de corroboración practicada para constatar su fiabilidad han de incorporarse al proceso en la forma más acorde a su naturaleza, esto es, a través del medio probatorio que se adecue a la esencia o naturaleza de esa fuente, y con plena observancia de los requisitos y exigencias previstos para su práctica en la norma procesal penal.

La primera de esas conclusiones –la incorporación de la fuente a través del medio de prueba que proceda– se alcanza a partir de la clásica, y acertada, distinción conceptual entre "fuente" y "medio de prueba"[22], que identifica el primero con una realidad anterior y extraña o independiente del proceso, que es incorporada al mismo a través del medio probatorio que corresponda, y este segundo –el medio de prueba– se identifica, en cambio, con la realidad jurídica que nace en el proceso, constituida por la actividad concreta desenvuelta en él para trasladar al órgano judicial el conocimiento de datos extraprocesales que posean ciertos elementos materiales o personales, esto es, la actividad a partir de la cual, llega la fuente al proceso para formar la convicción del juzgador[23].

Con arreglo a esa distinción, un amplio sector doctrinal viene a afirmar el carácter ilimitado de las fuentes y el limitado o tasado, en cambio, de los medios probatorios, que no son sino los legalmente previstos[24] y sin que ello implique la imposibilidad de acceso a nuevos o futuras fuentes de prueba. A tal efecto, como acertadamente señala, ha de emplearse el medio de prueba adecuado para cada caso o situación –y este es el dato que interesa destacar– atendiendo a la sustancialidad propia de la concreta fuente de prueba.

De acuerdo con esta concepción, la entrada en el proceso de declaraciones incriminatorias vertidas en el procedimiento por colaboración eficaz, o el material que resulte de las diligencias de corroboración practicadas, ha de

---

22 La distinción entre fuente y medio de prueba es propuesta de SENTÍS MELENDO, S., *La prueba*, Buenos Aires, 1978, pp. 151 - 158, y de CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, Buenos Aires, 1992, pp. 70 - 71, actualizada por CABAÑAS GARCÍA, JC, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, Madrid, 1992, pp. 22 - 25.

23 Son los instrumentos procesales, caminos o procedimientos a través de los que las fuentes de prueba se incorporan al proceso, y solo existen dentro del mismo. Y, como bien señala SAN MARTIN DE CASTRO "como actos complejos que son, están regidos por normas procesales que establecen los supuestos y las formas en que la fuente de la prueba puede aparecer dentro del proceso (...) y permiten llevar al juez el conocimiento que la fuente de prueba proporciona". *Vid. Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Lima (Perú), 2015, p. 520.

24 *Vid.* MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 1978, p. 17. De la misma opinión, ALONSO–CUEVILLAS SAYROL, J., "Internet y prueba civil", *Rev. Jurídica de Cataluña*, 2001, núm. 4, p. 133; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "La prueba mediante el documento electrónico digitalmente firmado", *Actualidad Civil*, núm. 8, 1999, p. 178. *Cfr.* PICÓ I JUNOY, J., *La prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996, p. 178.

ajustarse y ser respetuosa con el régimen al que el concreto medio de prueba viene previsto en la norma procesal, esto es, de acuerdo con los requisitos y exigencias legalmente impuestas para cada uno de ellos. En definitiva, se impone la plena observancia de las garantías que permiten su conversión en auténtica prueba y, en particular, la garantía de contradicción, junto a las de oralidad y publicidad que la posibilitan, y la igualmente inexcusable garantía de inmediación judicial, todas ellas ausentes en la producción de la poco ortodoxa "fuente de prueba" que representa la declaración vertida por el colaborador, u otros sujetos, en el procedimiento especial por colaboración eficaz.

En otro caso, esto es, si la información o conocimiento suministrado por el colaborador entra en el proceso a través de un medio de prueba inadecuado a su naturaleza, y ajustado, pues, a un régimen legal acorde a ese otro y distinto del que, por lo dicho, le corresponde, resulta inevitable concluir que dicho material carecerá de validez y, por ende, de virtualidad o eficacia en el proceso penal tanto para justificar la limitación de Derechos, fundamentar la adopción de medidas de coerción y, en último término, para constituir prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia[25] y servir, así, de fundamento a una sentencia de condena.

En definitiva, la nulidad es, a nuestro juicio, la sanción que merece la vulneración del que representa un principio básico del proceso penal, el uso, sea fraudulento, sea consentido o avalado legalmente, de un medio de prueba inadecuado a la naturaleza de la fuente, en sustitución de la que ésta merece. La afección que ello entraña a derechos y garantías procesales básicas, impide su elección discrecional o caprichosa. El medio de prueba–se insiste– debe siempre adecuarse a la fuente[26] y, "hacer pasar" las declaraciones vertidas por el coimputado en el procedimiento especial por colaboración eficaz, cla-

25 En lo que atañe al alcance de este derecho fundamental, como regla probatoria, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ. M., El derecho a la presunción de inocencia, Madrid, 2005, especialmente, en pp. 193 y siguientes. En la doctrina peruana, véase NEYRA FLORES, J. A., "Manual del nuevo (...)", *op. cit.*, pp. 170 - 175; SAN MARTÍN DE CASTRO, C., "Derecho Procesal Penal...", op. cit., pp. 114 - 119.

26 Con arreglo a esta idea, las declaraciones del imputado ante los órganos policiales, v. gr., no pueden ser introducidas en el proceso como prueba documental o testifical, tal y como, en el Derecho español, ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia 487/2015, de 20 de julio.

ramente reproducibles, por prueba anticipada para su incorporación en esa calidad en el proceso penal, o darles entrada en el proceso como si de una documental se tratara –en opinión de quien suscribe– constituye un claro fraude procesal, que por su afección a derechos fundamentales de clara incidencia procesal –sin duda, del derecho al uso de prueba pertinente, el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, sin indefensión– no puede sino traducirse en su nulidad o carencia de efectos[27].

4.2. La incorporación de las declaraciones incriminatorias vertidas por el colaborador y de los elementos de convicción logrados en el procedimiento por colaboración eficaz. El medio probatorio adecuado a su naturaleza

La voluntad del legislador peruano de posibilitar la incorporación de las manifestaciones o delaciones realizadas por el colaborador en el procedimiento especial a un proceso penal derivado o conexo es indiscutible, de ahí que, a pesar de las dudas o reticencias que su aceptación provoca a nivel doctrinal, es de prever la profusión con la que vendrá empleada en la práctica.

En vista de esta realidad, resulta vital reflexionar en torno a la que ha de ser no sólo la forma de dar entrada en el proceso a esa información sino también y especialmente, los presupuestos o condiciones a observar para que, una vez incorporado, goce en él de eficacia y, en particular, de plena virtualidad probatoria; y ello, por cuanto, en lo que atañe a esta cuestión, los primeros pasos dados tanto en la legislación especial, cuanto en el texto del Nuevo Código Procesal Penal resultan, a ojos de quien suscribe, poco convincentes y enormemente preocupantes, por su difícil encaje con los que se entienden como principios y más elementales garantías procesales.

Como en las próximas líneas se tratará de evidenciar, el legislador ha dado carta de naturaleza a ciertas fórmulas poco ajustadas a los postulados de un proceso que se precia de "acusatorio" frente al modelo inquisitivo que,

27 No en vano, según señala la STS 900/2006, de 22 de septiembre, "el control sobre la vigencia de la presunción de inocencia", incluye el de la actividad probatoria y, en particular, "del proceso de formación de la prueba y su atención a los principios que rigen la misma" o, si se prefiere, de los requisitos que cada medio de prueba recibe en la norma procesal.

con la aplicación del NCPP peruano, debe entenderse ya superado[28]; algo, pues, que de no corregirse, puede acabar provocando una verdadera involución que abra paso, de nuevo, a "pesquisas generalizadas" y, en el mejor de los casos, investigaciones –de las que a veces, incluso, se prescinde– desarrolladas a espaldas del imputado, frente a las que no puede ejercitar defensa y que difícilmente puede intervenir en la prueba que puede servir a su punición, y en definitiva, la vuelta a la obtención de sentencias condenatorias sostenidas sobre lo que no puede entenderse auténticas pruebas, practicadas con todas las garantías y de cargo, con lo que ello implica de vulneración del fundamental derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un proceso justo y con todas las garantías[29].

Con independencia de la opinión que merezca –y puede adelantarse que la nuestra es, por las razones que se exponen, opuesta a ello– lo cierto es que el empleo de la información obtenida en este procedimiento especial en un proceso penal, sea derivado, sea conexo, resulta de la conversión de lo que no es más que un acto o diligencia propia de este expediente, en una diligencia de investigación o probatoria. Sin embargo, de forma consciente o no, el legislador peruano parece ignorar la que es su verdadera naturaleza para, a través de una suerte de irreal transformación, lograr que el resultado de actuaciones propias de este expediente –en particular, las manifestaciones del colaborador o el resultado de las diligencias de corroboración practicadas con el fin de constatar si son o no verosímiles– sean incorporadas a un proceso en el que gozan de eficacia y llegan, incluso, a recibir valor probatorio pleno.

---

28 Fórmulas, en definitiva, con las que, a pesar de las apariencias, no puede entenderse logrado el propósito de hacer del proceso un instrumento eficaz para la persecución y castigo del delito, si por éste se entiende, no el que culmina con una sentencia condenatoria, en todo caso o condición, sino el que permite dictar esa resolución de condena sobre el sujeto que, en un proceso público y con todas las garantías, resulte ser penalmente responsable.

29 Contradicción, oralidad, publicidad e inmediación, constituyen elementos consustanciales del sistema acusatorio en el que se inscribe el proceso penal peruano, en tanto exigencia del "derecho al debido proceso" consagrado en el art. 139 Constitución peruana, que no es sino el proceso "justo y con todas las garantías" referido en el art. 24.2 del Texto Constitucional español.

4.2.1. La incorporación de los elementos de convicción logrados en la actividad de corroboración del procedimiento por colaboración eficaz. Su errónea consideración y traslado, en todo caso, como documento

Si delicada o cuestionable es la opción del legislador de dar entrada en el proceso penal a elementos de convicción logrados en el desarrollo de la actividad de corroboración desarrollada en el procedimiento por colaboración eficaz, no lo es menos la que le lleva a prever esta incorporación, en todo caso, cual documento.

Esto último es, en particular, lo que se desprende de lo dispuesto tanto en el art. 45 Decreto, cuanto en el art. 476 NCPP, puesto que al documento se alude al confiar al Fiscal la decisión de incorporar o no "testimonio" de lo actuado en ese procedimiento especial, siempre –y no es cuestión baladí– que éste haya concluido; no en vano, objeto de posible incorporación es, únicamente "lo derivado" o resultante de las diligencias de corroboración, se entiende que ya practicadas.

Conviene, sin embargo, anotar que "elementos de convicción" de los que se disponga y puedan ser trasladados al proceso penal son, de un lado, aquéllos de carácter material u objetivo, irrepetibles por su propia naturaleza, y que aparecen consignados en el acta correspondiente y, de otro, los que carecen de ese carácter material u objetivo o los que, a pesar de ser materiales y arrojar datos exclusivamente objetivos, admiten fácil reproducción. De éstos, solo los primeros admiten ser incorporados al proceso penal cual documentos, a los efectos de operar su reproducción y así, posibilitar su contradicción, a través de la lectura, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 383.1 NCPP; en vano, éstos elementos de convicción parecen identificarse con los que tienen cabida en el concepto de prueba preconstituida, cuya reproducción en el plenario es, precisamente, la lectura.

No pueden, en cambio, entenderse "elementos de convicción" en ese mismo sentido y a los efectos previstos en el precepto, ni –en consecuencia– admiten esa fórmula las declaraciones recibidas de sujetos distintos del colaborador, sea en calidad de testigos directos o de referencia, sea en la de peritos, como parte de la actividad de corroboración practicada en el procedimiento por colaboración eficaz.

Estas otras diligencias, de innegable carácter o naturaleza personal, no admiten ser trasladadas o, mejor, erróneo es posibilitar que se les dé entrada al proceso mediante la sola incorporación física del documento en el que aparecen consignadas. Se trata de declaraciones provenientes de sujetos, distintos del colaborador, que contienen manifestaciones o información incriminatorias de las que se pretende hacer uso en el proceso penal, recibidas –y no es un dato menor– sin la debida contradicción.

Ignorar su verdadera naturaleza, la de prueba personal, fácilmente reproducible –no en vano, bastaría la presencia en el proceso de estos sujetos para ratificación, en su caso, de las manifestaciones realizadas en el seno del procedimiento especial, cuando no para aclarar o ampliar extremos del mismo– para, en su lugar, limitarse a incorporar el documento en que obra esta información es, a nuestro juicio, inadmisible, en la medida en que, de ese modo, queda de nuevo impedida la plena garantía de contradicción, que en absoluto queda asegurada a través de la sola lectura[30].

La introducción de un documento –que, sin lugar a dudas, ha de ser examinado personalmente por el juzgador– en sustitución de la efectiva reproducción de la diligencia en el plenario, en la forma más adecuada a su naturaleza –*v.gr.* reproducción de audio o imagen, si el resultado de la misma se ha consignado en soporte apto– o de la intervención del testigo o perito en el proceso, implica dejar fuera, en primer término, la garantía de oralidad, presupuesto indiscutible de la efectividad de la más amplia garantía de contradicción procesal; pero, además, impide a la defensa intervenir en el desarrollo de la misma para, precisamente, hacer efectiva la contradicción del resultado o contenido de la misma, de conformidad con lo dispuesto por el art. 84 NCPP. De igual modo, en supuestos como los descritos, la lectura en la vista del documento en el que obra el resultado de la diligencia, queda excluida de acuerdo con lo dispuesto por el art. 383 NCPP, que lo impide siempre que la diligencia sea repetible en condiciones de contradicción, como es el caso.

La imposibilidad, pues, de asegurar la contradicción plena, sea a través de la lectura cuando ésta pueda evitarse, sea del testimonio prestado y que conste documentalmente, o a pesar de ello, sumado al grave defecto que representa la previa ausencia de contradicción en el momento de su generación –recuérdese, en un procedimiento especial, no contradictorio– hacen que, a pesar del

30 GIMENO SENDRA, V., "Derecho Procesal Penal", *op. cit.*, p. 315.

aparente respaldo legal que se le ofrece, este cauce o vía de entrada al proceso resulte, para ciertos elementos de convicción, desacertado e inadmisible[31].

En definitiva, valerse de la documental como medio de prueba para traer al proceso penal elementos o piezas de convicción de fácil reproducción y, con mayor razón, si cabe, hacerlo con las manifestaciones incriminatorias recibidas a los efectos de corroboración y que aparecen consignadas en acta, no es sino alterar la naturaleza del medio de prueba que corresponde a la fuente, lo que comporta como consecuencia la inobservancia de los requisitos y exigencias que, de acuerdo al régimen que le es propio, debiera respetarse. Indudablemente –si este fuera el propósito– permite ajustar la práctica de esta diligencia a una fórmula sencilla o cómoda que le permite una rápida, casi automática, adquisición de eficacia probatoria, merced a un trato más benevolente que el que, de acuerdo con lo dispuesto en la norma procesal, precisaría en atención a su naturaleza; pero, de lo que tampoco cabe duda es de que esta forma de proceder constituye una clara infracción de normas de derecho necesario que no puede sino provocar la falta de validez y, en consecuencia, la carencia de efectos y aptitud de ese material o información para, en calidad de prueba, servir para fundamentar una sentencia de condena.

En conclusión, pues, como quiera que la incorporación al proceso de este material o información como si de un documento se tratara, implica una clara vulneración de los derechos y garantías procesales básicas, a ojos de quien suscribe, representa un defecto insubsanable, que no puede sino traducirse en la nulidad y carencia de efectos de la diligencia practicada y, en consecuencia, de su completa virtualidad probatoria.

4.2.2. La incorporación al proceso penal, como prueba anticipada, de las declaraciones vertidas por el colaborador u otros sujetos en el procedimiento especial por colaboración eficaz

Con apoyo en razones coincidentes, en su mayor parte, con las expresadas en relación con la inadecuada consideración como documentos de los

31 "Quien no garantiza contradicción, quien no concede audiencia a la parte, comete por ese solo hecho una parcialidad, en tanto no ha investigado sino la mitad de lo que le correspondía indagar y, en ese caso, la obtención de una resolución acertada, es solo fruto de azar". *Vid.* GOLDSCHMIDT, J., *La imparcialidad como principio básico del proceso*, Buenos Aires, 1955, p. 136; UBERTIS, G., *Principi del proceso penale europeo*, Milano, 2000.

testimonios recibidos en el procedimiento especial por colaboración eficaz, puede afirmarse lo erróneo o desacertado de considerar que las declaraciones vertidas por el –permítasenos la licencia lingüística–"colaborador eficaz" u otros sujetos en el curso de las diligencias de corroboración, pueden ser introducidas en el proceso penal en calidad de "prueba anticipada", como parece avalar el legislador peruano.

Ni la declaración del colaborador, ni las recibidas a testigos y peritos para constatar la fiabilidad de las primeras– participan, en rigor, de esta naturaleza; y ello, por cuanto, no es ni puede entenderse prueba anticipada una actividad, la prestación de declaraciones –prescindamos del dato de haber tenido lugar en un procedimiento distinto– en la que, con carácter general, no concurre el presupuesto de "irrepetibilidad" que justifica y determina el empleo de un recurso, excepcional o extraordinario, como el que la prueba anticipada representa[32].

A esta primera razón de peso se suma, sin embargo, una segunda, si cabe, más elemental, que opera incluso en el supuesto en que, por reconocer mayor elasticidad a ese presupuesto –el de "irrepetibilidad" o "irreproducibilidad" futura– da cabida en él a situaciones como los que plantea la necesidad, o mejor, la voluntad de valerse de la información o datos incriminatorios suministrados por un colaborador para el que acudir físicamente al juicio y prestar en el testimonio representa un serio riesgo para su vida e integridad[33]; y ello, por cuanto, aún en circunstancias como las descritas, la clara ausencia de la inexcusable garantía de contradicción en su producción, y de las no menos necesarias garantías de inmediación, oralidad y publicidad, impiden su

32 Para mayor conocimiento de los presupuestos y caracteres de este instrumento, puede verse ASENCIO MELLADO, J. M., "Derecho Procesal Penal", *op. cit.*, pp. 287 - 295; GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales*, Barcelona 2000, p. 410 y en "Derecho Procesal Penal", *op. cit.*, pp. 315 a 318; MARTIN GARCÍA, P. "Una nueva doctrina de la prueba en el proceso penal", *Rev. Jurídica de Catalunya*, 2005, núm. 3, pp. 75 y ss., MORENO CATENA, V., El Proceso Penal, *op. cit.* 875. *Cfr.* PEDRAZ PENALVA, E., "La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida", CDJ, 1998, III, pp. 13 y ss.

33 No en vano, de acuerdo con la modificación operada por el Decreto legislativo N.º 1307, el art. 242 NCPP, al regular los supuestos de prueba anticipada, incluye el relativo a la existencia de presiones sobre el testigo, que pongan en peligro la fiabilidad de la prueba. Este precepto, puesto en relación con lo dispuesto en el art. 247 NCPP, también objeto de nueva redacción

incorporación al proceso como "prueba anticipada" que no precise más que ser reproducida a través de la lectura para alcanzar plena eficacia probatoria. En verdad, una breve aproximación al concepto, los presupuestos y garantías que han de rodear la práctica de la prueba anticipada basta para evidenciar lo acertado de esa afirmación, cuestión a la que se dedican las siguientes líneas.

Como es sabido, en regla de principios, prueba apta para enervar la presunción de inocencia es la practicada en el acto del juicio oral, con las garantías de inmediación[34], contradicción, oralidad y publicidad[35]. Constituye prueba, pues, la actividad tendente a formar la convicción del juzgador acerca de la veracidad de los hechos alegados por las partes y que, tal y como se adelantara a expresar el TC –en particular, y aunque con profusión en muchas otras resoluciones posteriores, en su sentencia 37/1988, de 7 de julio– necesariamente ha de tener lugar en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el Tribunal que ha de dictar sentencia"[36]. Con ser ello cierto, no se excluye como efectiva posibilidad el que ciertas diligencias practicadas fuera del acto del juicio oral adquieren eficacia o valor probatorio y, en consecuencia, pueden contribuir a formar la convicción judicial.

En efecto, con carácter extraordinario y para el caso de que, por razón de su naturaleza u otras circunstancias, la práctica de ciertas diligencias no pueda ser trasladada al acto del juicio ante la inmediación del Tribunal decisor, prevé el legislador la posibilidad de que ésta se celebre anticipadamente, con una doble finalidad posible, asegurar la prueba, llevando a cabo su prác-

---

34 La inmediación garantiza la intervención del tribunal en la actividad probatoria de forma activa; implica que la prueba se practique ante él –que, de este modo, percibe de forma personal y directa su desarrollo y resultado– y que sea éste, y no un juez o tribunal distinto, el que la valore y sobre la base de esa valoración, resuelva acerca de la existencia del delito y su autoría. En relación con el contenido y alcance de este principio y garantía procesal básica, puede verse ASENCIO MELLADO, J. M., "Derecho Procesal Penal (...)", *op. cit.*, p. 279

35 La actividad probatoria ha de desarrollarse de forma oral y pública –excepción hecha de los supuestos en los que el juicio se celebra a puerta cerrada– a los efectos de asegurar una efectiva contradicción. La oralidad posibilita la práctica contradictoria de la prueba; su garantía resulta, pues, instrumental a la efectividad de esta otra elemental garantía, constituye un elemento insustituible a la hora de valorar debidamente la prueba.

36 Reconoce GIMENO SENDRA que, aun cuando por acto de prueba no cabe entender exclusivamente los que se ejecutan con la inmediación del Tribunal, "(...) ésta debiera ser la regla general en un proceso acusatorio", *Vid.* "Derecho Procesal Penal", op. cit., p. 307.

tica a un momento anterior al acto del juicio, o asegurar la fuente de prueba para posibilitar su traslado, en el momento que proceda, al plenario ante el órgano encargado del enjuiciamiento[37].

Así mismo, con carácter excepcional, ante la imposibilidad o dificultad de su reproducción posterior y siempre que en su desarrollo hayan sido observadas las mismas exigencias de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad requeridas a la prueba en el acto del juicio, ciertas actuaciones sumariales pueden ser traídas al mismo como "prueba anticipada" o "preconstituida", cauce que el legislador procesal articula en el art. 383.1 NCPP.

Según reiterada jurisprudencia, el fundamento al que obedece esta segunda posibilidad engarza con el principio de búsqueda de la verdad material rector en el proceso penal, traducido en la necesidad de evitar la pérdida para el proceso de datos o elementos de convicción; ante ese riesgo, autoriza el legislador procesal el uso –aunque excepcional– de la documentación en la que obra el resultado de un acto o diligencia (de investigación) practicado, "en todo caso –y esta es literalmente la exigencia– con observancia de las garantías necesarias para la defensa"[38]

Y, en realidad, a pesar de lo poco convincente –si no del todo desacertada– que se muestra, la posibilidad que abre el legislador de incorporar al proceso la declaración incriminatoria del colaborador vertida, téngase presente, no en la fase preparatoria del juicio o en un momento anterior al acto del juicio, sino en el procedimiento especial por colaboración eficaz, obedece a esa misma intención, por más que su coste –en términos de garantías procesales– resulte mayor.

---

37 De lo que no cabe duda es de que debe regir, plenamente, la garantía de contradicción, de suerte que, si el órgano judicial decide anticipar la prueba y, si fuera éste el supuesto, adelantar la toma de declaración al testigo, ha de asegurarse de que el imputado disponga de abogado para, de no haberlo hasta el momento designado, proveerle de letrado y permitir a ambos intervenir en la práctica de la prueba, pudiendo formular "cuantas preguntas tenga por conveniente", toda vez que, a los efectos de asegurar la plena contradicción del testimonio, según declara el art. 6.3 d) del CEDH –y, en el mismo sentido, el art. 14.3 Pacto de Nueva York de 1966– a la defensa asiste el derecho a examinar a los testigos de cargo.

38 Véanse, las SsTC137/1988, de 7 de julio; 182/1989, de 3 de noviembre, y 217/1988, de 21 de diciembre, pioneras y ya clásicas.

En cualquier caso, la validez como medio de prueba de toda diligencia practicada anticipadamente–y, por ende, salvando las distancias, también de estas declaraciones– queda condicionada a su introducción en el debate del juicio oral, en condiciones tales que permitan su contradicción; y, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 383.1 NCPP, tal declaración habrá de ser incorporada al juicio a través de la lectura[39], cosa distinta es que ésta convenza o no como fórmula que responda cumplidamente a esa exigencia de contradicción plena[40].

Así mismo, conviene tener presente que la garantía se entiende satisfecha con la sola posibilidad de servirse de ella, esto es, a efectos de dotarla de efectividad, se traslada a la parte o partes la carga de asistir o estar presente en el desarrollo de la declaración, sin dejar a merced de su voluntad la válida celebración de la diligencia, pues bastaría con no acudir a ella para frustrar o impedir su celebración. Debe, pues, el juez ofrecer la posibilidad de estar presente e intervenir, y sólo si omitiera hacerlo, la contradicción se vería defraudada y la diligencia no alcanzaría valor probatorio. En esas condiciones, no podría ser tenida en consideración por el juzgador para formar su convicción y sobre su base, la sentencia[41].

---

39 Se impone, pues, como fórmula la reproducción de la diligencia a través de la lectura, y no la simple aportación física del documento en el que viene plasmado el contenido de la declaración, al objeto de evitar el manejo de una fórmula semejante a la de dar(la) por reproducida". Nótese, pues, que es precisamente esta exigencia, la lectura, lo que evita que, puesto que todas están documentadas, esas declaraciones o cualquier otra diligencia sea introducida en el juicio oral en calidad de prueba documental, con lo que ello implica de sustitución a la efectividad de las garantías que han de rodear su práctica, por el solo examen de oficio por parte del Tribunal.

40 Es obvio que mermada, en cualquier caso, queda la contradicción con la sola lectura del acta, toda vez que, sin la presencia del testigo difícilmente puede la defensa contradecir debidamente su contenido. La presencia del sujeto que testifica, en cambio, posibilitaría la formulación de preguntas tendentes a desvirtuar su testimonio que, de otro modo, resulta incontestable. En este punto, conviene anotar que, aun cuando la lectura es la forma de introducción en el juicio oral expresamente prevista en el art. 383 NCPP, no han de excluirse fórmulas distintas de reproducción y, por ende, de asegurar la contradicción, y la opción por la que mejor se adecue a la naturaleza de la fuente (*v.gr.* la reproducción de imágenes y/o sonidos en el acto del plenario, si la declaración hubiera sido registrada en un soporte apto para ello, como un CD o un DVD del que se disponga).

41 Como con todo acierto señala GIMENO SENDRA, la prueba anticipada es prueba inmediata en su ejecución, pero mediata en su valoración; no en vano, dicha diligencia ha de documentarse, preferiblemente, en soporte apto para la grabación y reproducción

Como con toda claridad ha precisado el Tribunal Constitucional español –entre otras, en su STC 25/2003, de 10 de febrero– "lo realmente relevante es que el resultado de esa diligencia (...) acceda al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción".

En esta misma línea, la Jurisprudencia del TEDH[42]no ha dudado al señalar que la incorporación al proceso de declaraciones recibidas –atiéndase al dato diferencial– en fase de instrucción, no lesiona "en todo caso" los derechos y garantías que consagran los apartados 3 d) y 1 del art. 6 del CEDH, "siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y se haya respetado el derecho de defensa del imputado, esto es, siempre que se dé a éste ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo, e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad".

Las circunstancias que rodean la llegada al proceso de las manifestaciones incriminatorias vertidas por el colaborador u otros sujetos que deponen en el procedimiento por eficaz colaboración, no coinciden con las anteriores, ni lo hacen las condiciones y garantías que rodean el desarrollo de las diligencias que son traídas al proceso penal con objeto de dotarlas de eficacia probatoria. Y, a pesar de la apariencia, tampoco parece que estrictamente concurran en el supuesto de que la declaración proceda del colaborador al que, por precisar protección, se beneficie de un singular estatuto –y en particular, de la reserva de su identidad– cuestión esta otra, en la que luego nos detendremos.

En definitiva, si el colaborador o el testigo (directo o de referencia) que hubiere realizado en el curso del procedimiento especial por colaboración manifestaciones incriminatorias en contra de un tercero, puede comparecer en el juicio oral en la fecha en la que éste se celebre, del mismo modo en que no podría el Tribunal extender su conocimiento a una declaración vertida en la fase preparatoria del juicio, no podría hacerlo propio con estas otras, para

---

del sonido y de la imagen, o por medio de acta autorizada por quien ha de actuar la fe pública judicial. *Vid.* "Derecho Procesal Penal", *op. cit.*, p. 316.

42 Es doctrina sentada, entre otras, en las SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 (caso *Kostovski*); de 15 de junio de 1992, (caso *Lüdi*); y de 23 de abril de 1997, (caso *Van Mechelen*).

mayor rechazo, habidas en un procedimiento no contradictorio, en el que están ausentes las garantías que permiten su configuración y eficacia como auténtica prueba.

Su incorporación al proceso penal –inevitablemente, por decisión del legislador– lo ha de ser a través de la testifical, quizás "impropia" –habida cuenta de la singularidad de la figura del colaborador, las más de las veces, un coimputado– pero no "anticipada", sino "plenaria", a los efectos de asegurar la garantía de contradicción y defensa al sujeto frente al que dirige la imputación que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6.3 d CEDH, "(...) tiene derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él" en un juicio público y con todas las garantías.

De lo hasta el momento expuesto puede extraerse como conclusión la necesaria exclusión, como cauce o vía de entrada al proceso de la información lograda en el procedimiento por colaboración eficaz de toda fórmula que implique el desprecio de esa suma de garantías que permiten su configuración como auténtica prueba, apta para desvirtuar la presunción de inocencia. Llevar al proceso penal estas declaraciones o elementos de convicción, como si de documentos o prueba anticipada se tratara, es fórmula a rechazar, a no ser –y esta es idea que se desarrolla luego– que surjan circunstancias que, previsiblemente, impidan la reproducción de la diligencia en el acto del juicio oral –entiéndase, la imposibilidad para el declarante de acudir a juicio y prestar declaración, por razón o causa legítima legalmente prevista– y decida el órgano judicial penal, anticipar la práctica de esta prueba, en todo caso, con arreglo al régimen legal previsto para ésta, esto es, el escrupuloso respeto de lo dispuesto en los art. 242 a 246 NCPP.

4.2.3. La incorporación del testimonio del colaborador al proceso penal, a través de la testifical "impropia" del coimputado

Descartados, por inadecuados a su naturaleza, otros medios probatorios a través de los que dar entrada al proceso penal a las manifestaciones incriminatorias vertidas por el colaborador u otros sujetos en el procedimiento por colaboración especial, resolver la que deba ser no es tarea especialmente compleja. Atender a su naturaleza, claramente personal, y a la actividad en la que la diligencia se resuelve, la realización de manifestaciones, no espontáneas, sino buscadas con claro propósito y, además, guiadas por el interroga-

torio que conduce el Fiscal en el curso de las entrevistas que celebran y, por último, a la especial condición del sujeto que depone, lleva a concluir que es "testifical" el medio probatorio a través del que hacer llegar al proceso esta valiosa información; ello, sin duda, si el sujeto que depone es un tercero que conoce del hecho delictivo, de forma directa o indirecta, y con cierto matiz inevitable, cuando el declarante es un coautor o partícipe en la comisión del delito de que se trata, algo que sucede, en la práctica generalidad de supuestos en los que su relato verse sobre la actividad delictiva desarrollada por una organización criminal de la que es o ha sido miembro, o sobre el delito o delitos –de los legalmente previstos en el art. 476 NCPP– que hubiere cometido junto a una pluralidad de personas a las que refiere, para incriminarlas, en sus manifestaciones.

Nótese que la condición de "colaborador" en el procedimiento que regula la legislación especial puede adquirirla el sujeto que muestra su desvinculación del delito o de la organización criminal, y reconoce en todo o en parte los hechos delictivos cometidos. Por su parte, en calidad de testigos y peritos puede recibirse testimonio a sujetos conocedores del hecho o hechos delictivos y sus circunstancias, o de la organización delictiva misma, en el marco de las diligencias de corroboración tendentes a acreditar la fiabilidad o verosimilitud de lo manifestado por el colaborador.

Y, en verdad, de acuerdo con una asentada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español, el coimputado que comparece en el proceso a prestar declaración lo hace en calidad de testigo o, si se prefiere, "la declaración incriminatoria de un coacusado contra otro, tiene el valor de declaración testifical" y ello, sin perder de vista su singularidad, habida cuenta de que reúne al tiempo la condición de imputado, lo que dota a este diligencia de carácter híbrido o mixto, que ha llevado a acuñarlo como "testimonio impropio"; una singularidad, en definitiva, que lleva a plantearse, como primera duda, si y en segundo lugar, si han de ser o no distintas, y cuáles, las reglas o criterios a las que ha de atender el juzgador de cara a la admisión y posterior valoración de esta prueba[43].

43 Es testigo impropio –señala SAN MARTÍN DE CASTRO– "el coimputado que declara en la causa sobre la conducta de otro en la misma causa" y, aunque su régimen es la de los imputados, su posición procesal, el régimen de su declaración y sus deberes, son diferentes

Aun a riesgo de resultar apresurada, puede sentarse como conclusión que la declaración, primero, y su toma en consideración después, del coimputado–delator no han de gozar de un régimen distinto y/o privilegiado respecto del que a esta diligencia de prueba corresponde en sede de proceso penal. Las mismas condiciones de admisibilidad y valoración que se imponen a la declaración de un coimputado en el seno del proceso son exigibles a las que, teniendo origen en el procedimiento especial por colaboración eficaz, son traídas a éste con la intención de hacerlas valer como prueba, y lo mismo habría de afirmarse respecto de la testifical a la que –de aceptarse como inevitable–su incorporación a un proceso penal derivado o conexo, habría de someter a los terceros que hubieran depuesto en el curso de las diligencias de corroboración, si de su testimonio se obtiene información útil de la que se pretenda hacerse uso con fines probatorios.

5. ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN PRESTADA POR EL COIMPUTADO INFORMANTE O DELATOR EN EL PROCESO PENAL. REGLAS O CRITERIOS ESPECIALES

Como a lo largo de estas páginas se ha podido evidenciar, la incorporación al proceso de la declaración prestada, en ausencia de contradicción, por el colaborador en el seno del procedimiento especial por colaboración eficaz, es cuestión delicada que gana en complejidad a medida en que se acerca el momento de determinar el valor o eficacia procesal que ha darse al contenido de las manifestaciones realizadas.

Conclusión que en ellas se alcanzaba, recuérdese, es la singularidad de la figura del "colaborador" que, en el curso del procedimiento especial, depone en condiciones también singulares o, cuando menos, distintas de las que debieran rodear su declaración en el marco del proceso penal, y al objeto de satisfacer los fines propios del procedimiento en el que interviene, en esencia, la consecución de un acuerdo que ha de reportarle un beneficio o favor a su situación procesal o penitenciaria. Esa singularidad o peculiaridades, en absoluto intrascendentes, plantean serias dudas o inconvenientes a la hora de admitir y, fundamentalmente, dotar de valor o eficacia probatoria al conteni-

---

de los que corresponden a un "testigo propio". *Vid.* "Derecho Procesal Penal", *op. cit.*, p. 528.

do de lo declarado que, acertadamente o no, el legislador autoriza a trasladar al proceso penal derivado o conexo a ése otro no contradictorio en el que surge o del que procede esa información.

Así mismo, se concluía que la entrada en el proceso penal de esa valiosa información ha de ser la testifical "impropia" de un sujeto que, generalmente, reúne la doble condición de imputado –por razón de su coautoría o coparticipación en el delito o delitos objeto de enjuiciamiento– y de testigo–merced a su conocimiento del hecho delictivo y su autoría– el que se conoce como "coimputado" cuya intervención en el proceso penal plantea, per se, diversos interrogantes que, en el seno de un eventual proceso "derivado" o "conexo" corren el riesgo de agudizarse.

La declaración del coimputado es una diligencia probatoria que, por su carácter híbrido, plantea dudas, incluso, en cuanto a su admisibilidad; no en vano, antes o con mayor decisión que el legislador –que es a quien corresponde– nuestros Tribunales no han ahorrado esfuerzos al señalar que, de cara a su admisión y posterior valoración, precisa de atención y trato especial[44].

5.1. La admisibilidad o de la declaración del coimputado en el proceso penal. Doctrina Jurisprudencial

En lo que atañe a la trascendental cuestión relativa a las declaraciones de coimputados, el Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de señalar –en particular, en su Sentencia de 18 de febrero de 2010, que son, sin duda, "pruebas de cargo válidas para desvirtuar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad –*vid.* STC 68/2002, de 21 de marzo y STS 1330/2002, de 16 de julio–" no obstante lo cual, llama el tribunal la atención acerca de "la especial cautela que debe presidir la valoración de dichas declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir verdad

44 Como bien señala SAN MARTÍN DE CASTRO, se trata de una prueba "intrínsecamente sospechosa (...) y, como quiera que no es prueba autónoma, se exigen requisitos adicionales que garanticen su atendibilidad". *Vid.* "Derecho Procesal Penal", *op. cit.*, p. 528.

y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable".

En orden pues, a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de la Sala Segunda del TS, ha establecido "una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares, a cuyo efecto –y es dato que a los efectos de este análisis interesa retener– han de valorarse, de existir las relaciones entre quien acusa y quien es acusado"[45] . "Sin la observancia de esas reglas complementarias –señala con rotundidad la STS 795/2013, de 7 de octubre– la declaración del coimputado sería "insuficiente" en abstracto (más allá de las circunstancias del caso) para desactivar la presunción de inocencia; no "inutilizable" –aclara– sino insuficiente".

5.2. Reglas complementarias a observar de cara a la valoración de la declaración del coimputado en el proceso penal

En resumen a lo expuesto, parece claro que a los efectos de la consideración de la declaración de un coinculpado como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo español exige la concurrencia negativa de una serie de circunstancias que pueden concretarse en dos, a saber, la ausencia de móvil espurio en la declaración que efectúa, de manera que no exista o se entienda que subyace motivo alguno del que se deduzca, aun indiciariamente, que al prestar declaración, el coimputado está guiado por móviles de odio personal, venganza, resentimiento o soborno, y junto a ésta, la ausencia o falta de ánimo de autoexculpación u obtención de un trato favorable en la sentencia. A tal efecto, entiende el alto Tribunal preciso atender a las relaciones anteriores existentes entre el coimputado y el inculpado, incluso, a los rasgos de personalidad del coimputado declarante que pudieran influir en la credibilidad o verosimilitud de lo dicho por él.

45 *Vid.* STS de 18 de febrero de 2010.

A estas circunstancias, el Tribunal Constitucional ha venido a sumar como necesaria una tercera exigencia, que pronto ha hecho suya el Tribunal Supremo, cual es, la existencia de otras pruebas que permitan corroborar, aun mínimamente, la veracidad de lo manifestado por aquél, de suerte que, en caso alguno la sentencia de condena pueda sostenerse, única y exclusivamente, en la declaración del coimputado, por fiabilidad que intrínsecamente se aprecie en su testimonio. En resoluciones posteriores[46] y de forma constante, se ha mantenido este criterio jurisprudencial del que es buena muestra la STS 362/2011 (RJ2012/10140).

Así, en relación con la idoneidad de la declaración de los coimputados para desvirtuar la presunción de inocencia, declaraba el Tribunal Constitucional español que esta diligencia probatoria "(...) no posee validez plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no está mínimamente corroborada por algún hecho, dato o circunstancia externa, y ello porque al imputado, a diferencia del testigo, le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente, y no está sometido a la obligación jurídica de decir verdad (STC 198/2006, de 3 de julio)".

Es cierto que no ha definido la Jurisprudencia lo que haya de entenderse por "corroboración (...) más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no, al análisis caso por caso".[47]

Pero, como también sostiene esta doctrina jurisprudencial –expresada, entre otras, en la STC 160/2006, de 22 de mayo, esa exigencia de reforzamiento no está prefijada en términos generales, sino que se deja a la casuística la determinación de los casos en que puede estimarse que existe esa mínima corroboración, a lo que añade que "los elementos de veracidad objetiva de la declaración –tales como la ausencia de animadversión, la firmeza del testimonio y su coherencia interna– no tienen relevancia como factores externos de corroboración".

---

46 Del Tribunal Constitucional, véanse, las SSTC 102/2008, de 28 de julio, 34/2006, de 13 de febrero; 68/200, de 17 de marzo (RTC 2001, 68).

47 TS (Sala de lo Penal), Sentencia 362/2011, de 6 de mayo (RJ 2012\10140) y, en la misma línea, SSTC 118/2004, de 12 de julio; 190/2003, de 27 de octubre, entre otras.

Por otra parte, parece exigible que el órgano judicial explicite en su resolución de condena qué datos objetivos avalan la veracidad del contenido de la declaración del coimputado respecto de la participación en los mismos de otro u otros imputados. Conforme ha declarado el TC español, entre otras, en SSTC 102/2008, de 28 de julio y 91/2008, de 21 de julio), "los elementos de corroboración han de hallarse expuestos en las resoluciones judiciales (...) como fundamentos probatorios de la condena".

En definitiva, como quiera que la declaración de hechos incriminatorios que realiza el coimputado, ya en sede de proceso penal, implica poner en conocimiento del Tribunal unos hechos presuntamente delictivos en los que se señala como partícipe a otro sujeto, necesariamente se impone el requisito de corroboración externa, en cuya virtud –se insiste– si la declaración del coimputado es la única prueba que permite deducir la participación del sujeto que señala en sus manifestaciones en la comisión del delito, sin que ello venga, pues, corroborado por otra u otras pruebas, la falta o endeble fiabilidad de la misma impiden su toma en consideración. Si a ello se añade la concurrencia de algún motivo o circunstancia que haga dudar de su intencionalidad y que, como sucede con el declarante en el procedimiento de colaboración eficaz, pueda otorgarse un beneficio o trato procesal y/o punitivo más favorable, estas declaraciones no debieran ser objeto de valoración juzgador ni, por ende, estar en la base de una sentencia de condena, a no ser que se arbitren correctivos sobre los que conviene reflexionar.

Atención particular dedica la STS 795/2013, del 7 de octubre, a los supuestos en los que media la concesión de beneficios, por consecuencia de la delación, en los que –declara abiertamente el Tribunal– hay que argumentar convincentemente la fiabilidad del coimputado mismo.

En efecto, reconoce el Tribunal en esta resolución que "existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación", para a continuación señalar que "el hecho de que se deriven beneficios de la delación, ha de ser sopesado, pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración de coimputado. Este dato puede empañar su fiabilidad, pero, si no basta para explicarla y, pese a ello, se revela como convincente y capaz de generar certeza, puede servir para dictar una sentencia de condena". Sin embargo, será así "cuando quepa inferir *in casu* una falta de credibilidad".

En conclusión, de acuerdo con la que parece asentada doctrina jurisprudencial, puede afirmarse que la búsqueda de un trato de favor, aun cuando no excluye el valor de la declaración del coimputado, impone la obligación de "graduar la credibilidad" (*vid.* SSTS 243/2013, de 25 de enero, y 279/2000, de 3 de marzo). Y, a esta misma conclusión llega el TEDH, en particular, en su resolución de 25 de mayo de 2004 (Caso CORNEILS V. Holanda).

En definitiva, pues, que el testimonio que se recibe en el proceso penal tenga su origen en la declaración prestada, previamente, en el procedimiento especial en el que el colaborador decide participar con el fin, recuérdese, de obtener una ventaja procesal o punitiva –que puede oscilar entre la rebaja y la exención de responsabilidad, o la exoneración de la declarada por sentencia, y la puesta en libertad para el caso del penado– no es cuestión baladí. De extraordinario supone, insistimos, que su declaración tiene por objeto, desde la perspectiva individual, la obtención de un beneficio personal, procesal o punitivo, cuya consecución es obvio que puede pesar más como intención –y legítimo es que lo haga–que la voluntad de contribuir a la evitación o detención de la acción delictiva, a la eficaz persecución y castigo de la misma y, en el mejor de los casos, a la desarticulación de la organización criminal.

Como puede notarse, uno de los elementos, pues, que expresamente se declaran como invalidantes del testimonio del coimputado concurre, precisamente, en el caso del colaborador o informante en el procedimiento por colaboración eficaz, la existencia de un premio o beneficio concreto –y no la promesa de su obtención, sino un beneficio procesal o punitivo, que se hace efectivo– que, objetivamente, hace dudar seriamente de la sinceridad del sujeto que depone. De igual modo, la auto–exculpación o asunción de menor responsabilidad por su parte –algo que no parece resultar inhabitual, especialmente cuando el colaborador sea miembro integrante de una organización criminal en la que asume un determinado rol y no labores de dirección o mando– constituye, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expresada en las líneas que preceden, un elemento invalidante de ese testimonio.

En definitiva, la sola presencia de "interés" en el coimputado que representa la concesión del beneficio procesal o punitivo acordado en el procedimiento por colaboración eficaz, que bien puede tacharse de espurio, ha de llevar a concluir la falta de fiabilidad de su testimonio que, no sólo impide ex-

traer de él certeza alguna, sino que lleva o ha de llevar a excluir su valoración, con vocación de generalidad, a efectos de fundar la convicción del Tribunal.

Ahora bien, no es sólo éste –a nuestro juicio– el único condicionante a la admisibilidad y toma en consideración del testimonio recibido del antes colaborador o informante. Como quiera que, a efectos de su consideración como prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia, su práctica en condiciones de contradicción plena resulta inexcusable, conviene plantearse si, en relación con esta figura, esa elemental exigencia merece ser reforzada, en definitiva, si son otros los parámetros con arreglo a los cuales ha de ponderarse el respeto a esa elemental garantía procesal y, por ende, si son o no también distintos los criterios a los que ha de ajustarse la ponderación de la eficacia y valor probatorio de la declaración incriminatoria que se le reciba.

6. NECESIDAD DE ASEGURAMIENTO PLENO DE LA GARANTÍA DE CONTRADICCIÓN. A MODO DE CONCLUSIÓN Y (DE NUEVO) PREMISA

6.1. La falta de contradicción en origen y la necesidad de su garantía plena en el proceso al que se incorpora la declaración incriminatoria del colaborador

La intervención de la defensa en la práctica de la prueba a los efectos de garantizar plena contradicción es, ciertamente, inexcusable. Su ausencia en el momento en que tiene lugar la delación o manifestaciones incriminatorias del colaborador o de otros sujetos, evidente, no en vano, éstas tienen lugar en el curso de las entrevistas que el primero celebra con el Fiscal o como parte de la obligada actividad de corroboración, sin la presencia del sujeto afectado por las manifestaciones incriminatorias que vierte o son recibidas, una circunstancia ésta, que no habría de preocupar en exceso si tales manifestaciones limitaran su eficacia a la satisfacción de la finalidad perseguida con la articulación de este procedimiento especial. Cosa distinta es que su contenido –información o datos incriminatorios frente a un coencausado o sujeto tercero– sea llevado a un proceso penal derivado o conexo, con la intención –por otra parte obvia– de dotarlo en él del valor de prueba, y lo que es más grave, que sea de forma prácticamente automática ese valor probatorio –algo evitable, si se acoge una interpretación ajustada a los principios y garantías

procesales básicas– supuestos, uno y otro, en el que, una vez más, ha de afirmarse que la observancia de la garantía de contradicción, resulta inexcusable.

Llegados a este punto, conviene plantearse –en la línea de lo expresado como crítica a la merma que, inevitablemente, sufre en los supuestos de anticipación probatoria[48]– si la sola lectura del acta en la que se hacen constar las manifestaciones realizadas por el colaborador, o en las que aparece consignado el testimonio prestado por sujetos distintos –repárese en el dato que sigue– en el desarrollo de la actividad de corroboración tendente a constatar la verosimilitud de la anterior, garantiza o no contradicción, también de forma plena[49]; y ello, por cuanto, salvo impugnar la forma en que se desarrolla, parece que poco cabe oponer a lo consignado en el acta. Las pruebas personales –como la que ahora nos ocupa– deben, como regla, practicarse oralmente, a los efectos, no solo de evitar influencias sobre el deponente, sino, y muy especialmente, garantizar una plena asunción de información que la escritura, siempre limitada, no permite.

En cualquier caso, conviene anotar que la ausencia de contradicción, rasgo característico del procedimiento por colaboración eficaz, encuentra su razón de ser en la naturaleza y, fundamentalmente, la finalidad que persigue su articulación, cual es, en esencia, la recepción por el Fiscal de información útil para la mayor eficacia y eficiencia en la persecución del delito, de manos del colaborador y, como contrapartida, la concesión por parte del Estado a este último de un beneficio procesal o punitivo; y, como es sabido, esa doble prestación queda plasmada en un acuerdo objeto de aprobación judicial en el seno de este procedimiento especial.

La actividad en la que se resuelve este procedimiento no se dirige, pues, a la investigación de hechos que revistan o puedan revestir caracteres de delito, sino a la obtención de datos o elementos que sirvan para constatar la fiabilidad o verosimilitud del testimonio vertido por el colaborador, y a los efectos de ponderar la importancia cuantitativa y cualitativa de la información suministrada con la intención de resolver si, y cuál ha de ser, el favor o beneficio que merece su aportación.

---

48 Véase la nota a pie N.º 38.

49 Tampoco rige plenamente el principio de publicidad absoluta, aunque de *lege ferenda*, es propuesta que se amplíe y garanticen esas condiciones GIMENO SENDRA, V., "Derecho Procesal Penal", *op. cit.* p. 315.

Es claro, pues, que la delación o manifestaciones que realiza el colaborador y las llamadas "diligencias de corroboración" que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 473 NCPP, han de practicarse, no son ni han de entenderse diligencias de investigación. Estas actuaciones no tienen por objeto o finalidad la averiguación del hecho delictivo sino antes, la detección o concreción de datos de los que pueda concluirse la verosimilitud de lo declarado o, en la letra del citado art. 473 NCPP, "para determinar la eficacia de la información proporcionada", y ello, a partir de los que el legislador denomina "elementos de convicción", no relacionados con el hecho o hechos delictivos.

En el procedimiento por colaboración eficaz "no se investigan hechos, se corroboran declaraciones"[50], con un claro objeto, ponderar la fiabilidad de las manifestaciones vertidas por el colaborador, en primer término, para resolver, a la vista de la relevancia –cuantitativa y cualitativa– de la información suministrada, resolver o no la concesión del privilegio y, en su caso, la entidad de esa contraprestación. De ahí que la corroboración exigible en esta sede es, fundamentalmente, interna o subjetiva, tendente a examinar la intención o propósito que el colaborador persigue con su delación o, si se prefiere, a constatar la inexistencia de razones o motivos espurios o condicionantes que hagan dudar de la fiabilidad del testimonio que vierte y, de otro, la relación existente entre el sujeto que declara y la persona o personas afectadas por su declaración, que pueda poner en duda la certeza o verosimilitud de lo declarado.

Que la delación o manifestaciones del colaborador tengan como contrapartida la obtención de un favor o beneficio, al parecer, procesal o punitivo, es un dato significativo, que no pasa desapercibido. Es más, a esta duda que, inevitablemente, planea sobre la fiabilidad o verosimilitud del testimonio de quien ve recompensada esa colaboración, se suma la que introduce la singular intencionalidad que puede mover al sujeto que, desde la condición de coimputado, interviene en el procedimiento y arroja en sus manifestaciones datos claramente incriminatorios contra otro u otros coimputados; la sola posibilidad de que se sirva de la inculpación de otros sujetos, para exculpación propia, justifica esta exigencia de corroboración y el que se extreme seriamente el celo en el desarrollo de las actuaciones tendentes a hacerla efectiva.

50 ASENCIO MELLADO, J. M., "Los presupuestos de la prisión provisional (...)", *op. cit.*

Como puede notarse, esta exigencia de corroboración es distinta –porque distinta es la naturaleza, y el alcance o finalidad de la declaración a la que acompaña– de la que resulta igualmente inexcusable de cara a ponderar la fiabilidad o verosimilitud de la declaración que presta el "coimputado" en el seno del proceso penal como una más de sus diligencias probatorias; y, por la misma razón, difiere de la que se haya ínsita en la ponderación que realiza el juzgador acerca de la verosimilitud de las declaraciones testificales que somete a valoración, y no solo respecto de las realizadas por el testigo directo –que también– sino, y muy especialmente, de las que se reciben del testigo indirecto o de referencia respecto de informaciones surgidas en el procedimiento especial por colaboración eficaz.

A diferencia de aquélla otra, la corroboración exigible a las manifestaciones recibidas del coimputado ha de estar relacionada con los hechos sometidos a investigación o son objeto de enjuiciamiento, y ha de efectuarse en un doble plano, interno y externo, a cuyo efecto se impone como inexcusable la presencia u observancia de la garantía de contradicción; no en vano, sólo si media esta garantía puede entenderse llevada a cabo una plena comprobación y, por lo que aquí interesa, la constatación de la ausencia de circunstancias que impidan la toma en consideración del testimonio o declaración recibida en el proceso[51].

Las diferencias acabadas de expresar llevan a concluir que, a pesar de lo encomiable de la propuesta, la idea escuchada a ciertas voces en la doctrina de incorporar a este procedimiento especial la nota de contradicción, permitiendo al sujeto referido en las manifestaciones del colaborador intervenir en el desarrollo de las actuaciones que lo conforman, no resulta acertada por

51 Como bien señala Lozano Eiroa, por elementos de corroboración habrá que entender la existencia o concurrencia de indicios, a partir de los cuales, la culpabilidad del coacusado quede suficientemente asegurada, indicios o aseveraciones que sólo tendrán trascendencia probatoria cuando coadyuven a confirmar la concreta participación del coacusado en el hecho delictivo. Parece claro, pues, que la finalidad de la corroboración estriba en transformar la declaración del acusado que, de inicio se erige en un testimonio "intrínsecamente sospechoso" caracterizado por su insuficiencia probatoria, en prueba de cargo de la que puede derivar una sentencia de condena; en definitiva, son los elementos de corroboración los que otorgan valor a la declaración incriminatoria del coimputado. *Vid.* "Valor probatorio de la declaración incriminatoria del coacusado (I): Reproducción y retractación en el juicio oral", Estudios y Comentarios Legislativos, ed. Aranzadi, Madrid, 17 de julio de 2017, p. 2.

extraña o innecesaria. Hacerlo, no sólo conllevaría desnaturalizar el procedimiento, al que ofrecería una cobertura o apariencia que no le corresponde, a extralimitar, pues, su finalidad, cuando el de eficaz colaboración no es sino un procedimiento especial, con un objeto y finalidad claramente determinados.

Además, tampoco la conversión de este procedimiento en contradictorio representa la solución a las dudas, cuando no firme oposición, que el déficit de esta garantía provoca en lo relativo al posible uso de la información surgida en él, en otro proceso, esto es, un proceso penal derivado o conexo al que puede dar lugar, y su plena eficacia o valor probatorio en este otro.

En cualquier caso, parece conveniente anotar que lograr que las declaraciones vertidas en este procedimiento contribuyan a formar la convicción del juzgador o, si se prefiere, que constituyan pruebas aptas para desvirtuar la presunción de inocencia, no pasa únicamente por la exigencia de observar esta garantía procesal, por elemental o básica que ésta sea.

6.2. El alcance de la garantía de contradicción en relación con la declaración vertida por el coimputado delator, a los efectos de su consideración como prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia

Si en anteriores páginas se aportaban respuestas–quizás no válidas a ojos de todos– a la duda relativa al alcance de la exigencia de corroboración de la credibilidad de la declaración del coimputado –por contraste con la necesaria corroboración de la fiabilidad de lo manifestado por el colaborador en el procedimiento de colaboración eficaz– conviene ahora hacer lo propio en relación con la exigencia de contradicción, esto es, responder al interrogante antes planteado acerca del alcance que ha de darse a la exigencia de contradicción o, planteado de otro modo, resolver si la contradicción a asegurar o, si se prefiere, la defensa frente a las manifestaciones incriminatorias recibidas del coimputado delator, en el supuesto que es objeto de este estudio, alcanza un mayor valor, de suerte que su garantía exija ir más allá en la garantía del "derecho a interrogar a los testigos de cargo sobre el fondo del asunto".

Aun a riesgo de resultar reiterativo, conviene de nuevo anotar –a modo de premisa– que las declaraciones realizadas de forma no contradictoria en el procedimiento por colaboración eficaz que, una vez corroboradas en ese

marco, son introducidas en el proceso penal, han de respetar las reglas y requisitos o garantías propias de esa diligencia probatoria en la norma procesal e, indiscutiblemente, en esta sede, la observancia del principio o garantía de contradicción resulta, por esencial, exigencia inexcusable. Es más, en el intento de compensar su déficit previo[52] y atender a la especial condición del sujeto que depone, a nuestro juicio, resulta incluso obligado extremar el celo en lo que atañe a dotar de efectividad a esta garantía consustancial a toda actividad de naturaleza probatoria.

Indudablemente, asegurar que esa declaración –presúmase que incriminatoria– se incorpora al proceso con plena contradicción conlleva garantizar al sujeto afectado por el contenido de la misma –aquél a quien se dirige la imputación– el derecho "a interrogar" a quien no es sino testigo de cargo o que, cuando menos, depone en esa calidad. Solo de este modo, se insiste, posibilitando a la defensa formular al declarante cuantas preguntas entienda oportunas para impugnar el contenido de lo declarado puede, a priori, entenderse satisfecha la exigencia de contradicción.

Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa –recuérdese, el traslado al proceso, para su empleo en él, de manifestaciones incriminatorias habidas en el proceso por colaboración eficaz, no es un dato insignificante la singular condición del sujeto que depone. Como es ya sabido, el declarante, no es un simple tercero ajeno al hecho que presta declaración de manera espontánea, sino guiado por un propósito e impulsado por el Fiscal, en representación del Estado. Es, en fin, generalmente un "coimputado" y, por tanto, lógico es sospechar que a esa declaración inculpatoria le mueve o empuja la satisfacción de un doble interés, de un lado, su autoexculpación o propósito de minorar el alcance de su responsabilidad, y de otro –y no es cuestión baladí– la de ser premiado por la información que suministra a partir de la obtención de un beneficio procesal, penal o penitenciario.

A ello, recuérdese, ha de añadirse que, lejos de resultar excepcional, el colaborador –especialmente aquél cuyo testimonio versa sobre delitos cometidos por criminalidad organizada, y como exponentes de los mismos,

52 No falta razón a ASENCIO MELLADO cuando afirma que no basta garantizar contradicción en la práctica de los medios cuando en su obtención está generalmente ausente. *Vid.* "Derecho Procesal Penal", *op. cit.*, p. 278.

corrupción, terrorismo u otros– se ve expuesto a riesgos que obligan a activar, en su favor, medidas de protección entre las que cabe incluir y es, en realidad, la más frecuente, la reserva de su identidad. En suma, pues, el colaborador resulta un testigo impropio, merced a su condición de coimputado, y extraordinario en la medida en que se admite su testimonio anónimo.

Esta innegable peculiaridad del declarante, a nuestro juicio, hace obligada una doble consideración de cara a la válida admisión, primero, y la toma en consideración, después, del también singular y peligroso testimonio que presta y al que, téngase presente, pretende otorgarse valor probatorio pleno.

Premisa de la que se parte; a estas declaraciones son exigibles las mismas condiciones objetivas de corroboración externa que, sin duda, se imponen a la recibida en el marco del proceso penal. Conforme dispone el art. 158.2 NCPP, en éste la sola recepción de estas manifestaciones no basta, siendo preciso que permitan confiar en la verosimilitud del testimonio recibido, si ello es así, cuando recibidas en condiciones de contradicción, que menos que estas otras, vertidas en condiciones de reserva y, como ya se conoce, sin posibilidad alguna de ser válidamente contradichas. Si las primeras –las vertidas en el proceso– no pueden, en condiciones distintas, constituir prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia ni, en consecuencia, la información incriminatoria o de cargo que contenga fundar una sentencia de condena, con menor motivo puede atribuirse a estas otras la calidad de prueba y la virtualidad que le es propia.

De cara, pues, a la incorporación de estas manifestaciones incriminatorias realizadas por el colaborador, han de observarse los requisitos y exigencias reclamables a la declaración del coacusado en el seno del proceso penal, condiciones o requisitos que tanto la Jurisprudencia –con mayor profusión– cuanto el propio legislador –véase, si no, lo dispuesto por el art. 158.2 NCPP– se detienen a señalar. Como bien dispone el precepto acabado de citar, de aplicación indudable en sede de proceso penal, "en los supuestos de testigos de referencia, declaración de los arrepentidos o colaboradores, y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios, se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria".

Pero, por claro que resulte que, respecto del colaborador y en su condición de coimputado, no puede ser obviado el régimen al que viene sujeta

la admisión y valoración de la declaración del colaborador en el marco del proceso penal, sino antes, reforzado, no lo es menos que el sello o impronta que a este sujeto imprime el ser premiado por su conducta delatora, impone la necesidad de extremar las exigencias de cara tanto a la admisión, cuanto y especialmente, a la valoración de su testimonio. En particular, la inevitable duda de falta de imparcialidad que planea sobre la figura del colaborador lleva a cuestionarse si, en este caso, la inexcusable exigencia de garantizar contradicción se ve colmada con la garantía del derecho a interrogar a los testigos o, como intuimos, ha de llevarse más allá.

En particular, conviene plantearse si puede hablarse o no de plena contradicción, en definitiva, defensa frente a las declaraciones vertidas por el colaborador, con la sola intervención dirigida a impugnar o neutralizar el contenido de sus declaraciones o, más allá del fondo, lo que precisa discutirse y, en consecuencia, ha de posibilitarse al sujeto incriminado por el colaborador, la impugnación de la fiabilidad misma del declarante y a tal efecto, a indagar sobre la motivación o propósito al que obedece su conducta. En definitiva, si ha de permitirse al afectado discutir no sólo la fiabilidad del testimonio, en atención al contenido o fondo del mismo, que también, sino la fiabilidad del testigo mismo, ahondando en el análisis del tipo o condiciones de la relación existente entre el delator y el sujeto al que incrimina.

La respuesta a este interrogante, a nuestro juicio, no puede ser sino afirmativa. A los efectos de constatar la fiabilidad o verosimilitud a la declaración prestada por el colaborador –primer estadio de su completa valoración– esto es, de quien puede ser y es, de facto, premiado por su delación, no resulta bastante su solo interrogatorio; si, como entendemos, ha de ponderarse antes su credibilidad, obligado es entender que el sujeto al que se dirigen las manifestaciones incriminatorias realizadas por el colaborador, ha de ver garantizado su derecho a contradecir esa prueba en toda su extensión.

En definitiva, en opinión coincidente con ASENCIO MELLADO[53], consideramos que apreciar la credibilidad del sujeto delator es, en los supuestos de colaboración eficaz, un requisito previo –de todo punto inexcusable– a la valoración de la fiabilidad o verosimilitud del fondo mismo de la declaración que presta y, como bien señala el autor, esa labor de control

53 "Los presupuestos (...)", *op. cit.*,

no solo incumbe al Fiscal, sino al sujeto referido por el colaborador en sus manifestaciones incriminatorias, en ejercicio de su más elemental derecho a la contradicción y defensa, manifestado en el derecho a intervenir en el desarrollo de la actividad probatoria.

Impedir a este último intervenir, contradiciendo –y entiéndase que esto último, de forma plena– en la producción de la prueba que puede servir a su condena, alcanza de lleno a la base sobre la que se asienta el proceso penal moderno, y no puede por menos que traducirse en clara vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuyo respeto es el eje fundamental en torno al que ha de girar todo proceso que se precie de justo y con todas las garantías, en definitiva, el proceso penal propio del Estado que, por oposición al policial, puede afirmarse de Derecho.

7. LA PROTECCIÓN CONFERIDA AL COLABORADOR Y TESTIGOS O PERITOS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL, Y SU CONTINUIDAD EN EL SENO DEL PROCESO PENAL. DUDAS EN TORNO A LA ADMISIBILIDAD DEL TESTIMONIO ANÓNIMO

Una vez examinado en páginas precedentes, y aunque no con el rigor o profundidad que merece, el especial régimen o, si se prefiere, las concretas reglas o criterios a los que ha de atender el órgano judicial penal de cara a la admisión, primero, y la valoración después del "testimonio impropio" que recibe del colaborador que, en calidad de coimputado, presta declaración en el proceso penal, resta hacer mención de una última circunstancia con la que quedaría definitivamente diseñado el escenario que resulta de la incorporación del contenido de esas manifestaciones al proceso penal derivado o conexo al procedimiento especial por colaboración eficaz; circunstancia ésta, de nuevo derivada de la singularidad del sujeto que depone o, si se prefiere, de la singular condición o *status* recibido en el marco del procedimiento por colaboración, y que puede conservar –cuestión a resolver es si debe hacerlo– en el proceso penal que le sigue, resultante de la adopción en su favor especiales medidas de protección.

En efecto, la envergadura de ciertos asuntos, como los relacionados con delitos de terrorismo, corrupción, tráfico de drogas u otros de los que inte-

gran el programa delictivo de la organización criminal[54] hacen crecer el interés –siempre presente en el delincuente– en que cierta información relevante relativa al delito o a la organización misma, no llegue a conocimiento del Tribunal y, antes que a éste, a conocimiento de los órganos encargados de la investigación penal. Siendo ello así, no es de extrañar que el testigo, llamado a hacer llegar al juzgador información o datos incriminatorios en contra de aquéllos, reciba de éstos o de sujetos terceros, amenazas o coacciones dirigidas a evitarlo, lo que hace obligado el arbitrio de un cuadro de medidas tendentes a neutralizar ese riesgo o peligro temido.

Sensible a esa necesidad, tanto en el procedimiento por colaboración eficaz, cuanto en el eventual proceso penal que, como derivado o conexo, le siga, el legislador da forma a un singular estatuto jurídico que activa, siempre que concurra un peligro efectivo, de carácter grave, para su persona, libertad o bienes, o para la integridad, bienes o libertad de sus familiares.

En efecto, tal y como dispone el art. 38 DS, "durante el proceso de colaboración eficaz, el Fiscal buscará preservar la confidencialidad de la identidad e integridad física del colaborador" y "cuando el caso lo requiera (...) podrá dictar o requerir las medidas de aseguramiento, protección y coerción que correspondan", medidas que, según prevé el subsiguiente art. 39 DS "tiene por finalidad asegurar la eficacia del proceso especial (...)", serán dictadas durante la fase de corroboración y pueden mantenerse o variarse durante el curso y hasta la finalización del procedimiento de colaboración eficaz.

Por su parte, el NCPP arbitra un amplio cuadro de medidas que incluye la que posibilita el anonimato o, si se prefiere, la no revelación de la identidad del sujeto que depone para, de este modo, imposibilitar –o dificultar, cuando menos– que sea reconocido y el riesgo o peligro temido hacia su persona, o su familia, se haga efectivo. Y, destinatario de la medida es, sin duda, el "testigo" en tanto conocedor, de forma directa o indirecta, de los hechos delictivos objeto de enjuiciamiento; hechos delictivos que, si son atribuibles a la acción de una organización criminal, lo convierten en pieza clave del engranaje diseñado por la acusación para, en un primer momento, sostener la imputación, y más tarde acreditar la existencia del delito y su autoría.

54 *Vid.* Art. 474.2 NCPP.

A la vista de la aparente automaticidad con la que se impone el secreto de su identidad y, más allá, de su intervención en este proceso especial, puede afirmarse que la declaración del colaborador es vertida, no solo en ausencia de contradicción, sino en condiciones de absoluta reserva. Ahora bien, del mismo modo que no había de preocupar excesivamente el carácter no contradictorio de este procedimiento, la reserva o secreto que informa este procedimiento es un rasgo o característica, a priori, de escasa incidencia; un rasgo propio del procedimiento por colaboración eficaz[55] que, a nuestro entender, no hay razón para entender que deba afectar al proceso penal que, como derivado o conexo, le suceda.

Sin embargo, y esto es lo preocupante, el legislador parece extender –erróneamente, a nuestro juicio– ese posible silencio acerca de la identidad del testigo–colaborador, al marco del proceso penal, lo cual, conlleva inevitablemente a admitir y dotar de eficacia, salvo inconveniencias de otro orden, a la declaración del sujeto al que la doctrina ha dado en llamar "testigo anónimo".

Distinto del que puede entenderse como "testigo oculto"[56], el testigo anónimo es figura, cuando menos polémica, integrada por el sujeto que, en calidad de tercero ajeno al hecho delictivo, tiene conocimiento o información acerca del mismo, que vierte al Tribunal, y que, beneficiado de un singular estatuto –en el Derecho peruano, el conferido por el art. 347.4 NCPP– oculta su identidad con el fin de no ser reconocido antes, en el momento en que comparece a declarar y con posterioridad a su intervención en el proceso en esa calidad, a los efectos de impedir que se haga efectivo el riesgo que amenaza su vida o su integridad física y psíquica, su libertad o sus bienes, cuando no la vida o integridad, libertad y bienes de sus familiares directos. Y es figura, sin duda, a la que envuelve la seria problemática relativa a la admisión y la valoración, en su caso, del testimonio que este tercero presta, problemática, que encuentra su causa, y también su solución, en el delicado conflicto que enfrenta, de un lado, a la necesidad de preservar el derecho a la vida e integridad personal del sujeto que depone (y la de su familia), a la

55 *Vid.* Arts. 38, 39 y 46 del DS.

56 Define ASENCIO MELLADO al testigo oculto como aquél cuya identidad es conocida, pero que presta declaración sin ser visto o amparado por algún medio que oculte su rostro o su voz. *Vid.* "Derecho Procesal Penal", *op. cit.*, p. 163.

no menor exigencia de garantizar el derecho que a todo acusado asiste a la defensa, y no sólo, pero sí particularmente garantizando el ejercicio de la facultad de "interrogar a los testigos de cargo" consagrado en los arts. 6.1 y 6.3 d del Convenio Europeo de Derechos Humanos[57], a su vez, concreción del derecho a servirse de todos los medios de prueba para su defensa, en el seno de un proceso justo y con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En atención, pues, al mayor o más alto valor que representa el derecho a la vida –único, entre los derechos fundamentales, que puede afirmarse absoluto– el legislador ha optado por resolver dicho conflicto haciendo primar el primero y perecer al que resulta más elemental de los derechos procesales, cual es la defensa, a partir de un importante recorte de su esfera de ejercicio, porque en recorte o restricción de los derechos que, como instrumentales a la efectividad de ese otro más amplio de defensa, se traduce la admisión de la declaración del testigo protegido mantenido en el anonimato; no en vano, desconocer la identidad de este tercero ajeno al hecho, coloca al acusado en clara desventaja para contradecir o desvirtuar el testimonio que le incrimina, bien cuestionando su imparcialidad, bien discutiendo la veracidad de su relato, lo que, en definitiva, se traduce en clara merma del más amplio derecho de defensa[58].

Esto último explica que, con todo acierto –por lo que entraña de ajuste o respeto a las garantías consagradas en el art. 6.1 y 6.3 d) del CEDH– la identidad del testigo que declara en el acto del juicio oral, en el Derecho español, es dato que, a petición de la defensa, ha de ser revelado so pena –entendemos– de hacer perder toda fuerza probatorio al testimonio que presta. Sucede así que, aun cuando pueda el órgano decisor mantener cualquier otra medida de protección acordada en favor del testigo durante la instrucción, la que impide al inculpado conocer la identidad del testigo de cargo habrá de ser levantada en garantía del fundamental derecho de defensa, y el más amplio derecho a un proceso con todas las garantías constitucionalmente consagrado.

---

57 En adelante, CEDH

58 Ello, por cuanto, una cosa es que se activen medidas de protección que le permitan declarar en condiciones de no ser visto (testigo oculto) y otra bien distinta permitirle que declare desde el anonimato, sin someterse a contradicción, lo que atenta por su base al fundamental derecho de defensa.

De admitirse, en cambio, el anonimato del testigo protegido, entendemos que a la hora de valorar el testimonio prestado habrá el juzgador de obrar con especiales cautelas. Y, no sólo parece exigible que la decisión judicial de reservar la identidad del testigo protegido que depone en juicio venga suficientemente motivada, ni que se dé oportunidad a la defensa de alegar cuanto estime oportuno acerca de la fiabilidad de ese testimonio, sino que –y esto es, sin duda, fundamental– el juez o tribunal ha de constatar si el contenido de la declaración –o, cuando menos, los extremos relevantes o decisivos del testimonio vertido, siempre que los accesorios no resulten contradichos– se vean corroborados por el resultado que arrojen otros medios de prueba que, igualmente, somete a valoración de cara a formar su convicción[59].

En definitiva, mantener en el anonimato al testigo–colaborador y, en su virtud, evitar su comparecencia en el juicio a los efectos de prestar declaración, inevitablemente conlleva la imposibilidad tanto de ver ratificado el testimonio, en su momento, vertido en el curso del procedimiento especial de colaboración eficaz, cuanto, para el sujeto afectado por sus declaraciones, de ahondar en este, a través de la formulación de preguntas tendentes a desvirtuarlo y, en su caso, invertir el sentido o corregir el alcance de sus manifestaciones, en definitiva, a contradecir eficazmente el testimonio que puede contribuir a su propia condena.

A esa intención del legislador de preservar o, si se prefiere, de no frustrar la reserva en la que pretende mantener la identidad del testigo–colaborador durante el desarrollo de las actuaciones –y más allá, incluso, de la finalización del juicio– obedece el que resulta, a nuestro juicio, recurso fácil –que no acertado– de servirse en el proceso de la declaración por escrito del testigo, sin especial atención a las condiciones o garantías en las que tuvo lugar, y desde luego, sin valorar lo que de merma entraña a una efectiva contradicción del contenido, limitado *per se*, consignado en el acta.

En lo que atañe a esta cuestión, el Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de pronunciarse, y no son pocas las veces en las que ha rechazado la lectura de las declaraciones efectuadas por el testigo que, pudiendo hacerlo, no comparece en el acto del juicio "por temor a los acusados o a su entorno

59 *Vid.* SAN MARTÍN DE CASTRO., C., "Derecho Procesal Penal", *op. cit.*, p. 536.

social (...)"[60], ofreciendo como alternativa la activación de las medidas de protección a testigos y peritos arbitradas en el Ordenamiento Jurídico, "siempre que la naturaleza del caso lo permita".

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[61] –como se adelantaba a propósito de la posible lectura del resultado de diligencias probatorias anteriores al juicio– "la incorporación al proceso de declaraciones recibidas durante la fase de instrucción, no lesiona en todo caso los derechos y garantías que consagran los apartados 3 d) y 1 del art. 6 CEDH (...) siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y se haya respetado el derecho de defensa del imputado, esto es, siempre que se dé a éste ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo, e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad"[62]. Y, en lo que atañe a la figura del testigo anónimo y su falta de comparecencia al acto del juicio, si discutible es la presencia de causa "legítima", no lo es –a nuestro juicio– la de esa segunda condición, que no puede entenderse observada a partir de la simple lectura del contenido de lo declarado.

Como se hacía notar en distintos momentos de este trabajo, la incorporación al juicio del acta en la que consta lo declarado, a pesar de esa inexcusable reproducción de su contenido, en condiciones de oralidad, publicidad e inmediación a los efectos de asegurar efectiva contradicción de lo manifestado, a través de la lectura, no alcanza a asegurar plenamente la inexcusable garantía de contradicción o, más bien, vulnera de plano la defensa, unas de sus manifestaciones, a la que es instrumental el ejercicio del derecho a interrogar a los testigos de cargo, y el derecho a valerse –entendemos que cumplidamente– de los medios de prueba que entienda oportunos.

El difícil encaje constitucional que, a juicio de quien suscribe, evidencia esta fórmula –la consistente en recibir en el proceso la declaración del testigo bajo reserva de su identidad, dando lectura al acta que recoge su contenido– debiera determinar la opción por su exclusión. Una solución distinta, a nuestro entender, implicaría una subversión de los principios y garantías

60 Véase, como paradigmática, la STS de 24 de octubre de 2001.

61 TEDH, en adelante.

62 *Vid.* STEDH de 23 de abril de 1997 (caso *Mechelen*).

procesales básicas a las que debiera el legislador peruano plantearse si está también dispuesto a renunciar.

Cosa distinta –y es idea a explorar– es la posibilidad de servirse, siempre con carácter excepcional, esto es, en las circunstancias antedichas y tras apreciar la concurrencia, en el caso concreto, del efectivo peligro que impide al testigo comparecer, del mecanismo que ofrece la anticipación probatoria, ahora bien, no admitiendo en el proceso la declaración prestada con anterioridad al plenario, cualesquiera que sean las condiciones en las que tiene lugar sino, a través de su práctica, decidida por la autoridad judicial, absolutamente respetuosa con las garantías de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación. Y parece que, aun cuando no bajo el anonimato, la declaración del testigo en condiciones de no ser fácilmente identificado, mediante distorsión u ocultación de su voz o rostro –la condición, pues, que adquiere el llamado "testigo oculto" – respeta esa exigencia, en los términos requeridos por la Jurisprudencia del TEDH antes citada, en esencia –recuérdese– concurriendo causa legítima, y siempre que se dé a éste ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo, e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad"[63].

Llegados a este punto, no puede por menos que afirmarse que, si esta es o puede ser conclusión válida respecto de la intervención, en condiciones generales, del testigo en causas criminales, con mayor claridad y contundencia se erige en relación con el testigo–colaborador, singular *per se* o, si se prefiere, "impropio" por su sola condición de coimputado, primera especificidad del régimen de admisibilidad y valoración de su testimonio, a la que se suma una segunda, claramente derivada de la circunstancia de ser, su testimonio, "objetivamente sospechoso" por resultar condición para la obtención de un beneficio individual, que pone en tela de juicio su imparcialidad y, por tanto, la fiabilidad de lo declarado.

En conclusión, y como a lo largo de estas páginas se ha tratado de evidenciar, son muchas y graves las consecuencias que, para la configuración y consolidación del modelo de proceso penal acusatorio por el que ha apostado el Estado Peruano, se derivan de una interpretación amplia y desviada, tan-

63 *Vid.* STEDH, de 20 de noviembre de 1989 (caso *Kostovski*) y, en la misma línea, SsTEDH 15 de junio de 1992 (caso *Lüdi*), y de 23 de abril de 1997 (caso *Mechelen*).

to de la finalidad a la que obedece la articulación del procedimiento especial por colaboración eficaz, cuanto –y por consecuencia de lo anterior– de los preceptos que, en la legislación especial, regulan su articulación, y en el NCPP hacen lo propio para posibilitar su engarce con el proceso penal que puede seguirlo; ello, en particular, por lo que atañe a la posibilidad de incorporar al mismo las declaraciones incriminatorias vertidas por el colaborador y dotarlas de pleno valor probatorio, a juicio de quien suscribe, uno de los aspectos más críticos de su regulación.

De ahí la importancia de llevar a sus justos términos el alcance de las normas arbitradas para dotar de efectividad a este, indudablemente, valioso instrumento, efectividad, que no ha de estar reñida con el respeto a los principios y garantías procesales básicas que son trasunto de un proceso justo, el debido proceso, único en el que puede lograrse la realización de la Justicia Penal. .[64]

64 Como bien señala NEYRA FLORES, "con la dación del Código Procesal Penal de 2004 (...) se ha dado un gran paso en el resguardo de los derechos de los justiciables, pues este implica una serie de nuevas instituciones que buscan proteger los derechos de las partes y la máxima eficacia en la lucha contra el crimen", "Manual del nuevo proceso (...)", *op. cit.*, p. 7. Sirva, pues, la valoración crítica efectuada a esta institución –el procedimiento por colaboración eficaz– para, sin abandonar la idea de preservar ese equilibrio, contribuir al diseño de las condiciones que ha de reunir el proceso penal para el logro de ese doble objetivo, no ya en el plano de las ideas, sino el de su efectiva aplicación práctica, ya en este tiempo, en el Estado de Derecho en el que se erige el Perú.

¿COLABORACIÓN EFICAZ DE LA PERSONA JURÍDICA?

Luis Miguel Reyna Alfaro*

Sumario: 1. Introducción. — 2. El impacto del Decreto de Urgencia N° 003-2017 en las estrategias de litigio de las personas jurídicas. — 3. La ausencia de regulación procesal expresa de mecanismos premiales para las personas jurídicas. — 4. El efecto reputacional de la actividad de litigio de las Procuradurías Especializadas. — 5. Conclusión.

* Abogado Director de Caro & Asociados. Director Académico del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa [CEDPE]. Experto Universitario en Criminología por la UNED [España]. Doctorando el Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Granada [España]. Ex Becario de formación permanente de la Fundación Carolina en el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Granada [España].

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se busca examinar, a vuelo de pájaro, las posibilidades y capacidad de rendimiento de nuestra legislación procesal penal en torno a la posibilidad de que las personas jurídicas colaboren con la justicia penal a través de los mecanismos premiales o de negociación.

Se busca examinar las variables que permiten que la persona jurídica se involucre en un proceso de negociación con los órganos persecutorios que tengan por objetivo que la empresa se someta a un acuerdo de colaboración como, por ejemplo, el asumido por la empresa brasileira ODEBRECHT con la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Son estas variables la que determinarán, en caso de suponer auténticos desincentivos, que la persona jurídica opte por una estrategia de litigio (en favor propio o de sus directivos o ex directivos) de refutación, o en caso de ser circunstancias neutrales o superables por una estrategia de negociación[1].

En ese contexto, y partiendo de la lógica económica que prima en las personas jurídicas y que determinan que sean esos factores los que resulten concluyentes al momento de tomar una decisión empresarial (y la de someterse a un proceso de colaboración eficaz ciertamente lo es dadas las repercusiones sobre las operaciones de las personas jurídicas). Este breve trabajo se enfocará en los siguientes tres aspectos (i) la vigencia del Decreto de Urgencia Nº 003-2017, del 13 de febrero de 2017 que tiene una serie de impactos

1 Sobre las mismas, véase REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Litigación oral y técnicas de persuasión aplicadas al Código Procesal Penal,* segunda edición, Jurista, Lima, 2010, pp. 70 ss.

negativos sobre la operatividad de la persona jurídica; (ii) la regulación de las fórmulas premiales en nuestro ordenamiento procesal penal que puede suponer el reconocimiento de un vacío legal que implique la imposibilidad de convalidación judicial de un posible acuerdo de colaboración eficaz; y, (iii) el rol de las Procuradurías Públicas Especializadas como factor de daño a la reputación de las personas jurídicas a partir del recurso a los *mass media* como mecanismo de presión.

Como es propio de la temática de esta obra, enfocaremos el análisis en el proceso de colaboración eficaz, regulado en los artículos 472° a 481° del Código Procesal Penal [de aquí en adelante CPP] tomando en consideración la reforma introducida a través del Decreto Legislativo N° 1301 ["que modifica el CPP para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz"], del 30 de diciembre de 2016, así como su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N 007-2017-JUS del 20 de marzo de 2017.

2. EL IMPACTO DEL DECRETO DE URGENCIA N° 003-2017 EN LAS ESTRATEGIAS DE LITIGIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En esta parte de este trabajo abordaremos los alcances del Decreto de Urgencia N° 003-2017, publicado en el Diario Oficial "El Peruano", el 13 de febrero de 2017 ["que asegura la continuidad de proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción", de aquí en adelante el DU], en el propósito de determinar si aquél constituye una variable superable para la persona jurídico o es más bien un auténtico desintentivo.

El DU tiene como objetivo evitar "la paralización de la ejecución de obras públicas o asociaciones público privadas y la ruptura de la cadena de pagos que ponen en grave riesgo el desempeño económico del país, como consecuencia de actos de corrupción efectuado por o a través de las empresas concesionarios o contratistas, o de sus socios o partes del consorcio que hayan sido condenadas o hayan admitió la comisión de delitos contra la administración pública o de lavado de activos" (artículo 1° del DU).

Los efectos del DU se encuentran descritos en el artículo 3° del mismo y comprenden, en términos generales, la suspensión del:

> "derecho de las personas comprendidas en el artículo 2 de transferir, total o parcialmente, al exterior:
>
> (i) el integro de sus capitales provenientes de las inversiones en el país, incluyendo la venta de activos, acciones, participaciones o derechos, reducción de capital o liquidación parcial o total de empresas; y,
>
> (ii) el integro de los dividendos o las utilidades provenientes de su inversión, así como las contraprestaciones por el uso o disfrute de bienes ubicados físicamente en el país y de las regalías y contraprestaciones por el uso o transferencia de tecnología, incluido cualquier otro elemento constitutivo de propiedad industrial".

Esta suspensión de derechos tiene dos limitaciones: (i) el cumplimiento de su objetivo (el pago íntegro de la reparación civil a favor del Estado); y, (ii) el vencimiento del plazo de vigencia del DU (inicialmente previsto en un año).

El DU establece su ámbito de aplicación a fin de comprender a las personas jurídicas (i) Condenadas o cuyos funcionarios o representantes hayan sido condenados en el país o en el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos contra la administración pública o lavado de activos o delitos equivalentes en caso de delitos cometidos en otros países en agravio del Estado; (ii) que directa o a través de sus representantes hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente; y, (iii) las personas jurídicas vinculadas con las antes indicadas [artículo 2° del DU][2].

Tal como se observa, el DU tiene escasa claridad en lo concerniente a la admisión a la relación que debe existir entre el hecho, el sujeto o agente corporativo a quien se le atribuye el mismo y la persona jurídica.

En efecto, aun cuando la ausencia de una responsabilidad penal directa de la persona jurídica en nuestro país impide considerar que una persona jurídica puede ser "condenada"[3] la referencia a la condena de sus "funcio-

---

2 El artículo 2.2° del DU señala cuáles son los supuestos de vinculación: (i) Propiedad de más de 10% de las acciones representativas del capital social o tenedor de participaciones sociales o que directa o indirectamente participa en dicho porcentaje en la propiedad de ésta, directamente o a través de sus subsidiarias; (ii) Ejercicio de control sobre la persona jurídica o ente jurídico y las otras personas sobre las que ésta también ejerce control; y, (iii) pertenencia a un mismo grupo económico.

3 Sería ciertamente discutible entender que la referencia a la expresión "condenada" a la determinación de responsabilidad mixta o civil propia de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica o la reparación civil.

narios o representantes" o la "admisión" y "reconocimiento" de la comisión de delitos por parte de estos hace ciertamente laxa la formulación lo que habilita su utilización extensiva, sobre todo si se toma en consideración que quienes están a cargo de su aplicación son órganos del Ejecutivo que carecen de sometimiento a las lógicas propias de la legalidad penal [y por lo tanto a las lógicas de certeza, taxatividad y prohibición de analogía].

La laxitud del DU se expresa también en la referencia a la posibilidad de su aplicación en relación a (i) el tipo de delitos a los que resulta aplicable el DU; (ii) el ámbito espacial de configuración de los supuestos de activación del DU; y, (iii) el ámbito de aplicación derivado de la vinculación de empresas.

Respecto a lo primero [el tipo de delitos a los que resulta aplicable el DU], el DU establece que aquél puede ser aplicado respecto a delitos contra la administración pública o lavado de activos o delitos equivalentes en caso de delitos cometidos en otros países en agravio del Estado. La expresión "delitos equivalentes" constituye ciertamente una fórmula que habilita la inclusión de cualquier clase de delito en la que exista alguna clase de afectación a los intereses. Nótese que ya la misma referencia al agravio del Estado tampoco ofrece ni propone límites certeros que hagan predictible la aplicación del DU.

En relación a la segunda cuestión [el ámbito espacial de configuración de los supuestos de activación del DU], la norma bajo examen comprende no solo los casos en los que se comete un delito en territorio nacional sino también cuando este se comete en otro país. Esta circunstancia determina la posibilidad de que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [de aquí en adelante, el Ministerio], órgano a cargo de la ejecución del DU, pueda activar su aplicación a partir de los resultados de delaciones ocurridas fuera del país, todo ello sin conocimiento ni intervención del Ministerio Público.

Esta circunstancia se hace mucho más gravosa si se considera que el DU permite que esa admisión o reconocimiento de la comisión de delitos haya sido producida ante "alguna autoridad nacional o extranjera competente". Las expresiones "alguna" y "competente" nuevamente ubican al DU en terrenos de ambigüedad extrema que dificultad cualquier estrategia de litigio de negociación.

Finalmente, en relación a la tercera cuestión [el ámbito de aplicación derivado de la vinculación de empresas], la descripción de los supuestos de vinculación empresarial comprendida en el artículo 2.2° del DU impide una invocación restringida del DU y provoca un efecto dominó [en el grupo económico empresarial] que desincentiva cualquier posibilidad de negociación.

3. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN PROCESAL EXPRESA DE MECANISMOS PREMIALES PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

De hecho el DU no constituye el único obstáculo al que se enfrentan las personas jurídicas que desean colaborar o someterse a los procedimientos de colaboración eficaz. La falta de una referencia expresa en la ley procesal penal a la posibilidad de aplicación de las diversas instituciones premiales [colaboración eficaz, terminación anticipada y principio de oportunidad] a las personas jurídicas, hace ciertamente dificultoso que cualquier posible acuerdo propiciado desde las empresas y que involucre a aquellas, llegue a un resultado positivo dada la exigencia de homologación judicial que, precisamente, "cierre" la negociación y le dé al mismo [al acuerdo] la estabilidad que la persona jurídica persigue.

Si observamos la semántica utilizada por los artículos que regulan el proceso especial de colaboración eficaz [artículos 472° a 481° del CPP] así como el Reglamento del mismo, observaremos que aquella tiene exclusivamente como objeto de referencia a la persona natural. La referencia a la existencia de cautelas personales sobre el postulante a una colaboración eficaz deja poco margen o espacio a la duda: "El colaborador, mientras dure el proceso, de ser el caso, será sometido a las medidas de aseguramiento personal necesarias" [artículo 473.4° del CPP], "Cuando el colaborador tiene mandato de prisión preventiva" [articulo 473.6° del CPP], "Cuando se requiera para las diligencias de corroboración y otras, la conducción del colaborador" [artículo 473.7° del CPP].

El sentido excluyente de la persona jurídica del proceso especial de colaboración eficaz se reconoce con claridad a partir del concepto de "colaborador eficaz" proporcionado por el Reglamento. En este, se considera como tal a "la persona sometida o no a una investigación o proceso penal, o que ha sido condenada, que se ha disociado de la actividad criminal y se presenta

ante el Fiscal o acepta la propuesta de este para proporcionar información útil, procurando obtener beneficios premiales" [artículo 1° del Reglamento].

Ahora, frente a nuestra lectura se podría sostener que aquellas no excluyen directa o expresamente la posibilidad de comprender a la persona jurídica. Sin embargo este argumento es fácilmente debatible a partir de la descripción de las "reuniones preparatorias" entre el Fiscal y el postulante a colaborador eficaz que postula el CPP y el Reglamento. El artículo 473.3° del CPP señala "El Fiscal, podrá celebrar reuniones informales con los colaboradores con o sin la presencia de sus abogados" mientras que el artículo 1° del Reglamento señala sobre las reuniones informales que estas son las "celebradas entre el Fiscal y el colaborador de forma no programada". La ausencia de referencia al "representante legal", sujeto a través del cual actuaría una persona jurídica, permite corroborar que la colaboración eficaz es un procedimiento especial que no se encuentra diseñado para las personas jurídicas.

La cuestión planteada ciertamente no es baladí. La ausencia de un instrumento legal que habilite certeramente la existencia de acuerdos o delaciones premiadas provocará un estado de incertidumbre en las personas jurídicas que pretendan colaborar con la justicia y esto debido a que las personas jurídicas que evalúan o proyectan someterse a estos procedimientos, tendrían que evaluar la viabilidad de la fórmula legal que utilizará el Fiscal con el cuál "negocian" a efectos de ponderar los posibles riesgos de no aprobación del acuerdo en sede judicial.

La ausencia de una fórmula legal expresa determinaría a que los márgenes de predictibilidad de convalidación del acuerdo sean ciertamente poco razonables, lo que generaría un desincentivo adicional para que las personas jurídicas colaboren eficazmente.

En este contexto, el secretismo con el que se ha manejado a nivel del Ministerio Público los términos de los acuerdos sostenido con la empresa brasileira ODEBRECHT tampoco permite cotejar la solución procesal adoptada por la Fiscalía Especializada a cargo del mismo ni menos aún poner en contraste su fundamentación jurídica. Sobre este punto, no parece ser suficiente la referencia genérica, contenida en el artículo 93.1° del CPP, de que a la persona jurídica "incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado" pues ello tendría

que suponer un esfuerzo argumentativo, de parte de quienes pretendan asumir esa posición, por explicar cómo es que podría sostener la existencia de un "derecho" a someterse a una colaboración eficaz por parte del imputado [y con ello de la persona jurídica].

Sobre esta cuestión conviene recordar la casi nula aplicación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas por falta de herramientas procesales expresas que sirvan de guía a los órganos de administración de justicia penal respecto a los presupuestos de aplicación y la forma de imposición de dichas medidas[4].

4. EL EFECTO REPUTACIONAL DE LA ACTIVIDAD DE LITIGIO DE LAS PROCURADURÍAS ESPECIALIZADAS

Otra circunstancia que genera desincentivos en las personas jurídicas que desean o evalúan asumir una estrategia de negociación es el papel o rol que vienen cumpliendo las Procuradurías Especializadas en la materia [Anticorrupción y de Lavado de Activos]. Si bien nadie discute la legitimidad de las Procuradurías a cargo de la defensa jurídica del Estado en perseguir la reparación civil derivada de un delito y su interés en que la indemnización a los daños provocados por el crimen sea proporcional a la magnitud de los impactos provocados por el delito, lo cierto es que, la aptitud excesivamente agresiva así como la utilización de los *mass media* como caja de resonancia de sus reclamos, provoca un desincentivo de la perspectiva reputacional de la persona jurídica.

Uno de los factores que determina que una persona jurídica esté interesada en poner fin a un conflicto judicial penal es precisamente contener los riesgos de daño sobre la reputación empresarial que puede provocar efectos tan nocivos como aquellos producidos sobre la empresa auditora *Arthur Andersen* involucrada en el caso "Enron" y cuya exposición reputacional determinó su quiebra pese a la absolución final por parte de la Suprema Corte Norteamericana.

La situación se hace más dramática cuando la persona jurídica, interesada en recurrir a una estrategia de negociación se enfrenta a un escenario de

4 A ese respecto, el Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ-116; véase también CARO CORIA, Dino Carlos & REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Derecho Penal Económico. Parte General,* tomo I, Jurista, Lima, 2016, p. 827.

conflicto como el vivido recientemente entre el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios [cuando aquella estaba a cargo de la hoy defenestrada Katherine Ampuero] en el que la persona moral termina quedando en medio de la contienda.

5. CONCLUSIÓN

Podemos concluir entonces, a partir de las consideraciones de índole legal y prácticas reseñadas brevemente en este trabajo, que la posibilidad de que otras personas jurídicas planteen estrategias de negociación similares a los propios del caso ODEBRECHT será cada vez más reducido a partir de la serie de desincentivos descritos a lo largo de este trabajo.

LA COLABORACIÓN EFICAZ Y SU EMPLEO EN LA PRISIÓN PROVISIONAL

José Luis Castillo Alva

Sumario: 1. El uso de la información obtenida en el proceso de colaboración eficaz. — 2. ¿Desde cuándo es posible utilizar la información obtenida en el proceso de colaboración eficaz en un proceso conexo o derivado? — 3. El principio de proporcionalidad y el principio de intervención indiciaria. — 4. La colaboración eficaz y la prisión provisional. 4.1. Las medidas cautelares y la prisión preventiva. 4.2. La declaración del aspirante a colaborador eficaz, por sí sola, es insuficiente para dictar una medida cautelar. 4.3. El modelo legal de corroboración externa de la declaración del colaborador eficaz y el coimputado. 4.4. ¿Qué se entiende por corroboración de la declaración del colaborador eficaz? 4.5. La exigencia de corroboración como requisito y control material para la aplicación de una medida cautelar. 4.6. El estándar probatorio es gradual y distinto, según la clase de medida coercitiva (real o personal) y el grado de afectación. 4.7. Los "elementos fundados y graves de convicción" y el estándar probatorio en la prisión provisional. — 5. El estándar probatorio de la prisión provisional y la declaración e información aportada por el aspirante a colaborador eficaz. — 6. ¿La corroboración requiere de hechos, datos o de otros medios de prueba? — 7. ¿En qué aspectos y elementos debe recaer la corroboración? — 8. ¿La declaración de un coimputado se puede corroborar con la declaración de otro coimputado? — 9. La presunción de inocencia obliga a un tránsito necesario: de la corroboración mínima a la corroboración suficiente. — 10. La jurisprudencia peruana sobre colaboración eficaz y su relación con la prisión provisional. Valoración crítica. — 11. La información de la evidencia y el derecho a controvertirla en la prisión provisional. La evidencia recogida durante la reserva de la investigación y las declaraciones reservadas como sustento de la prisión provisional.

1. EL USO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

El Código Procesal Penal autoriza el empleo de la información aportada por el colaborador eficaz en otros procesos conexos o derivados para lograr la afectación de diversos derechos fundamentales (v. gr. intimidad, vida privada), entre los que se cuenta la afectación de la libertad personal de manera tan intensa como, por ejemplo, a través del empleo de la prisión provisional.

El CPP dispone que "los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz" (artículo 481-A.1) y que: "la declaración del colaborador también podrá ser empleada para dichos efectos, en cuyo caso se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación. En estos casos, deberá acompañarse de otros elementos de convicción, rigiendo el numeral 2 del artículo 158" (artículo 481-A.1).

El Reglamento de la Colaboración eficaz prescribe: "los elementos de convicción recogidos como consecuencia de las diligencias de corroboración de la información proporcionada por el colaborador, podrán ser utilizados en los procesos derivados y conexos al proceso de colaboración eficaz para requerir medidas limitativas de derechos o medidas de coerción, en cuyo caso deberán ser incorporados a la carpeta fiscal del proceso común o especial[1]" y que: "también podrá emplearse la declaración del colaborador conjuntamen-

1 Artículo 48.1 del Decreto Supremo 07-2017 JUS.

te con los elementos de convicción descritos en el numeral anterior. Para ello, se incorporará a la carpeta fiscal del proceso común o especial la transcripción de las partes pertinentes de la misma[2]".

La ley distingue de manera clara y tajante entre la declaración del colaborador y las diligencias de corroboración.

Al respecto, las *medidas limitativas de derechos* más importantes que se pueden imponer utilizando la información aportada por el colaborador eficaz son la videovigilancia al interior de inmuebles o lugares cerrados, la intervención corporal, el allanamiento, la incautación y registro, la entrega y exhibición de un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él, la exhibición forzosa o incautación de documentos que no tienen la calidad de privados, la interceptación e incautación postal, la intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles, la incautación de documentos privados, el levantamiento del secreto bancario, el levantamiento de la reserva tributaria, la clausura o la vigilancia temporal de un local.

Por su parte, las medidas coercitivas son de dos clases: reales y personales[3].

Las medidas de coerción reales son el embargo, la inhibición y la incautación como las medidas preventivas contra las personas jurídicas, el desalojo preventivo, la pensión anticipada de alimentos y el secuestro conservativo.

Las medidas de coerción personales son la detención judicial preliminar, la detención domiciliaria, la prisión preventiva, la internación preventiva, la comparecencia con restricciones, el impedimento de salida del país y la suspensión preventiva de derechos.

Cualquiera de las medidas de coerción pueden ser aplicadas como consecuencia del proceso de colaboración eficaz.

---

2 Artículo 48.2 del Decreto Supremo 07-2017 JUS.

3 *Cfr.* San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; Lima; INPECC; 2015; p. 442; Gálvez Villegas, Tomás; *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*; Lima; Ideas; 2017; pp. 276, 499 y ss.; Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho Procesal Penal*; Lima; Idemsa; 2015; T. II; pp. 147, 211 y ss.

En el proceso de colaboración eficaz la regla que se sienta y establece es que los elementos de juicio –evidencia en sentido material– que se recaban en la segunda fase de este proceso autónomo pueden ser utilizados en los requerimientos de medidas limitativas de derechos y de medidas coercitivas.

Luego de que se recibe la solicitud del imputado de someterse a la colaboración eficaz y de que se califica positivamente dicho pedido se ingresa a una (nueva) etapa en la que se busca verificar, acreditar –o como señala la ley– corroborar si la información proporcionada por el espirante a colaborador es cierta o no. En dicha etapa se programan y realizan una serie de actos de investigación tendientes a contrastar si la información brindada es cierta o no.

Los resultados que se pueden obtener en la etapa de corroboración son los siguientes:

i) Que se acredite que la información aportada por el colaborador sea (simple y llanamente) falsa;

ii) Que la información aportada no se logre corroborar, ya sea por imposibilidad material o porque no se encuentran elementos objetivos que respalden las afirmaciones del imputado postulante. No es que el colaborador mienta, sino que sus dichos no pueden corroborarse por diversas razones v. gr. pérdida de documentos, destrucción de celular;

iii) Que la información se corrobore solo de manera mínima, periférica pero no de modo suficiente, tal como exige la ley (476.2 del CPP, artículo 25 del Dec. Sup. 07-2017 JUS);

iv) Que la información aportada por el aspirante a colaborador eficaz se corrobore de manera adecuada, suficiente y fidedigna.

2. ¿DESDE CUÁNDO ES POSIBLE UTILIZAR LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ EN UN PROCESO CONEXO O DERIVADO?

En relación al uso en otros procesos derivados o conexos de la información obtenida en el proceso de colaboración eficaz se plantean algunas opciones y planteamientos interpretativos.

Una primera línea interpretativa considera que solo pueden utilizarse la información recabada en el proceso de colaboración eficaz una vez que se

haya culminado con éxito dicho proceso autónomo, es decir, desde el momento que se logre al acuerdo con el fiscal y dicho acuerdo sea aprobado por el juez penal, concediéndole el beneficio respectivo. Solo la información que ha sido corroborada y se aprueba tanto por el fiscal como por el juez y que culmina con el acuerdo premial en una decisión que pasa a la calidad de la cosa juzgada es aquella que puede ser utilizada en otros proceso derivados o conexos. La información que aún no culmina en un acuerdo aprobado judicialmente no puede utilizarse de manera adecuada.

El criterio glosado es una posición plausible y razonable en la medida que condiciona el uso de la información obtenida en un proceso reservado y autónomo de colaboración eficaz a que esta información se corrobore y que dicho proceso se cierre de manera positiva concediendo el respectivo beneficio premial[4]. Constituye la interpretación más prudente al tomar en cuenta el carácter transaccional del instituto y el hecho de que es posible que la información que se brinda no sirva realmente para llegar siquiera a un acuerdo de colaboración, pero pese a ello se afecte con dicha información la posición jurídica de terceros por un tiempo muy amplio, toda vez que el proceso de delación premiada no está sometido en cada una de sus etapas y en su conjunto a plazos definidos.

Sin embargo, pese a su razonabilidad el planteamiento no es compatible con la orientación y configuración legal del artículo 481-A del CPP y del artículo 48 del Reglamento de colaboración eficaz que autoriza el uso de la información obtenida sin necesidad que haya un convenio preparatorio, un acuerdo fiscal o un acuerdo premial definitivo aprobado por el juez. La ley permite el empleo de la información que se logra obtener tiempo antes de que, incluso, se llegue a suscribir un acuerdo preparatorio; de tal manera que no requiere ni el cierre de un acuerdo con la fiscalía ni menos de la aprobación judicial.

Una segunda interpretación considera que sólo cuando los elementos de juicio recabados en la etapa de corroboración posean un resultado probatorio positivo, es decir, se corrobore la información aportada, es que pueden ser utilizados para pedir o decretar medidas limitativas de derechos o medidas

4 Véase, las atinadas observaciones: TALAVERA ELGUERA, Pablo; *La Prueba penal*; Lima; Instituto Pacífico; 2017; p. 205.

de coerción. Para este planteamiento lo importante es que los elementos recogidos en la etapa de corroboración confirmen o den cuenta de la fiabilidad de la información aportada por el delator. Se parte por considerar que la información recogida guarda una estrecha y directa relación con la declaración y/o información aportada por el solicitante de la colaboración eficaz.

Pese a la logicidad del planteamiento que vincula el resultado de la etapa de corroboración con la información aportada por el postulante a delator premiado puede ocurrir que los resultados sean útiles, pertinentes y cuenten con un enorme valor probatorio, pero no necesariamente estén relacionados con las afirmaciones realizados por el delator, sino que más bien dicho valor sea independiente y autónomo e, incluso, registre resultados en una línea opuesta a los dichos del aspirante a colaborador. Dicha información útil y necesaria puede ser utilizada en una investigación o en un proceso derivado o conexo para pedir medidas limitativas o medidas de coerción.

Una tercera posición considera que los elementos de juicio recabados en la etapa de corroboración son autónomos e independientes del resultado que se obtenga e, incluso, del desarrollo y éxito del proceso de colaboración eficaz. Los elementos de juicio pueden no servir para corroborar las afirmaciones del colaborador eficaz pero pueden a la vez ser muy útiles y eficaces para acreditar la vinculación con el hecho de una persona distinta. Por ejemplo, unas muestras de ADN recogidas en el arma de fuego arrojan compatibilidad con el ADN Juan y no con Pedro a quien inicialmente se lo vinculó al hecho por la información aportada por el colaborador. Si bien los elementos de juicio recogidos en la etapa de corroboración tienden a corroborar (o descartar) la información aportada por el aspirante a colaborador eficaz el empleo, la utilidad y el uso de la evidencia recogida es autónoma del resultado de esta etapa y del éxito del proceso autónomo de corroboración.

Creemos, que dicha posición es la asumida por el CPP cuando dispone que: "*los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz*" (artículo 481-A).

Los elementos de juicio y/o la evidencia que se recabe en dicha etapa no dependen ni está condicionado a la declaración o a la información aportada por el aspirante a delator premiado. La evidencia que se recoge en cualquier

proceso, incluido el de colaboración eficaz, es autónoma de la solicitud, la declaración o la información aportada por el aspirante al colaborador. La interpretación que se propone es compatible con el sentido de la ley procesal que establece que en caso que la solicitud de colaboración eficaz sea denegada por el fiscal o desaprobada por el juez que: "*las declaraciones prestadas por otras personas durante la fase de corroboración; así como la prueba documental, los informes o dictámenes periciales y las diligencias objetivas e irreproducibles, mantendrán su validez y podrán ser valoradas en otros procesos conforme a su propio mérito y a lo dispuesto en el artículo 158*" (artículo 481.A.2).

El CPP establece que: "*la declaración del colaborador también podrá ser empleada para dichos efectos, en cuyo caso se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación. En estos casos, deberá acompañarse de otros elementos de convicción, rigiendo el numeral 2 del artículo 158*" (artículo 481-A.2). El Reglamento de la Colaboración eficaz prescribe: "*También podrá emplearse la declaración del colaborador conjuntamente con los elementos de convicción descritos en el numeral anterior. Para ello, se incorporará a la carpeta fiscal del proceso común o especial la transcripción de las partes pertinentes de la misma*"[5].

Con una regulación semejante la ley procesal admite la posibilidad de que para pedir o autorizar las medidas limitativas o las medidas de coerción (personales o reales) se pueda utilizar en otros procesos la declaración del colaborador eficaz. Por mandato legal se permite el uso de la declaración del colaborador.

Sin embargo, el empleo de la declaración del colaborador está sujeto al cumplimiento de ciertas exigencias legales que se definen y se precisan claramente, entre las que se cuentan:

i) Se debe cautelar la identidad del colaborador;

ii) Se debe salvaguardar la información utilizada a fin de que no se permita su identificación;

iii) Se debe acompañar otros elementos de convicción para lo que rige el artículo 158.2 del CPP.

5 Artículo 48.2 del Decreto Supremo 07-2017 JUS.

Si bien por expreso mandato legal es posible utilizar la declaración del postulante a colaborador resulta claro también que dicho uso está acondicionado de modo necesario al empleo de otros elementos de juicio. Sin otra clase de evidencia que respalde la declaración del colaborador ella no cuenta con aptitud y eficacia probatoria para justificar la afectación de un derecho fundamental. Por si sólo y de manera autónoma la declaración de un colaborador no está en condiciones de enervar la presunción de inocencia[6] y no puede sustentar la afectación de un derecho fundamental.

La eficacia de la declaración del colaborador se la hace depender de otra clase de prueba (en sentido amplio) la que debe necesariamente concurrir cuando se trate de imponer: i) una medida de coerción personal o real; ii) una sentencia condenatoria. Por ello se considera que la declaración de un coimputado no es una ***prueba autónoma***[7], sino una prueba cuyo valor depende de la concurrencia de otros medios de prueba de signo incriminatorio.

La declaración del coimputado no constituye una prueba prohibida o es contraria a los principios constitucionales que regulan el debido proceso o los valores que inspiran la Ley fundamental. Se está ante una prueba constitucionalmente legítima[8] y que no está descalificada como prueba procesal[9]. Si

---

6 *Cfr.* MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: Análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC. (Radiografía de un giro constitucional involucionista)*. En: Revista Xurídica Galega, N.º 58, 2008, p. 24; RIQUERT, MARCELO A. *La delación premiada en el derecho penal. El arrepentido: una "técnica especial de investigación" en expansión*. Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 147; CÚNEO LIBARONA, Mariano (H); *La declaración del coimputado en el proceso penal*; Buenos Aires; AD-HOC; 2009; pp. 186 y ss; VALDEZ PEREIRA, Frederico. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*; en: Revista de Doutrina; Edicão N.º 78, 2008, p. 6: "*Em linhas gerais, tanto doutrina como jurisprudência reconhecem que a declaração incriminatória de um co-imputado é prova constitucionalmente legítima a ser utilizada para imputação no processo penal, no entanto é inapta para se constituir como prova de acusação suficiente com força de enervar a presunção de inocência do acusado, pela natureza em tese suspeita das informações do colaborador*". En la doctrina nacional: TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba penal*, pp. 191 y 204.

7 *Cfr.* SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 616.

8 *Cfr.* VALDEZ PEREIRA, Frederico; *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*; en: Revista de Doutrina; Edicão N.º 78; 2008; p. 6; SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 616.

9 Véase, el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116 del 30 de setiembre del 2005: "Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de

la declaración de un coimputado no representa un caso de prueba prohibida, al no violar algún precepto constitucional, no es posible sostener que se trata de una prueba nula o contraria a la presunción de inocencia. El hecho que por sí sola no pueda enervar la presunción de inocencia no quiere decir que sea una prueba inconstitucional, sino a la sumo que se trate de una prueba marcadamente insuficiente[10] o de una prueba escasa eficacia[11]. En realidad, se está ante una prueba que por sus propias características tiene un limitado valor y eficacia probatoria[12] sobre todo para fundamentar por sí sola una sentencia condenatoria o una medida de coerción.

La declaración de un delator o de un coimputado puede servir para abrir una investigación[13], para generar avances significativos (o no) en un proceso penal o impulsar una nueva fase en la investigación (v. gr. formalización de una investigación preparatoria) o en el proceso (v. gr. sustentar una

---

hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho descalificación procedimental–".

10 *Cfr.* MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: Análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC. (Radiografía de un giro constitucional involucionista)*; en: Revista Xurídica Galega; N.º 58; 2008; p. 24: "La ausencia de los elementos objetivos de verificación relacionados directamente con la participación del coimputado incriminado hace que la declaración del coimputado no deba tener la calidad de prueba de cargo razonablemente suficiente para fundamentar un pronunciamiento condenatorio. Con ello la exigencia de destrucción de la presunción de inocencia se presenta con unos niveles de mayor intensidad pues ya no es necesaria la simple concurrencia de un *mínimum* probatorio, sino que éste debe estar rodeado de determinadas cualidades que le doten de la calidad de suficiencia como prueba razonablemente de cargo"; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes; *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*; en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; p. 8: "En relación con la exigencia de corroboración, cabe concluir, pues, que ésta supone una prohibición de condenar sobre la única base de la declaración del coimputado o de la víctima, ya que tal declaración ha de estar avalada por otros datos probatorios externos a la propia declaración y que –como en la prueba indiciaria-, en su conjunto, conduzcan a la conclusión incriminatoria".

11 Al respecto, RIQUERT, Marcelo A. *La delación premiada en el derecho penal. El arrepentido: una "técnica especial de investigación" en expansión*, p. 150.

12 *Cfr.* CÚNEO LIBARONA, Mariano (H); *La declaración del coimputado en el proceso penal*; pp. 175 y 177.

13 *Cfr.* TALAVERA ELGUERA, Pablo; *La Prueba penal*, p. 205.

acusación), pero para lo que no puede servir es para fundar una sentencia condenatoria o una medida coercitiva.

La declaración del coimputado debe ser exhaustivamente analizada para ser considerada como prueba de cargo[14].

La declaración incriminatoria del coimputado y del delator son pruebas escasamente fiables[15] y de una limitada capacidad y fuerza probatoria. Se trata de medios de prueba sumamente peligrosos[16] y de carácter intrínsecamente sospechoso[17]. La declaración incriminatoria del coimputado constituye una declaración que posee un claro déficit de fiabilidad y credibilidad probatoria[18]. Se reconoce la libertad del legislador de sancionar el principio general de que se debe creer a quien no tenga interés en mentir[19].

Las razones por las que se considera que la declaración del coimputado y del delator no pueden enervar por sí mismas la presunción de inocencia son variadas.

En primer lugar, en el caso del colaborador se trata de alguien que tiene un interés personal[20] y egoísta: acceder a un beneficio o un premio de la jus-

---

14 *Cfr.* CORDERO, Franco; *Procedimientos Penal*; Bogotá; Temis; 2000; T. II; p. 51; SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 616.

15 *Cfr.* ELLERO, Pietro; *La certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*; (Trad. de Adolfo Posada); Buenos Aires; Librería el Foro; 1994; p. 158 quien alude a los testimonios sospechosos e incorpora en esta categoría al perjudicado, al pariente y al coimputado; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: Análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC. (Radiografía de un giro constitucional involucionista)*; en: Revista Xurídica Galega, N.º 58, 2008, p. 23; SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 616, quien reúne bajo el título de "*declaraciones escasamente fiables*" a la declaración del coimputado y la declaración de la víctima.

16 *Cfr.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes; *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*; en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; p. 3; SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 616.

17 *Cfr.* MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; Lima; Jurista editores, 2012, p. 117.

18 *Cfr.* TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba penal*, p. 192.

19 Cfr. ELLERO, PIETRO; *La certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, pp. 158 y 159.

20 *Cfr.* TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba penal*, pp. 191 y 204.

ticia a cambio de aportar información útil y relevante. Alguien que comete un delito y pretende entregar información sobre el mismo, o cualquier otro delito en el que ha intervenido, busca un fin particular y es guiado por un móvil concreto: el ganar un premio procesal (reducción de pena, suspensión de la pena, exención de pena, etc.).

En segundo lugar, la situación personal y la decisión del delator de obtener un beneficio premial o exponerse a sufrir una larga condena lo puede llevar a mentir, a falsear la realidad, a adulterar los hechos sobre los que depone, total o parcialmente[21]. La proclividad a la mentira del delator no necesariamente se relaciona con su modo de vida, sus antecedentes criminales, personalidad, sino con el hecho de obtener un beneficio. El aspirante a colaborador se encuentra ante una disyuntiva: o aporta la información o se expone a no obtener un determinado beneficio. El delator para lograr el objetivo de obtener un beneficio muchas veces miente a la justicia y perjudica a terceros.

En tercer lugar, el delator, a diferencia del testigo, no es formal y materialmente un tercero desinteresado e imparcial en el desarrollo y el resultado del proceso. No se trata de un órgano de prueba imparcial, objetivo y que declara verazmente sobre los hechos que depone y dice conocer. En el proceso de colaboración eficaz estamos ante un negociador que busca obtener un determinado trato procesal favorable a cambio de la entrega de información. Luego de la aprobación del proceso de colaboración eficaz estamos ante un sujeto que ha comprado un beneficio procesal y el precio que paga es la información que entrega. Al delator no le interesa ni la justicia, ni la verdad, sino su situación personal y el logro de una situación jurídica ventajosa.

En cuarto lugar, el delator no es un órgano de prueba que aporta una información confiable, objetiva y que obra sin interés en una causa o en un proceso o investigación. Un delator es, en realidad, un denunciante que, por lo general, aporta información incriminatoria en contra de un tercero. Solo así se entiende la prescripción contenida en el CPP: "*Si la información proporcionada por el colaborador arroja indicios suficientes de participación delictiva de las personas sindicadas por éste o de otras personas, será materia -de ser el caso-*

21 *Cfr.* ELLERO, Pietro, *La certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, pp. 142 y 158.

de la correspondiente investigación y decisión por el Ministerio Público a efectos de determinar la persecución y ulterior sanción de los responsables" (artículo 476-A.1). Un denunciante no es justamente la mejor prueba de la comisión de un delito de un tercero.

En quinto lugar, el coimputado cuando declara no tiene una obligación jurídica de decir la verdad, no debe prestar juramento ni prometer algo semejante. Simplemente puede mentir sin peligro jurídico alguno para su persona y sin poner en riesgo su posición jurídica[22]. No puede ser denunciado por falso testimonio o por algún delito contra la administración de justicia. Su declaración puede tener consecuencias devastadoras para terceros, aunque el daño que puede sufrir como consecuencia de su declaración sea mínimo. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que:

> "Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio[23]".

El TEDH ha señalado, por ejemplo, que en relación a los co-acusados existe un riesgo considerable de que su declaración sea poco fiable, dado el evidente interés en desviar la culpa de sí mismo a otra persona. Por lo tanto, se debe tener un mayor grado de control y cuidado a la hora de evaluar dicha declaración, debido a que la posición en que los partícipes se encuentran durante el proceso y las declaraciones son diferentes al de los testigos normales. Los coacusados dan testimonio sin estar bajo juramento, situación que los libera de cometer perjurio, falso testimonio y de realizar afirmaciones sin necesidad de decir la verdad[24].

---

22 *Cfr.* SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 616; TALAVERA ELGUERA, Pablo; *La Prueba penal*; p. 192; RIVERTTE CHICO, Irma Irene; *Presunción de inocencia y libre valoración de la incriminación del imputado*; en: Alerta Informativa; 2009; p. 8: "i) al imputado le asiste el derecho amentir, no tiene el deber de decir la verdad, incluso puede no responder, contra quien no puede emplearse ningún medio intimidatorio ni coactivo; ii) No puede tomársele juramento o promesa de decir la verdad. En todo caso, la declaración falsa no puede constituir en modo alguno el delito de falsa declaración en juicio". En la doctrina española: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 123.

23 Véase, el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116 del 30 de setiembre del 2005.

24 TEDH: MELNIKOV C. RUSIA, 14 de enero del 2010; Párr. 75; ROMANOV C. RUSIA, 24 de julio de 2008, Párr. 102; TROFIMOV C. RUSIA, 4 de diciembre 2008; Párr. 37.

Por otro lado, en un sentido amplio el derecho a interrogar testigos no solo se extiende a quien declara en y ante un Tribunal de Justicia (sentido estricto), sino también para el caso de las declaraciones prestadas ante la Policía, o ante otra autoridad, que luego son utilizadas, normalmente como prueba de cargo, por los órganos jurisdiccionales[25].

Por su parte, la Corte IDH, en relación a la figura del coimputado, ha reconocido su escaso valor probatorio al considerar que: "[L]o cierto es que es posible afirmar la limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un coimputado, más allá de su contenido específico, cuando es la única prueba en la que se fundamenta una decisión de condena, pues objetivamente no sería suficiente por si sola para desvirtuar la presunción de inocencia[26]. Por lo tanto, fundar una condena sobre la base de una declaración de un coimputado sin que existan otros elementos de corroboración vulneraría la presunción de inocencia[27]".

La Corte IDH resalta que las declaraciones de los co-acusados revisten valor indiciario y, por consiguiente, forman parte de la prueba indirecta o indiciaria, debiendo valorar sus contenidos conforme a los principios de la sana crítica; es decir, que sean varios los indicios y, entre ellos, sean serios y precisos, así como concordantes. El co-imputado no tiene el deber de prestar declaraciones, dado que realiza un acto sustancial de defensa, a diferencia del testigo, que incurre en una conducta delictiva no sólo cuando falta a la verdad, sino incluso cuando la omite o es remiso[28].

La Corte estimó en un caso concreto que: "las declaraciones de CH y MP como co-imputados, las cuales sólo debieron tener valor indiciario, no fueron corroboradas por otros medios de prueba, no obstante, sirvieron

---

25 TEDH en el caso *S.N. C. Suecia* 07 de febrero del 2002; Párr. 45.

26 Ruano Torres Y Otros C. El Salvador, 05 de octubre del 2015, Párr. 133; Zegarra Marín C. Perú, 15 de febrero del 2017, Párr. 127.

27 Ruano Torres Y Otros. C. El Salvador, 05 de octubre del 2015, Párr. 133: "Más allá de la compatibilidad de instituciones que buscan la colaboración de ciertos implicados con la parte acusadora a cambio de determinadas contraprestaciones -como la del colaborador eficaz, el arrepentido o en este de prescindir de la persecución penal de uno de los partícipes cuando haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave- con la Convención Americana, lo que no fue planteado en el presente".

28 Zegarra Marín C. Perú, 15 de febrero del 2017, Párr. 130.

como base decisiva para emitir la condena"[29] y condenó al estado peruano debido a que "las declaraciones de los coimputados no fueron corroboradas ni analizadas con la prueba en su conjunto, a fin de determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable[30]".

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que "las pruebas incriminatorias presentadas contra una persona por un cómplice acusado del mismo delito deben tratarse con prudencia, especialmente cuando el cómplice ha modificado su versión de los hechos en diversas ocasiones"[31]. También resaltó que: "a juicio del Comité, las pruebas inculpatorias presentadas contra una persona por un cómplice acusado del mismo delito se deben tratar con cautela, particularmente cuando se ha comprobado que el cómplice miente sobre sus anteriores condenas penales, se le ha concedido la inmunidad penal y acaba admitiendo haber violado a una de las víctimas. En el presente caso, el Comité considera que, a pesar de que todas estas cuestiones fueron suscitadas por el autor, ni el tribunal de primera instancia ni el Supremo las abordaron adecuadamente[32]".

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN INDICIARIA

La Corte IDH ha establecido como uno de los requisitos materiales más importantes de la prisión provisional y, en general, de toda medida coercitiva y de toda medida limitativa de derechos el cumplir con el principio de proporcionalidad. Por este principio una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no se debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad[33].

---

29 Zegarra Marín C. Perú, 15 de febrero del 2017, Párr. 135.

30 Zegarra Marín C. Perú, 15 de febrero del 2017, Párr. 159.

31 Irina Arutyuniantz C. Uzbekistán, Comunicación 971/2001, 13 de abril de 2005, párr. 6.4.

32 Francisco Juan Larrañaga C. Filipinas, Comunicación 1421/2005, 24 de julio de 2006, Párr. 7.4.

33 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge Y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009; Párr. 109 y 162: "el principio de proporcionalidad impone que, bajo ningún concepto, una persona detenida en prisión preventiva pueda estar

No es suficiente con que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté prevista en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación sean compatibles con la CADH, es decir, que respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria[34]:

i) Que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima. Valga señalar que la Corte IDH ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia[35];

ii) Que las medidas adoptadas sean las *idóneas* para cumplir con el fin perseguido[36]. Se conoce también como el principio de conformidad y adecuación de medios, por el cual la medida adoptada debe ser apropiada para conseguir un fin legítimo. Presupone la investigación y la prueba de que un acto del poder público es apto para lograr ciertos fines que justifican su adopción. Aquí se trata de controlar la relación medio-fin;

iii) Que sean estrictamente necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto[37]. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan

---

sujeta a una medida cautelar que iguale o supere la expectativa de permanecer privado de su libertad con motivo de una condena".

34 Véanse, las sentencias de los casos: VÉLEZ LOOR C. PANAMÁ de 23 de noviembre de 2010, Párr. 166; YVON NEPTUNE C. HAITÍ de 06 de mayo de 2008, Párr. 98; CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ C. ECUADOR de 21 de noviembre de 2007, Párr. 93.

35 Véanse, las sentencias de los casos: NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) *C.* Chile Del 29 De Mayo Del 2014, Párr. 312,A; YVON NEPTUNE C. HAITÍ De 06 De Mayo De 2008, Párr. 98; CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ C. ECUADOR De 21 De Noviembre De 2007, Párr. 93; VÉLEZ LOOR C. PANAMÁ de 23 De Noviembre De 2010, Párr. 166; SERVELLÓN GARCÍA Y OTROS C. HONDURAS de 21 De Setiembre De 2006, Párr. 90; ACOSTA CALDERÓN C. ECUADOR de 24 de Junio de 2005, PÁRR. 111.

36 CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ C. ECUADOR de 21 de noviembre de 2007 Párr. 93; NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) *C.* Chile del 29 De Mayo del 2014, Párr. 312,B.

37 TEDH caso: LADENT C. POLONIA, 14 de marzo del 2008, Párr. 55.

suponer la participación en el ilícito, la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales[38] Por esta razón la Corte IDH ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional[39].

El principio de necesidad se conoce también como el principio de la menor injerencia posible o que reclama que el ciudadano cuente con el derecho a padecer la menor desventaja posible en su posición jurídica. Una medida es necesaria cuando no se puede acudir a otra medida menos dañina o perjudicial a los intereses del ciudadano.

iv) Que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales[40], de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida[41]. Por la vigencia del principio de proporcionalidad no se debe imponer una privación de la libertad para los casos de infracciones penales in-

---

38 Barreto Leiva C. Venezuela de 17 de noviembre de 2009, PÁRR. 111; Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez C. Ecuador de 21 de noviembre de 2007, Párr. 103; Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) C. Chile del 29 de mayo del 2014, Párr. 312,c.

39 Véanse, las sentencias de los casos: Argüelles y Otros *C.* Argentina 20 de noviembre del 2014, PÁRR. 130; Yvon Neptune C. Haití de 06 de mayo de 2008, Párr. 98; Chaparro Álvarez Y Lapo Íñiguez C. Ecuador de 21 de noviembre de 2007, Párr. 93; Palamara Iribarne C. Chile de 25 de noviembre de 2005, Párr. 198; García Asto y Ramírez Rojas C. Perú, de 25 de noviembre de 2005, PÁRR. 106.

40 Véanse, las sentencias de la Corte IDH los casos: Yvon Neptune C. Haití de 06 de mayo de 2008, Párr. 98; Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez C. Ecuador de 21 de noviembre de 2007, Párr. 93; Vélez Loor C. Panamá de 23 de noviembre de 2010, Párr. 166; Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) C. Chile del 29 de mayo del 2014, Párr. 312,d; "Instituto De Reeducación Del Menor" C. Paraguay de 2 de septiembre de 2004, Párr. 228. En el caso del TEDH se hace referencia explícita al principio de proporcionalidad: Ladent C. Polonia, 14 de marzo del 2008, Párr. 55; Ambruszkiewicz C. Polonia, 4 de mayo de 2006, Párr. 29-32.

41 Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) C. Chile del 29 de mayo del 2014, PÁRR. 312,d; Chaparro Álvarez Y Lapo Íñiguez C. Ecuador de 21 de noviembre de 2007, Párr. 93; Barreto Leiva C. Venezuela de 17 de noviembre de 2009, Párr. 111.

significantes o leves[42]. Se trata en buena cuenta del principio que busca una "*justa medida*" en la intervención de los derechos fundamentales.

Las exigencias de evidencia (*fumus iuris*) en el caso de las medidas limitativas de derechos y de las medidas de coerción, varían según la clase del derecho fundamental comprometido (intimidad, integridad personal, secreto a las comunicaciones, libertad personal, etc.) y la gravedad o intensidad de la afectación del concreto derecho fundamental.

No puede compararse, por ejemplo, en cuanto a su importancia la afectación de un derecho fundamental que se lleva a cabo a través de un registro personal de la afectación de una intervención corporal para extraer muestras de ADN[43] como también no es lo mismo la afectación de la intimidad a través de la incautación de documentos privados que la injerencia en la libertad personal a través de una detención preliminar o una prisión provisional.

Mientras más importante sea la afectación a un derecho fundamental de primerísimo nivel (v. gr. libertad personal, intimidad, salud personal, etc.) más debe ser la exigencia de elementos de juicio que se requiere para justificar su injerencia. De igual manera, mientras más intensa y grave sea la afectación del concreto derecho fundamental más exigente y severa debe ser la evidencia que se necesita para justificar su afectación.

El TC peruano ha señalado que la proporcionalidad en sentido estricto o *ponderación* consistirá en una comparación entre el *grado de realización u optimización del fin constitucional* y la *intensidad de la intervención en el derecho fundamental.* La comparación de estas dos variables ha de efectuarse

---

42 LADENT C. POLONIA, 14 de marzo del 2008, Párr. 56.

43 Al respecto, el TC: "considera que, en efecto, los actos de intervención corporal suponen una restricción de los derechos fundamentales de los justiciables, siendo uno de ellos el derecho a la intimidad personal (consagrado en el artículo 2, inciso 7, de la Norma Fundamental). El contenido esencial de dicho derecho impide cualquier intrusión, así como toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre, al margen y antes de lo social [Cfr. STC en los Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, Caso: MAGALY MEDINA; Exp. N.º 00815-2007-PHC/TC; Caso: JUSTO GERMAN FLORES LLERENA]"

según la denominada *ley de ponderación*. Conforme a ésta: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro[44]".

El fundamento del principio de proporcionalidad se encuentra en la vigencia irrestricta del Estado de Derecho, en la necesidad de preservar el contenido de los derechos fundamentales como en el mantenimiento de un ordenamiento materialmente justo. Se trata de un principio material de control de las actividades de los poderes públicos[45].

La afectación del derecho fundamental, indispensable para garantizar la convivencia pacífica, y la gravedad e intensidad de la afectación, sustenta –de la mano del principio de presunción de inocencia y del principio de proporcionalidad– la necesidad de reclamar y exigir un grado mayor (o menor) de elementos de juicio y/o evidencia, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo. El tipo o clase del derecho fundamental que se priva o se restringe y el grado e intensidad de la afectación justifica un mayor (o menor) grado de soporte material.

El grado o la entidad de indicios de criminalidad, según la clase de medida cautelar o la medida limitativa de derechos, dependen de la aplicación a nivel legislativo de los alcances del principio de proporcionalidad[46]. No basta con indicios de cualquier entidad, con la existencia de meras sospechas o de cualquier clase de evidencia. Se requiere de elementos de convicción relevantes y en algunos casos muy cualificados tal como ocurre, por ejemplo, en la legislación peruana con la medida cautelar de prisión provisional, la cual exige graves y fundados elementos de convicción. Un estándar probatorio reducido o mínimo (v. gr. simples indicios de criminalidad, sospechas leves, mera posibilidad de que el autor haya cometido el delito) es contrario al principio

---

44 Exp. N.º 045-2004-PI/TC; Caso: Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

45 *Cfr.* Gomes Canotilho, José Joaquim; *Direito constitucional e teoria da constituição*; Coimbra; 7. ed.; 13 Reimp.; Almedina; 2003; pp. 266 y ss; Nunes Vicente, Laura; *O princípio da proporcionalidade. Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo*; Coimbra; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico; 2014; pp. 14 y ss.

46 En la doctrina nacional: Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; Lima; Instituto Pacífico; 2016; pp. 167 y 168.

de proporcionalidad cuando se trata de restringir un derecho fundamental de capital importancia como la libertad personal[47].

Las exigencias de evidencia (intervención indiciaria) son distintos en la determinación de la medida cautelar de prisión preventiva que para el inicio de un proceso penal v. gr. formalización de la investigación preparatoria.

El artículo VI del TP del NCPP prescribe que: "las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad".

El artículo 253.2 prescribe que: "la restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción". Por su parte, el artículo 254.2. prescribe que: "el auto judicial deberá contener, bajo sanción de nulidad: b) La exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable".

El principio de proporcionalidad es un principio constitucional que rige en todo acto estatal que suponga la restricción de un derecho fundamental de la persona No hay acto del poder público que se encuentre exento de cumplir con el contenido del principio de proporcionalidad. Por ello, vincula al legislador, a la administración y a la jurisdicción[48].

Uno de los elementos indispensables a la hora de establecer cualquier medida cautelar, real o personal, más aún si se trata de la prisión preventiva,

---

47 Véase, BELTRÁN, Ramón; *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*; en: Política Criminal; Vol. 7, N.º 14; diciembre 2012; p. 473.

48 *Cfr.* GOMES CANOTILHO, José Joaquim; *Direito constitucional e teoria da constituição*; p. 272 y ss; NUNES VICENTE, LAURA; *O princípio da proporcionalidade. Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo*; pp. 25 y ss.

es la exigencia de que se cumpla con el principio de proporcionalidad que se encuentra convencional y constitucionalmente reconocido. En la legislación procesal penal vigente, no se está ante un puro desarrollo teórico, una recomendación saludable del TC peruano o de la Corte IDH, que puede cumplirse o no en el caso concreto, por el contrario, estamos ante una obligación legal y convencional ineludible cada vez que se limita o restringe un derecho fundamental.

Incluso, la legislación procesal va más allá y expresamente establece que el auto judicial que decreta una medida de coerción debe contener, bajo sanción de nulidad, la motivación de las específicas finalidades perseguidas con la medida cautelar y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable. Se trata en buena cuenta no solo del reconocimiento explícito del principio de proporcionalidad, sino del establecimiento de una consecuencia procesal grave en caso de incumplimiento: la nulidad del acto procesal. La validez procesal del auto judicial que decrete la medida coercitiva requiere la justificación, respecto al principio de proporcionalidad, dé por lo menos: i) La finalidad específica de la medida que se persigue alcanzar en el caso concreto; ii) La fijación y precisión adecuada de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta.

Si es que la decisión judicial que decreta una medida cautelar y, en especial, la prisión preventiva, no justifica de manera adecuada el presupuesto formal-material del principio de proporcionalidad, no solo se estará ante una decisión arbitraria, sino ilegal que viola el art. VI del TP, el art. 253.2, 254.2,b del NCPP y el artículo 7.2 y 7.3 de la CADH.

Lamentablemente, hasta este momento la jurisprudencia penal peruana referida al NCPP no ha desarrollado ni ha fijado al respecto líneas directrices que puedan ayudar a situar en sus justos términos la aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión provisional, tanto en sus requisitos formales como materiales. El desarrollo que se ha planteado del principio de proporcionalidad ha sido muy tímido tanto en las sentencias del TC peruano como en las sentencias casatorias que interpretan y fijan el sentido de preceptos tan importantes y relevantes.

Por ejemplo, la Corte Suprema del Perú ha señalado que:

> "[E]l artículo 274 CPP no puede interpretarse al margen de las exigencias de toda medida de coerción personal (artículo 253 del CPP): presupuestos materiales, presupuestos formales y, antes, respeto de los principios de proporcionalidad y de intervención indiciaria. La prisión preventiva, como es conocido, solo cumple una función procesal, no de carácter preventivo especial o general[49]".

El principio de intervención indiciaria y el principio de proporcionalidad imponen una mayor carga de fundamentación en los casos de afectación grave e intensa de un derecho fundamental.

Se trata aquí de cumplir con el canon de una *motivación especial y reforzada*.

En el campo penal por el necesario respeto al derecho fundamental de la libertad personal se reclama una motivación reforzada o especial, por encima del estándar normal, en el caso de las resoluciones que comprometan derechos fundamentales como la libertad personal, situación que comprende no solo a las sentencias condenatorias, sino también a determinada clase de autos judiciales como aquellos que dictan la prisión provisional o mantienen esta medida[50]. Lo mismo ocurre, por ejemplo, cuando se deniega la concesión de permisos penitenciarios, la suspensión de la pena o de beneficios penitenciarios[51].

En efecto, es necesario para cumplir con las exigencias de la motivación suficiente que se justifique de manera adecuada y exhaustiva la imposición de una medida cautelar gravosa o determinadas consecuencias jurídicas de carácter penal (v. gr. clase de pena y quántum de la pena). La regla de que toda restricción, limitación o privación de derechos fundamentales debe estar justificada de manera exhaustiva encuentra su mayor peso y relevancia en aquellos casos en donde se afecta el núcleo esencial de los derechos fundamentales y en especial si se afecta la libertad personal.

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido como supuestos de motivación reforzada o cualificada en aquellos casos en que: "resulta indis-

---

49 Véase, el auto de calificación de la Casación N.º 1063-2016 del 17 de febrero del 2017 de la Sala Penal Permanente.

50 La Sentencia 25/2000 del Tribunal Constitucional español ha establecido que: "El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior".

51 Véase, la resolución del TC peruano recaída en el Exp. N.º 1405-2002-HC/TC; CASO: JESÚS DIMAS CHÁVEZ SIFUENTES.

pensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión, como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal"[52].

El TC ha señalado en dicha línea que: "es preciso recalcar que el deber de motivación de las resoluciones judiciales es aún mayor cuando se trate de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales y a su vez, tanto mayor sea la restricción, mayores serán los deberes de motivación[53]. Y es que si el objeto de la obligación constitucional de justificar la decisión adoptada radica en racionalizar la actuación del poder público, a efectos de evitar la arbitrariedad y el puro subjetivismo de quienes actúan desde el poder estatal, dicho deber se acrecienta en supuestos en los que hay una mayor discrecionalidad o en los que la consecuencia de la decisión sea más grave. En tal sentido, un acto estatal que restrinja los derechos fundamentales con una mayor intensidad, merecerá una mayor justificación[54]. Se trata en buena del reconocimiento de motivaciones cualificadas que aparecen cuando se afectan derechos fundamentales como el de la libertad personal. En estos casos, la motivación opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal[55].

Así, cabe citar a modo de ejemplo que para el caso de una restricción grave del derecho a la libertad personal como la prisión provisional[56]. El

---

52 Voto singular en la STC recaída en el *Exp. N.º 1744-2005-PA/TC*; Caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga de los magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda.

53 Véase Caso Llamoja Hilares: *Exp. N.º 0728-2008-PHC/TC.*
Caso Ivon Salhuana Villanueva: *Exp. N.º 02462-2011-PHC/TC.*
Caso Alberto Quimper Herrera: *Exp. N.º 2641-2012-PHC/TC.*

54 Caso Ivon Salhuana Villanueva: *Exp. N.º 02462-2011-PHC/TC.*
Caso: Alberto Quimper Herrera: *Exp. N.º 2641-2012-PHC/TC.*

55 Voto singular en la STC recaída en el *Exp. N.º 1744-2005-PA/TC*; Caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga de los magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda.
Caso: Llamoja Hilares: *Exp. N.º 0728-2008-PHC/TC.*

56 Caso: Luis Gerónimo Pinto Gutiérrez: *Exp. N.º 02637-2011-PHC/TC.*
Caso: Alberto Quimper Herrera:.*Exp. N.º 2641-2012-PHC/TC.*

Tribunal Constitucional peruano en jurisprudencia reiterada ha señalado respecto a la motivación reforzada o especial de la prisión provisional que:

> "[T]ratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues, de otra forma, no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada[57]".

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido en la prisión provisional que:

> "La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento

---

57 Véase, el Caso RIGGS BROUSSEAU recaída en el *Exp. N.º 791-2002-HC/TC.*
Caso SILVA CHECA: *Exp. N.º 1091-2002-HC/TC.*
Caso DIONICIO LÓPEZ HUAMÁN: *Exp. N.º 04485-2008-PHC/TC.*
Caso MARCO ANTONIO LAZO CHÁVEZ: *Exp. N.º 04785-2007-PHC/TC.*
Caso SANTOS SEFERINA ENRIQUE BLAS: *Exp. N.º 05046-2009-PHC/TC.*
Caso WILFREDO JAIME TORI ANGULO: *N.º 05264-2009-PHC/TC.*
Caso JAYME PARI LÓPEZ: *Exp. N.º 02771-2010-PHC/TC.*
Caso CARLOS ENRIQUE RÍOS GUZMÁN: *Exp. N.º 02114-2009-PHC/TC;;*
Caso: SEGUNDO DEMETRIO RUIZ RAMÍREZ: *Exp. N.º 3361-2007-PHC/TC;;*
Caso: JOSEPH HANK ROSALES CÁRDENAS: *Exp. N.º 02246-2010-PHC/TC;.*
Caso AZALEA ESMERALDA GARCÍA ZEGARRA: *Exp. N.º 06358-2008-PHC/TC;* ;
Caso JOSÉ HUMBERTO ZAVALETA ANGULO: *Exp. N.º 02286-2008-PHC/TC;*
Caso SEGUNDO TELLO CANALES: *Exp. N.º 0894-2007-PHC/TC;*
Caso ÁLEX ARISTÓTELES SOTO PÉREZ: *Exp. N.º 3655-2007-PHC/TC;*
Caso OCTAVIO APAZA APAZA: *Exp. N.º 7222-2005-PHC/TC.*
Caso CLEOFE ARTEMIO OLAZÁBAL ROLDÁN: *Exp. N.º 2404-2003-HC/TC.*
Caso ELEUTERIO PERCY MESTAS URRUTIA: *Exp. N.º 7038-2005-PHC/TC.*
Caso JOSÉ OLIBERO TANANTA TAPULLIMA; *Exp. N.º 02953-2007-PHC/TC.*
Caso FLOR DE MARÍA SÁNCHEZ DÍAZ; *Exp. N.º 05591-2009-PHC/TC.*
Caso TOMÁS VIDAURRE VALDERA; *Exp. N.º 02176-2009-PHC/TC.*
Caso RAFAEL SAN ROMÁN GARATEA: *Exp. N.º 7448-2005-PHC/TC.*
Caso ALBERTO MORENO ROJAS DEL RÍO: *Exp. N. º 03576-2009-PHC/TC.*
Caso MOISÉS VEGA HUARCAYA: *Exp. N.º 00462-2006-PHC/TC.*
Caso LADISLAO RAMOS REQUES: *Exp. N.º 1974-2004-HC/TC.*
Caso FERNANDO MELCÍADES ZEVALLOS GONZALES: *Exp. N.º 9809-2006-PHC/TC.*

treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el inciso tres del artículo doscientos y uno del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como precedente vinculatorio, en la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, establecen que debe examinarse para su corrección: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible, b) Reglas de la lógica y argumentación, c) Congruencia. D) Fundamentación jurídica, doctrinaría y jurisprudencial[58]".

4. LA COLABORACIÓN EFICAZ Y LA PRISIÓN PROVISIONAL

4.1. Las medidas cautelares y la prisión preventiva

Las medidas coercitivas suponen el ejercicio de la fuerza pública con el fin de limitar o coactar los derechos fundamentales. Su aplicación no se basa en la infracción directa de una norma, sino en el resguardo de los fines del proceso: la sujeción al proceso, la averiguación de la verdad, la aplicación de la ley penal[59]. La buena marcha del proceso penal depende muchas veces de la injerencia en la esfera individual, más aún si lo que se pretende es asegurar la presencia del imputado y evitar la obstrucción de la justicia[60].

Toda medida coercitiva es un acto procesal que supone una intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona [inculpado o tercero][61] y que no necesariamente afecta de manera directa la libertad de movimiento v. gr. secuestro de pruebas materiales.

Las medidas coercitivas se encuentran vinculadas directamente a la tutela judicial efectiva [art. 139 inc. 3] en la medida que constituyen un instrumento necesario para lograr sentencias efectivas, asegurando su cum-

---

58 Véase, la sentencia de Casación N.º 626-2013 del 30 de junio del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Neyra Flores).

59 *Cfr.* Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal*; Buenos Aires; Editorial del Puerto; 2 ed.; 1 Reimp.; 1999; T I; p. 516.

60 *Cfr.* Roxin, Claus; *Derecho Procesal Penal*; [Trad. de Gabriela Córdoba y Daniel R. Pastor]; Buenos Aires; Editores del Puerto; 2000; p. 249.

61 *Cfr.* Schlüter, Ellen; *Derecho Procesal Penal* [Trad. por Esparza Leibar y Planchadell Gargallo]; Valencia; Tirant lo Blach; 1999; p. 64; Roxin, Claus; *Derecho Procesal Penal*; p. 249.

plimiento[62]. Si el legislador elimina las medidas coercitivas no haría otra cosa que privar a los justiciables de una tutela efectiva, tornando en ineficaz la protección de los derechos. De allí que se hable de que la tutela judicial efectiva comprende el derecho a una medida cautelar eficaz.

La prisión provisional es la injerencia más grave en la libertad de la persona, dentro de las medidas coercitivas que se conocen en el Derecho Procesal penal[63].

Las medidas de coerción, especialmente la prisión provisional, no persiguen alcanzar fines preventivos [generales o especiales] sino asegurar los fines del proceso[64]. La prisión provisional no es la solución de la inseguridad ciudadana ni el mejor medio para calmar la alarma social producida por el delito. Si la pena supone una reacción proporcional al delito que busca alcanzar metas preventivas, la prisión provisional no es una reacción[65], sino más bien busca cumplir con los fines del procedimiento.

Si la prisión provisional buscara realizar fines preventivos o retributivos no significaría más que la aplicación de una pena anticipada. Solo entendiendo la prisión provisional como medio intimidatorio se la puede considerar como una pena previa. La pena y la prisión provisional tienen un fundamento distinto y responden a finalidades disímiles: mientras la pena busca prevenir o retribuir la prisión provisional pretende asegurar los fines del proceso penal. La prisión preventiva sencillamente no es una pena[66].

Los fines preventivos o retributivos, por otro lado, solo se pueden alcanzar cuando hay una sentencia firme y ejecutoriada, habiéndose demostrado fehacientemente la culpabilidad de la persona[67]. No hay prevención sin pena. La prisión provisional no es una pena.

---

62 *Cfr.* SANGUINÉ, Odone; *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; Valencia; Tirant lo Blach; 2003; p. 87.

63 *Cfr.* ROXIN, Claus; *Derecho Procesal Penal*; p. 257; MORENO CATENA, VÍCTOR; *Derecho Procesal Penal*; Madrid; Colex; 3 ed.; 1999; p. 522.

64 *Cfr.* SANGUINÉ, Odone; *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; p. 88.

65 *Cfr.* MAIER, Julio; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 516.

66 *Cfr.* BELING, Ernest; *Derecho Procesal Penal*; [Trad. y notas por Miguel Fenech]; Barcelona; Editorial Labor; p. 379.

67 *Cfr.* HASSEMER, Winfried; *Los presupuestos de la Prisión Preventiva*; en *Crítica al Derecho penal de Hoy* [Trad. de Patricia Ziffer]; Buenos Aires; Ad-Hoc; p. 118.

4.2. La declaración del aspirante a colaborador eficaz, por sí sola, es insuficiente para dictar una medida cautelar

Uno de los problemas más importantes en el proceso de colaboración eficaz es el uso de la información obtenida en dicho procedimiento para solicitar y lograr que se declare fundado la prisión provisional sobre otros involucrados (coimputados) en procesos conexos o derivados al proceso de colaboración.

El problema más acuciante en la prisión provisional en relación a la colaboración eficaz, amén del problema de la justificación material del instituto (peligro procesal), lo representa la posibilidad de usar la declaración del aspirante a colaborador para decretar la medida coercitiva de mayor gravedad en nuestro ordenamiento jurídico e identificar si dicha declaración puede ser considerada como un elemento grave y fundado (artículo 268,a[68]). La cuestión es determinar el contenido y los límites en el empleo de la información aportada por el colaborador eficaz.

Aquí es importante distinguir entre la información que se obtiene en el proceso de colaboración eficaz y que deriva de la etapa de corroboración –que es la segunda estación de este proceso especial– o de la particular entrega de información que realiza el imputado aspirante a colaborador y que puede incluir "evidencia" diversa (v. gr. documentos, manuscritos, registro de llamadas, mensajes de textos, mails, etc.); de la propia declaración del aspirante a colaborador y que está sometida a cautelas y reservas legales expresas como la contenida en el artículo 158.2 del CPP.

Para un criterio interpretativo no toda la información y la evidencia que se recoge dentro del proceso de colaboración eficaz está sujeto a un estándar tan alto y riguroso como la regla especial de valoración de la prueba contenida en el artículo 158.2 del CPP y el artículo 481-A.2 del CPP. Solo la declaración del colaborador eficaz recibe por parte de la ley la cautela y la reserva tan estricta. Las demás pruebas aportadas y que se recogen en el proceso de colaboración eficaz están sometidas a las reglas del artículo 158.1 referidas a que "*en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica,*

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

la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados".

Sin embargo, una postura, creemos más garantista y compatible con la naturaleza eminentemente transaccional y premial del proceso de colaboración eficaz –y que no dudamos en aceptar–, plantea que tanto la declaración y la evidencia entregada por el aspirante a colaborador eficaz que no ha sido corroborada de manera suficiente y adecuada no puede constituir una prueba fiable y apta para enervar la presunción de inocencia, sea que se requiera el dictado de una prisión preventiva o sea que se pida una sentencia condenatoria por parte del Ministerio Público.

Es posible que tanto la declaración del aspirante a delator como la información material que entregue (v. gr. documentos, etc.) contenga hechos y datos falsos; de tal manera que resulta necesario e impostergable verificar el contenido de la declaración y la demás información que se aporta al proceso. No solo la declaración del delator puede describir hechos o datos inexactos; también la información que aporte al margen (o conjuntamente) de su declaración puede registrar hechos o datos falsos que perjudican derechos de terceros. Por ello, los dichos y el contenido de la información que entrega a las autoridades el delator debe ser objeto de verificación de modo serio y riguroso[69].

Desde el momento que se considera que la declaración (e información) aportada por el colaborador es una declaración escasamente fiable, de poca credibilidad y de baja calidad tanto epistémica[70] como jurídica[71] es que se considera por la legislación procesal (artículo 158.2 del CPP) que no puede fundar por sí sola y de manera independiente una medida coercitiva, al margen de la clase, tipo y grado de afectación de dicha medida. Igual ocurre con la declaración prestada por un coimputado que constituye una "*situación análoga*" al caso de los arrepentidos o los colaboradores. El criterio prevaleciente en la doctrina nacional es equiparar normativamente el tratamiento del colaborador y el coimputado dentro de los alcances del artículo 158.2

69 *Cfr.* CORDERO, Franco; *Procedimientos Penal*; T. II; p. 51.

70 Véase, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: Análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC. (Radiografía de un giro constitucional involucionista)*; en: Revista Xurídica Galega; N.º 58; 2008; p. 23.

71 *Cfr.* TALAVERA ELGUERA, Pablo; *La Prueba penal*; p. 191.

que regula los casos en los que se considera a una prueba (personal) como insuficiente para enervar los alcances de la presunción de inocencia[72].

Por expreso mandato legal, la declaración (e información) del aspirante a colaborador en relación, por ejemplo, con los requisitos de la prisión provisional no puede ser considerado por sí mismo como un elemento grave y fundado (artículo 268,a) para imponer una medida cautelar tan grave e intensa. Por sí sola la declaración del aspirante a delator, o la información que entregue, y que no se encuentre corroborada de manera adecuada, no puede afectar el núcleo de la libertad personal y, por tanto, no está en condiciones de justificar cualquier medida coercitiva personal y menos la prisión provisional.

La declaración e información del colaborador puede permitir abrir diligencias preliminares, puede permitir, incluso, la formalización de una investigación preparatoria y sostener avances en la misma, pero lo que no está en condiciones de legitimar de ningún modo, en cumplimiento del principio de legalidad procesal (artículo 158), es sustentar y fundar, por sí misma, alguna medida coercitiva, sea personal o real.

La sindicación de un colaborador o arrepentido, que no se encuentra corroborada, en relación con la prisión provisional puede constituir, en el mejor de los casos, un elemento fundado de juicio, pero no un elemento grave que sustente una medida tan extrema que afecta la libertad personal. Solo la información que se encuentra corroborada de manera suficiente está en condiciones de constituir "elementos graves y fundados" cumpliendo con el estándar de evidencia necesaria en la prisión provisional.

4.3. El modelo legal de corroboración externa de la declaración del colaborador eficaz y el coimputado

El artículo 158.2 del CPP prescribe: "en los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria".

---

72 *Cfr.* Talavera Elguera, Pablo; *La Prueba penal*; p. 190.

Dicha disposición encuentra apoyo en el derecho comparado en el artículo 192.3 del CPP italiano de 1988 la cual exige para la valoración como prueba de la declaración del coimputado la presencia de "*altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità*"[73]. El artículo 192.3 del CPP italiano prescribe que "las declaraciones realizadas por los coimputados por un mismo delito, o por persona imputada en un procedimiento conexo (...) se valorarán conjuntamente con los demás elementos de prueba que confirmen su admisibilidad".

La fórmula legislativa italiana vino a decantarse y tomar partido frente a las opiniones doctrinales y decisiones jurisprudenciales divergentes que se fijaron en el derecho italiano acerca del valor probatorio de las declaraciones de los coimputados en los años 70 y 80 y que se dividían entre la postura que le negaba todo valor probatorio por considerarlos un mero indicio o, aún menos, una simple *notitia criminis*, y aquellos otros que admitían su valor probatorio, si bien con distinta naturaleza de la prueba testifical y bajo la exigencia de determinados requisitos[74].

La disposición italiana está inspirada en la regla jurisprudencial de la *corroborative evidence* característica del sistema penal anglosajón[75]. Por ejemplo, en el Derecho inglés la exigencia de corroboración se formula jurispru-

---

73 Véase, en el derecho italiano: LOZZI, Gilberto; *Lezioni di Procedura Penale*; Torino; Giappichelli; 8 ed.; 2013; pp. 212 y ss.; UBERTIS, Giulio; *Elementos de epistemología del proceso judicial* (Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez); Madrid; Trotta; 2017; pp. 139 y ss; CORDERO, FRANCO; *Procedimientos Penal*; T. II; pp. 51 y ss.

74 Véase, LOZZI, Gilberto; *Lezioni di Procedura Penale*; p. 212 quien lamenta que el legislador no haya resuelto la disputa con claridad y precisión. Ampliamente, SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO; *Dudas razonables: la declaración de los coimputados*; en: Revista Xurídica Galega; N.º 50; 2006; pp. 23 y 24.

75 *Cfr.* MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 124; VALDEZ PEREIRA, FREDERICO; *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*; en: Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan./mar. 2009; p. 26: "*Faz-se relevante portanto, uma mirada, ainda que breve, sobre os ensinamentos oriundos de sua larga experiência, mormente quanto à exigência de uma corroborative evidence, uma vez que a discussão que se aprofunda em matéria de colaboração processual não está tanto na legitimidade do prêmio (matéria central nos países influenciados pelo Direito europeu continental), mas sim no grau de credibilidade e no valor probatório da colaboração*".

dencialmente en 1954 (Davies v. D.P.P), exigiéndose la advertencia (*warning*) al Jurado sobre la dudosa credibilidad de la declaración del coacusado[76].

En el sistema procesal americano también se plantea la exigencia de que la declaración del cómplice que se somete a los diversos procedimientos de justicia negociada (v. gr. *plea bargaining*) se sujete a la corroboración de sus declaraciones que incriminan a terceros[77]. Actualmente al menos dieciséis (16) Estados de la Unión han establecido legalmente la obligación de corroboración para que la declaración de un coimputado pueda fundar una condena.

La ley procesal peruana prescribe que para que se le asigne un valor probatorio a la declaración incriminatoria de un coimputado debe estar acompañada de otras pruebas. Se exige en buena cuenta una declaración vestida[78] (corroborada) y no una simple declaración desnuda. No basta la sola sindicación del imputado para condenar o dictar una medida coercitiva como tampoco basta que la declaración sea coherente, sólida, fiable o que no se haya logrado acreditar algún elemento negativo de verificación intrínseca[79] como la presencia de móviles espurios, ánimo de exculpa-

---

76 Ampliamente, SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio; *Dudas razonables: la declaración de los coimputados*; en: Revista Xurídica Galega; N.º 50; 2006; p. 21 quien recuerda que "las pautas procesales básicas a que debe someterse la declaración del copartícipe con el fin de evitar los riesgos que comporta, pueden resumirse en las siguientes: a' Necesidad de acercarse al contenido de sus manifestaciones con una especie de duda intrínseca que sirva de guía a las siguientes reglas. b' El testimonio del coacusado ha de prestarse en el juicio oral y con pleno sometimiento al interrogatorio de las partes (*cross examination*) a fin de garantizar la contradicción y el derecho del acusado de enfrentarse dialécticamente al testigo c' Se exige una prueba complementaria o corroboración de tal testimonio (*corroborative evidence*) sin que dichos datos hayan de tener carácter de pruebas plenas (Baskerville [1916] 2 K.B. 658). d' Por último, está extendida la práctica judicial de advertir al Jurado, antes del testimonio del coimputado, sobre las dudas acerca de su credibilidad. La obligación de este *warning* ha sido consagrada jurisprudencialmente, adquiriendo hoy el carácter de *rule of law*".

77 Véase, DÍAZ PITA, María Paula; *El coimputado*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2000; pp. 272 y ss.

78 *Cfr.* TALAVERA ELGUERA, Pablo; *La Prueba penal*; p. 192.

79 Ampliamente, DÍAZ PITA, María Paula; *El coimputado*; pp. 417 y ss. quien distingue entre los criterios intrínsecos o subjetivos de verificación y los criterios objetivos de verificación y entre los primeros distingue los criterios de verificación intrínsecos negativos de los criterios de verificación intrínsecos positivos; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; pp. 121 y ss.

ción[80], etc. La declaración del coimputado puede ser creíble, pero no estar al mismo tiempo corroborada o escoltada con otros medios de prueba.

Al exigir de manera obligatoria el requisito de la corroboración externa el legislador peruano desecha y declara insuficiente el modelo de la verificación o atendibilidad intrínseca de la declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente[81]. Dicho modelo de verificación intrínseca se caracteriza por asumir la suficiencia de la declaración del coimputado como prueba de cargo apta para destruir la presunción de inocencia que solamente quedaría neutralizada cuando se apreciara la concurrencia de móviles espurios o la existencia de un ánimo de autoexculpación. Este modelo de verificación intrínseca se presenta con un marcado carácter negativo pues, en principio, a la declaración del coimputado se le atribuía pleno valor probatorio y podía ser utilizada para enervar la presunción de inocencia salvo que se acreditase que había sido prestada por móviles espurios[82].

Por su parte, el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116 del 30 de setiembre del 2005 que se expidió al amparo del Código de Procedimientos penales de 1940 estableció que en la evaluación de la declaración del imputado se requerían tanto elementos de verificación interna como elementos de corroboración externa.

Dicho acuerdo plenario destaca que las circunstancias que han de valorarse en la declaración del coimputado son las siguientes:

> "a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

---

80 *Cfr.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes; *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*; en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; p. 5.

81 Por todos, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; pp. 121 y ss.

82 Véase, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; pp. 121 y ss.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada".

La regla material que parece haber seguido el legislador nacional en la configuración del artículo 158.2 del CPP es que siendo la declaración del colaborador o arrepentido una prueba sospechosa[83] (que busca beneficios a cambio de delación) se torna obligatorio exigir que para afectar un derecho fundamental –sea de orden patrimonial, de acceso y mantenimiento en un cargo público como cualquier restricción de la libertad personal–, es necesario que haya actos de corroboración y de verificación, sin los cuales no es posible privar o restringir un derecho fundamental de manera legítima.

Asimismo, a la lógica utilitaria en extremo, de dudosa moralidad y compatibilidad jurídica, del instituto de la delación premiada el legislador peruano ha optado por imponer severos (pero necesarios) controles externos e internos a la declaración y, en general, a la información aportada por el postulante a colaborador a fin de dotarles de garantías epistémicas y de filtros pertinentes que neutralicen y racionalicen las sospechas fundadas acerca de su valor.

Las principales características y elementos configuradores del artículo 158.2 del CPP y del diseño que adopta son las siguientes:

i) Constituye un límite normativo al principio de la valoración razonada de la prueba[84] al establecer la insuficiencia de la declaración del imputado para afectar un derecho fundamental, sea con la emisión de una

83 En la doctrina peruana: RIVERTTE CHICO, Irma Irene; *Presunción de inocencia y libre valoración de la incriminación del imputado*; en: Alerta Informativa; 2009; p. 8.

84 Véase, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 125.

sentencia condenatoria con la expedición de una medida cautelar: real o personal. La ley procesal condiciona la eficacia de dicha prueba a que se encuentre acompañada de otros medios de prueba, autónomos o independientes.

ii) Con ello la regulación del artículo 158.2 establece un caso de prueba compuesta (declaración de colaborador + otras pruebas corroborativas) como condición de suficiencia probatoria, tanto para imponer una sentencia condenatoria o fijar una medida cautelar. El legislador se inclina por adoptar un criterio de suficiencia probatoria basado en un modelo de *verificación extrínseca reforzada*[85] que se ha de resolver caso por caso.

iii) El fundamento de una regulación semejante es que busca reducir y minimizar el riesgo de los errores judiciales a causa de una inadecuada evaluación de la prueba, especialmente la prueba considerada sospechosa (declaración del colaborador, del coimputado, testigo de referencia, etc.), reduciendo los márgenes de discrecionalidad judicial[86].

iv) La ley procesal se coloca en un punto intermedio entre quienes afirman el pleno valor probatorio de la sindicación de un coacusado para destruir la presunción de inocencia y quienes le atribuyen el mero valor de noticia criminis o de mera denuncia, al exigir elementos externos de corroboración.

v) El alcance del artículo 158.2 del CPP no se restringe a ser un parámetro normativo para la evaluación de ciertas pruebas (v. gr. testigo de referencia, colaborador eficaz, coimputado, etc.) al momento de imponer una sentencia condenatoria. Su valor excede el ámbito de la clausura del proceso y despliega su radio de acción también al ámbito de las medidas cautelares: reales o personales. La expresa aplicación de la norma a las medidas cautelares es la principal nota distintiva del precepto en mención respecto al artículo 192.3 del CPP italiano[87].

---

85 Véase, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 129.

86 *Cfr.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes; *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*; en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; p. 8.

87 Véase, DÍAZ PITA, María Paula; *El coimputado*; pp. 103 y 109.

vi) El artículo 158.2 deja abierto su contexto de aplicación al hacer uso de una clausula analógica al referirse a "*situaciones análogas*" a los casos de los testigos de referencia, arrepentidos o colaboradores. La declaración incriminatoria de un coimputado también puede verse comprendida por los alcances de la disposición en comentario. Es posible discutir qué otras clases de pruebas sospechosas pueden estar comprendidas dentro de su ámbito de cobertura. Ese es el caso, por ejemplo, del agente provocador, del confidente o informante policial.

vii) La disposición in comento no debe interpretarse como la configuración legislativa de un estándar probatorio en materia penal que establece cómo evaluar la prueba, en general, y cómo decidir un caso en un contexto de incertidumbre. Ni siquiera es posible considerar que se trata de un estándar de prueba sectorial o para determinada clase de medios de prueba (v. gr. pruebas narrativas o declarativas o para algunos medios de prueba estimados como sospechosos).

viii) La ley procesal al no disponer de manera expresa el uso de la declaración del testigo de referencia, del colaborador eficaz o de un coimputado limitándolo al mismo procedimiento que se está tramitando permite que su aplicación de extienda a cualquier otro proceso, ya sea que se trate de un proceso autónomo o a un proceso conexo o derivado[88]. Aquí la noción de coimputado no debe entenderse en sentido formal, sino en sentido material[89].

---

88 *Cfr.* MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 132.

89 Véase, la sentencia del TC español N.º 111/2011del 04 de julio: "la cuestión nuclear que ha de resolverse, conforme con los valores y principios constitucionales a cuya preservación se dirige la anterior doctrina, no es tanto si la persona citada a declarar por el Tribunal ha sido o no parte en la causa que entonces se enjuicia, sino si ésta fue o no partícipe en los hechos, pues es evidente que la coparticipación en el delito (por los sentimientos e intereses que pueden haber surgido desde su comisión) es un dato relevante a tener en cuenta para ponderar la credibilidad de su testimonio. En consecuencia, aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración incriminatoria también a los supuestos en los que tal declaración se presta

ix) Un sector importante de la doctrina comparada se manifiesta a favor de adoptar la normativización de la regla de la verificación externa, tal como ocurre con el artículo 192.3 del CPP italiano y el artículo 158.2 del CPP peruano, regulación que no sería para nada contrario al principio de valoración razonada de la prueba, "pues actuaría a modo de presupuesto previo necesario para poder valorar dicha prueba y como contrapeso a la escasa fiabilidad de la misma"[90].

4.4. ¿Qué se entiende por corroboración de la declaración del colaborador eficaz?

La declaración y la información que se entregue por parte del aspirante a delator premiado debe pasar el primer filtro para dictar una medida cautelar tan grave como la prisión preventiva: dicha información debe estar corroborada de manera suficiente. Incluso, debe recordarse que por mandato de la ley procesal la exigencia de prueba autónoma o independiente que corrobore el testimonio del colaborador es necesaria para el dictado no solo de la prisión provisional, sino de toda medida coercitiva.

La declaración del aspirante a colaborador como de la información que entregue de manera adicional debe ser verificada obligatoriamente.

Desde el punto de vista semántico corroborar es: "dar mayor fuerza a la razón o la opinión aducidos, con nuevos razonamientos o datos[91]". Puede ser sinónimo de confirmar, reforzar o fortalecer.

La corroboración exige que la declaración del coimputado esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente de la propia

---

por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos".

90 Véase, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 132: "El principio de libre valoración de la prueba no impide, en nuestra opinión, el establecimiento de reglas de suficiencia probatoria, mejor dicho de reglas negativas de insuficiencia, que fijen los requisitos objetivos que permiten calificar a una prueba como razonablemente de cargo".

91 Véase, el Diccionario de la Real Academia.

declaración que vincule al imputado con el delito[92], lo que permite confirmar o contrastar las afirmaciones incriminantes.

La doctrina está de acuerdo en sostener que la exigencia de corroboración no solo debe ser una exigencia de aquellas pruebas consideradas como sospechosas, sino de toda clase de prueba (v. gr. prueba testimonial[93]) y que debe presidir toda forma de razonamiento probatorio[94].

La ley solo impone la exigencia de corroboración a la declaración acusatoria de un coimputado. No establece ninguna exigencia especial a la declaración neutral o desincriminatoria de un coimputado. Solo las declaraciones que perjudican la posición jurídica de terceros y pueden servir para afectar algún derecho fundamental, sea a la hora de imponer una medida cautelar o una sentencia condenatoria, deben cumplir con ciertos requisitos legales.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que: "la corroboración probatoria es una condición esencial para la aceptación y validación de una concreta información acerca de los hechos punibles o de la intervención delictiva del imputado en su comisión[95]". También ha destacado que: "las exigencias de corroboración deben partir de fuentes de pruebas autónomas y distintas de la declaración del agraviado que refuercen la sindicación precisa de este

---

92 Por todos, San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 617; Talavera Elguera, Pablo; *La Prueba penal*; p. 194.

93 *Cfr.* Cordero, Franco; *Procedimientos Penal*; T. II; p. 52: "Lo mismo ocurre con cualquiera otra declaración narrativa, pues los dichos de los testigos son vulnerables por la duda aun cuando tengan autores diversos, sean concordantes e independientes; el que los aprecia debe decir por qué los reputa creíbles"; Fernández López, Mercedes; *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*; en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; p. 9: "Por ello, considero que las mismas razones que nos llevan a considerar sospechosas las declaraciones de coimputados y víctimas deben conducirnos a extremar también las cautelas respecto de la declaración testifical. Además, a dichas razones hay que sumar que, aunque el testigo tenga la intención de declarar con honestidad, puede cometer errores motivados por razones tales como los efectos de hechos acaecidos con posterioridad al suceso o un deficiente interrogatorio, lo que pone en duda su credibilidad y aconseja que sean tomadas en consideración las mismas reglas que se aplican para la valoración de las declaraciones de víctimas y coimputados".

94 *Cfr.* Fernández López, Mercedes; *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*; en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; p. 6.

95 Véase, el R. N. N.º 2138-2016 del 10 de febrero del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

último –la garantía de presunción de inocencia exige, para que se enerve legítimamente, prueba legal, fiable, corroborada y suficiente–[96]" y que: "la sola sindicación del agraviado no puede ser suficiente: falta corroboración respecto a la autoría atribuida al imputado, quien contundentemente ha negado los cargos[97]".

Muchas veces se rechazan los cargos debido a que: "la incriminación no encuentra corroboración con elemento de prueba objetivo[98]" o que: "no existen en los actuados ninguna corroboración periférica de carácter objetivo, que relacionen al encausado con la comisión del delito[99]" o que la sindicación: "no tiene coherencia interna y no está rodeada de indicadores de corroboración periférica que le otorguen eficacia probatoria, por ende, con entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del encausado prevista en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado[100]". La falta de corroboración puede deberse a la ausencia de prueba directa o indirecta[101].

El TC español ha señalado que "la corroboración es una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena[102]" o que: "la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la

96 Véase, el R. N. N.º 2275-2014 del 04 de julio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

97 Véase, el R. N. N.º 2275-2014 del 04 de julio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "Es verdad que precedía una enemistad entre imputado y agraviado, pero no existe prueba corroborada y fiable respecto de la presencia del imputado en la fiesta en la hora del ataque sufrido por el agraviado. Los testigos que enumeró el agraviado no han declarado".

98 Véase, el R. N. N.º 4115-2009 del 22 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

99 Véase, el R. N. N.º 506-2009 del 17 de mayo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Rodríguez Tineo).

100 Véase, el R. N. N.º 360-2012 del 21 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Barrios Alvarado).

101 Véase, el R. N. N.º 85-2012 del 13 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Neyra Flores Alvarado).

102 STCE 198/2006 del 03 de julio. En la doctrina peruana acepta expresamente esta posición: SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 617.

declaración; y la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso[103]".

La exigencia de corroboración es necesaria y se extiende a todas las medidas cautelares reguladas en la legislación peruana y que tal como se sabe pueden ser medidas reales y personales. La ley peruana no solo impone la exigencia de corroboración en el caso de las medidas cautelares personales, sino también en las medidas cautelares reales.

Toda medida de coerción (personal o real) que pretenda levantarse sobre la base de la información aportada por un aspirante a colaborador debe necesaria y obligatoriamente pasar por el filtro de la corroboración. Sin la corroboración o verificación de los datos aportados no es posible legítimamente en el derecho peruano afectar o restringir algún derecho fundamental vinculado a alguna medida de coerción.

Por ello, es posible afirmar que el CPP establece para las medidas coercitivas un mandato general (y obligatorio) de corroboración específica.

4.5. La exigencia de corroboración como requisito y control material para la aplicación de una medida cautelar

El legislador democrático a la naturaleza eminentemente transaccional, económica y mercantil de la delación premiada –eufemísticamente llamada colaboración eficaz– le ha impuesto controles jurídicos y controles racionales mínimos, pues exige expresamente que ***solo*** se pueda dictar una medida coercitiva, entre ellas la prisión provisional, si hay una corroboración de la información aportada. Tanto el beneficio que recibe el delator como el uso externo de la información y que puede afectar derechos fundamentales de terceros debe estar sujeta a controles, filtros y criterios de verificación.

El empleo del adverbio "*solo*" indica claramente que cuando no haya "*otras pruebas que corroboren sus testimonios*" no se podrá de modo legítimo imponer una medida coercitiva y menos una medida tan aflictiva y extrema como la prisión provisional.

---

103 SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; y 25/2003, de 10 de febrero, FJ 5; 190/2003 del 27 de octubre, FJ 6. En la doctrina peruana: San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 617.

El límite a la lógica utilitarista extrema del instituto de la delación premiada que termina por mercantilizar el proceso penal y de excepcionar el principio de ejercicio público de la acción penal, permitiendo la solución consensuada de la responsabilidad penal, y relajar de manera extrema el principio de legalidad en cuanto al marco abstracto de las penas[104], lo constituye la exigencia de verificación de la información aportada y que es el objeto de transacción y de salida negociada en el proceso penal del colaborador.

Sin la exigencia de la corroboración se promovería un crecimiento desmesurado de los falsos positivos y se incurriría en una manifiesta injusticia en la adopción de las medidas cautelares, en especial, en el uso de la prisión provisional. Sin corroboración aumentarían toda clase de errores: los falsos positivos y los negativos. Se recuerda que un error tiene lugar solo en el caso de que una regla probatoria o algún procedimiento jurídico hayan sido violados, malinterpretados o mal aplicados[105]. En el campo penal es frecuente aludir a la existencia de los falsos positivos que identifican aquellos casos en los que se declara probada una hipótesis cuando ella es en realidad falsa. Por su parte, los falsos negativos son aquellos supuestos en los que una hipótesis se declara no probada pese a que ella es en realidad verdadera[106]. Los falsos positivos y los falsos negativos no solo se cometen al final del proceso penal, sino también a todo lo largo del procedimiento, en especial, al momento de imponer una medida coercitiva tan grave como la prisión provisional. La ratio final de los distintos tipos de error –falsos positivos y falsos negativos– depende no sólo del estándar de prueba adoptado sino también, por ejemplo,

104 *Cfr.* HERRERA GUERRERO, Mercedes; *La Negociación en el nuevo proceso penal. Un análisis comparado*; Lima; Palestra; 2014; p. 188 y ss.

105 *Cfr.* LAUDAN, Larry; *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* (Trad. de Carmen Vásquez y Edgar Aguilera); Madrid; Marcial Pons; 2013; p. 33.

106 *Cfr.* LAUDAN, Larry; *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*; p. 34; FERRER BELTRÁN, JORDI; *La Valoración Racional de la Prueba*; Madrid; Marcial Pons; 2007; p. 143; BAYÓN MOHÍNO, JUAN CARLOS; *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*; En: Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo; Ejemplar 4 - Vol. 2 - N.º. 2 - Segundo Semestre de 2010; p. 14; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela; *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*; en: Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal; Santiago de Chile; Abeledo Perrot; 2010; p. 134; DEI VECCHI, Giorgio; *Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo*; en: DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho; 37; 2014; p. 243.

en el contexto del proceso penal, de la proporción de inocentes y culpables que llegan a juicio[107].

El proceso de delación premiada en su aspecto interno posee filtros de corroboración y que determinan finalmente la concesión o no del beneficio premial al aspirante a colaborador como es la verificación de la información aportada. Sin corroboración no hay delación que valga y menos la colaboración puede llamarse eficaz. La fase reglada que permite verificar o no la información aportada es la denominada etapa de corroboración que es la fase estelar y decisiva del proceso de delación premiada de la que depende la suscripción del convenio preparatorio (artículo 473.3 del CPP y artículo 20 del Dec. Supremo 077-2017 JUS) y, en general, el éxito del proceso especial.

Asimismo, la información que entrega el aspirante a colaborador también está sujeto a filtros externos de corroboración tanto cuando se quiere imponer una sentencia condenatoria como cuando se impone una medida coercitiva, cualquiera que sea su clase y su entidad. La información del colaborador debe ser verificada escrupulosamente por mandato legal y a través de los medios lícitos que autoriza y permite la ley.

4.6. El estándar probatorio es gradual y distinto, según la clase de medida coercitiva (real o personal) y el grado de afectación

Creemos, que una cosa es que se exija para toda medida coercitiva una obligatoria verificación de la información aportada y otra muy distinta es el nivel y exigencia de dicha corroboración de la información aportada para el caso de las medidas coercitivas más graves e intensas. El estándar de corroboración es distinto según se trate de una medida coercitiva real que de una medida coercitiva personal y dentro de las medidas de coerción personal el estándar de corroboración más alto lo registra la medida de prisión provisional.

La imposición de las medidas coercitivas que se pueden ordenar bajo el amparo de la información entregada por un delator no tiene el mismo peso y el mismo significado, por ejemplo, para el caso de una prisión provisional

107 *Cfr.* Bayón Mohíno, Juan Carlos; *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*; En: Revista Jurídica Mario Alario D´ Filippo; Ejemplar 4 - Vol. 2 - N.º. 2 - Segundo Semestre de 2010; p. 20.

que para el caso de una comparecencia con restricciones o para la imposición de un embargo en forma de inscripción.

De la mano del principio de proporcionalidad el nivel más riguroso de corroboración y mayor exigencia de verificación de la declaración del colaborador y, en general, de la información brindada por el delator viene dado por los presupuestos materiales de la prisión provisional. Como medida cautelar más gravosa, extrema y dura del proceso penal y, en general, del ordenamiento jurídico que supone la privación de la libertad de una persona imputada de la comisión de un delito el estándar probatorio que se requiere para justificar dicha afectación debe ser el más alto e importante del ordenamiento jurídico.

La regulación legal referida a que "existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo" (artículo 268-a) debe ser concordada e interpretada sistemáticamente con el artículo 158.2 del CPP que prescribe: "en los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria". En buena cuenta en los supuestos de colaboración eficaz –o declaración de un coimputado– que suponga el aporte o entrega de información se exige de manera obligatoria que haya otras pruebas distintas que corroboren su sindicación para que sea legítimo imponer una medida tan intensa como la prisión provisional.

Dicho estándar que se obtiene de una interpretación conforme a la Constitución, a la CADH y de acuerdo al principio de proporcionalidad reclama que debe haber una corroboración suficiente, adecuada y rigurosa de la información aportada por el aspirante a delator premiado. No basta que haya una corroboración incipiente, mínima, periférica, circunstancial o débil. Por el contrario, resulta indispensable, por los valores y derechos constitucionales en juego, que haya una corroboración esencial y suficiente de todos los extremos de la imputación y sobre todo que se verifique la información aportada por el delator.

Dicha exigencia es compatible con lo establecido en el CPP cuando dispone que: "los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite

y con las garantías previstas en ella" (artículo 263.1) y que: "la restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción" (artículo 263.2).

Según la Corte IDH por el artículo 7.2 de la CADH nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias fijadas por las Constituciones de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas (*aspecto material*), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (*aspecto formal*)[108]. En el caso del artículo 7.3 de la CADH se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad[109].

El TEDH ha señalado respecto a la prisión preventiva dictada contra arrepentidos o colaboradores que es consciente del hecho de que la cooperación de los ***arrepentidos*** es un arma muy importante en la lucha de las autoridades italianas contra la mafia. Sin embargo, el uso de declaraciones de *arrepentidos* da lugar a problemas difíciles, dado que por su propia natu-

---

108 Pollo Rivera C. Perú, 21 de octubre del 2016, párr. 98.
Bulacio C. Argentina de 18 de setiembre de 2003, párr. 124.
Servellón García y Otros C. Honduras de 21 de setiembre de 2006, párr. 89.
Palamara Iribarne C. Chile de 25 de noviembre de 2005, párr. 196.
Durand y Ugarte C. Perú de 16 de agosto de 2000, párr. 85.
Ticona Estrada y Otros C. Bolivia de 27 de noviembre de 2008, párr. 57.

109 Véanse, las sentencias de los casos: Hermanos Gómez Paquiyauri *C.* Perú de 08 de julio de 2004, párr. 83; Durand Y Ugarte C. Perú de 16 de agosto de 2000, párr. 85; Gangaram Panday C. Surinam de 21 de enero de 1994; párr. 47; Maritza Urrutia C. Guatemala de 27 de noviembre de 2003, párr. 65; Acosta Calderón C. Ecuador de 24 de Junio de 2005, párr. 57; Servellón García Y Otros C. Honduras de 21 de setiembre de 2006, párr. 90; Bámaca Velásquez C. Guatemala de 25 de noviembre de 2000, párr. 139); Juan Humberto Sánchez *C.* Honduras de 07 de junio de 2003, párr. 78; López Álvarez C. Honduras de 01 de febrero de 2006, párr. 66; Los "Niños De La Calle" (Villagrán Morales Y Otros) C. Guatemala de 20 de noviembre de 1999, párr. 131; Suárez Rosero Vs Ecuador de 20 de noviembre de 1997, párr. 43; Usón Ramírez *C.* Venezuela de 20 de noviembre de 2009, párr. 146; Palamara Iribarne C. Chile de 25 de noviembre de 2005, párr. 215.

raleza estas declaraciones están abiertas a la manipulación y se pueden hacer exclusivamente con el fin de obtener las ventajas que la legislación reconoce al *arrepentido*, o se puede efectuar por simple venganza personal. La naturaleza a veces ambigua de dichas declaraciones y el riesgo de que una persona puede ser acusada y detenida sobre la base de acusaciones no verificadas que no son necesariamente desinteresadas no debe, por lo tanto, ser subestimado. Por estas razones, los tribunales nacionales deben exigir que las declaraciones de los *arrepentidos* deban de ser corroboradas con otras pruebas. Por otra parte, los rumores deben estar apoyados por pruebas objetivas. A juicio del TEDH ello es especialmente cierto en los casos que se adopta la decisión de prolongar la prisión preventiva. Mientras que un sospechoso válidamente puede ser detenido a principios de procedimiento sobre la base de declaraciones de *arrepentidos*, tales declaraciones se convierten en menos relevantes con el paso del tiempo, sobre todo cuando no se descubren pruebas adicionales durante el curso de la investigación[110].

4.7. Los "elementos fundados y graves de convicción" y el estándar probatorio en la prisión provisional

4.7.1. *El fumus comissi delicti*

Uno de los presupuestos materiales de la prisión provisional es el requisito del *fumus boni iuris*, llamado tambien *fumus comissi delicti* o elemento material de esta medida cautelar[111], y que en nuestra legislación procesal se encuentra incardinado en el artículo 268,a que prescribe como primer requisito de la prisión provisional que: "*existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo*".

Este requisito es conocido en otros países como sospecha vehemente de la comisión de un delito (v. gr. Alemania)[112] o *gravi indizi de colpevolezza*

110 LABITA C. ITALIA de 06 de abril de 2000, párr. 157 a 159.

111 Véase, BELTRÁN, Ramón; *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*; en: Política Criminal; Vol. 7, N.º 14 (diciembre 2012); pp. 454 y ss.

112 Cfr. ROXIN, Claus; *Derecho Procesal Penal*; p. 259.

(graves indicios de culpabilidad), tal como ocurre en Italia[113]. En el Perú se alude a la sospecha vehemente[114], a la sospecha bastante[115] de la existencia de un delito y de su atribución al imputado como autor o partícipe del mismo[116]. La jurisprudencia alude también a la sospecha vehemente[117].

No basta que haya una imputación grave que provoque alarma social o que los cargos sean portadores de una pena elevada. A la gravedad de los cargos –en nuestra legislación una pena mayor a los cuatro años– se le añade la exigencia de que concurra evidencia material que lo sustente.

Los graves y fundados elementos de juicio acerca de la comisión del hecho punible es el fundamento material para el dictado de la prisión provisional. Lo que determina y da sustento constitucional a esta medida coercitiva no solo es el peligro procesal que puede existir en otras personas llamadas a comparecer (v. gr. testigos), sino la evidencia material o los medios de investigación que vinculen a una persona, de manera fundada y grave, con un determinado hecho en calidad de autor o partícipe[118].

La prisión provisional requiere el acopio de medios de investigación o de prueba que permitan afirmar en grado de probabilidad la comisión de un delito y su relación con quien se considera su autor o partícipe. Los elementos fundados y graves no tanto se refieren a la acreditación de un hecho concreto [delito] sino más bien a la acreditación en grado de probabilidad que una persona lo ha cometido[119]. Por ello, se alude a la existencia de ***juicio***

---

113 Cfr. De Robbio, Costantino; *Le misure cautelari personali*; Milano; Giuffré editore; 2016; pp. 35 y ss.

114 Cfr. San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 457.

115 Cfr. Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho Procesal Penal*; T. II; p. 168; San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 457.

116 Cfr. San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; Lima; INPECC; 2015; p. 457.

117 Véase, el R.N. N.º 2277-2014 del 25 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente San Martín Castro): "desde la perspectiva de probabilidad delictiva, subsiste el presupuesto material de sospecha vehemente contra el imputado"; el R.N. N.º 756-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente San Martín Castro).

118 Cfr. Hassemer, Winfried; *Los presupuestos de la Prisión Preventiva*; en *Crítica al Derecho penal de Hoy*; p. 117.

119 Cfr. Gálvez Villegas, Tomás; *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*; Lima; Ideas; 2017; p. 376; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas*

de atribución del delito al imputado[120] que se materializa a través de la interpretación y evaluación jurídica de los enunciados fácticos y de la evidencia que lo respalda. Estamos frente a un ***verdadero juicio de imputación***[121].

No es legítimo dictar prisión provisional si solo está probado la comisión del delito, pero no hay la debida acreditación de la relación de autoría y participación. Justamente, es la prueba de la relación de autoría o participación la *conditio sine qua non* que justifica la expedición de la prisión provisional. Por expreso mandato legal se exige que los elementos graves y fundados de juicio sirvan "*para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo*".

Este requisito se conecta a las exigencias de proporcionalidad en el respeto a los derechos fundamentales que como criterio rector preside la expedición de las medidas coercitivas, toda vez que solo determinando el grado de vinculación o de sospecha vehemente del autor o partícipe en el evento delictivo podemos establecer de manera objetiva la pena probable y si puede o no realmente existir, como un elemento indiciario más, el peligro de fuga[122].

Asimismo, y aunque la ley no lo señale de manera expresa el juez debe comprobar que concurran los presupuestos de la punibilidad y de la persecución[123].

4.7.2. La necesaria distinción entre los elementos fundados y los elementos graves de convicción

El CPP al regular el primer requisito material de la prisión provisional alude a: "*que existan fundados y graves elementos de convicción*". Con ello, dis-

---

alternativas; Lima; Instituto Pacífico; 2016; pp. 162 y 163; REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES; *En busca de la prisión preventiva*; Lima; Jurista editores; 2006; pp. 174 y 180; NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO; *Tratado de Derecho Procesal Penal*; Lima; Idemsa; 2015; T. II; p. 167.

120 Cfr. DE ROBBIO, Costantino; *Le misure cautelari personali*; p. 35.

121 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 457; REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES; *En busca de la prisión preventiva*; p. 174 quien alude a "un juicio provisional de carácter incriminatorio".

122 Cfr. GONZÁLEZ - CUELLAR SERRANO, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*; p. 268 quien señala: "que de la intensidad de la sospecha depende la naturaleza de la medida y su gravedad".

123 Cfr. ROXIN, Claus; *Derecho Procesal Penal*; p. 259; SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 458.

tingue no solo desde el punto de vista semántico sino también jurídico entre elementos de juicio que pueden ser fundados y los elementos de juicio graves. Creemos necesario brindar pautas interpretativas útiles que puedan servir a la atribución de sentido de la ley procesal para distinguir ambos aspectos.

Un elemento de convicción será fundado cuando se encuentre apoyado con motivos y razones o, desde un punto de vista racional, cuando se sustente en evidencia material fiable. Con la referencia a fundado, o apoyado en evidencia material, se pretende excluir a las meras sospechas, a las especulaciones o las inferencias sin base probatoria o fáctica alguna. Un elemento de juicio será fundado si se encuentra corroborado o si se apoya en otras pruebas.

Un elemento de convicción será grave cuando es portador de un enorme peso probatorio o es muy importante en la explicación de un hecho o en la intervención de una persona en su comisión. La jurisprudencia peruana alude a que el elemento de juicio grave es portador de una "***suficiente intensidad o gravedad incriminatoria***[124]". Un elemento de juicio grave es aquel que posee un alto nivel de probabilidad y gran capacidad explicativa de un suceso v. gr. una huella dactilar, una prueba de ADN, etc.

El uso por parte de la ley procesal de una fórmula copulativa "*y*" debe llevar a distinguir de manera tajante y clara entre elemento fundado y un elemento grave; de tal manera que de una simple lectura lógica y ordinaria a partir del lenguaje, no siempre una evidencia será un elemento fundado ni siempre un elemento fundado será necesariamente un elemento grave. Es posible, sin ningún tipo de problema, que un elemento fundado no llegue a ser un elemento grave; de tal modo que no se cumpla con el requisito copulativo del artículo 268.1 del CPP "*que existan fundados y graves elementos de convicción*".

Lamentablemente, en la doctrina nacional no se ha promovido una distinción entre elemento de juicio fundado y un elemento de juicio grave. En la dogmática procesal penal peruana se equiparan ambos términos sin que se realice esfuerzo alguno para interpretar su sentido y se busque realizar una

124 Véase, la resolución del Exp. N.º 160-2014-72; in re Meléndez Ponce del 23 de abril del 2015 expedida por la Sala Penal Nacional.

distinción razonable[125]. Por el contrario, se sostiene que por (elementos de juicio) "graves debe interpretarse lo mismo que por fundados[126]" y se anota, además, que "el adjetivo "graves" tampoco ofrece muchas luces en la interpretación del requisito, en la medida que es verdaderamente oscuro si se le sitúa en el contexto de interpretación de una norma procesal[127]".

Si bien hay que estar de acuerdo en la vaguedad y textura abierta del término "*graves*" creemos que su uso por parte de la ley procesal no alcanza a ser un concepto absolutamente indeterminado que viola el mandato de *lex certa* de la ley procesal en cuanto fundamenta la restricción de un derecho fundamental (v. gr. la libertad personal). Por el contrario, se trata de un criterio útil, plausible y muy orientador que pretende destacar la existencia de una especial intensidad de la evidencia que permite sostener una alta probabilidad de vinculación al hecho de una persona a quien se le atribuye haber intervenido como autor o partícipe. En el derecho italiano, por ejemplo, la doctrina se encuentra pacífica al reconocer la importancia de la prueba indiciaria en materia penal que requiere que los indicios sean *precisos, **graves** y concordantes*[128]. Igual ocurre con el requisito material de la prisión provisional referido al *gravi indizi de colpevolezza*. No basta que haya elementos de juicio, evidencia, soporte material o hecho que vinculen a una persona con la comisión de un delito, sino que estos elementos de juicio, evidencia y soporte material tengan una especial magnitud, importancia o envergadura, en buena cuenta, que se trate de elementos graves.

---

125 Véase, NEYRA FLORES, José Antonio; *Tratado de Derecho Procesal Penal*; T. II; pp. 167 y ss; SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 442; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás; *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*; pp. 372 y ss.

126 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 165: "se requiere "algo más" (un "plus material") que elementos suficientes para estimar la comisión de un delito por parte del imputado".

127 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 164: "No se está frente a la evaluación del grado de responsabilidad penal del imputado, sino ante la necesidad de verificar la fundabilidad de la pretensión. Un medio de prueba puede ser más o menos útil (pertinente) para valorar una situación, pero no más o menos grave. Cuando la prisión preventiva requiere de una prognosis de pena para ser aplicada, es este el escenario donde se debe evaluar la presunta gravedad del delito". Asume también esta posición: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás; *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*; p. 378.

128 *Cfr.* TONINI, PAOLO – CONTI, Carlotta; *Il diritto delle prove penali*; Milano; *Giuffré editore*; 2 ed.; 2014; p. 80.

La referencia legal a los elementos fundados y graves de juicio debe ser interpretado como una exigencia cualitativa; y no cuantitativa. No siempre la abundante evidencia que se presenta llega a ser un elemento fundado y menos llega a ser un elemento grave. En este ámbito debe tomarse en cuenta que la evidencia no se suma ni su valor y peso tiene que ver con su mayor o menos abundancia, sino con su conexión con la imputación y con la acreditación, directa o indirecta, de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Si bien desde el punto de vista epistemológico y racional no es posible predicar en abstracto que un medio de prueba (evidencia) tenga mayor valor y peso que otro, en un caso concreto tanto por la información que aporta el concreto medio de prueba (evidencia) como por el contexto en el que se genera, o se inserta, puede tener un altísimo valor y peso para acreditar una determinada hipótesis. El resultado probatorio que arroja un concreto acto de investigación o un medio de prueba (testimonio, documento, pericia, ADN, huella dactilar, etc.) puede tener una importancia superlativa en la medida que sirve para vincular a una persona como autor o partícipe de un delito. Dicha importancia superlativa, la enorme capacidad explicativa de la evidencia para sostener una hipótesis es a lo que se refiere la ley con "*elemento de convicción graves*".

4.7.3. El estándar de prueba

La decisión respecto a la evaluación de la prueba no es una tarea absolutamente libre y que dependa de quien realiza dicha actividad. Por el contrario, se encuentra condicionada a los criterios legales vigentes y a los estándares de prueba que se utilicen, sea en las leyes o en la jurisprudencia, el cual está sujeto a ciertas concepciones legales fundadas en principios y valores constitucionales[129]. La inclinación por un determinado rango o estándar de prueba no es una tarea únicamente jurídica, pues se enlaza con criterios político – valorativos de una determinada cultura.

---

129 Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi; *La Valoración Racional de la Prueba*; p. 47; Talavera Elguera, Pablo; *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*; p. 121; Accatino Scagliotti, Daniela; *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*; en: Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal; p. 124.

Los estándares probatorios no se predican solo de las decisiones judiciales, sino también de las decisiones de los abogados[130] y las decisiones de las demás partes del proceso.

Frente a la libertad que pueden tener los jueces al momento de evaluar la prueba los distintos sistemas jurídicos (*common law, civil law*, entre otros) –como la legislación y jurisprudencia de cada país– ofrecen una serie de directrices precisas y concretas que rigen la evaluación de la prueba en el contexto de la decisión final[131] sobre los hechos o en otras etapas del proceso.

El estándar de prueba no siempre es el mismo en todos los sectores del ordenamiento jurídico. No siempre el Derecho exige la misma calidad o nivel de prueba en la solución de los casos. Es conocido, por ejemplo, que la exigencia de prueba es mayor en el ámbito del Derecho penal que en el Derecho civil[132].

En el campo del Derecho privado es usual sostener, en especial en la cultura jurídica anglosajona, que el estándar de prueba necesaria es el ***estándar de la preponderancia de la prueba*** por el cual una determinada hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior o prevaleciente al de la hipótesis contraria[133] o que el juez debe elegir la hipótesis fáctica que haya recibido el sustento relativamente mayor, respecto a cualquier otra hipótesis.

Un criterio semejante, aunque no idéntico es el llamado, planteamiento de la probabilidad prevaleciente o del criterio del "*más probable que no*" por el cual una hipótesis fáctica debe preferirse en desmedro de otra si su probabilidad prevalece sobre la probabilidad de cualquier otra hipótesis y en particular sobre la probabilidad de la hipótesis contraria[134].

---

130 Cfr. ANDERSON, TERENCE – SCHUM, DAVID – TWINING, William; *Análisis de la prueba*; Madrid; Marcial Pons; 2015; pp. 284, 292 y ss.

131 Cfr. TARUFFO, Michele; *La prueba*; (Trad. de Jordi Ferrer y Laura Manríquez); Madrid; Marcial Pons; 2008; p. 137.

132 Cfr. TONINI, PAOLO - CONTI, Carlotta; *Il diritto delle prove penali*; p. 72; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes; *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*; en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; pp. 1 y ss.

133 Cfr. NIETO, Alejandro; *El Arbitrio Judicial*; Barcelona; Ariel; 2000; p. 184; TALAVERA ELGUERA, Pablo; *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*; p. 121.

134 Por todos, TARUFFO, Michele; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*; Madrid; Marcial Pons; 2010; p. 250: "El primero de estos criterios parece algo

De igual modo, dentro de un mismo subsistema normativo (v. gr. sistema penal) el estándar probatorio es distinto según la etapa procesal en la que se encuentre y la decisión que se adopte sobre los hechos. Así, no se emplea el mismo estándar de prueba al momento de adoptar una decisión final sobre los hechos (condenar o absolver a un imputado) que al momento de imponer una medida cautelar. La tutela cautelar por su propio carácter es provisional y puede ser objeto de variación, según el grado de evidencia con la que se cuente, junto a otros requisitos formales y materiales. Incluso, en la decisión final de los hechos el estándar probatorio no es el mismo según se trate de la materia controvertida (derechos fundamentales) o la clase de bien jurídico afectado. Por ejemplo, el estándar en materia penal para privar a una persona de su libertad es mayor que el estándar que debe llevar a decidir sobre cuestiones civiles, vinculadas al proceso penal, como es la reparación civil (v. gr. restitución de un bien o indemnización por daños y perjuicios).

4.7.4. El estándar de prueba de la prisión provisional

La evaluación de la prueba no solo se realiza en la etapa final del proceso (a nivel de la sentencia), sino en diversos tramos y etapas procesales. Por ejemplo, el juez también debe evaluar la prueba existente al momento de decretar las medidas cautelares v. gr. reales, personales, etc.

Hay acuerdo en sostener que la imposición de las medidas cautelares se encuentra sujeto a un determinado estándar probatorio[135]. Sin embargo, dicho estándar, como se señaló, no es el mismo en todas las medidas cautelares e, incluso, varía a pesar de que se trate de una misma clase de medida (real y personal). Por ejemplo, en las medidas cautelares personales no se mantiene

---

vago, aunque resulta intuitivamente sensato, mientras que el segundo también resulta intuitivamente sensato, pero parece ligado a una noción cuantitativa de probabilidad. Ambos criterios no parecen, por consiguiente, sustancialmente erróneos, pero requieren de un análisis más profundo, que se puede emprender distinguiendo algunas de las diversas situaciones que pueden presentarse"; Tonini, Paolo – Conti, Carlotta; *Il diritto delle prove penali*; p. 72; Fernández López, Mercedes; *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*; en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; p. 1.

135 Véase, Beltrán, Ramón; *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*; en: Política Criminal; Vol. 7, N.º 14 (diciembre 2012); pp. 470 y ss. En la doctrina nacional expresamente: Gálvez Villegas, Tomás; *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*; p. 376.

el mismo estándar probatorio, pues dicho estándar depende de la clase del derecho comprometido como de la gravedad e intensidad de su afectación.

El relativo acuerdo que hay en la doctrina y la jurisprudencia acerca de los requisitos (formales y materiales) de la prisión provisional se diluye rápidamente cuando se trata de tomar posición y desarrollar el estándar probatorio en las medidas cautelares en el proceso penal y, en particular, el estándar probatorio de la prisión provisional.

Creemos que en la discusión que se realice sobre el estándar probatorio en la prisión provisional se debe evitar cualquier de los dos extremos que actúan como umbral mínimo y máximo de dicho estándar; de tal manera que el centro de la discusión habrá de girar en los criterios que se deben adoptar dentro de esta zona intermedia.

El primer umbral que necesariamente supera el *fumun delicti comissi* en la prisión provisional es que el exige algo más que los "*indicios reveladores de la existencia de un delito*" que es un presupuesto material para formalizar la investigación preparatoria y el inicio formal del proceso penal. No basta para el dictado de una medida cautelar tan grave como la prisión provisional el que se cuente con el mismo requisito para abrir proceso penal. Los requisitos que se tiene para procesar no pueden ser los mismos que para privar la libertad a una persona; no solo lo exige así la lógica y el sentido común, sino cualquier intuición elemental de justicia y de proporcionalidad. A todas luces la exigencia debe ser mayor y debe concurrir algo más que meros indicios de la comisión de un delito por parte de una persona.

El segundo umbral, que es de carácter máximo, que se toma en cuenta al fijar estándar probatorio de la prisión provisional es aquel postula el principio de la decisión más allá de una duda razonable y que es el que se requiere para el dictado de una sentencia condenatoria. Por ejemplo, se sostiene que el juez debe estar completamente convencido de la existencia de un delito grave, así como su imputación a la persona y que a fin de evitar resoluciones injustas debe haber "certeza" o la "máxima seguridad"[136]. El artículo II.1 del Título Preliminar del CPP prescribe que: "*en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado*" criterio que debe aplicarse solo a nivel de la clausura del proceso penal. En el proceso penal

136 Véase, NIEVA FENOLL, Jordi; *Derecho Procesal Penal*; Buenos Aires; B y F; 2012; p. 184.

no basta que exista un mayor grado de confirmación de una hipótesis sobre otra para que se considere probado un hecho, pues para que haya condena se requiere no solo que la probabilidad de la hipótesis de la acusación supere la probabilidad de la hipótesis de la defensa[137], sino que dicha probabilidad debe excluir una duda esencial respecto a la inocencia. Como señala Igartua Salaverria: "*Para desvirtuar la presunción de inocencia, no es bastante que la hipótesis acusatoria alcance un grado de probabilidad simplemente superior al de la defensa; la superioridad ha de alcanzar una magnitud aplastante, por exigencias del guión garantista*[138]" La culpabilidad de una persona no debe predicarse automáticamente, y menos expedir una sentencia condenatoria, si se verifica que solo hay un mayor grado de confirmación de la hipótesis de culpabilidad sobre la hipótesis de inocencia. Aquí se requiere confirmar la hipótesis más allá de una duda razonable. Por tanto, es posible mantener la hipótesis menos confirmada [v. gr. Hipótesis de inocencia] si es que no se cumple con el estándar de prueba exigido. La razón de esta mayor exigencia reside en el argumento jurídico – político de que debe haber una mayor protección a la libertad de los ciudadanos respecto a la tutela de otros intereses.

Creemos que el estándar máximo de prueba en el proceso penal de la decisión más allá de la duda razonable no es de recibo para el dictado de la prisión provisional debido a que: i) Normalmente la prisión provisional se dicta al inicio del proceso penal en donde el nivel de evidencia recogida no es ni de la máxima intensidad ni de la mayor calidad. En un estado incipiente y embrionario del proceso penal no es conveniente ni lógico reclamar que haya prueba abundante, plural y variada y menos que se agote la investigación de los elementos objetivos y subjetivos del delito[139]; de tal manera que no es posible aplicar un estándar tan alto de "más allá de una duda razonable"; ii) Dicho estándar probatorio se aplica, como regla general, luego de desarrollado el juicio oral con todas las garantías procesales, de inmediación, oralidad y contradicción y que difícilmente es predicable en el escenario de una investigación preparatoria que por su misma finalidad sirve para preparar (o des-

137 Como señala: Comanducci, Paolo; *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo* (Trad. de Pablo Larrañaga); México; Fontamara; 2004; 2 ed.; p. 111.

138 Igartua Salaverria, Juan; *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*; Lima; Palestra; 2009; p. 170.

139 *Cfr.* Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; p. 179.

cartar) el inicio del juicio oral; iii) se vaciaría de contenido al artículo 268,a del CPP que hace referencia a los "*fundados y graves elementos de convicción*" que en la lógica planteada, y que se critica, sería como si se exigiera el mismo nivel de prueba necesaria para condenar. El requisito de los elementos graves y fundados se interpretaría (equivocadamente) como si se refiriera a la prueba suficiente para dictar una decisión definitiva (sentencia); iv) se perdería de vista la naturaleza de las medidas cautelares y la teoría de la mismas -entre las que se cuenta la prisión provisional- que, por excelencia, solo exige para declarar fundada la tutela cautelar un juicio de verosimilitud compatible con el estado del proceso y el acopio (no completo) de evidencia y que no requiere un juicio concluyente, propio de la etapa final del proceso.

El estándar probatorio de la prisión provisional debe ser un estándar que cumpla con determinadas condiciones que garanticen su calidad y eficacia en cuanto a su uso en cada caso concreto.

Se requiere que sea un estándar de prueba objetivo que tome en cuenta criterios adecuados de racionalidad. No puede tratarse de un estándar librado a la subjetividad y al arbitrio de cada juez o administrador de justicia (v. gr. fiscal). Debe ser aplicado con carácter genera a toda clase de casos: casos fáciles y, sobre todo, a los casos difíciles.

El estándar probatorio debe permitir de modo adecuado un control intersubjetivo o si se quiere debe ser permeable a un control por parte de los tribunales superiores como por los terceros y cuyo valor debe arrojar resultados mínimamente confiables y de garantía epistémica. Sin la posibilidad de control no es posible plantear un estándar de prueba confiable.

El contenido mínimo del estándar de prueba de la prisión provisional debe contar:

i) La hipótesis del Ministerio público que sustenta de prisión debe ser confirmada por una pluralidad de pruebas o indicios objetivos[140]. En el

140 Cfr. HEMPEL, Carl G.; *Filosofía de la ciencia natural* (Trad. de Alfredo Deaño); Madrid; Alianza editorial; 3 reimp.; 2003; p. 58; IGARTUA SALAVERRIA, Juan; *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*; p. 120; FERRER BELTRÁN, Jordi; *La Valoración Racional de la Prueba*; p. 86; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela; *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*; en: Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal; p. 132; BELTRÁN, Ramón;

campo penal el principio constitucional de la presunción de inocencia exige la existencia de prueba, que ésta prueba sea de cargo y que además sea de entidad. Como señala Ferrajoli: "*En la pluralidad de estas confirmaciones o verificaciones, de las que no es predeterminable el número y la calidad, consiste la condición o garantía de la prueba: que, así, pues, comporta la necesidad de adquirir no un dato probatorio, sino un sistema coherente de datos graves, precisos concordantes*[141]".

En el proceso judicial se debe recabar y conformar una serie de pruebas o elementos de juicio que permitan confirmar o refutar las diversas hipótesis sobre los hechos. Ello ejerce una consecuencia directa en el ámbito de la decisión judicial la cual solo debe tomar en cuenta los elementos de juicio que han sido aportados, admitidos y actuados en el proceso. De esta manera quedan excluidas de la decisión judicial: i) Los conocimientos privados que obtenga el juez de los hechos; ii) Los elementos de juicio que habiendo sido admitidos a proceso han sido excluidos debido a su carácter ilícito o por haber infringido derechos fundamentales. Por tanto, la especificidad de la prueba jurídica reside en que solo se toman en cuenta los elementos de juicio que han sido incorporados al proceso[142].

La cantidad y la variedad de la prueba determina el mayor o menor grado de confirmación de una hipótesis fáctica[143]. El número y la amplitud de las pruebas, según su sentido, abona a favor o en contra de una hipótesis. Si bien no todas las pruebas cuentan con el mismo peso y valor

---

Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile; en: Política Criminal; Vol. 7, N.º 14 (diciembre 2012); p. 473: "Ese plus o quantum adicional exigido respecto de la hipótesis de confirmación mayor, supone que, en la prisión preventiva, la hipótesis de existencia y participación exigida en su faz material, sólo será aceptada si junto a la contrastación y explicación de los datos disponibles se es posible, como aditamento, aportar datos que también hayan sido corroborados y confirmados, como sería el caso, por ejemplo, de probanzas incriminatorias con un contraste variado".

141 Ferrajoli, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*; p. 150.

142 Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi; *La Valoración Racional de la Prueba*; p. 42.

143 Cfr. Hempel, Carl G.; *Filosofía de la ciencia natural*; p. 58; Accatino Scagliotti, Daniela; *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*; en: Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal; p. 132.

nadie puede negar la importancia que tiene para dar por acreditada una hipótesis una vez que concurran un conjunto amplio de evidencias. Incluso, en caso se trate de pruebas que poseen un peso y eficacia acreditativa baja o poco fiable no se puede negar que la concurrencia plural y variada de diversas pruebas puede terminar confirmando la hipótesis planteada.

La acreditación de un hecho o de una hipótesis fáctica depende no solo del peso y la calidad de las pruebas, sino también de la concurrencia y coincidencia de una serie de pruebas de la más variada naturaleza[144]. Cada prueba que se agrega a otra incrementa el grado de confirmación de la hipótesis. Como señala Taruffo: "*no hay duda de que en el plano epistémico vale la regla según la cual el grado de confirmación de una hipótesis aumenta con la adquisición de pruebas adicionales, dado que la situación óptima es aquella en la que todas las pruebas posibles han sido adquiridas*[145]". Mientras mayor sea la pluralidad de pruebas mayor será el grado de su probabilidad, situación que por lo común aporta una imagen más global, completa y acabada de los hechos. La variedad de las pruebas vuelve más consistente la confirmación de la hipótesis permitiendo eliminar o descartar por su escasa confirmación otras hipótesis alternativas.

ii) El mayor o menor peso de una prueba y el rango de confirmación de una hipótesis depende de la ***calidad y la clase de prueba***. Existen pruebas cuyo grado de confiabilidad es sumamente débil, mientras que

144 Cfr. HEMPEL, Carl G.; *Filosofía de la ciencia natural*; p. 58: "la confirmación de una hipótesis no depende sólo de la cantidad de datos favorables de que se dispone, sino también de su variedad: cuanto mayor sea su variedad mayor será el apoyo resultante"; FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*; p. 131 y 143: "Cada dato probatorio que se acomoda a las premisas explicativas puede ser considerado como su confirmación, que aumenta su plausibilidad y el grado de probabilidad; todo dato que, en cambio, no se acomoda a tales premisas representa una refutación"; LARENZ, Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 302; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel; *Inferencia Probatoria*; en *Quaestio Facti*. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción; p. 82; IGARTUA SALAVERRIA, Juan; *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*; p. 120.

145 Cfr. TARUFFO, Michele; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*; p. 236.

en otros casos se trata de una prueba que genera un alto grado de confianza[146].

Por ejemplo, la comisión de un homicidio puede verse confirmada por el testimonio de una persona quien afirma haber visto salir de una casa al homicida a determinada hora de la madrugada; pero también por una prueba de ADN que confirma que los rastros de piel que se encontraban en las uñas de la víctima corresponden al principal sospechoso del crimen. Esta prueba ejercerá mayor valor que la prueba testimonial.

El grado y confianza en la confirmación de una hipótesis depende en buena medida de la calidad de la prueba. El grado de confirmación de una prueba científica de validez universal será mayor que la que otorgue otros medios de prueba de menor fiabilidad. Por ejemplo, la prueba de ADN tiene un peso probatorio mayor que cualquier testimonio o documento que pueda plantearse. Incluso, entre las denominadas pruebas científicas se establece el principio que no todas las pruebas tienen el mismo valor y el peso objetivo. Un odontograma o una pericia antropológica, pese a que se realiza siguiendo un riguroso protocolo, tienen un valor de confirmación menor que una prueba de ADN si lo que se busca establecer en un caso de homicidio es la identidad (y filiación) de un cadáver[147]. Asimismo, una prueba científica de valor universal tendrá mayor peso que una prueba basada en criterios estadísticos que lo único que pueden ofrecer son criterios de probabilidad. De igual forma una ley general, aunque no universal, tiene mayor confianza que la inferencia y conclusión que permite realizar una máxima de la experiencia o cualquier prueba particular v. gr. Un testimonio.

iii) Uno de los aspectos más relevantes en la evaluación de la prueba es ***la fiabilidad y credibilidad*** de un concreto medio de prueba v. gr. testimonio, pericia, documento, etc.

---

146 Véase, GASCÓN ABELLÁN, Marina; en: *La Argumentación Jurídica*; p. 380; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela; *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*; en: Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal; p. 132.

147 Véase, el R.N. N.º 4356-2009 del 24 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: SAN MARTÍN CASTRO).

Un medio de prueba puede portar una información relevante pero su confianza y fiabilidad puede ser de muy bajo nivel. El testimonio de un delincuente que tiene en sus espaldas varias condenas posee un escaso grado de fiabilidad y confianza como el testigo que mantiene un odio o un resentimiento comprobado contra un imputado.

Igual ocurre con un documento cuya autenticidad se cuestiona y su (posible) autor no recuerda haberlo elaborado y menos haberlo suscrito. De igual forma, un documento que registra enmendaduras, borrones o alteraciones esenciales en su contenido difícilmente merecerá una alta credibilidad en la evaluación de la prueba.

iv) Si una inferencia inductiva atribuye a una hipótesis un determinado grado de confirmación [probabilidad], habrá un mayor grado de probabilidad cuando entre dicha hipótesis y la prueba existan menos pasos inferenciales[148]; de tal manera que cuando entre la prueba y el hecho que se pretende acreditar exista un amplio número de tramos inferenciales por recorrer el grado de confirmación de la hipótesis será menor[149].

Por ejemplo, en los casos de TID será distinto sindicar a una persona como autor del delito de microcomercialización de drogas sobre la base de un testimonio de oídas que establecer su autoría sobre las actas de incautación que determinan que en su camioneta se encontraba una balanza de precisión y dinero en efectivo.

v) Desde el punto de vista científico para que una hipótesis quede confirmada debe ser sometida al requisito de la no refutación con el fin de

148 Cfr. FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*; p. 131: "Es claro que cuanto mayor es el número de las inferencias necesarias para inducir de la prueba la conclusión de responsabilidad por el delito de que se acusa, tanto menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria"; ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO; *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*; en Doxa: N.º 12; p. 284; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela; *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*; en: Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal; p. 131.

149 Por todos, GASCÓN ABELLÁN, Marina; en: *La Argumentación Jurídica*; p. 380; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel; *Inferencia Probatoria*; en Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción; p. 83.

garantizar su consistencia y credibilidad[150]. Si es que no se somete la hipótesis a la exigencia de no refutación su valor será escaso y la garantía que ofrece será provisional, generando una baja confianza sobre su plausibilidad y resultados[151]. Por ello, es común la posición que remarca que el nivel de corroboración de una hipótesis será mayor mientras más sean los controles y desafíos de refutación que se realizaron[152]. Como señala Taruffo: "*para afirmar que una hipótesis ha sido confirmada por pruebas adecuadas es necesario explicar también por qué razones no deben considerarse atendibles las pruebas que contrastan o divergen respecto de ellas*[153]".

En el campo científico se sostiene que una hipótesis una teoría para que sea aceptada y aceptable debe cumplir con el requisito de tolerar y ser resistente a la ***refutación o crítica que se emprenda contra ella.*** El estatus científico de una teoría o hipótesis pasa por soportar el test de refutación o de testabilidad. Los elementos confirmatorios de una hipótesis solo deben tomarse en cuenta si son el resultado de un intento serio, pero fallido, de refutarla. Como recuerda Popper: "Una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible no es científica. La irrefutabilidad no es una virtud de una teoría (como se cree a menudo), sino un vicio[154]". Se habla aquí que se debe refutar y vencer las hipótesis alternativas de los hechos[155].

---

150 Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel; *Inferencia Probatoria*; en *Quaestio Facti.* Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción; p. 88; GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*; p. 196; ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO; *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*; p. 94.

151 Cfr. FERRUA Paolo; *Contradictorio y verdad en el proceso penal*; en Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi FERRAJOLI (Editora: *Letizia Gianformaggio*); p. 232: "la falibilidad es un motivo más para intensificar los controles empíricos, no un pretexto para bajar el nivel probatorio idóneo para fundar la condena"; ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO; *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*; p. 94.

152 *Cfr.* FERRER BELTRÁN, Jordi; *La Valoración Racional de la Prueba*; p. 86.

153 TARUFFO, Michele; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*; p. 272.

154 POPPER, Karl R.; *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* (Trad. de Néstor Míguez); Barcelona; Paidós; 2008; p. 61.

155 *Cfr.* FERRER BELTRÁN, Jordi; *Los estándares de prueba en el proceso penal español*; Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; p. 6; BELTRÁN, RAMÓN; *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*; en: Política Criminal; Vol. 7, N.º 14 (diciembre 2012); p. 473.

La Corte IDH destaca que la carga de la prueba se sustenta en que es el órgano del Estado, quien tiene el deber de probar la hipótesis de la acusación y la responsabilidad penal, por lo que no existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni de aportar pruebas de descargo. Es decir, la posibilidad de aportar contraprueba es un derecho de la defensa para invalidar la hipótesis acusatoria, contradiciéndola mediante contrapruebas o pruebas de descargo compatibles con hipótesis alternativas (contra-hipótesis), que **a su vez la acusación tiene la carga de invalidar**[156].

La Corte IDH ha señalado que el proceso penal, en tanto respuesta investigativa y judicial del Estado, debe constituir un medio adecuado para permitir una búsqueda genuina de la verdad de lo sucedido mediante una evaluación adecuada de las hipótesis consideradas sobre el modo y circunstancias del delito[157]. La búsqueda genuina de la verdad solo se logra cuando se investiga, analiza y se descartan las diversas hipótesis de cómo efectivamente ocurrió el hecho delictivo, entre las que se cuenta las hipótesis defensivas promovidas al interior de la investigación y el proceso penal. Dicha búsqueda de la verdad no puede ser una búsqueda unilateral, fraccionada, parcial y solo tomando en cuenta los intereses estatales v. gr. hipótesis del Ministerio público. También se debe dar respuesta a la hipótesis planteada por la defensa del imputado o aquella hipótesis que fluya de los hechos y de las pruebas actuadas.

Al respecto, en la solución de un caso concreto la Corte IDH estableció que el órgano jurisdiccional debía: "valorar racional y objetivamente las pruebas de cargo y descargo, pero también las pruebas de oficio, así como desvirtuar las hipótesis de inocencia que surgiera a partir de éstas, a fin de determinar la responsabilidad penal[158]". Tomando en cuenta la declaración de un perito la Corte IDH razonó que: "no basta con una enumeración de la prueba para fundar válidamente una condena, es necesario que el tribunal evalúe las pruebas, establezca el peso de cada una, y las compare con la prueba de descargo; debe haber un análisis,

156 Zegarra Marín C. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 140.

157 García Ibarra Y Otros C. Ecuador, 17 de noviembre de 2015, PÁRR. 152.

158 Zegarra Marín C. Perú, 15 de febrero del 2017, PÁRR. 142.

una evaluación de la prueba de cargo y de descargo[159]". Por ello, la Corte "constató que en la sentencia condenatoria emitida por la Quinta Sala Penal se enunciaron pruebas de oficio y de descargo que supuestamente podrían favorecer al inculpado, o bien podrían generar duda respecto a su responsabilidad penal, las cuales no se desprenden haber sido analizadas para confirmar o desvirtuar la hipótesis acusatoria. Tampoco se habrían confrontado las pruebas de cargo con otros elementos para ensayar las hipótesis posibles y desvirtuar la presunción de inocencia"[160].

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado como garantía de la presunción de inocencia que: "no consten explicaciones alternativas plausibles -una explicación inverosímil no pone en crisis la solidez de las pruebas de cargo, una plausible con base en los materiales recogidos sí lo hace: generan una situación de incertidumbre[161]".

En el caso de la prisión provisional, la máxima instancia de la justicia ordinaria ha señalado que: "Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*"[162].

El quantum del estándar probatorio de la prisión provisional se ubica a nuestro criterio por debajo del estándar de una decisión más allá de una duda razonable y por encima que la de una probabilidad mayor. No se requiere ni certeza[163], ni convicción ni tampoco seguridad plena de que la persona ha cometido el delito.

El estándar de prueba de la prisión provisional es también mayor que el estándar exigido para la detención judicial preliminar. El artículo 261.1

159 Zegarra Marín C. Perú, 15 de febrero del 2017, PÁRR. 143.

160 Zegarra Marín C. Perú, 15 de febrero del 2017, PÁRR. 143.

161 Véase, el R. N. N.º 2868-2014 del 27 de diciembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: San Martín Castro).

162 Véase, la Casación N.º 626-2013 del 30 de junio del 2015 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Neyra Flores).

163 *Cfr.* San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 458; Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho Procesal Penal*; T. II; p. 168

del CPP prescribe como requisito de la detención preliminar que: "*existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años*". La referencia a que "***existan razones plausibles***" constituye un estándar de menor nivel que el exigido para la prisión provisional.

El estándar probatorio de la prisión provisional debe ser el de una ***alta probabilidad*** respecto a la comisión de un delito por parte de un imputado en cualquiera de las modalidades típica de intervención criminal (autoría directa, coautoría, autoría mediata, instigación y complicidad).

El estándar probatorio debe cubrir en sus aspectos esenciales y configuradores todos los extremos de la imputación planteada por el Ministerio en su requerimiento cautelar de prisión provisional, tanto en lo que se refiera a los elementos objetivos del delito como a los elementos subjetivos del injusto penal, sobre todo, cuando son controvertidos y cuestionados por parte de la defensa. Solo así es posible respetar y cumplir con los alcances del principio de legalidad penal.

Los elementos de juicio aportados deben cubrir los aspectos esenciales del injusto penal (autor, acción, relación causal y resultado) como también el dolo[164] y los demás elementos subjetivos del injusto, distintos al dolo (delitos de tendencia interna trascedente o delito mutilado en dos actos). Si la evidencia aportada por el Ministerio Público no cubre los aspectos configuradores del injusto penal en sus líneas esenciales el requerimiento de prisión provisional debe ser desestimado.

La referencia legal a los elementos fundados y graves de convicción debe interpretarse tanto en relación a la acreditación de cada una de las afirmaciones del Ministerio Público que se sostiene en su escrito de requerimiento cautelar como al cumplimiento de cada uno de los elementos configuradores del injusto penal. Debe tomarse en cuenta el hecho de que a veces la imputación que se recoge por parte del Ministerio Público y los elementos que la sustentan no logran cubrir todos los elementos del delito.

Los elementos fundados y graves para que sean tales y posean cobertura constitucional y legal deben estar enlazados estrechamente a la imputación

164 Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *En busca de la prisión preventiva*; p. 175 quien comprende también a los elementos objetivos y subjetivos del delito.

que se formula y, sobre todo, al respeto y cumplimiento del principio de legalidad penal. Dichos elementos solo tienen sentido si se conectan y acreditan la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del injusto penal.

Una adecuada técnica procesal, respetuosa del principio de legalidad, deber llevar a exigir que los elementos de juicio fundados y graves se relacionen explícitamente con la acreditación, directa o indiciaria, de los elementos objetivos y subjetivos del injusto penal. La fiscalía debe ordenar y sustentar cómo y de qué manera un determinado elemento de corroboración (grave y fundado) se relaciona y acredita de manera parcial o total la estructura típica del delito que se atribuye a una persona.

Se reconoce que por la naturaleza cautelar de la medida –que busca la sujeción al proceso de la persona investigada– es normal que se presente una situación de incertidumbre y duda en la comprobación de los hechos[165] que debe ser manejada con sumo cuidado y resuelta adecuadamente a fin de no cargar en contra del imputado dicha situación.

En la doctrina procesal peruana, pese a que no se hace referencia explícita, el estándar de prueba de la prisión provisional hay acuerdo de que se requiere de un alto grado de probabilidad[166], una gran probabilidad de que el imputado sea autor o partícipe[167] o que debe haber un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud -o alto grado de probabilidad- acerca de su intervención en el delito[168]. De igual forma, se ha sostenido que "un grado cognitivo calificable como probable y no como posible, un *alto grado de probabilidad* si se quiere, *cercano* a la convicción o certeza, pero nunca idéntico[169]" y que: "la determinación de la probabilidad de condena es un requisito

165 Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás; *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*; p. 378.

166 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 457 y 458. NEYRA FLORES, José ANTONIO; *Tratado de Derecho Procesal Penal*; T. II; p. 168.

167 Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES; *En busca de la prisión preventiva*; p. 176 luego alude a "un elevado y racional grado de probabilidad de atribución del delito imputado".

168 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; *Derecho Procesal Penal*; Lima; Grijley; Vol. II; p. 1123. También: NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO; *Tratado de Derecho Procesal Penal*; T. II; p. 169.

169 Cfr. DEL RÍO LABARTHE, GONZALO; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 166. También: GÁLVEZ VILLEGAS, TOMÁS; *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*; p. 378.

imprescindible para aplicar la prisión preventiva[170]". En otras ocasiones se exige un nivel de probabilidad o "la idea que lo más seguro (altamente probable) es que será condenado el sujeto de acuerdo a los medios probatorios que el fiscal le ha alcanzado[171]".

4.7.5. El estándar probatorio de la prisión provisional y la jurisprudencia peruana

La Corte Suprema respecto al primer requisito de la prisión provisional ha señalado:

> "Vigésimo quinto. Es el primer requisito que exige la prisión preventiva en el inciso uno del artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal. No se prevé expresamente en la Convención de Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero sí en la prohibición de detenciones arbitrarias, que se regulan en ambos cuerpos normativos[172]. Ha sido reconocido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez. Vs. Ecuador, Pacheco Teruel y otros vs. Honduras y J vs. Perú. Siendo su finalidad evitar los peligros de fuga y obstaculización probatoria, para poder adoptarla es necesario que exista un grado de confirmación sobre la realidad del delito y la vinculación del imputado.
>
> Vigésimo sexto. Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado.
>
> Vigésimo séptimo. Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad[173] de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar

---

170 Cfr. DEL RÍO LABARTHE, GONZALO; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 166.

171 Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, TOMÁS; *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*; p. 378.

172 En ese sentido, la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido en el informe 2/97, que la presunción de culpabilidad de una persona no solo es un elemento importante, sino una condición sine qua non para continuar la medida restrictiva de libertad. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *La prisión preventiva. Límites constitucionales.* Tercera edición. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, pp.155 y 156.

173 La probabilidad significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente quien estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella. La probabilidad, conforme a su grado es positiva o negativa, según que los elementos de prueba que confirman la hipótesis superen a aquellos

la investigación preparatoria[174]; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

Vigésimo octavo. Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal[175], se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso de que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco[176]"[177].

La Corte Suprema de Justicia cuando se ha referido al estándar probatorio de la prisión provisional (detención judicial preventiva en la antigua

---

que la rechazan, aunque sin descartar absolutamente la solución contraria y viceversa. Intuitivamente, certeza o certidumbre se diferencia cualitativamente de probabilidad, pero la diferencia no es tan notable si exigimos una gran probabilidad. Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos.* Tomo I. Segunda edición) Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 843-847.

174 Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal. Las medidas de coerción en el proceso penal.* Tomo II. Editorial Reforma, Lima, 2014, p. 145.

175 Como señala Asencio Mellado, el *fumus boni iuris* hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado (...) No basta, pues, aunque la dificultad de concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas; se exigen, pues, elementos de convicción, pruebas directas o indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas porque, en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero si, en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y sentado en criterios objetivos suficientes. Asencio Mellado, José María. "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". En: Cubas Villanueva, Víctor; Doig Díaz, Yolanda y Quispe Farfán, Fany Soledad (coordinadores). *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales.* Palestra, Lima, 2005, p. 513.

176 La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el citado Recurso de Nulidad, emitió Ejecutoria Vinculante respecto a la prueba indiciaria señalando que los elementos de esta son los referidos al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: i) Ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la Ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, ii) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, iii) Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar, iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

177 Véase, la Casación N.º 626-2013 del 30 de junio del 2015 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Neyra Flores).

regulación) ha destacado que: "en orden a su carácter provisional y, en lo que es relevante, a su función cautelar y tuitiva coercitiva, está sujeta al cumplimiento de dos presupuestos materiales: a) razonada atribución de comisión del hecho punible –se traduce en un concepto clásico en el derecho procesal: sospecha vehemente o bastante–, es decir, alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el delito y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad –*fumus comissi delicti*–[178]".

También se ha destacado que: "el primer presupuesto material a tener en cuenta -que tiene un carácter genérico- es la existencia de fundados y graves elementos de convicción -juicio de imputación judicial- para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti comissi*]. Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos -del material instructorio en su conjunto-, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad)"[179].

La jurisprudencia ordinaria exige un ***alto nivel de probabilidad*** y que pueda advertirse de la información acopiada que fluya tanto fundados como graves elementos de convicción que vinculen al investigado como presunto autor de los delitos atribuidos por el persecutor penal[180].

5. EL ESTÁNDAR PROBATORIO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LA DECLARACIÓN E INFORMACIÓN APORTADA POR EL ASPIRANTE A COLABORADOR EFICAZ

Una interpretación conforme a la Constitución que tenga en cuenta el respeto a los derechos fundamentales, en especial, el derecho a la libertad

178 Véase, el R.N. N.º 1957-2009 del 26 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

179 Resolución Administrativa N.º 325-2011-P-PJ; Circular sobre Prisión Preventiva.

180 Véase, la resolución del EXP. N.º 00075-2017-3-5001 -JR-PE-03; in re Félix Moreno Caballero del 19 de mayo del 2017 expedida por la Primera Sala de Apelaciones de la Sala Penal Nacional.

personal y que sea consciente de la naturaleza y sentido del instituto excepcional de la delación premiada (mal llamada colaboración eficaz) –propio de un sistema penal de emergencia– debe limitar el uso de la información proporcionada por los llamados arrepentidos (en realidad delatores) y debe concederle una eficacia mínima en la adopción de medidas tan severas y drásticas como la prisión provisional, sobre todo, en el caso que no venga corroborada de manera adecuada de otras pruebas autónomas e independientes.

Al respecto, y partiendo del sentido y alcance del artículo 158.2 creemos necesario proponer las siguientes pautas interpretativas generales:

i) La información aportada por el aspirante a delator premiado debe ser objeto de la ***mayor corroboración posible*** atendiendo a las circunstancias del caso a fin de que refleje una alta probabilidad en la comisión de un delito. Dicha verificación debe comprender a cada una de las afirmaciones que sirven para pedir y fundar una medida tan gravosa y extrema como la prisión preventiva.

   Esta exigencia se basa en que el Estado y el sistema de justicia por la naturaleza eminentemente transaccional y mercantil de la delación premiada (información a cambio de beneficios) deben establecer una especial diligencia, cuidado y control adecuado a la hora de verificar la información proporcionada.

   La necesidad de evitar errores judiciales (falsos positivos), tan comunes y manifiestos en la experiencia judicial comparada y peruana, debe conducir en extremar las cautelas a la hora de conceder valor probatorio al aporte de información que lo único que busca es obtener un beneficio rápido, sencillo e inmediato más que servir a los intereses de la justicia y a la consolidación de un proceso con todas las garantías.

ii) El carácter reservado del proceso especial (y autónomo) de colaboración eficaz lleva a un profundo resquebrajamiento del derecho a un proceso justo y equitativo (artículo 8 de la CADH y el artículo 14 del PIDCP). Aquí más que aspirar a un proceso con todas las garantías, o siquiera a un proceso con garantías mínimas, solo es posible lograr un proceso con el respeto de ciertos y muy contados derechos procesales, muchas veces inútiles e ineficaces para proteger la libertad personal.

Por ejemplo, en el proceso de colaboración eficaz y su relación con la prisión provisional es posible constatar la nula vigencia del derecho de defensa que reclama la necesidad de conocer la evidencia incriminatoria y contar con la oportunidad de confrontarla y refutarla de manera adecuada, situación a la que no se puede acceder debido a que ni el imputado o su defensa conocen la identidad del colaborador o siquiera han tenido la oportunidad de interrogarlo de manera adecuada a fin de desvirtuar el sentido de su declaración.

La ley procesal peruana autoriza que la información de un proceso de colaboración eficaz pueda ser utilizado en un proceso derivado o conexo para pedir y fundar medidas coercitivas, pero lo que lamentablemente no permite es que la defensa del imputado pueda controlar la información que le perjudica, que se termina usando en su contra y que tiene como fuente de origen el proceso de colaboración eficaz.

Se infringe la regla de que la utilización probatoria de la declaración del coimputado debe estar sometida al cumplimiento de las garantías procesales derivados del respeto del derecho de defensa y el contradictorio[181].

Creemos, que el claro y deplorable déficit de participación de la defensa en la formación y el uso de la prueba en el proceso de colaboración eficaz que termina amparando una prisión preventiva debe conducir a que se maximicen las exigencias de máxima corroboración de la información aportada por el postulante a delator[182].

Si el derecho a la defensa, en su manifestación de contradecir los cargos, es prácticamente inexistente en el proceso de colaboración eficaz, y en el mejor de los casos a la hora de discutir la prisión provisional se reduce a la mínima expresión, la única manera de cubrir y llenar dicha deficiencia que afecta el núcleo del proceso justo es reclamar que haya la máxima corroboración posible respecto a la información proporcionada por el delator[183].

---

181 Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 118.

182 En sentido semejante: TALAVERA ELGUERA, PABLO; *La Prueba penal*; p. 191.

183 Cfr. CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS; *El derecho a interrogar a los testigos*; Lima; Instituto Pacífico; 2017; pássim.

La Corte Suprema de Justicia del Perú, con razón, y tomando como base diversas sentencias del TC español y el TS español ha sostenido que: "La exigencia de corroboración será más intensa cuando la sindicación ha tenido déficits de contradicción; el coimputado declaró sin que participe en su testimonio la defensa del afectado por su relato para cumplir con la llamada "cláusula de confrontación"; artículo de la 8.2.f de la CADH (véase, por ejemplo, SSTSE de seis de mayo de dos mil once, veintitrés de julio de dos mil cuatro y diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos; y, SSTCE de veinticinco de febrero de dos mil diez, dieciocho de mayo de dos mil nueve, tres de julio de dos mil seis, uno de junio de dos mil nueve y catorce de febrero de dos mil cinco)[184]".

iii) La exigencia de la ***mayor corroboración posible*** compatible con la alta probabilidad de la comisión del delito debe conducir a que los órganos jurisdiccionales encargados de resolver los casos de prisión preventiva sobre la base de la información aportada por los postulantes a delatores premiados sean los más estrictos y rigurosos a la hora de controlar si ha existido diligencia adecuada, el cuidado necesario y si efectivamente se ha cumplido con corroborar el núcleo de la imputación que se apoya en la información aportada por el colaborador.

El control que se exige debe ser tanto un control que incida sobre[185]: a) la credibilidad interna del delator premiado a fin de determinar si existe móviles espurios, hay un ánimo de venganza etc.; b) sobre los datos objetivos, externos, los hechos y pruebas que corroboran la información muchas veces superficial, aunque impactante, que aportan los delatores.

6. ¿LA CORROBORACIÓN REQUIERE DE HECHOS, DATOS O DE OTROS MEDIOS DE PRUEBA?

Uno de los principales problemas que se presenta en torno a la exigencia de corroboración del artículo 158.2 del CPP es determinar si dicha exigencia legal debe entenderse como referida a hechos o datos externos o si se debe

184 Véase, el **R. N. N.º 2138-2016** del 10 de febrero del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

185 *Cfr.* San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 617.

interpretar como un efectivo reclamo de que exista medios de prueba independientes a la declaración del coimputado.

Una primera interpretación de la regulación legal exige simplemente hechos o datos externos a la propia declaración del colaborador o del coimputado. Basta que concurran ciertos hechos materiales que confirmen de alguna manera la versión del coimputado para que se entienda por suficientemente probado un determinado suceso. Por ejemplo, si el colaborador o el coimputado declara que la reunión para la entrega de la droga se llevó a cabo en una determinada casa basta comprobar que dicha casa existe para que la información se encuentre confirmada. Para este criterio se requiere la concurrencia de alguna información, de algún dato objetivo, concretamente de que haya un hecho externo, a fin de entender cubierto este requisito No se exige que existan otras pruebas de cargo adicionales, sino elementos objetivos (hechos) externos a la propia declaración del coimputado que avalen su credibilidad, la que puede continuar siendo la única prueba de cargo en la que se puede asentar una sentencia condenatoria[186] o una medida cautelar.

Incluso, es posible sostener en la línea de este criterio que se puede tratar de un hecho como también de un argumento probatorio (ni hecho, ni prueba), siempre que no provenga de la misma fuente informativa en examen y que sea idóneo para cumplir la función de verificación o corroboración.

Una segunda interpretación, a la que nos adherimos, considera que la corroboración exige la concurrencia de medios de prueba independientes, externos y autónomos a la propia declaración del colaborador o del coimputado. No basta la presencia de hechos, datos o cuestiones externas, sino que se requiere la concurrencia de medios de prueba, ya sean típicos (documentos, testimonios, pericias) o atípicos (v. gr. examen de ADN, etc.) que vinculen a la persona con el hecho imputado. Por ejemplo, en la sindicación de haberse

186 *Cfr.* SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 617; TALAVERA ELGUERA, PABLO; *La Prueba penal*; p. 192: "Para disipar cualquiera de esas sospechas objetivas, lo procedente es que el coimputado incriminador aporte algún dato externo que corrobore objetivamente su manifestación incriminatoria, con lo que así dejará de ser una mera imputación verbal y se convertirá en una declaración objetivada y superadora de la inicial sospecha que pesa en su contra. Porque lo que no parece admisible es fundamentar la condena del acusado en simples manifestaciones verbales de un coacusado, carentes de la menor corroboración objetiva".

producido una reunión en la que se cometió un determinado delito no basta que se acredite la existencia de la casa o el lugar de la reunión, ya que resulta indispensable que se pruebe (v. gr. con testimonios u otras pruebas: fotos, vídeos, etc.) que efectivamente dicha reunión se llevó a cabo fijando, además, de manera precisa y adecuada el contexto espacial y temporal: el cuándo, cómo y dónde se produjo la reunión[187].

La postura correcta que interpreta la ley procesal exige que la corroboración se lleve a cabo con otros medios de prueba. El CPP dispone: "sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria" (artículo 158.2). Una interpretación conforme a la Constitución y a los Tratados de Derechos Humanos exige que la referencia a otros medios de prueba se debe producir con el pleno respeto a las garantías y principios procesales básicos[188]

187 En la doctrina se reclama que toda clase de declaración debe cumplir con la exigencia de una **relación** completa y circunstanciada de los hechos, véase: Ellero, Pietro; *La certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*; p. 142.

188 *Cfr.* Cúneo Libarona, Mariano (H); *La declaración del coimputado en el proceso penal*; pp. 183, 184 y ss; Miranda Estrampes, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 118: "La utilizabilidad en el proceso de las manifestaciones de un coimputado exige, con carácter previo, que las partes hayan tenido, como mínimo, la ocasión de interrogar al coimputado incriminante, bien durante las sesiones de la vista oral o bien en un momento anterior durante la tramitación del procedimiento. El *leading case* en esta materia viene representado por la STEDH caso LUCÀ contra Italia, de 27 de mayo de 2001, en donde extendió la aplicación de las garantías derivadas del art. 6.3.d) CEDH a las declaraciones de los coimputados, tanto si hubieran sido prestadas en el mismo procedimiento penal como en un procedimiento penal conexo. En dicha sentencia se apreció la existencia de una vulneración de los arts. 6.1 y 6.3.d) CEDH en un supuesto en que los Tribunales nacionales italianos habían condenado al demandante sobre la única base de las declaraciones de un coimputado realizadas en la fase de investigación (*indagini preliminari*) ante el Ministerio Público, sin que el demandante y su Letrado hubieran tenido la oportunidad de interrogarle durante el procedimiento pues en la vista oral se acogió a su derecho a no declarar. Un supuesto similar se planteó en la STEDH caso CRAXI contra Italia, de 5 diciembre 2002, pues la condena dictada por los Tribunales nacionales italianos se había basado, también, en las declaraciones hechas con anterioridad al proceso por los coimputados que en el acto del juicio oral se negaron a declarar acogiéndose a su derecho a guardar silencio (vid., especialmente, apartados 87-88)"; Sánchez Yllera, Ignacio; *Dudas razonables: la declaración de los coimputados*; en: Revista Xurídica Galega; N.º 50; 2006; p. 32: "Es preciso preguntarse también acerca de cuáles son las condiciones de validez de los elementos de

(derecho de defensa, el derecho a interrogar testigos contradicción, etc.). La Corte IDH ha señalado que: "es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de cualquiera de los derechos proclamados por ella[189]". Debe tratarse, por tanto, de elementos de corroboración obtenidos de otras pruebas autónomas practicadas en el proceso con todas las garantías (testificales, periciales, documentales, etc.)[190].

La corroboración a través de otros medios de prueba es lo que confiere racionalidad y valor a la declaración del colaborador o del coimputado[191], otorgándole sentido, credibilidad y fuerza probatoria, sin la cual no es posible desvanecer la presunción de inocencia. La corroboración es lo que desvanece la sospecha legítima que se cierne sobre la declaración del coimputado[192].

---

corroboración. Parece claro que éstos han de haber sido obtenido con todas las garantías (sin lesionar derechos fundamentales, con respeto a los principios de igualdad de armas y contradicción); es decir, deben reunir tanto en su obtención como en su modo de aportación al debate, todos los requisitos de validez exigibles para poder fundar sobre los mismos una condena, cualquiera que sea su fuerza autónoma de convicción"; ALCACER GUIRAO, Rafael; *La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH*; en: InDret 4/2013; octubre del 2013; p. 8.

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso CRAWFORD V. WASHINGTON, 541 U.S. 36 (2004) ha señalado que la cláusula de confrontación de la Enmienda Sexta de la Constitución estadounidense sólo permite la admisión en evidencia de una declaración testimonial hecha contra un acusado fuera de corte si (1) el declarante no está disponible para comparecer al juicio y (2) el acusado tuvo la oportunidad de contrainterrogar al declarante en el momento en que se hizo la declaración. De no satisfacerse estos dos (2) requisitos, la declaración sería prueba de referencia inadmisible contra el acusado, independientemente de que satisfaga una excepción a la regla de exclusión de prueba de referencia.

El Tribunal Supremo de Corte Rico en el caso "El Pueblo de Puerto Rico v. Ángel Santos Santos" del 31 de mayo de 2012 ha señalado que: "los derechos constitucionales no son susceptibles de maleabilidad a conveniencia. La Constitución dispone que todo acusado disfrutará del derecho a carearse con los testigos de cargo".

189 Corte IDH: *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, PÁRR. 14.

190 Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 126.

191 Cfr. CÚNEO LIBARONA, MARIANO (H); *La declaración del coimputado en el proceso penal*; p. 187.

192 Cfr. ELLERO, PIETRO; *La certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*; p. 216.

La corroboración debe determinarse y examinarse caso por caso de manera detenida y cuidadosa[193].

7. ¿EN QUÉ ASPECTOS Y ELEMENTOS DEBE RECAER LA CORROBORACIÓN?

Uno de los problemas más importantes acerca de la declaración del colaborador eficaz o del coimputado es determinar el objeto en el que debe recaer la corroboración o la verificación a fin de dotar de contenido al artículo 158.2 del CPP.

Una primera lectura entiende que lo que debe ser confirmado o corroborado es la declaración y versión de los hechos aportada por el coimputado. Bastara aquí aportar nuevos argumentos que hagan más creíble y verosímil la versión facilitada por el coimputado. Para esta tesis se puede evaluar aquí la propia coherencia interna, si ha habido o no retractaciones a lo largo del proceso, si el coimputado se ha autoinculpado o si otros coimputados mantienen la misma versión. Lo que importa es dotar de racionalidad y verosimilitud a la declaración del coimputado sobre la base de criterios y elementos internos a la propia versión que se brinda. El eje central de la evaluación judicial es la declaración del coimputado y su valor interno, tanto en el desarrollo del proceso como en sus particularidades internas.

La crítica que se dirige a esta postura es que desnaturaliza y vacía por completo y de contenido el mandato legal que exige medios de prueba independientes que corrobore la declaración del coimputado, tomando en cuenta el sentido propio de la declaración: su verosimilitud, coherencia interna como su desarrollo procesal: si hubo o no retractaciones y contradicciones internas. La ley procesal no solo exige un análisis interno o intrínseco de la declaración, sino que reclama un paso más de carácter decisivo: que se debe corroborar, verificar o confirmar los datos esenciales de la declaración con otros medios probatorios independientes y autónomos a ella. A la evaluación de la declaración se le añade e incorpora la exigencia de que haya medios de prueba (típicos o atípicos) que acrediten los extremos esenciales de la declaración del coimputado. La coherencia o la credibilidad del relato prestado

193 Cfr. Fernández López, Mercedes; *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*; en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; p. 8.

por el coimputado no basta para enervar la presunción de inocencia como tampoco basta el conjunto de buenos argumentos que puede tejerse alrededor de su calidad y sentido. Se requiere que el relato vaya acompañado de manera obligatoria de concretos y específicos medios de prueba, autónomos e independientes, que permitan lograr un control externo.

Una segunda lectura considera que lo que debe ser corroborado a nivel de la investigación, el proceso penal o el juicio oral es la declaración incriminatoria (sindicación) del coimputado en sus elementos esenciales y que se formula contra un tercero vinculándolo como autor o partícipe de un hecho punible (delito o falta). Dentro de esta posición se encuentran dos variantes o fórmulas.

Una de ellas considera que cualquier declaración incriminante puede y debe ser corroborada externamente por la fiscalía o los órganos judiciales a fin de determinar si efectivamente tiene asiento objetivo, es verosímil y está dotado de credibilidad. No se distingue entre una declaración y otra, no se requiere un contenido mínimo y menos se impone ciertos requisitos condicionantes. Otra de las variantes interpretativas que se plantean es sostener que solo las declaraciones creíbles, verosímiles podrían y merecerían ser corroboradas[194]. Para este criterio: "la versión de los hechos que se expresa en la manifestación del coimputado ha de ser objetivamente creíble, ha de reflejar una de las versiones posibles de los hechos debatidos. Si el contenido de la declaración del coimputado es en sí mismo increíble o de imposible realización no tiene sentido tratar de corroborar sus manifestaciones. Por ello, corroborar no consiste en razonar acerca de la credibilidad de la versión de los hechos manifestada, sino que es preciso acreditar su contenido, al menos parcialmente, de otra manera. La verosimilitud de la versión del coimputado, es un prius lógico de la corroboración, no su objetivo[195]". Lo acertado de esta segunda variante es reclamar que para que una declaración pueda ser

194 Véase, SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio; *Dudas razonables: la declaración de los coimputados*; en: Revista Xurídica Galega; N.º 50; 2006; p. 31.

195 Véase, SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio; *Dudas razonables: la declaración de los coimputados*; en: Revista Xurídica Galega; N.º 50; 2006; p. 31. También: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 123; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes; *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*; en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho; N.º 15; 2007; p. 6: "En primer

corroborada debe cumplir con ciertos requisitos elementales, siendo uno de ellos el de que se trate de un relato verosímil, creíble y dotado de una mínima racionalidad.

Una tercera lectura, a la que nos acogemos, considera que la corroboración debe versar sobre dos cuestiones decisivas desde el punto de vista constitucional y legal.

La primera exigencia es que la corroboración debe concentrarse en la concurrencia de los medios de prueba que confirmen o ratifiquen la versión nuclear aportada por el coimputado y/o colaborador. Dichos medios de prueba deben respaldar la sindicación proporcionada, de tal manera que han de tener el mismo signo y sentido incriminatorio, ya que si dichos medios de prueba son favorables a la posición del imputado o simplemente no confirman la declaración prestada no puede entenderse que haya una verificación o corroboración externa exitosa. Por ello, no basta con que haya medios de prueba autónomos (pericias, testimonios, documentos, etc.), sino que el resultado probatorio y el sentido de dichos medios de prueba deben avalar y ser confirmatorios de la versión incriminante del coimputado. La corroboración requiere que la sindicación encuentre apoyo y respaldo en otros medios de prueba que confirmen los datos e información proporcionada.

La segunda exigencia es que la corroboración no solo debe tomar en cuenta la declaración del coimputado, sino que reclama que la misma se relacione con la imputación del Ministerio Público y sobre todo con el cumplimiento del principio de legalidad y que postula la acreditación del injusto penal en sus aspectos objetivos y subjetivos. Si bien la ley procesal alude a "*otras pruebas que corroboren sus testimonios*" (artículo 158.2 del CPP) colocando el eje hermenéutico en la verificación de los "testimonios" una interpretación teleológica del precepto lleva a exigir que la corroboración debe guardar relación directa con la acreditación de los elementos objetivos y subjetivos del delito, toda vez que puede ocurrir que la declaración del coimputado sea verosímil y se encuentre respaldada con algún medio de prueba pero tanto la versión y los medios de prueba no guarden relación directa con la imputación formulada y menos con la acreditación del injusto penal.

---

lugar, que la declaración prestada no resulte fantasiosa o increíble por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia".

La postura planteada reclama la exigencia legal de la corroboración en dos niveles o escalas: i) el primer nivel referido a la verificación de la declaración incriminante o perjudicial del coimputado en sus aspectos nucleares, siempre que dicha versión sea creíble y verosímil; ii) el segundo nivel referido a relacionar la corroboración externa de la declaración con la imputación concreta formulada y sobre todo con los elementos objetivos y subjetivos del delito.

Lo dicho nos lleva a sostener que la corroboración de la declaración del coimputado no debe versar sobre cualquier extremo de la declaración -que puede tener puntos absolutamente irrelevantes para el Derecho penal- sino que debe recaer sobre aspectos esenciales y decisivos que para ser tales deben encontrarse obligatoriamente relacionados con los elementos esenciales del delito. La corroboración de aspectos irrelevantes de la declaración que no tengan que ver, por ejemplo, con la acreditación del injusto penal carecerán de relevancia y no pueden ser utilizado como prueba de cargo idónea para desvanecer el principio de la presunción de inocencia. Ese es el caso en el que se corrobora una relación de amistad previa entre los coimputados, según la versión de uno de ellos, pero que dicha corroboración no guarda vínculo alguno con el núcleo de la imputación y con el concreto delito atribuido.

Por tanto, la corroboración para que logre desvirtuar la presunción de inocencia debe recaer en los aspectos esenciales de la sindicación del coimputado y su conexión con la imputación referida a la acreditación de los elementos nucleares del delito.

La corroboración externa de la declaración de un copartícipe requiere que se pruebe los siguientes aspectos en un grado alto probabilidad en el caso de la prisión provisional:

i) Debe corroborarse la existencia del hecho punible (delito o falta) que se menciona ha ocurrido o se ha perpetrado, sea que se trate de un delito consumado o tentado. Si no se corrobora con medios de prueba el delito cometido no tiene sentido verificar si alguien lo ha realizado;

ii) Es necesario que se corrobore las concretas y específicas circunstancias de cómo y de que manera se ha cometido el hecho, en lo que se refiere a tiempo, modo y lugar a fin de precisar una imputación detallada y minuciosa;

iii) Es indispensable que se corrobore la concreta intervención de una persona como autor o partícipe de un delito. Se trata de una corroboración externa no tanto del delito como de la *intervención en la comisión de un hecho punible*[196]. La mayor exigencia de corroboración no tanto descansa en la acreditación razonable de si un hecho o no se ha cometido, sino a si efectivamente una persona ha intervenido, ya sea como autor (directo, coautor, autor mediato) o partícipe (cómplice o instigador). En necesario que se precise y determine cómo y de qué manera ha intervenido una persona, cuál ha sido su aporte y cuándo se realizó la conducta atribuida. Puede haber corroboración de que el delito se ha cometido, pero puede faltar la prueba de que una persona efectivamente ha intervenido en su comisión.

iv) Es necesario que se corrobore más allá de toda duda razonable en caso de condena y en un alto grado de probabilidad en caso de la prisión provisional los elementos objetivos y subjetivos delito. Se debe confirmar de manera razonable la realización de una conducta, de un resultado (material o de peligro), la relación de causalidad o de imputación objetiva y algún otro elemento normativo del tipo (v. gr. engaño, ardid, violencia, amenaza, etc.). Asimismo, se requiere que haya una corroboración adecuada de los elementos subjetivos del delito como, por ejemplo, el dolo en el sentido de conocimiento de la aptitud lesiva de la conducta. Por ejemplo, cuando se detiene a una persona en el lugar de los hechos (accidente de tránsito, pase de droga, etc.), -situación que configura un indicio de oportunidad y facilidad para la comisión del hecho- debe acreditarse razonablemente que conocía los hechos que se le imputan (v.

196 *Cfr.* Miranda Estrampes, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; pp. 127 y 128: "Ya no es suficiente con que la declaración del coimputado se corrobore en cualquiera de sus puntos o extremos (corroboración genérica), sino que es necesario que dicha corroboración se predique de la participación del tercero incriminado, esto es, de su implicación en los hechos (corroboración concreta y específica), de tal manera que permita establecer algún tipo de conexión objetiva entre este tercero incriminado y los hechos objeto de imputación". Luego señala que: "nos encontramos ante un modelo de atendibilidad extrínseca reforzada por la finalidad del elemento corroborante en cuanto debe ir necesariamente referido al dato de la participación en los hechos punibles".

gr. homicidio a título de dolo eventual; que la sustancia que iba a recibir era droga).

En suma, la corroboración externa debe incidir en los aspectos nucleares de la declaración del colaborador vinculada a una imputación concreta que se relaciona con los elementos objetivos y subjetivos de una figura delictiva. No basta que se trate de una comprobación periférica, marginal o que se busque confirmar elementos vagos o genéricos de la declaración.

Por otro lado, debe destacarse que los medios de prueba externos de corroboración no necesitan formar prueba plena o suficiente de la intervención del coimputado en el hecho punible que se le atribuye, pues de ser así la problemática de la declaración incriminatoria del coimputado se diluiría por completo en la medida que si la prueba de cargo, además, de idónea es suficiente para acreditar la culpabilidad de una persona al margen de una declaración sospechosa no tiene sentido preguntarse sobre la problemática de la sindicación del coacusado[197]. En efecto, si la prueba distinta a dicha sindicación es autosuficiente y completa, queda claro que no necesita plantearse si la presunción de inocencia se puede desvirtuar acudiendo a la declaración del coimputado[198].

La corroboración es un requisito legal externo de carácter positivo de la sindicación del coimputado a fin de que pueda contar con eficacia probatoria y de esta manera esté en condiciones de desvirtuar la presunción de inocencia.

La importancia de la corroboración externa lleva a destacar qué elementos y aspectos deben ser excluidos de la noción de corroboración como, por ejemplo:

No constituye corroboración el acudir a que la declaración del coimputado es persistente y regular en el tiempo. El hecho de que la sindicación se repita y mantenga en un proceso no puede ser considerado como un elemento que la verifica;

---

197 Véase, SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio; *Dudas razonables: la declaración de los coimputados*; en: Revista Xurídica Galega; N.º 50; 2006; p. 32.

198 Véase, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 125.

i) Tampoco se puede considerar como elemento de corroboración la ausencia de incredibilidad subjetiva de la declaración, sea que se trate de la presencia o no de móviles espurios, de ánimo de exculpación, de la personalidad del delator y las relaciones personales con las que se cuente[199];

ii) De igual forma, no se puede considerar como elemento de corroboración la confesión del inculpado en la investigación o la que se lleva a cabo en otro proceso. La confesión de una persona de haber cometido un delito solo redunda, en la medida que haya otros elementos de corroboración, en su posición jurídica y no puede ser utilizada como prueba autónoma en perjuicio de terceros[200]. No se pueden considerar veraces, sin más, las declaraciones autoinculpatorias que poseen signo incriminatorio contra otras personas (coimputados).

iii) El hecho de que la persona (coimputado) realice descargos fútiles[201], poco creíbles o escasamente consistentes no puede ser estimado como

---

199 *Cfr.* Miranda Estrampes, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 121.
La STC español 165/2005 del 20 de junio considera: "la corroboración mínima resulta exigible, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, y que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna, carecen de relevancia como factores externos de corroboración".

200 Véase, Sánchez Yllera, Ignacio; *Dudas razonables: la declaración de los coimputados*; en: Revista Xurídica Galega; N.º 50; 2006; p. 32: "la autoinculpación del coacusado no refuerza la credibilidad de sus inculpaciones a terceros por cuanto no es la absolución el único fin espurio que puede perseguirse con la falsa incriminación de otros, y menos aún si la autoinculpación se produce después de que otra actividad probatoria haya acreditado contundentemente la culpabilidad del coacusado. Entiendo importante prevenir aquí frente a lo que la doctrina italiana llama credibilidad "per traslazione", error lógico que, no sin ciertas reminiscencias inquisitivas, lleva automáticamente a considerar veraces los testimonios incriminatorios autoinculpatorios".

201 Miranda Estrampes, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 129.
Véase, la Sentencia del Tribunal Constitucional Español: 55/2005 del 14 de marzo: "en el presente caso el único elemento de corroboración mínima aportado por los órganos judiciales es la futilidad del testimonio de descargo sobre que el recurrente estaba en pri-

indicio de corroboración y menos como una verificación externa. En pocas palabras, el indicio de mala justificación no puede ser considerado como un medio de prueba externo que forma parte de la corroboración;

iv) Los argumentos acerca de la potencia y capacidad acreditativa de la sindicación del coimputado no constituyen un elemento de corroboración y menos un medio de prueba idóneo. La gran verosimilitud y la enorme capacidad de convencimiento de una declaración incriminatoria no representa de alguna forma un elemento de verificación racional, pues se

---

sión el día de los hechos. Circunstancia que, en sí misma considerada, a lo sumo, podría servir para concluir de manera directa que no ha quedado acreditado el lugar en el que el recurrente estaba cuando se cometieron los robos, pero de la que no cabe extraer, como consecuencia lógica e inmediata, y tal como pretenden las resoluciones impugnadas, que quede corroborada la concreta participación que los coimputados atribuyen al recurrente en los hechos, ya que a partir de ella, y más allá de la declaración de los coimputados, ninguna conexión se puede realizar entre el recurrente y el lugar y el momento en que se produjeron tales hechos. En definitiva, que el recurrente hubiera mentido sobre dónde estaba el día de autos hubiera servido para afirmar que su relato alternativo no era eficaz como prueba de descargo frente a un eventual elemento autónomo de corroboración mínima de la participación que en los hechos le imputan los coimputados. Sin embargo, en ausencia de ese eventual elemento autónomo de corroboración, no puede admitirse, desde la perspectiva constitucional, que se considere un elemento de corroboración mínimo en el concreto aspecto relativo a la participación que se le imputa" (FJ 5). De igual manera, la STC español 165/2005 del 20 de junio sostiene que: "hemos tenido ocasión de señalar que la consideración de la falta de credibilidad del relato ofrecido por el recurrente en amparo como elemento externo de corroboración mínima de las declaraciones del coimputado plantea entre otros aspectos problemáticos, en lo que aquí y ahora interesa, si la futilidad de la declaración de descargo del recurrente puede ser utilizada, en sí misma, como elemento de corroboración mínima en el concreto aspecto exigido por la jurisprudencia constitucional de la participación del recurrente en los hechos que se le imputan, ya que, como hemos señalado con anterioridad, en los supuestos de declaraciones de coimputados el elemento de corroboración mínimo lo ha de estar en relación, no con cualquier tipo de afirmación contenida en las mismas, sino precisamente con la concreta participación del acusado en aquellos hechos (STC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5). En este caso, dicho testimonio, en sí mismo considerado, a lo sumo, podría servir para concluir de manera directa que el recurrente y doña María Dolores Rodríguez Prieto se conocían, pero de él no cabe extraer como consecuencia lógica e inmediata que quede corroborada la concreta participación en los hechos que se le atribuyen a don Antonio Morales Anaya, ya que a partir de tal testimonio, y más allá de la declaración de la coimputada, ninguna conexión se puede realizar entre aquel conocimiento y la adquisición periódica por don Antonio Morales Anaya de droga a doña María Dolores Rodríguez Prieto, procediendo después a su reventa a otras personas.".

requiere un medio de prueba distinto a la propia declaración. Por ejemplo, no se puede sostener de manera legítima para imponer una medida cautelar o una sentencia condenatoria el que la sindicación abunda en detalles, realiza un relato minucioso y la información que brinda solo lo puede tener un copartícipe y quien ha delinquido conjuntamente;

v) Un testigo de referencia no puede ser considerado como un elemento de corroboración externo dado que al igual que la declaración del arrepentido o delator como del coimputado constituye una prueba escasamente fiable.

vi) Los antecedentes criminales de una persona no pueden tampoco ser tomados en cuenta como elemento de corroboración. Una tendencia de vida, la inclinación al delito de la persona no acredita ni la comisión de un delito y menos tiene capacidad acreditativa para vincular a alguien como autor o partícipe de un hecho punible.

8. ¿LA DECLARACIÓN DE UN COIMPUTADO SE PUEDE CORROBORAR CON LA DECLARACIÓN DE OTRO COIMPUTADO?

Uno de los aspectos más problemáticos en la doctrina y jurisprudencia, nacional y comparada, reside en contestar la pregunta de si es posible corroborar la declaración de un coimputado con la declaración de otro coimputado o de varios coimputados. En buena cuenta, se trata de precisar si es legítimo y válido acudir o no a las declaraciones (o verificaciones) cruzadas o confirmatorias de varios coimputados sobre la participación de un tercero en la comisión de un delito y de esta manera destruir la presunción de inocencia.

Un criterio importante en el derecho y la jurisprudencia comparada considera absolutamente válido y correcto el poder corroborar la declaración de un coimputado con la versión de otro (o varios) coimputados[202]. Las razones que se esgrimen son variadas y entre los que se cuenta que "siendo la declaración de un coimputado medio de prueba directo nada impediría otorgarle naturaleza de elemento de corroboración de la declaración inculpatoria

202 De manera general: ELLERO, Pietro; *La certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*; p. 217.

de otro coimputado en la que se apunta como presunto partícipe en el hecho o hechos delictivos a un tercer coimputado[203]".

En la doctrina procesal peruana se rechaza expresamente, y con razón, el planteamiento de la verificación cruzada de las declaraciones del coimputado.

Al respecto, se sostiene que: "la sola verificación cruzada de las incriminaciones de coimputados no es suficiente, y que se requerirá siempre la corroboración extrínseca con otras pruebas distintas para dotar de credibilidad a dichas sindicaciones (modelo de verificación extrínseca reforzada)[204]" y que "la declaración de un coimputado no puede servir de elemento de corroboración de la declaración de otro coimputado. Lo que necesita ser corroborado no puede servir de elemento de corroboración[205]".

En la doctrina comparada el criterio que rechaza la verificación cruzada de otras declaraciones de los coimputados es el ampliamente mayoritario. Así, por ejemplo, MIRANDA ESTRAMPES sostiene: "el hecho de que la incriminación provenga de varios coimputados no actúa como elemento de corroboración recíproca del contenido de sus declaraciones, ni siquiera para el caso en que las mismas se presenten coincidentes, uniformes y carentes de contradicciones. Se excluye, por tanto, como elemento de verificación el denominado por la doctrina italiana como *riscontro incrociato* (verificación cruzada). La fuente de verificación debe buscarse en otros medios de prueba autónomos, sin que la declaración de varios coimputados que incriminan a la misma persona pueda ser utilizada con eficacia corroborativa[206]".

De igual modo, se sostiene que: "tampoco serían elementos corroboradores las declaraciones de otros coimputados, pues lo que en sí mismo ha de ser corroborado no puede servir como elemento de corroboración. La jurisprudencia inglesa es constante en esta línea al exigir desde 1832 (Caso Noakes) que la fuente de corroboración no sea sospechosa (untainted) y ha

203 *Cfr.* DÍAZ PITA, María Paula; *El coimputado*; p. 470.

204 TALAVERA ELGUERA, Pablo; *La Prueba penal*; p. 196.

205 SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 618.

206 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; pp. 128 y 129.

sido reiterada constantemente [Casos Baskerville (1916), Tumahole Bereng vs. R (1949), Prater (1960), o Kilbourne (1973)][207]".

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

"3° La declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado, ni así sean dos los coimputados que incriminen al recurrente, desde que tales versiones no se alzan como datos objetivos que puedan validar la declaración de otro coacusado de suerte que es necesaria la corroboración mediante algún dato externo a dichas declaraciones también en el supuesto de que haya una multiplicidad de coacusados. La insuficiencia intrínseca de este tipo de declaraciones proviene del hecho de que se prestan amparadas en el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable y, por ello, no pueden erigirse en elementos de mutua adveración[208]".

El Tribunal Constitucional español ha sostenido en la misma línea que:

"1) El hecho de que exista una pluralidad de declaraciones no implica en principio sin más que estemos ante elemento corroborador alguno, puesto que, como se ha afirmado más arriba, la declaración de un coacusado no se alza como dato objetivo que pueda validar la declaración de otro coacusado, sino que es necesaria la corroboración mediante algún dato externo a dichas declaraciones también en el supuesto de que haya una multiplicidad de coacusados, toda vez que la insuficiencia intrínseca de este tipo de declaraciones como prueba para destruir la presunción de inocencia proviene de que se prestan amparadas en el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable y, por ello, no pueden erigirse en elementos de mutua adveración" (...).

3) El suceso narrado por varios de los acusados, en el que aparece implicado el demandante de amparo como la persona que controlaba la droga en el origen, y que los órganos judiciales consideraron un dato objetivo, no deja de ser, precisamente, una declaración de coacusados, necesitada, por ello mismo, de algún elemento o dato objetivo de corroboración; esto es, dicho relato forma parte de las declaraciones de los coacusados y está sujeto, en consecuencia, al régimen de tal tipo de manifestaciones, precisando de un hecho, dato o circunstancia externa que lo confirme para constituir prueba de cargo bastante, o, dicho de otra forma, lo que necesita ser corroborado no puede servir, obviamente, como elemento de corroboración.

4) La aprehensión de la droga, si bien puede constituir, en abstracto, ese mínimo corroborador exigido, en este supuesto concreto sin embargo no puede considerarse tal, ya que de la mera ocupación de la sustancia estupefaciente,

---

207 *Cfr.* SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO; *Dudas razonables: la declaración de los coimputados*; en: Revista Xurídica Galega; N.° 50; 2006; p. 32.

208 Véase, el R. N. N.° 2138-2016 del 10 de febrero del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: SAN MARTÍN CASTRO).

> en los casos en los que fue aprehendida, no se deriva confirmación alguna de la participación del demandante en esas concretas operaciones[209]".

La jurisprudencia uniforme del TC español destaca que: "la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado[210], siendo por tanto precisa esa corroboración, a través de algún elemento externo, del contenido de las declaraciones también cuando hay una pluralidad de coimputados[211]". Por ejemplo, se estimó que: "se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, ya que la única prueba de cargo en que se basó su condena fue la declaración de los otros tres coimputados, sin que se pusiera de manifiesto en las resoluciones impugnadas la existencia de elementos externos e independientes a dichas declaraciones que permitieran considerar mínimamente corroborada la participación del recurrente en los hechos que en ellas se le imputan; lo que determina, para el restablecimiento del derecho vulnerado, que deba acordarse la anulación de las sentencias impugnadas únicamente en lo referido a la condena del recurrente"[212].

9. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA OBLIGA A UN TRÁNSITO NECESARIO: DE LA CORROBORACIÓN MÍNIMA A LA CORROBORACIÓN SUFICIENTE

Uno de los tópicos más importantes sobre los que se discute alrededor de la exigencia legal de corroboración es determinar si se trata de una corroboración mínima o una corroboración suficiente.

Un sector mayoritario de la doctrina[213] y la jurisprudencia peruana considera que la corroboración ha de ser mínima y no plena; en el sentido de que debe estar mínimamente corroborada por otras pruebas: la incriminación no ha de ser un dato probatorio aislado.

---

209 STCE 198/2006 del 03 de julio.

210 SSTC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1 y 198/2006 del 03 de julio.

211 STCE 198/2006 del 03 de julio.

212 Sentencia del Tribunal Constitucional Español: 55/2005 del 14 de marzo (FJ 6.)

213 Por todos, SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 617.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado respecto a la declaración del coimputado que:

> "Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador[214]".

El TC español ha señalado que: "la declaración inculpatoria del coacusado, que es una prueba constitucionalmente legítima, ha de venir mínimamente corroborada por algún hecho, dato o circunstancia externa para constituir prueba de cargo bastante en orden a destruir la presunción de inocencia, por cuanto al acusado le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad (art. 24.2 CE), de modo que sus manifestaciones, cuando son la única prueba, no alcanzan la suficiente entidad para desvirtuar aquella presunción"[215]. Se requiere esa mínima corroboración en relación precisamente con la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados[216].

Sin embargo, una posición minoritaria[217], que es la que se acoge aquí, considera que la corroboración de la declaración del coimputado –de la mano de la vigencia del principio de presunción de inocencia– debe ser una corroboración suficiente y adecuada en el caso de una sentencia condenatoria; o debe tratarse de una corroboración en un alto grado de probabilidad en el caso de la prisión provisional.

El CPP del 2004 incorpora en su articulado una regla de suficiencia probatoria referida a la declaración de arrepentidos, colaboradores y situaciones análogas, exigiendo, al igual que en los testigos de referencia, la concurrencia

---

214 Véase, el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116 del 30 de setiembre del 2005.

215 SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1; 1/2006, de 16 de enero, FJ 6 y 198/2006 del 03 de julio, FJ 4,a.

216 SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6.

217 Véase, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La declaración del coimputado como prueba de cargo (Condiciones de utilizabilidad y suficiencia probatoria)*; en: La prueba en el proceso penal acusatorio; p. 131.

de otras pruebas que corroboren sus testimonios (art. 158.2). Dicho precepto debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo II del TPCPP que cuando regula el principio de presunción de inocencia establece que para dictar sentencia condenatoria: "*se requiere de una **suficiente** actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales*".

En buena cuenta, por mandato expreso de la ley procesal se exige para que se emita una sentencia condenatoria el cumplimiento de por lo menos cinco requisitos: i) que exista actividad probatoria; ii) que la actividad probatoria sea de cargo; iii) dicha prueba debe ser suministrada por la acusación; iv) que la prueba de cargo sea obtenida y actuada con las debidas garantías procesales; v) que la actividad probatoria sea suficiente.

En el proceso penal no basta que concurra la prueba de cargo; es necesario que dicha prueba sea suficiente y completa.

La prueba de cargo debe ser suficiente en el sentido de que debe ser una prueba relevante, pertinente y que logre acreditar de manera sólida y fiable la imputación que trae el Ministerio Público o el querellante[218]. En la medida de lo posible la prueba de cargo debe ser una prueba plural, coincidente en los resultados de los medios de prueba y que confirme más allá de la duda razonable la vinculación del autor con un determinado hecho, sea como autor o partícipe. La prueba de cargo ha de ser de una suficiente entidad para justificar la expedición de una sentencia condenatoria; asimismo ha de ser de buena calidad y de relevancia para probar la hipótesis imputativa.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que: "uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-, ello quiere decir, primero, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio[219]".

---

218 *Cfr.* GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN; *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*; p. 235.

219 Véase, el Casación N.º 40-2011 del 20 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); Casación N.º 126-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Pe-

No basta que exista una mínima actividad probatoria o que la prueba sea de cualquier entidad y significado. La exigencia de una mínima actividad probatoria es distinta a que la actividad probatoria sea suficiente y de que en el caso concreto concurra una prueba abundante, plural y de signo incriminatorio. La suficiencia de la prueba de cargo es un requisito de mayor entidad que la mínima actividad probatoria (de cargo), tanto en sus aspectos cuantitativos como cualitativos[220]. Por lo general, la mínima prueba de cargo no supone que se alcance una prueba de cargo suficiente, pues solo alude a que haya prueba que sustente y/o confirme la imputación de manera incipiente.

Según Miranda Estrampes: "el nuevo texto procesal se decanta no por la simple exigencia de una mínima corroboración periférica en línea con la doctrina tradicional que había elaborado el TCE, sino que viene a acoger la última postura antes desarrollada que, como hemos visto, descarta su suficiencia probatoria, al exigir la presencia de pruebas autónomas que sean suficientes por sí mismas para acreditar la participación del acusado en los hechos[221]". Al respecto, ha destacado que "no es suficiente con una simple corroboración de aspectos fácticos periféricos, sino que tales pruebas adi-

---

nal Permanente (Ponente: Villa Stein); Casación N.º 96-2010 del 03 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Calderón Castillo); Casación N.º 148-2010 del 03 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); Casación N.º 161-2010 del 16 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); Casación N.º 10-2007 del 29 de enero del 2008 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Urbina Ganvini); Casación N.º 73-2010 del 14 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Urbina Ganvini).

220 *Cfr.* MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL; *La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: Análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC. (Radiografía de un giro constitucional involucionista)*; en: Revista Xurídica Galega; N.º 58; 2008; p. 23: "Toda condena penal no puede basarse exclusivamente en la presencia de ese minimun probatorio que tenga un contenido objetivamente incriminatorio, sino en la acreditación de los hechos y de la participación más allá de toda duda razonable. Y ese estándar probatorio exige de la fijación de reglas de suficiencia especialmente en aquellos casos en que las pruebas presentan un carácter intrínsecamente problemático que las hacen incompatibles con la consecución de dicho estándar, como es especialmente el supuesto de la declaración de los coimputados".

221 MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL; *La valoración de la prueba a la luz del nuevo código procesal penal peruano de 2004*; en: Instituto de Ciencia procesal; p. 23.

cionales deben corroborar el propio contenido íntegro de la incriminación formulada por el colaborador[222]".

10. LA JURISPRUDENCIA PERUANA SOBRE COLABORACIÓN EFICAZ Y SU RELACIÓN CON LA PRISIÓN PROVISIONAL. VALORACIÓN CRÍTICA

La jurisprudencia peruana establece la diferencia procesal entre colaboradores eficaces y testigos. Los colaboradores eficaces son ciudadanos investigados -directa o indirectamente vinculados al hecho- que dan información sobre la existencia de un evento delictivo, la participación de algún agente o los medios utilizados, lo cual debe ser corroborado. Sin embargo, los testigos son ciudadanos que no se encuentran comprometidos en la investigación, pero si tienen información relacionada al hecho delictivo[223].

La jurisprudencia peruana sobre el uso de la colaboración eficaz en la prisión provisional ha señalado que al: "versar sobre una medida restrictiva de la libertad, se ***exige expresamente*** según el mandato normativo, ***corroborarse los dichos de los colaboradores con otros elementos para poder imponer al imputado una medida coercitiva***[224]" (las negritas y las cursivas son del original).

---

222 MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL; *La valoración de la prueba a la luz del nuevo código procesal penal peruano de 2004*; en: Instituto de Ciencia procesal; p. 23.

223 Véase, la resolución del EXP. N.° 160-2014-72; in re Bermúdez Mendieta del 23 de abril del 2015 expedida por la Sala Penal Nacional; la resolución del EXP. N.° 00160-2014-1; in re Espinoza Linares y otros del 08 de setiembre del 2014 expedida por la Sala Penal de Apelaciones nacional especializada en crimen organizado; la resolución del EXP. N.° 00160-2014-34; in re Arroyo Rojas y otros del 13 de agosto del 2014 expedida por la Sala Penal de Apelaciones nacional especializada en crimen organizado; EXP. N.° 00160-2014-47; in re Carmen ramos y otros del 13 de agosto del 2014 expedida por la Sala Penal de Apelaciones nacional especializada en crimen organizado.

224 Véase, la resolución del EXP. N.° 00075-2017-3-5001 -JR-PE-03; in re Félix Moreno Caballero del 19 de mayo del 2017 expedida por la Primera Sala de Apelaciones de la Sala Penal Nacional: "La claridad del enunciado exceptúa de mayor análisis al respecto; es más, ocupa recordar que la interpretación extensiva y analógica quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos de conformidad con el artículo VII - inciso tercero del Título Preliminar del Código Procesal Penal, *correspondiendo al Juez respetar lo preceptuado y no claudicar en Causa alguna, menos ante eventuales agentes externos depresión psicológica que puedan presentarse.*".

Asimismo, se destaca, entre otros aspectos, que los elementos de corroboración deben estar vinculados no solo a la acreditación con alto grado de probabilidad del hecho punible, sino también de su presunto vínculo con autor del mismo[225].

Se resalta que la prisión provisional exige elementos objetivos y concretos de vínculo entre el autor y el hecho punible que se le atribuye; de tal manera que no bastan simples conjeturas y elucubraciones. Por ejemplo, un extracto bancario puede estar relacionada con otras personas relacionadas con el proyecto o que les sea de interés[226], pero no necesariamente con el imputado.

La jurisprudencia ha sostenido que la declaración puede emplearse conjuntamente con los demás elementos de convicción para requerir medidas limitativas de derechos y medidas de coerción, en proceso derivados y conexos al proceso de colaboración eficaz (artículo 48° del Dec. Sup. 07-2017); de tal manera que no es de recibo sostener que al tratarse solo de postulantes a colaboradores, sus versiones no pueden ser evaluadas judicialmente, ni considerarse fundados y graves elementos de convicción, para amparar un requerimiento de prisión preventiva[227].

La jurisprudencia peruana ha señalado en una oportunidad que la declaración de dos colaboradores eficaces sin que sus afirmaciones se encuentren corroboradas con elementos de juicio graves no basta para dictar prisión provisional[228].

Sin embargo, en otra oportunidad se destacó que basta la declaración de tres colaborares eficaces para sustentar la prisión provisional al considerar

---

225 Véase, la resolución del EXP. N.° 00075-2017-3-5001-JR-PE-03; in re Félix Moreno Caballero del 19 de mayo del 2017 expedida por la Primera Sala de Apelaciones de la Sala Penal Nacional.

226 Véase, la resolución del EXP. N.° 00075-2017-3-5001-JR-PE-03; in re Félix Moreno Caballero del 19 de mayo del 2017 expedida por la Primera Sala de Apelaciones de la Sala Penal Nacional.

227 Véase, la resolución del EXP. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

228 Véase, la resolución del EXP. N.° 00075-2017-3-5001 -JR-PE-03; in re Félix Moreno Caballero del 19 de mayo del 2017 expedida por la Primera Sala de Apelaciones de la Sala Penal Nacional (Voto en mayoría).

que: "si bien es cierto que la defensa cuestiona en general la declaración de los colaboradores eficaces; sin embargo, para el Colegiado estas se encuentran corroboradas unas con otras, y en cuanto a la atribución como miembro del entorno de Cesar Álvarez, presentan coincidencia manifiesta[229]". En otra ocasión se señaló que las declaraciones de los colaboradores se fortalecían entre sí pero además había declaraciones testimoniales que confirmaban sus dichos[230].

En la determinación de la prisión provisional no todos los elementos externos a una declaración de un colaborador pueden ser tomados en cuenta de manera mecánica y automática, sin razonamiento que lo justifique, como elementos graves y fundados. No todos los elementos de corroboración tienen la misma magnitud, intensidad y peso. Puede haber elementos que poseen una baja o mínima entidad probatoria y que por ello no pueden ser utilizados como elementos que sustenten una medida cautelar tan grave como la prisión provisional.

Asimismo, no todo elemento externo a una declaración puede ser considerado como un elemento de corroboración. Como se señaló anteriormente para que considere que haya una corroboración válida debe tratarse de medios de prueba típicos o atípicos.

En la legitimidad y validez constitucional de la prisión provisional la decisión judicial que declara fundado el requerimiento debe dar cuenta de

---

229 Véase, la resolución del EXP. N.º 160-2014-72; in re Bermúdez Mendieta del 23 de abril del 2015 expedida por la Sala Penal Nacional.

230 Véase, la resolución del EXP. N.º 00160-2014-34; in re Arroyo Rojas y otros del 13 de agosto del 2014 expedida por la Sala Penal de Apelaciones nacional especializada en crimen organizado: "para el Colegiado las declaraciones se encuentran corroboradas con testificales de otros ciudadanos, y que en cuanto a la atribución como miembro de la organización las declaraciones tienen coincidencia manifiesta, es decir, se corroboran unas con otras". También en el EXP. N.º 00160-2014-47; in re Carmen ramos y otros del 13 de agosto del 2014 expedida por la Sala Penal de Apelaciones nacional especializada en crimen organizado: "En el caso concreto, en relación al procesado si bien es cierto que la defensa cuestiona en general la declaración de los colaboradores eficaces; sin embargo, para la Sala las declaraciones se encuentran sustentadas con testificales de otros ciudadanos que no buscan un beneficio premial, y que en cuanto a la atribución que se le hace como miembro de una organización criminal las declaraciones tienen coincidencia manifiesta, es decir, se corroboran unas con otras, existiendo además otros elementos periféricos que las abonan".

manera exhaustiva no tanto de los elementos de corroboración que existen y que introducen válidamente en el debate, sino que se ha de analizar cada uno de los elementos indicando y justificando, con un razonamiento adecuado, a qué elemento se considera y se le atribuye la calidad de un elemento grave y fundado y a cuál no. Constituye una motivación claramente insuficiente e inconstitucional hacer un listado de los elementos que se considera de corroboración sin explicar su contenido y aporte probatorio al hecho y su vinculación de la persona como autor o partícipe del mismo. De igual forma, no es una motivación suficiente el clasificar e individualizar los elementos de corroboración, sin determinar a cuál se lo considera un elemento grave y fundado.

La ley procesal no exige que solo haya una lista de elementos de corroboración, sino reclama que se los individualice, que se analice cada uno de ellos, que se precise su aporte probatorio, que se determine su signo incriminatorio y que, además, se llegue a un determinado resultado probatorio, estableciendo que evidencia pueda ser considerada como un elemento ***grave*** y fundado que justifique la prisión provisional.

Creemos necesario reiterar aquí la necesidad de distinguir entre elementos de juicio fundados y elementos de juicio graves (ut supra). Puede haber evidencia o elementos que sean fundados, pero no alcancen a ser elementos de juicio graves.

En un caso concreto se sostuvo que si bien a razón de la declaración de los colaboradores eficaces, ***pudiera existir posibilidad*** de que los hechos hayan acontecido como se ha narrado; ***sin embargo no califican estos en un alto nivel de probabilidad***, o que pueda advertirse de la información acopiada que fluya ***como fundados más no como graves*** -de mayor convicción por su fiabilidad al haber sido corroborados- ***elementos de convicción*** que vinculen al investigado como presunto autor de los delitos atribuidos por el persecutor penal[231]. En otro caso se señaló que: "si bien de los elementos de convicción aportados resulta estimable la atribución al encartado de presunta pertenencia a una organización criminal en tanto habría desempeñado fun-

231 Véase, la resolución del **EXP. N.º 00075-2017-3-5001 -JR-PE-03; in re Félix Moreno Caballero** del 19 de mayo del 2017 expedida por la Primera Sala de Apelaciones de la Sala Penal Nacional.

ciones periodísticas que favorecerían a la misma, materia de investigación, tornándose en fundados; sin embargo, es preciso indicar que éstos no cuentan con la suficiente intensidad o gravedad incriminatoria para vincularlo en hechos que denoten un quebrantamiento del desempeño de su oficio"[232].

En efecto, la declaración de un colaborador eficaz, de un coimputado o de un testigo de referencia puede ser una pista para investigar, puede constituir una evidencia incriminatoria o a lo sumo un elemento de juicio fundado, pero por sí solo no puede llegar a ser un elemento de juicio grave. Para que ello ocurra debe estar acompañado de medios de prueba que lo corroboren de manera plural y grave.

No basta con sostener que "la versión de los colaboradores eficaces cuenta con actos de corroboración que permiten sostener que dichas declaraciones involucran a los imputados con los delitos que se les imputa", y que: "habiendo precisado circunstancias de lugar, modo y tiempo que nos permiten sostener, en este estadio inicial del proceso, que las indicadas reuniones, sí se realizaron[233]", dado que se debe analizar de manera exhaustiva y detallada si se está o no ante elementos graves y fundados y no simplemente a actos de corroboración que pueden no contar con la entidad y exigencia que la ley reclama.

Los medios de prueba que sirven para la corroboración de la declaración del coimputado o del colaborador no necesariamente son elementos graves que están en condiciones de legitimar la prisión provisional.

Asimismo, es necesario que la evaluación de los elementos de corroboración se realice primero de manera individual y luego de manera conjunta logrando realizar un análisis integral y razonado. Con razón, la

232 Véase, la resolución del **EXP. N.º 160-2014-72; in re Meléndez Ponce** del 23 de abril del 2015 expedida por la Sala Penal Nacional: "no obstante existir una fundada atribución de lo manifestado por los colaboradores eficaces, no se verifica en igual modo suficiente gravedad respecto a la resolución de editar notas periodísticas conforme a los fines de la Organización que lideraría César Joaquín Álvarez Aguilar, lo cual se considera indispensable para sustentar una medida cautelar personal de prisión preventiva en lo que respecta a Meléndez Ponce".

233 Véase, la resolución del **EXP. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado** del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

jurisprudencia peruana ha sostenido que: "todos los elementos corroborativos deben valorarse en forma conjunta para efectos de determinar la probable existencia de las conductas incriminadas y su vinculación con los imputados[234]". De igual manera, se ha sostenido que si a los elementos de convicción son considerados indicios, corresponde remitirnos a las pautas contenidas en el Recurso de Nulidad número 1912-2005-Piura del seis de setiembre de dos mil cinco, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su fundamento cuarto[235].

De la revisión de la jurisprudencia peruana es correcto sostener como elementos graves de corroboración en un delito de tráfico de influencias y de un delito de lavado de activos:

i) El contrato ficticio entre una empresa sucursal utilizada para operaciones de corrupción y una empresa offshore receptora de dineros ilícitos[236];

ii) Los vouchers de depósitos de dinero (v. gr. uno por US$ 1'000,000.00 de dólares y otro de US$ 250,000 dólares) desde la cuenta de la empresa offshore asociada a una empresa involucrada en actos de corrupción con otra empresa offshore[237].

iii) El allanamiento del domicilio de los imputados donde se encontró elementos relevantes (agendas, manuscritos) que darían sustento a la información brindada por los colaboradores, entre ellos, los manuscritos "amigos potenciales", los nombres y datos de las personas involucradas

234 Véase, la resolución del EXP. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

235 Véase, la resolución del EXP. N.º 00075-2017-3-5001 -JR-PE-03; in re Félix Moreno Caballero del 19 de mayo del 2017 expedida por la Primera Sala de Apelaciones de la Sala Penal Nacional.

236 Véase, la resolución del EXP. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

237 Véase, la resolución del EXP. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

en actos de corrupción, la hora de reuniones proyectadas, entre otros datos relevantes[238].

iv) El vínculo existente entre los imputados, conforme a la documentación presentada por el Ministerio Público (reportes telefónicos y boletos de viaje)[239];

En el caso del delito de asociación ilícita para delinquir pueden considerarse como elementos graves y fundados, junto a la declaración de un colaborador eficaz:

i) La declaración del testigo con código de reserva quien refiere que la persona imputada apoyó a la organización criminal desde su condición de fiscal[240];

ii) El acta fiscal de análisis preliminar en la que aparece el Cuaderno de Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones de las llamadas entrantes y salientes, donde se observa la diversa comunicación entre los integrantes de la organización criminal[241];

iii) Las declaraciones de tres testigos con código de reserva que señalaron que los imputados, de oficio periodistas, estaban vinculados a la organización criminal dirigida por un Gobernador Regional, quienes mensualmente se dirigían a la oficina denominada la "Centralita", a fin de cobrar por sus servicios[242];

iv) El acta de entrega y recepción de evidencia material por parte del colaborador eficaz en la que se puede constatar una serie de tomas fotográficas[243].

---

238 Véase, la resolución del EXP. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

239 Véase, la resolución del EXP. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

240 Véase, la resolución del A.V. 08-2015-1; in re Farro Murillo del 13 de julio del 2015 expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia.

241 Véase, la resolución del A.V. 08-2015-1; in re Farro Murillo del 13 de julio del 2015 expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia.

242 Véase, la resolución del EXP. N.º 00160-2014-1; in re Espinoza Linares y otros del 08 de setiembre del 2014 expedida por la Sala Penal de Apelaciones nacional especializada en crimen organizado.

243 Véase, la resolución del EXP. N.º 00160-2014-43; in re Milla Inca del 13 de agosto del 2014 expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional-Especializada en Crimen Organizado-.

En la imputación de un delito de cohecho pasivo, asociación ilícita para delinquir y colusión, pueden ser considerados como elementos graves y fundados de convicción, junto a la declaración del colaborador eficaz:

i) El tráfico de llamadas entre el imputado y el colaborador eficaz. El hecho de que el imputado no sea titular del número celular no excluye que sea usuario del mismo, máxime si había consignado en dos documentos de su agrupación política el número de contacto junto con su correo electrónico personal[244];

ii) El cuaderno de anotaciones de pagos y fechas de los mismos entregado por el colaborador eficaz[245];

iii) La entrega de un voucher que registra de manera concreta un depósito en la cuenta de la esposa del imputado y que había sido registrado en el cuaderno de pagos[246];

En el caso del delito de lavado de activos se considera a partir de la declaración de dos colaboradores eficaces como elementos graves y fundados de convicción:

i) el reporte de cuadro Excel con el nombre del imputado, unido al reporte de entregas de dinero por concepto de pagos a cuenta por bono, las copias de tres recibos de pagos a cuenta de comisiones para el investigado y ciertos pagos por concepto de honorarios[247];

---

244 Véase, la resolución del EXP. 00091-2014-13; in re Gregorio Santos Guerrero del 11 de julio del 2014 expedida por la Sala Penal de Apelaciones Nacional.

245 Véase, la resolución del EXP.00091-2014-13; in re Gregorio Santos Guerrero del 11 de julio del 2014 expedida por la Sala Penal de Apelaciones Nacional.

246 Véase, la resolución del EXP. 00091-2014-13; in re Gregorio Santos Guerrero del 11 de julio del 2014 expedida por la Sala Penal de Apelaciones Nacional.

247 Véase, la resolución del EXP. 150-2015-19-500l-JR-PE-03; in re González Campos del 24 de julio del 2015 expedida por la Sala Penal Nacional señala que la declaración de los colaboradores eficaces: "guardan coherencia con el contenido del acta de entrega y recepción de documentos efectuado por el colaborador CELAV 05-2015 de fecha 5 de junio del 2015, donde se hallan los siguientes: a) Reporte de cuadro Excel con el título "Robinson Gonzales", de cuyo contenido se aprecia que el 23 de octubre del 2012 habría recogido mediante recibo N.º 861 la suma de $/ 25,000.00 dólares americanos por concepto pago a terceros (comisión Ucayali) obrante a folios 2957 con una firma, entre otros; b) Reporte de entregas de dinero por concepto de pagos a cuenta por bono, dinero asignado por indicación del Dr. O-02 varios, de fechas 19

Creemos que no pueden ser considerados como elementos graves de corroboración de la declaración del delator, por ejemplo, en el delito de tráfico de influencias:

i) La existencia de una obra pública a través de la constatación de un acta de otorgamiento de la buena pro así como la celebración del Contrato público[248];

ii) La condición de funcionario público por parte de uno de los imputados (v. gr. Gobernador Regional) [249];

iii) El hecho de que un funcionario público haya designado en puestos claves a personas de su confianza, con quienes había mantenido vínculos previos por haber laborado en una municipalidad en donde había ejercido la condición de alcalde (v. gr. Presidente del Comité especial) [250];

iv) El hecho de que un funcionario sea designado como Jefe de una entidad adscrita al Gobierno Regional y con ello haya suscrito el contrato con la empresa favorecida[251];

v) La documentación de las bases administrativas de la obra que evidencia los parámetros altos que se exigieron en ellas con la finalidad de limitar

---

de octubre del 2011, 13 de marzo del 2012, 30 de mayo del 2012, 21 de junio del 2012, 3 de setiembre del 2012 y 20 de octubre del 2012; c) copias de recibos número 11549,11376,11078 de pagos a cuenta de comisiones para el investigado por montos de dos mil, cinco mil y cuatro mil dólares americanos, d) pagos por concepto de honorarios; documentos estos que poseen virtualidad sustancial como elementos de convicción".

248 De manera distinta, la resolución del Exp. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

249 De manera distinta, la resolución del Exp. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

250 De manera distinta, la resolución del Exp. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

251 De manera distinta, la resolución del Exp. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

la cantidad de postores y asegurar la buena pro a la empresa ganadora[252], sin explicar ni determinar cuáles eran dichas limitaciones;

vi) El hecho de que se acompañe documentos (dictámenes fiscales) en donde se acredita que un funcionario (fiscal superior) los emitió en el ejercicio de sus funciones[253] no prueba que se haya cometido el delito de tráfico de influencias ni que haya actuado dolosamente.

En la imputación del delito de asociación ilícita para delinquir no pueden ser considerados como elementos graves de juicio que puede fundar la prisión provisional:

i) El hecho de que el imputado haya sido una persona cercana al entorno de un Gobernador Regional acusado de diversos delitos, entre ellos asociación ilícita, y haya desarrollado labores de imagen a favor del mismo, habiendo sido designado Jefe de Imagen de la Sub Región Pacifico, es decir, asignándole el cargo de confianza. Incorrectamente se sostuvo sobre una débil máxima de la experiencia que: "los cargos de confianza solamente se asignan a personas que puedan cumplir con objetivos determinados de la institución o de la persona que los designa"[254].

Un cargo de confianza o cualquier designación (que haga o reciba) un funcionario público no puede ser considerado como un elemento grave de juicio que se relaciona con la comisión de un delito, máxime si tiene que ver con el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho al trabajo y

252 De manera distinta, la resolución del Exp. 00011-2017-5-5201-JR-PE-03; in re Acurio Titto y Salazar Delgado del 06 de junio del 2017 expedida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

253 De manera distinta, la resolución del A.V. 08-2015-1; in re Farro Murillo del 13 de julio del 2015 expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia.

254 En sentido contrario, la resolución del Exp. N.º 160-2014-72; in re Bermúdez Mendieta del 23 de abril del 2015 expedida por la Sala Penal Nacional: "La labor de periodista cuando es objetiva y ceñida a la verdad, desde el Derecho Penal, constituye una conducta neutral; sin embargo, cuando la misma se ejerce con el objeto de cumplir o contribuir a designios de una organización criminal ésta deja de ser neutral y puede ser considerada como un acto o conducta de participación en la comisión de hechos punibles". Luego, se señaló que: "el investigado al signársele como presunto participante de los designios de la organización criminal habría quebrantado la neutralidad de su profesión u ocupación de periodista, por tanto, no son amparables los argumentos de la defensa cuando señala que su patrocinado sólo realizaba labor de imagen".

el derecho de acceso a la función pública. En todo caso tendrían que producirse algunos otros indicadores objetivos para ser considerados como indicios graves de la comisión de un delito.

En el delito de lavado de activos no pueden considerarse como elementos de corroboración graves, junto a la declaración de los colaboradores eficaces o los coimputados:

i) los conceptos de pagos registrados a favor del imputado y que constan solo en los reportes Excel entregados por dos colaboradores eficaces (con fecha 16 de abril del 2015 y 5 de junio del 2015 respectivamente), los cuales sin otros elementos corroborativos no generan convicción meritoria[255]. Los cuadros Excel, las anotaciones a computadora (o los registros en papel) sin que se cuenten con una autoría identificada y definida (¿quién, cuándo y por qué los elaboró?) no pueden ser considerados siquiera elementos fundados de la comisión de un delito de lavado de activos.

11. LA INFORMACIÓN DE LA EVIDENCIA Y EL DERECHO A CONTROVERTIRLA EN LA PRISIÓN PROVISIONAL. LA EVIDENCIA RECOGIDA DURANTE LA RESERVA DE LA INVESTIGACIÓN Y LAS DECLARACIONES RESERVADAS COMO SUSTENTO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos al pronunciarse sobre la detención en un caso relacionado con la investigación de un delito de carácter terrorista, sostuvo que se puede presentar la situación de que un imputado es detenido fundándose en información fiable pero que dicha información no pueda ser revelada al imputado ni producida ante un tribunal para no poner en riesgo la fuente de la misma. El TEDH determinó que, aún si por las dificultades propias a la investigación y procesamiento de delitos de terrorismo lo "razonable" no siempre puede ser evaluado correspondiendo a los mismos estándares que un crimen convencional: "las exigencias derivadas de enfrentar la delincuencia terrorista no pueden justificar la expansión de la noción de "razonabilidad" hasta el punto de afectar a la esencia de la salva-

255 Véase, la resolución del Exp. 150-2015-19-5001-JR-PE-03; in re Reyes Matos del 24 de julio del 2015 expedida por la Sala Penal Nacional.

guardia garantizada por el artículo 5 1 c)" del Convenio Europeo[256]. Dicha decisión es suscrita en su integridad por la Corte IDH[257].

La Corte IDH, asumiendo la postura del TEDH, ha destacado la necesidad de que la defensa deba tener acceso a la información que funda y sustenta finalmente la investigación y, en especial, la medida cautelar de prisión preventiva a ***fin de poder controvertirla y discutirla***. En todo caso, cualquier afectación a la entrega de la evidencia que sustenta la investigación debe basarse en una causa objetiva, válida y necesaria. Al respecto la Corte IDH ha señalado:

> "En el presente caso no consta que el secreto de todas las actuaciones del sumario durante toda esa etapa procesal (ni de los "cuadernos reservados" aún después de ella) respondiera a una medida necesaria para proteger información que pudiera afectar la investigación. Consecuentemente, la defensa del imputado no tuvo la oportunidad de conocer ninguna de las actuaciones y pruebas en que se fundó su privación de libertad. Adicionalmente, la afirmación efectuada por el Ministro Instructor en el auto de procesamiento de que existían "presunciones fundadas para estimar que [al señor Ancalaf] le ha correspondido participación en calidad de autor de los tres delitos" investigados, **no estuvo acompañada de información específica que el imputado y su defensa pudieran controvertir**[258]. En consecuencia, la Corte determina que el Estado no cumplió el

256 TEDH, caso O'Hara C. Reino Unido, 16 de octubre de 2001, párrs. 34 a 35.

257 Norín Catrimán y Otros (Dirigentes,'Miembros y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) *C.* Chile del 29 de mayo del 2014 PÁRR. 319.

258 TEDH, caso A y Otros C. Reino Unido, N.º 3455/05. Sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 220. El Tribunal Europeo ha señalado que: "[l]a Corte considera, además, que el defensor especial podría desempeñar un papel importante para contrarrestar la falta de información completa y de la falta de una audiencia plena, abierta y contradictoria, evaluando la prueba y presentando argumentos a favor del detenido durante las audiencias a puerta cerrada. Sin embargo, el defensor especial no puede realizar esta función de una manera útil a menos que el detenido contara con suficiente información sobre los alegatos en su contra, para que él pueda dar instrucciones eficaces al defensor especial. Si bien esta cuestión debe decidirse en cada caso, la Corte observa que generalmente, cuando la prueba fue en gran medida revelada y el material público jugó un papel preponderante en la determinación, no se podría decir que al imputado se le negó la oportunidad efectiva de impugnar la razonabilidad de las creencias y sospechas que el Ministro de Relaciones Exteriores tenía sobre él. En otros casos, aun cuando todas o la mayor parte de la prueba subyacente permaneció sin revelarse, si las alegaciones contenidas en el material público eran suficientemente específicas, debería haber sido posible para el imputado de presentar a sus representantes y al defensor especial la información con la cual se puede refutar dichas alegaciones, si esta información existiera, sin la necesidad de que él conociera los detalles o las fuentes de la prueba que constituyó la base de las alegaciones". Sin embargo, si el material público fue constituido completamente por

requisito de establecer la existencia de elementos de convicción suficientes que permitan suponer razonablemente que personas ha participado en el delito que se investiga[259]". (*las negritas son nuestras*)

De igual manera, y de modo gráfico, la misma sentencia en el caso de otras personas privadas de su libertad por medio de la prisión provisional señaló:

"La decisión judicial que inicialmente dispuso la prisión preventiva de Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Patricia Troncoso Robles no cumplió con la exigencia de estar fundada en elementos probatorios suficientes para suponer razonablemente que dichas personas habían participado en el hecho delictivo investigado, pues se fundó únicamente en "declaraciones reservadas", sin exponer elementos que pudieran corroborar tal conclusión. Tales declaraciones se refieren a testimonios cuyo contenido no podía ser conocido por la defensa, ya que en esa etapa de la investigación en que se solicitó y ordenó la prisión preventiva se había decretado el secreto de las actuaciones de la investigación de conformidad con el artículo 182 del Código Procesal Penal por cuarenta días. Inclusive, cuando la jueza evaluó en audiencia la solicitud de prisión preventiva interpuesta por el Ministerio Público, la defensa hizo notar que se estaban utilizando "antecedentes a los cuales no había podido tener acceso".

Dicha referencia a las "declaraciones reservadas" no estuvo acompañada de argumentos o explicaciones adicionales que, aun sin revelar datos que requerían ser resguardados temporalmente respecto del medio de prueba, brindaran mayor información que permitiera conocer la justificación de la decisión judicial e hicieran posible para los imputados y su defensa controvertir la adopción de la medida cautelar de prisión preventiva. Consecuentemente, la defensa de los imputados no conocía la prueba ni información sobre los elementos que aquella supuestamente aportaba al juez para fundar sus consideraciones sobre la posible participación en el hecho delictivo[260]".

---

aseveraciones generales y la decisión [del órgano competente] de [...] mantener la detención fue basada solamente o en grado decisivo en material secreto, los requisitos procesales del artículo 5 § 4 no serían cumplidos". En este caso el Tribunal Europeo consideró que algunos imputados no estaban en la posición de impugnar de manera efectiva las alegaciones en su contra y, por lo tanto, encontró una violación del artículo 5 § 4 del Convenio Europeo.

259 NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) *C.* CHILE del 29 de mayo del 2014, párr. 319).

260 NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) *C.* CHILE del 29 de mayo del 2014, párr. 334, 335 y 350): "La decisión de imponer la prisión preventiva a Aniceto Norín Catrimán se fundó en testimonios que estaban "en reserva" porque se había decretado el secreto de una parte de las actuaciones de la investigación. Tampoco se dieron argumentos o explicaciones adicionales que, aun sin revelar datos que requerían ser resguardados temporalmente respecto del medio

La referida sentencia de la Corte IDH permite establecer algunas pautas interpretativas que se desprenden tanto de sus argumentos, como las referencias a la jurisprudencia del TEDH, tales como:

i) El imputado y su defensa deben conocer previamente la evidencia que sustenta la medida y debe acompañarse recaudos que contengan información específica. No basta la referencia genérica a "*pruebas o evidencia existente*" o a testimonios, documentos o comunicaciones que obran en la investigación. Se debe permitir de manera cabal y adecuada la identificación precisa e individualizada de la evidencia como también se debe conocer su contenido y la información que ella supuestamente aporta al juez para fundar sus consideraciones sobre la posible participación en el hecho. No basta la información oral. Es necesario que se proporcione y entregue al imputado, o a su defensa, copia de la misma a fin de que pueda conocerla y examinarla de manera seria y responsable.

   El abogado defensor, público o privado, no puede realizar esta función de una manera útil a menos que el detenido cuente con suficiente información sobre los alegatos en su contra, a fin de que pueda dar instrucciones eficaces al defensor.

   El derecho a un juicio justo y las exigencias del derecho de defensa exigen que las autoridades judiciales deben revelar y poner a disposición de la defensa todas las pruebas materiales en su poder a favor o en contra del acusado[261]. Los órganos de justicia deben adoptar las medidas pertinentes para que la evidencia y los documentos se encuentren a disposi-

---

de prueba, brindaran mayor información que permitiera conocer la justificación de la decisión judicial e hicieran posible para el imputado y su defensa controvertir la adopción de la medida cautelar de prisión preventiva. Por lo tanto, no se ajustó a uno de los requisitos de la Convención Americana".

261 TEDH en los casos: Leas C. Estonia, del 06 de marzo del 2012, párr. 77; GEORGIOS PAPAGEORGIOU V. GRECIA del 05 de setiembre del 2003, párr. 36; Matytsina V. Rusia del 27 de marzo del 2014, párr. 201; Klimentyev C. Rusia 16 de noviembre del 2006, párr. 109; Rowe Y Davis C. Reino Unido del 16 de febrero del 2000, párr. 60; Fitt C. Reino Unido 16 de febrero del 2002, párr. 44; Mckeown C. El Reino Unido, 11 de enero del 2011, párr. 45; P.G. Y J.H. C. Reino Unido del 25 de setiembre del 2001, párr. 67; Jasper C. Reino Unido del 16 de febrero del 2000, párr. 51; Dowsett C. Reino Unido del 24 de junio del 2003, párr. 41; Edwards V. El Reino Unido del 16 de diciembre de 1992, párr. 36; Brandstetter V. Austria del 28 de agosto de 1991, párr. 66 - 67; Natunen C. Finlandia del 31 de marzo del 2009, párr. 39; Janatuinen

ción de las partes[262]. No solo la fiscalía con la disposición de la evidencia debe estar en condiciones de manejar y controlar el uso de la evidencia, construyendo su caso, su estrategia de investigación y la posterior acusación. También la defensa tiene derecho a contar con la información y la evidencia que está en manos de la fiscalía a fin de poder cuestionarla, criticar su legalidad o constitucionalidad, su relevancia, su fiabilidad y de este modo diseñar la mejor estrategia defensiva.

El no revelar la evidencia material a la defensa impide que esta pueda desplegar argumentos fácticos o probatorios tendientes a oponerse a la prisión provisional, la exoneración de la imputación o, por lo menos, reducir los términos de una posible condena, afectando con ello el derecho a contar con los medios necesarios para preparar y organizar la defensa[263]. La apertura y disposición de la evidencia a las partes no es un acto de fina cortesía, o de generosa apertura de la fiscalía. Se trata en buena cuenta de llenar de sentido material al derecho de defensa y en particular al derecho de contar con los medios necesarios para organizar la defensa. Por ejemplo, se afecta el derecho de defensa cuando se niega una copia de la grabación en la que se intercepta una conversación telefónica o simplemente no se le permite a la defensa el acceso a las grabaciones originales, situación que le impide cuestionar la fiabilidad de la prueba[264].

ii) El imputado y su defensa deben tener la oportunidad de controvertir, cuestionar o refutar la evidencia en su contra. Una de las manifestaciones más importantes del ***derecho a la prueba*** es la posibilidad de que las partes, y en especial, el imputado pueda controvertir la prueba de cargo, cuestionando su origen, la identidad y credibilidad de la misma, las contradicciones y vacíos que presenta o su alcance. Sin embargo,

---

C. FINLANDIA del 08 de diciembre del 2009, párr. 41; MILAN C. ITALIA, 02 de diciembre del 2004.

262 KEROJÄRVIC. FINLANDIA, 19 de julio de 1995, párr. 42.

263 TEDH casos: ČERNÁK V. ESLOVAQUIA, 17 diciembre 2013, párr. 80; JANATUINEN C. FINLANDIA del 08 de diciembre del 2009, párr. 45; NATUNEN C. FINLANDIA del 31 de marzo del 2009, párr. 43; LEAS C. ESTONIA, del 06 de marzo del 2012, párr. 81; BERARU C. RUMANIA, 18 de marzo del 2014, párr. 81.

264 CEVAT SOYSAL C. TURQUÍA, 29 de septiembre del 2014, párr. 67.

para controvertir la evidencia es necesario que se la pueda conocer a plenitud, previamente.

Al acusado se le debe dar la oportunidad adecuada y apropiada para impugnar las pruebas en su contra y debe contar con la oportunidad de confrontarse con los testigos a fin de objetar su declaración o la credibilidad de su testimonio[265]. A las partes se les debe dar la ocasión de impugnar la autenticidad de la evidencia y de oponerse a su uso[266]. La calidad de las pruebas debe ser tomada en consideración, incluyendo si las circunstancias en las que se obtuvo ponen en duda su fiabilidad o exactitud[267].

---

265 Véanse, las sentencias del TEDH en los casos: COLAC V. RUMANIA, 10 de febrero del 2015; parr. 41; SCHOLER C. ALEMANIA, 18 de diciembre del 2014, párr. 45; GÄFGEN C. ALEMANIA, 01 de junio del 2010, párr. 164; HÜMMER C. ALEMANIA, 19 de julio de 2012, párr 38; HORNCASTLE Y OTROS C. EL REINO UNIDO, 16 de diciembre del 2014, párr. 131; ELLIS Y SIMMS C. EL REINO UNIDO Y MARTIN C. EL REINO UNIDOS, 10 de abril del 2012, párr. 72; DELTA C. FRANCIA, 19 de diciembre de 1990, párr. 36; GUILLOURY C. FRANCIA, 22 de junio 2006; párr. 52; PESUKIC C. SUIZA, 12 de junio del 2012, párr. 44; W. C. FINLANDIA, 24 de abril de 2007; párr. 43; AH C. FINLANDIA del 10 de mayo del 2007; párr. 40; P.S. V. ALEMANIA del 20 de diciembre del 2001; párr. 21; S.N. C. SUECIA 07 de febrero del 2002; párr. 44; ASCH V. AUSTRIA, 26 de abril del 1991; párr. 27; WINDISCH C. AUSTRIA, 27 de septiembre de 1990; párr. 26; MIKA C. SUECIA del 27 de enero de 2006; párr. 35; BONEV C. BULGARIA del 08 de junio del 2006; párr. 43; AL-KHAWAJA Y TAHERY C. REINO UNIDO del 15 de diciembre de 2011; párr. 118; LU I V. CROACIA, 27 de febrero del 2014; párr. 72; KOVA C. CROACIA, 12 de julio de 2007; párr. 26; INSANOV C. AZERBAIYÁN; 14 de marzo del 2013, párr. 160.

266 Véanse, las sentencias del TEDH en los casos: JALLOH C. ALEMANIA del 07 de noviembre del 2006, párr. 95; HÜMMER C. ALEMANIA, 19 de julio de 2012, párr. 38; SIEVERT V. ALEMANIA, 19 de julio del 2012, párr. 58; PESUKIC C. SUIZA, 12 de junio del 2012, párr. 44; KHODORKOVSKIY Y LEBEDEV C. RUSIA, del 25 de julio del 2013, párr. 700; PANOVITS C. CHIPRE, 11 de diciembre del 2008, párr. 82; HUSEYN Y OTROS C. AZERBAIYÁN, 26 de julio del 2001, párr. 200; ELLIS Y SIMMS C. EL REINO UNIDO Y MARTIN C. EL REINO UNIDOS, 10 de abril del 2012, párr. 74; ALLAN C. REINO UNIDO del 11 de mayo del 2002, párr. 43; KHAN C. REINO UNIDO del 12 de mayo del 2000; párr. 35 y 37; BYKOV C. RUSIA, 10 de marzo de 2009, párr. 95; VYERENTSOV V. UCRANIA, 04 de noviembre del 2011, párr. 86; PAVLENKO C. RUSIA, 1 de abril de 2010, párr. 116; HEGLAS C. REPÚBLICA CHECA, 01 de marzo del 2007, párr. 86; BERARU C. RUMANIA, 18 de marzo del 2014, párr. 75; A.S. V. FINLANDIA, 28 de setiembre del 2010, párr. 52; P.K. C. FINLANDIA, 07 de julio del 2002.

267 A.S. C. FINLANDIA, 28 de setiembre del 2010; párr. 52; GÄFGEN C. ALEMANIA, 01 de junio del 2010; párr. 164; VYERENTSOV V. UCRANIA, 04 de noviembre del 2011; párr. 86.

El TEDH subraya que no es posible que un acusado pueda impugnar adecuadamente la fiabilidad de la prueba si no conoce ni es consciente de las pruebas en que se basa la imputación. El ejercicio del derecho de defensa requiere que el acusado cuente con la oportunidad suficiente para tomar conocimiento de las declaraciones y otras piezas de evidencia que subyace en la investigación, así como de los resultados de la policía y otras investigaciones que se han podido llevar a cabo[268]. La igualdad de armas no está garantizada si al abogado se le niega el acceso a los documentos, u otras pruebas, incorporadas al expediente de la investigación, más aún si dicha evidencia es esencial para impugnar de manera efectiva la legalidad de la detención de su cliente[269]. Por ello se viola el art. 7.6 de la CADH (similar al artículo 5.4 de la CEDH) si es que al abogado defensor del imputado se le deniega el acceso a la investigación o no se le brinda copia, por ejemplo, de las declaraciones de dos testigos que lo incriminan[270], o no se les permite cuestionar la fiabilidad o la fuerza probatoria de las declaraciones incriminatorias[271].

No basta con entregar un resumen o un extracto de las principales piezas procesales o la evidencia. Tampoco basta con entregar la disposición fiscal que funda, por ejemplo, el requerimiento de prisión preventiva y en la que se hace mención a la evidencia recogida.

En este ámbito cualquier restricción al derecho del detenido o su defensa de acceder a los documentos del expediente del caso, que forman la base de la acusación en su contra, o el derecho al contradictorio debe ser es-

268 TEDH casos: LIETZOW C. ALEMANIA, 13 de febrero de 2001, párr. 46; GARCÍA ALVA C. ALEMANIA, 13 de febrero de 2001, párr. 41; SCHÖPS V. ALEMANIA, 13 de febrero del 2001; párr. 50; PIECHOWICZ C. POLONIA, 17 de abril del 2012, párr. 203; WŁOCH V. POLONIA, 19 de octubre del 2000, párr. 127; YEGOROV C. ESLOVAQUIA, 06 de febrero del 2015, párr. 109; NIKOLOVA C. BULGARIA, 25 de marzo de 1999, párr. 58; SHISHKOV C. BULGARIA, 01 de setiembre del 2003, párr. 77; AL-NASHIF C. BULGARIA, 20 de junio 2002, párr. 92; SVIPSTA V. LETONIA, 09 de marzo 2006, párr. 129.

269 TEDH caso: GARCÍA ALVA C. ALEMANIA, 13 de febrero de 2001, párr. 39; BECCIEV C. MOLDAVIA, 4 octubre de 2005, párr. 71; NIKOLOV C. BULGARIA, 30 de enero del 2003; párr. 97.

270 Véase, la sentencia del TEDH en el caso: LIETZOW C. ALEMANIA, 13 de febrero de 2001, párr. 45.

271 Véase, la sentencia del TEDH en el caso: GARCÍA ALVA C. ALEMANIA, 13 de febrero de 2001, párr. 41.

trictamente necesario a la luz de un fuerte interés público. Por ejemplo, debe fundarse en razones propias de la seguridad nacional, la necesidad de mantener ciertos métodos de la policía secreta de la investigación o la protección de los derechos fundamentales de otra persona[272]. Cuando la divulgación completa no es posible, el artículo 5 § 4 exige que las dificultades que se causa tengan un contrapeso de tal manera que la persona todavía pueda contar con una posibilidad efectiva de impugnar las acusaciones en su contra[273]. No habrá un juicio justo, sin embargo, a menos que las dificultades causadas a la parte perjudicada por una limitación de sus derechos se encuentren suficientemente compensadas por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales[274].

iii) En el caso de ***investigaciones reservadas***, de ***colaboradores eficaces*** o en los casos de la adopción de ***medidas de protección de testigos***, las legislaciones de los diversos países comprenden tanto medidas procesales (v. gr. la reserva de datos de identificación o de características físicas que individualicen a la persona) como medidas extraprocesales (v. gr. la protección de su seguridad personal)[275]. La reserva de la identidad también se relaciona con razones de seguridad nacional e interés público[276].

La reserva de la identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de defensa puesto que impide realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona del declarante, así como otras que permiten argumentar que la declaración es falsa o equivocada[277]. Si la defensa no tiene conocimiento de la identidad de

272 A. Y OTROS C. REINO UNIDO, 19 de febrero de 2009, párr. 205.

273 PIECHOWICZ C. POLONIA, 17 de abril de 2012, párr. 203; DOORSON C. LOS PAÍSES BAJOS, 26 de marzo de 1996, párr. 70; VAN MECHELEN Y OTROS C. LOS PAÍSES BAJOS, 23 de abril de 1997, párr. 58; JASPER C. EL REINO UNIDO, 16 de febrero de 2000, párrs. 51-53; BOTMEH Y ALAMI C. EL REINO UNIDO, 7 de junio de 2007, párr. 37; A. Y OTROS V. REINO UNIDO, 19 de febrero de 2009, párr. 205.

274 A. Y OTROS V. REINO UNIDO, 19 de febrero de 2009, párr. 205.

275 NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTAS DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) C. CHILE del 29 de mayo de 2014, párr. 243.

276 MIRILASHVILI C. RUSIA del 11 de diciembre de 2008; párr. 196.

277 NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) C. CHILE del 29 de mayo del 2014, párr. 242. Cfr. TEDH casos: KOSTOVSKI C. PAÍSES BAJOS, 20 de noviembre de 1989, párr. 42 y SCHOLER C. ALEMANIA, 18 de diciembre del 2014, párr. 51.

la persona que busca cuestionar, puede ser privado de los mismos datos que le permitirían demostrar que él (o ella) tiene prejuicios, es hostil o poco fiable[278]. Por ello, es que tomando en cuenta el lugar que el derecho a una buena administración de la justicia tiene en una sociedad democrática, las medidas que restringen el derecho de defensa deben ser ***estrictamente necesarias***[279]. El debido proceso no puede ser sacrificado a conveniencia, ni puede ceder ante cualquier pretensión o interés[280]. Si una medida menos restrictiva puede ser suficiente esa medida debe aplicarse[281] v. gr. el uso de maquillaje, el uso de mecanismos de distorsión de voz, etc. Rige aquí los alcances del principio de proporcionalidad.

Si es que no se conoce la prueba ni se identifica la misma ello debe ser excepcional y fundarse en causas objetivas, razonables y comprobadas. No se puede ocultar la evidencia de manera unilateral, arbitraria y sin un motivo que la justifique.

El TEDH reconoce la necesidad de que las investigaciones penales se realicen de manera eficiente, lo que puede implicar que parte de la información recogida durante el desarrollo de esta etapa tenga que mantenerse en secreto para evitar que los acusados manipulen las pruebas y socaven la acción de la justicia. Sin embargo, este objetivo legítimo no puede llevarse a cabo a costa de importantes restricciones a los derechos de la defensa. Por lo tanto, la información que es esencial para la evaluación de la legalidad de la detención de una persona siempre debe estar disponible de una manera apropiada a su abogado[282].

---

278 Windisch C. Austria, 27 de septiembre de 1990, párr. 28 y Kostovski C. Países Bajos, 20 de noviembre de 1989, párr. 42.

279 Van Mechelen Y Otros C. Países Bajos del 23 de abril de 1997; párr. 58.

280 Kostovski C. Países Bajos, 20 de noviembre de 1989, párr. 44 y Windisch C. Austria, 27 de septiembre de 1990, párr. 30.

281 Van Mechelen Y Otros C. Países Bajos del 23 de abril de 1997; párr. 58.

282 TEDH casos: Svipsta C. Letonia, 09 de marzo 2006, párr. 131; Lietzow C. Alemania, 13 de febrero de 2001, párr. 47; García Alva C. Alemania, 13 de febrero de 2001, párr. 42; Mu uc C. Moldavia, 06 de noviembre del 2007, párr. 54 y Lamy C. Bélgica, 30 de marzo de 1989, párr. 29.

iv) La prisión provisional, que por mandato legal debe fundarse en elementos probatorios suficientes, no puede basarse única y exclusivamente en "declaraciones reservadas" o en material secreto, sin exponer mayores elementos u otra clase de evidencia que pudieran corroborar tal conclusión. Las "declaraciones reservadas" para que puedan ser utilizadas en el proceso y puedan sustentar válidamente una medida cautelar tan grave como la prisión preventiva debe estar acompañada de argumentos o explicaciones adicionales que brinden mayor información que permita conocer la justificación de la decisión judicial y hacer posible que los imputados y su defensa controviertan la adopción de la medida cautelar de prisión preventiva.

Si el contenido de los testimonios no puede ser conocido por la defensa, ya que en esa etapa de la investigación en que se solicitó y ordenó la prisión preventiva se había decretado el secreto de las actuaciones de la investigación, y dichos testimonios fundan de manera decisiva y determinante la prisión provisional, la misma deviene en inválida y contraria a la CADH, toda vez que la defensa no pudo controvertir dichos elementos de convicción suficientes que sustentan la medida cautelar. La situación es mucho más grave si la defensa hizo notar que se estaban utilizando evidencias o información a los cuales no había podido tener acceso.

Uno de los aspectos más importantes del debido proceso en su relación con la prisión provisional es la exigencia de que se preserve el derecho a contar con el tiempo necesario para preparar y organizar la defensa[283]. Una vez que se conozca y proporcione la evidencia al imputado y a su defensa resulta indispensable que se le brinde un intervalo de tiempo adecuado para que pueda informarse del contenido de la información que se le proporciona, pueda reunir la evidencia de descargo que crea conveniente y pertinente,

283 Černák V. Eslovaquia, 17 diciembre 2013, párr. 80: "Sea como fuere, el Tribunal señala que los abogados de la demandante fueron convocados a la audiencia de detención preventiva sólo unas horas antes de la audiencia, a pesar de haber una distancia considerable entre sus despachos y la corte, y qué en esa audiencia, se les proporcionó una copia de la orden de detención europea y permitió inspeccionar el expediente del caso y consultar con el solicitante durante unos veinte minutos. El Tribunal es de la opinión de que el tiempo y los medios de este modo a su disposición para la preparación del caso de la demandante se limitaban considerablemente.".

pueda preparar los argumentos tanto fácticos como jurídicos que mejor le favorezcan y sirvan para consolidar su posición jurídica. No basta con que se le permita defenderse de manera personal o que cuente con la asistencia de un abogado defensor. Es indispensable, además, que cuente con el tiempo y las condiciones necesarias y suficientes para desplegar una defensa eficaz.

LA PRISIÓN PREVENTIVA

NATURALEZA Y FUNCIONES

Tomás Aladino Gálvez Villegas

Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Sumario: 1. Medidas de coerción y prisión preventiva. — 2. La prisión preventiva y derecho a la libertad. — 3. Naturaleza mixta de la prisión preventiva. — 4. Carácter subsidiario de la prisión preventiva. — 5. Otras funciones de la prisión preventiva. — 6. Prisión preventiva y presunción de inocencia. — 7. Definición de la prisión preventiva. — 8. Presupuestos materiales. 8.1. *Fumus boni iuris* y fundados y graves elementos de convicción. 8.2. Gravedad del delito. 8.3. *Periculum in mora* o peligro de fuga. — 9. Otros presupuestos (observancia de principios). 9.1. Razonabilidad. 9.2. Proporcionalidad. 9.3. Motivación especial de la prisión preventiva.

1. MEDIDAS DE COERCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA

Para entender debidamente la naturaleza, funciones y fines de la *prisión preventiva* debemos ubicarnos en el contexto de las medidas de coerción procesal en general, y diferenciar las diversas medidas coercitivas a fin de evitar confusiones. Pues, habitualmente (por lo menos en nuestro medio) se incurre en al error de considerar a todas las medidas de coerción como medidas cautelares, y ello lleva a enfrentar dificultades al momento de recurrir a la aplicación de dichas medidas y a discusiones innecesarias; sobre todo al momento de armonizar la prisión preventiva con la presunción de inocencia o cuando se le pretende adjudicar fines propiamente preventivos al igual que a la pena.

Como se sabe, todas las medidas de coerción en el proceso penal implican afectación a ciertos derechos de las personas con fines procesales y se caracterizan por la urgencia de su aplicación, pero no todas tienen la misma función y finalidad dentro del proceso. Asimismo, pueden afectar directamente la libertad de las personas (imputados o eventualmente testigos) o también aspectos vinculados a la esfera de intimidad de las personas, pero sobre todo, pueden afectar derechos reales o materiales de las mismas. Por ello, de modo general las medidas de coerción se clasifican en *personales y reales.*

Para diferenciar las medidas de coerción procesal debemos considerar que no todas tienen la misma función y finalidad dentro del proceso; así, algunas tienen finalidad o función *de investigación y prueba,* otras una función *cautelar,* otras una función *preventiva,* así como otras una función *protectora de derechos,* y finalmente, otras medidas tienen una función eminentemente

tuitiva; ello determina la existencia de diversos tipos de medidas de coerción en el proceso penal.

Las *medidas de coerción con fines de investigación y de prueba,* como su mismo nombre indica, son actos de investigación que limitan el ejercicio o el contenido de un derecho de las partes intervinientes en el proceso o eventualmente de algunos terceros (testigos) con la finalidad de lograr el *inicio, continuación y conclusión del proceso penal* hasta lograr sus propósitos determinados conforme a ley; lo que requiere, además, que se *aseguren los elementos de convicción o de prueba* hasta su utilización en el juicio y resolución final del proceso. Estas medidas garantizan el curso del proceso hasta llegar a la decisión final. En tal sentido, cumplen fines investigativos del delito, del cual son plenamente instrumentales y agotan sus funciones una vez que se aprovecha procesalmente el bien o derecho afectado con la medida.

En cambio, las *medidas cautelares* busca asegurar la eficacia o efectividad de lo que se decida en la sentencia o resolución final del proceso. La función cautelar de estas medidas asegura el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza, no solo el acceso a la justicia, el derecho de defensa y el derecho a los recursos, sino, sobre todo, el derecho a la ejecución de la sentencia. Pues, de nada serviría que se inicie la investigación y el proceso y este concluya amparando las pretensiones de la parte y esclareciendo debidamente los hechos, pero finalmente no se cumpla o ejecute lo resuelto. En cuanto medidas cautelares, son eminentemente instrumentales y accesorias de la sentencia o resolución final, y por ello caducan de pleno derecho, sin producir efecto alguno si se absuelve al afectado con la medida o se sobresee la causa; pues, no cumplen una finalidad en sí mismas[1].

Por su parte las medidas *coercitivas de prevención* de futuros actos delictivos o de "evitación del peligro de reiteración delictiva", como estipula el

1 Al contrario, las *medidas coercitivas de investigación o prueba,* cumplen un fin en sí mismas respecto al esclarecimiento de los hechos, no dependen de lo que se resuelva en la sentencia (contribuyen a su expedición) ni aseguran su cumplimiento; así por ejemplo, una medida coercitiva que coacta la libertad del concernido para la realización de un examen de ADN, su resultado no queda sin efecto o caduca de pleno derecho porque se haya absuelto al imputado o se haya sobreseído la causa, pues, cumplió su fin de esclarecimiento (en sí misma), a la vez que sus resultados pueden ser usados para otros efectos extraprocesales o extrapenales.

artículo 253.3 del CPP, no cumplen ninguna finalidad cautelar (asegurar la ejecución de la sentencia); por el contrario, cumplen una finalidad de *prevención especial negativa* similar al que cumple la pena. Igualmente, en cuanto a las *medidas coercitivas de protección de bienes jurídicos*, estas tienen por objeto poner fin a la permanencia del estado antijurídico creado por el hecho delictivo, buscando disminuir el daño que la acción delictiva causa al agraviado, protegiendo de este modo al bien jurídico atacado por la acción delictiva; tal es el caso de la medida de desalojo preventivo.

Finalmente, las *medidas de carácter tuitivo* buscan mejorar la posición de alguna de las partes que a consecuencia del delito ha quedado en una situación de desamparo, por ello, busca habilitar una anticipación de la ejecución de la posible sentencia y satisfacer la pretensión que aún está en giro, o mejorar la situación de la parte, tal es el caso de la pensión anticipada de alimentos.

Como puede verse, esta diferenciación, más que una reflexión simplemente teórica, reviste importancia práctica, en la medida que proporciona claridad para aplicar debidamente la medida coercitiva correspondiente, y sobre todo, para determinar la autoridad que debe autorizarla o ejecutarla (por ejemplo, la medida cautelar es dispuesta por el juez, en cambio, la medida de investigación es ordenada por el fiscal); asimismo, permite configurar una dogmática adecuada y funcional sobre estas medidas, lo que contribuye a optimizar su rendimiento práctico.

No obstante, es de tener en cuenta que algunas medidas coercitivas cumplen más de una función en el proceso penal, como el caso de la medida de coerción personal de *prisión preventiva*, cuya función principal es cautelar, toda vez que busca conjurar el peligro de fuga y así asegurar el cumplimiento de la pena que se pueda imponer, pero también busca asegurar el esclarecimiento de los hechos a través de la debida marcha de la secuela procesal, evitando el peligro de obstrucción u obstaculización.

De otro lado, es necesario precisar igualmente, que no todas las medidas de coerción personal cumplen finalidades cautelares; así, la *detención policial y preliminar judicial, el arresto ciudadano* y la *incomunicación* no cumplen una finalidad cautelar orientadas a asegurar la ejecución de la sentencia o resolución final; su fin es exclusivamente de investigación, esto es, buscan dar inicio a la investigación poniendo a disposición de la autoridad fiscal

o judicial a la fuente de prueba que en este caso es la persona del detenido (imputado).

Las únicas medida coercitivas personales que cumplen finalidades cautelares, además de su función de investigación y prueba, son la *prisión preventiva, la detención domiciliaria, la comparecencia restringida* y el *impedimento de salida.* Pues, estas aseguran, de algún modo, que el imputado, sobre quien recae la medida se encuentre presente cuando se lo requiera para que cumpla la *pena privativa de libertad* o de *expulsión del país* impuesta en la sentencia, que son las únicas que requieren de la presencia del condenado para ejecutarse.

Es en este contexto que debe entenderse y aplicarse la *prisión preventiva.*

2. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y DERECHO A LA LIBERTAD

De todas las medidas coercitivas aplicables en la investigación y el proceso penal, la prisión preventiva es la más severa y lesiva, ya que realmente priva del derecho de libertad al imputado por periodos más o menos largos, a pesar de que no ha sido sujeto de condena y está premunido de la presunción de inocencia.

Tal como estipula el numeral 24) del art. 2 de la Constitución Política del Estado, concordante con el art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 7.3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre otros convenios internacionales, el derecho a la libertad, al mismo tiempo que es un derecho, es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales, a la vez que justifica la propia organización constitucional y democrática, y en cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, sea por la autoridad, las entidades públicas o cualquier persona en general[2].

---

2 Al respecto, ver Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 1091-2002-HC/TC. Fj. 1 - 2. Caso: Vicente Ignacio Silva Checa.
"En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprende frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza,

Como se sabe, la *libertad personal o individual* comprende diversas perspectivas como la libertad física, ambulatoria o de movimiento; la libertad civil (para ejercitar los derechos civiles); la libertad política (para participar libremente en los asuntos de gobierno); la libertad de pensamiento (libertad de expresión, prensa, cátedra, información, opinión, difusión del pensamiento, etc.); libertad religiosa o de culto; libertad de reunión; libertad de residencia; libertad de asociación, de contratación, de trabajo, de empresa, etc.; pero el componente que se afecta con la prisión preventiva es la *libertad física, ambulatoria, de locomoción o de movimiento* del imputado; en la que también debemos considerar a la *libertad de tránsito.*

No obstante, la libertad personal, física o de movimiento, así como los demás derechos fundamentales, no se configuran como derechos absolutos, por el contrario, la propia Constitución y los convenios internacionales establecen limitaciones a los derechos cuando se debe cumplir funciones o fines también constitucionalmente valiosos o positivos, como la investigación, procesamiento y represión del delito. Es así que para investigar, procesar y sancionar al agente del delito, se ha legitimado la "prisión preventiva" (además de otras formas de detención policial y preliminar) a través de la cual se permite la *privación de la libertad personal, física, ambulatoria, locomotriz o de movimiento* durante la investigación o el proceso. Pero claro, no se puede afectar la libertad de las personas innecesaria, desproporcionada e irrazonablemente, por el contrario, solo puede hacerse de modo excepcional, cuando sea absolutamente indispensable y en la medida estrictamente necesaria. A tal efecto, el Tribunal Constitucional señala: "La validez de tales límites y, en particular, de la libertad personal, depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como ha sostenido la CIDH, "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionali-

---

pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según señala el art.9° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art.7.3 de la CIDH. Exp. N.° 1091-2002-HC/TC del 12 de agosto de 2002. Caso: Vicente Ignacio Silva Checa.

dad" *(Caso Gangaram Panday, párr. 47, en S. García Ramírez, Jurisprudencia de la CIDH, UNAM, México 2001, pág. 117)*[3].

3. NATURALEZA MIXTA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La naturaleza de una institución jurídica está determinada por las funciones y finalidades que se espera que cumpla en el marco de funcionamiento del ordenamiento jurídico. En el caso de la *prisión preventiva,* es necesario determinar debidamente sus verdaderas funciones y finalidades; pues, solo de este modo conoceremos su verdadera naturaleza, lo que permitirá utilizarla de modo eficaz y legítimo para aprovechar su rendimiento práctico. Para ello, debemos entender previamente qué entendemos por medida cautelar y qué entendemos por medida de investigación y prueba.

"La medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo. Para ello, el órgano jurisdiccional que conoce el proceso cuya decisión se quiere garantizar (proceso principal), luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución, a pedido de parte, que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia"[4]. O como refiere CALAMANDREI, la tutela cautelar "(...) más que a hacer justicia contribuye a asegurar el eficaz aseguramiento de la justicia"[5]. En otras palabras, a través de la medida cautelar "(...) se busca asegurar el resultado práctico de la sentencia (la realización del derecho material) que recaiga en otro procedimiento de conocimiento o de ejecución"[6]. El otorgamiento de la medida cautelar "(...) no importa una sentencia anticipada: el objeto de la medida no puede confundirse con el resultado al cual se pretende arribar mediante la sentencia definitiva"[7]; esto es, la función cautelar no puede confundirse con el asegura-

---

3 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 1091-2002-HC/TC,* caso *Vicente Ignacio Silva Checa.* Lima: 12 de agosto de 2002.

4 PRIORI POSADA, Giovanni: *La Tutela Cautelar. Su Configuración Como Derecho Fundamental,* Ara Editores, Lima, 2006, p. 36.

5 CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.* ARA Editores, Lima, 2005, p. 44.

6 DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis: *Medidas cautelares sobre automotores.* Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 16.

7 DÍAZ SOLIMINE: *Ob. Cit.* p. 17.

miento de la debida conclusión del proceso a través de la sentencia definitiva, pues, solo se refiere a la ejecución de dicha sentencia.

En el mismo sentido, en el ámbito procesal penal, refiriéndose a las medidas cautelares personales, Málaga Diéguez precisa que el objetivo característico de toda medida cautelar es el aseguramiento o garantía de la eficacia del proceso en general, y de la eventual sentencia condenatoria en particular[8].

Como puede verse, existe acuerdo respecto a la función que define la naturaleza de las medidas cautelares: asegurar la eficacia del proceso, materializando el derecho sustantivo que se persigue en el fondo del asunto o proceso principal, esto es, concretar el *ius puniendi* estatal en el caso del proceso penal, o también las demás pretensiones ejercitadas por las otras partes procesales. En el caso de la *prisión preventiva,* la medida busca asegurar la ejecución de la pena que se imponga al condenado impidiendo el peligro de fuga, con lo cual cumple una finalidad eminentemente cautelar.

No obstante, conforme a la normatividad procesal penal nacional, esto es, al artículo 268 del CPP así como también a la normatividad internacional, *la prisión preventiva* se dicta, si atendiendo a los primeros recaudos, es posible determinar que existen razones que permiten colegir razonablemente que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, tratará de *eludir la acción de la justicia* (peligro de fuga) u *obstaculizar la averiguación de la verdad* (peligro de obstaculización). Criterio que es asumido sin cuestionamiento alguno por la doctrina y la praxis judicial. Con lo cual se aprecia que la función y naturaleza de la prisión preventiva supera lo eminentemente cautelar, abarcando también fines de investigación y prueba (evitar el peligro de obstaculización); con lo que se determina que esta medida realmente tiene un contenido mixto o dual. Es así que la doctrina nacional precisa que: "Las medidas cautelares personales existen para preservar la eficacia del *ius puniendi,* y tanto la ejecución del fallo, como el normal desarrollo del proceso como presupuesto ontológico del primero, constituyen fines legítimos, siempre que claro está, la aplicación de la medida en el caso concreto sea razonable y proporcional"[9].

---

8 Málaga Diéguez, F.: *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal.* Justicia, 2002, N.os 1 y 2, pp. 111 - 262.

9 Del Río Labarthe, Gonzalo: *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano.* Tesis Doctoral, página de la Universidad de Alicante, p. 53.

En tal sentido, la naturaleza mixta o dual de la *prisión preventiva* comprende una función netamente cautelar referida al aseguramiento de la ejecución de la sentencia y otra de investigación y prueba orientada a llevar adelante "el normal desarrollo del proceso, como presupuesto ontológico del fallo y su ejecución"[10]. La función cautelar solo asegura la eficacia del proceso o la ejecución de la sentencia (en este caso, materialización del *ius puniendi),* y la función o finalidad de investigación y prueba asegura el desarrollo del debido proceso.

Si a secas (y exclusivamente) sostuviéramos que la prisión preventiva es una *medida cautelar* de naturaleza personal, su finalidad se agotaría en asegurar la eficacia del proceso o la ejecución de la sentencia, esto es su función se actualizaría solo luego de la conclusión del proceso (de la sentencia definitiva) sin que tenga nada que ver con el desarrollo del proceso hasta la sentencia. Ello, a la vez significaría que en todos los casos se la tendría que mantener hasta la conclusión del proceso y ejecución de la sentencia, independientemente de si ya ha concluido la actividad probatoria o aún no. Por el contrario, si asumiéramos que solo asegura la realización de determinados fines de investigación o de prueba a fin de llevar adelante el proceso y esclarecer los hechos, evitando el ocultamiento, destrucción o adulteración de las pruebas, la prisión preventiva tendría que cesar tan pronto y, de pleno derecho, cuando la actividad de investigación o prueba se haya llevado a cabo.

Como se sabe, en la praxis judicial en general encontramos que la medida no necesariamente se mantiene hasta la ejecución de la sentencia, aun cuando existan elementos probatorios suficientes, con lo que se estaría dejando de lado su función cautelar. Asimismo, en muchos casos la medida se mantiene pese a que ya se ha llevado a cabo la prueba que se temía que se podía obstaculizar (ocultar, destruir o alterar). Entonces, queda claro que la finalidad de la *prisión preventiva* no se agota en lo simple función cautelar; pero, tampoco se agota en la función de aseguramiento de la investigación y de la prueba orientada a la conclusión del proceso y el esclarecimiento de los hechos.

---

10 Este criterio referido por DEL RÍO LABARTHE, es tomado de los autores cuyo pensamiento analiza en su Tesis Doctoral, como DAMIÁN MORENO, quien refiere que las medidas cautelares no solo sirven para asegurar el cumplimiento de la pena impuesta, sino para garantizar el derecho a imponerla. *Ob. Cit.* p. 47.

Si ello es así, con la prisión preventiva, que busca conjurar el peligro de fuga se pretende asegurar la presencia del imputado para la ejecución de la sentencia en el caso que sea condenatoria, apreciándose la función eminentemente cautelar de la *prisión preventiva*; pero al buscar evitar los actos de obstrucción y ocultamiento de la prueba o elementos de convicción, también cumple una función de investigación y prueba.

Al respecto, es de precisar que la doctrina y la jurisprudencia han resaltado, sobre todo, la función de investigación y prueba de la *prisión preventiva* (más que su función cautelar), aduciendo que fundamentalmente es esta función la que justifica la imposición de esta medida. Sin embargo, por nuestra parte consideramos que en realidad el fundamento primordial de la *prisión preventiva* es su función y finalidad cautelar. Por ello, para la imposición de la medida, necesariamente debe apreciarse, en el caso concreto, la existencia de algún peligro de fuga del imputado, con lo cual se estaría frustrando la posible imposición de la pena privativa de libertad a que hubiera lugar, y precisamente, ello activa la necesidad de aseguramiento de ejecución de la sentencia. Pues, si estuviéramos ante el solo peligro de obstaculización, consideramos que resultaría difícil fundamentar la medida, sobre todo, el control de proporcionalidad en su perspectiva de la idoneidad de la medida.

En efecto, no se podrá sustentar la prisión preventiva en el único hecho de que se requiere asegurar la presencia del imputado para cuando sea requerido por la autoridad para contribuir al esclarecimiento de los hechos, puesto que ello no tendría ningún sentido en el caso en que el imputado se acogiese al derecho a guardar silencio. En este caso, al someter la imposición de la medida al control de proporcionalidad, encontraremos que esta no se justifica, puesto que no resultaría idónea para lograr el propósito por el cual se dicta. Esto es, si se quería que el preso preventivo comparezca ante la autoridad y proporcione la información necesaria para el esclarecimiento del hecho, esta información simplemente no se obtiene porque el imputado guarda silencio (no proporciona la información); en tal caso, la privación de la libertad no cumpliría ningún objeto; esto es, la medida no sería idónea para el propósito esperado.

Asimismo, en el caso que exista peligro de obstaculización u obstrucción de la verdad, y por ello se dicta la medida; por ejemplo, existe peligro de que el imputado pueda influir sobre los testigos ("compra de testigos"),

igualmente al someter la imposición de la medida al control de proporcionalidad esta deberá mostrarse adecuada o idónea para conjurar dicho peligro, si no fuera así, la medida resultará inidónea; esto es, no se supera el test de proporcionalidad. En efecto, el hecho que el imputado se encuentre en prisión no impide que se pueda influir en los testigos (que se compre los testigos), por el contrario, tal vez en este caso haya mayores razones para esta obstaculización, y la medida de prisión preventiva no podrá evitarlo. Pues, no se le puede impedir comunicarse con su abogado, familiares y amigos, y claro, pueden ser estos quienes transmitan a la familia las instrucciones del imputado; más aún, normalmente es el propio abogado, conforme a la estrategia de defensa, quien dispone lo conveniente a fin de evitar que se acredite la responsabilidad penal de su patrocinado.

Esta reflexión, resulta trascendente, en tanto, la mayor discusión respecto a la imposición o no de la prisión preventiva, se centra en determinar el peligro de obstaculización, pero si ello fuera el fundamento de esta medida, no se justificaría mantener la prisión preventiva una vez que ha concluido la etapa de investigación y el juicio oral; asimismo, no tendría sentido, si es suficiente para evitar la fuga, la imposición de otras medidas como la detención domiciliaria, el impedimento de salida o los grilletes electrónicos por ejemplo. En tal sentido, lo que fundamentalmente debe discutirse y evaluarse, es la probabilidad de la imposición de la pena, para lo cual es determinante la suficiencia probatoria; asimismo, la gravedad de la pena conforme a la prognosis realizada, para lo cual, además de la suficiencia probatoria, se debe realizar el análisis normativo a través del cual se aprecian las circunstancias, tanto agravantes como atenuantes; al respecto resulta vital la existencia del concurso real y la sumatoria de penas por ejemplo.

En tal sentido, para la imposición de esta medida, el Juez debe valorar fundamentalmente la probabilidad de la imposición de la pena y la gravedad de la misma, lo que obviamente tiene gran incidencia en la generación del peligro de fuga; esto es, se debe priorizar la finalidad cautelar de la medida y su finalidad de investigación y prueba solo apreciarse de modo accesorio. Esto es, para la imposición de la medida puede o no existir peligro de obstaculización, en todo caso, la existencia del peligro de obstaculización solo servirá para reforzar la necesidad de la medida, pero su ausencia de ningún modo afecta su imposición, a la vez que su solo presencia no justifica la medida.

4. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

De otro lado, es de precisar que la prisión preventiva tiene carácter o naturaleza excepcional y subsidiaria; lo que determina que el Juez antes de disponerla deba considerar si el propósito perseguido se puede conseguir aplicando otras medidas menos restrictivas de la libertad de locomoción del imputado. Si no se tuviera en cuenta este criterio, la imposición de le detención preventiva sería arbitraria e ilegítima[11]; este criterio concuerda con la necesidad del control de proporcionalidad y razonabilidad establecido para la imposición de esta medida. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al precisar que: "La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida de que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable de que se pretende obstruir la actividad probatoria, sea porque se tienen los mismos elementos para temer la evasión en la aplicación de una eventual sentencia condenatoria; y siempre que su dictado resulte compatible con los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad"[12]. Obviamente, tal como ya lo hemos señalado antes, se debe priorizar su función cautelar antes que la de investigación y prueba; esto es, el peligro de fuga antes que el de obstaculización.

5. OTRAS FUNCIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En nuestra legislación también se reconoce a las medidas coercitivas en general otras funciones o finalidades como *evitar la reiteración delictiva,* esto es, evitar que se cometan nuevos delitos durante el procesamiento, sea en general o contra la víctima del delito (a quien el imputado puede amenazar o amedrentar); asimismo, se le asigna otras funciones como la *protección de determinados bienes jurídicos,* como la de evitar la permanencia del delito o la acentuación de sus efectos dañinos. Sin embargo, como quiera que la *prisión preventiva* no tiene propiamente funciones preventivas como las de las penas, ni se puede instrumentalizar a las personas, afectando su libertad de locomoción, para lograr fines procesales, estas finalidades o funciones no se

11 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 1091-2002-HC/TC,* caso *Vicente Ignacio Silva Checa.* Lima: 12 de agosto de 2002.

12 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 0019-2005-PI/TC,* Lima: 21 de julio de 2005.

le puede adjudicar a la prisión preventiva; por ello estas finalidades no están consideradas en el artículo 268 del CPP que desarrolla la prisión preventiva[13], pero sí están comprendidas estas funciones en el artículo 253.3 del CPP, que trata las medidas de coerción en general, por lo que resultan aplicables a otras medidas de coerción como la *suspensión preventiva de derechos* o del *desalojo preventivo*, por ejemplo, pero no a la prisión preventiva.

Finalmente, también se ha pretendido adjudicar a la *prisión preventiva* una función preventiva general de evitación de la alarma social o demandas sociales de seguridad, a través de la intimidación al agente delictivo; sin embargo, estas funciones han sido descartadas en nuestra normatividad penal, así como también en la doctrina; en efecto, ARMENTA DEU precisa: "En esta misma línea, el TC también ha rechazado como inadmisible la adopción de la prisión provisional sobre la única base de la alarma social generada por el delito, pues la erradicación de la alarma no puede considerarse como una finalidad que legítimamente pueda perseguirse a través de una medida, como la prisión provisional, que restringe de manera tan grave la libertad personal"[14]. En el mismo sentido, se pronuncia DEL RÍO LABARTHE[15].

6. PRISIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Un punto de asidua discusión es la relación existente entre la *prisión preventiva* y la *presunción de inocencia,* pues, si la prisión preventiva se cum-

---

13 En efecto, algunos autores interpretando el texto del art. 253.3 del CPP, que estipula que la restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, entre otros fines, para *"evitar el peligro de reiteración delictiva"*, concluyen que la prisión preventiva, como cualquier otra medida restrictiva de derechos, también tendría esta finalidad preventiva, con lo cual entran en el marco de los fines de la pena. Esta postura no resulta correcta, puesto que el referido artículo se refiere a todo tipo de medidas de coerción procesal (personales y reales), y entre estas, efectivamente, existen medidas de carácter preventivo como *la suspensión preventiva de derechos* y el *desalojo preventivo,* pero la prisión preventiva, desarrollada específicamente en el art. 268 del CPP, en ningún momento hace referencia a esta finalidad; y no puede ser de otro modo, puesto que la libertad de la persona no se puede instrumentalizar con otras finalidades que no sean las señaladas expresamente en esta última norma.

14 ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal.* Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 205 - 206.

15 DEL RÍO LABARTHE: *Tesis doctoral.* 2016, p. 63 y ss.

ple en un centro carcelario en idénticas condiciones que una condena, surge la interrogante: ¿Cómo se puede compatibilizar esta severa afectación de la libertad de un procesado (en iguales condiciones que un condenado), si aún se le presume inocente? Obviamente, no es fácil ensayar o dar una respuesta a esta pregunta, porque no va a resultar del todo convincente; puesto que el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de *regla de tratamiento*[16], exige que el sujeto sea tratado en todo momento en que es imputado de la comisión de un delito (durante la investigación preliminar o el procesamiento), como una persona inocente, lo cual no es compatible con su encarcelamiento.

Obviamente la respuesta a esta interrogante es totalmente variada y responden fundamentalmente a componentes ideológicos. Así, FERRAJOLI sostiene que la prisión preventiva siempre es ilegítima y viola el derecho a la presunción de inocencia, por ello se pronuncia por un proceso sin prisión preventiva[17]; con lo que se aboga por la abolición de la prisión preventiva, que se asume incompatible con la presunción de inocencia[18]. Es más, se cuestiona las funciones de la prisión preventiva (su función cautelar y su función de investigación y prueba); pues, se sostiene que se pretende utilizar a la persona como un instrumento para la consecución de los fines procesales, lo que va en contra del segundo imperativo categórico kantiano, que prohíbe utilizar a la persona como un objeto o instrumento[19].

Sin embargo, tal como refiere LLOBET RODRÍGUEZ, el jurista no puede quedarse en el planteamiento utópico de la corriente abolicionista, por ello aboga por la compatibilidad entre la presunción de inocencia y la presión

16 La otra vertiente o perspectiva de la presunción de inocencia es la de servir de *regla de juicio,* que incide en la distribución de cargas probatorias así como en la valoración de la prueba por parte del juez

17 FERRAJOLI, Luiggi: *Derecho y razón.* Trad. De Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, pp. 555 y ss. En sentido similar VITALE en cita de LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *La prisión preventiva. Límites constitucionales.* Grijley, Lima, 2016. p. 133.

18 Esta idea no es irrealizable, si se tiene en cuenta que efectivamente, resulta difícil armonizar la prisión preventiva con la presunción de inocencia. Al respecto deberá impulsarse el uso de los grilletes electrónicos para los casos en que a la fecha procede dictar la prisión preventiva; con ello el ordenamiento jurídico será coherente respecto a esta materia.

19 LLOBET RODRÍGUEZ: *Ob. Cit.* 2016. p. 139. En sentido similar DEL RÍO LABARTHE: *Ob. Cit.* pp. 46 y ss.

preventiva, reconociendo la influencia de la primera sobre la segunda; más aún, en las diversas Convenciones sobre Derechos Humanos y principios sobre la Administración de Justicia aprobados internacionalmente, en los que se prevé la presunción de inocencia, se permite también la privación de libertad del imputado durante el proceso. Tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, etc.[20]

Como se sabe los derechos fundamentales no son absolutos, por lo que se admiten injerencias legítimas, siempre que se den dentro de determinados límites y estén orientadas a conseguir fines constitucionalmente valiosos o positivos. En tal sentido la libertad personal admite injerencia y la presunción de inocencia se relativiza para lograr estos fines, sin que ello constituya una contradicción o una incompatibilidad entre los derechos y las normas sobre derechos humanos.

En el mismo sentido, MAIER precisa que "(...) históricamente la llamada 'presunción de inocencia' no ha tenido como fin impedir el uso de la coerción estatal durante el procedimiento de manera absoluta". Prueba de ello es el texto del artículo 9° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que dice: "Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley"[21]. Ello se complementa con el artículo 9°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que señala: "La *prisión preventiva* de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general".

En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversas sentencias (Suarez Rosero, Acosta Calderón, etc.) ha precisado que en la presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada, de donde se deriva la obligación estatal de no restringir

20 LLOBET RODRÍGUEZ: *Ob. Cit.* 2016. pp. 135 - 136.

21 MAIER, Julio B.J.: *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Tomo I, 2° Edición, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 511.

la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva[22]. Con lo cual se compatibilizan la presunción de inocencia y la prisión preventiva. Es más, se sostiene que: "Se trata de instituciones perfectamente compatibles con la Constitución en cuanto tienen un carácter preventivo, no sancionatorio. Por medio de ellas se busca asegurar que la persona sindicada de haber cometido delito, cuando contra ella existan indicios graves de responsabilidad, comparezca efectivamente al proceso penal, es decir que no escape a la acción de la justicia"[23].

No obstante, la privación de la libertad debe ser excepcional, subsidiaria, razonable y proporcional y sustentarse en suficientes elementos de convicción que evidencien que se realiza para cumplir los fines y funciones de la *prisión preventiva.* En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al afirmar:

> "En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello, no puede solo justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad"[24].

Aun cuando estos fundamentos del Tribunal Constitucional no resultan del todo convincentes; puesto que, lo que en realidad hacen compatibles la presunción de inocencia con la prisión preventiva, es el hecho de la suficiencia probatoria que lleva a un grado de probabilidad de condena rayano[25] a la certeza de una condena; lo cual prácticamente desvirtúa en gran medida a la presunción de inocencia. Sin embargo, en tanto subsiste (aun cuando

---

22 Síntesis de las sentencias contenida en Quiroz Salazar, William y Araya Vega, Alfredo: *La prisión preventiva desde la perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad.* Ideas solución Editorial, Lima, 2014, p. 134.

23 Gonzáles Navarro, Antonio: *Sistema De Juzgamiento Penal Acusatorio*, Volumen II, Editorial Leyer, Colombia, 2005, p. 698.

24 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 1091-2002-HC/TC*, caso *Vicente Ignacio Silva Checa,* Lima: 12 de agosto de 2002, F.J.: 4.

25 Rayano: relación de semejanza que se aproxima a la igualdad.

casi desvirtuada) la presunción de inocencia, la prisión preventiva solo debe imponerse de modo excepcional y de *ultima ratio.*

7. DEFINICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Al parecer la norma procesal penal toma el nombre de *"prisión preventiva"* del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por el Perú el 28 abril de 1978. El Código de Procedimientos Penales la denomina *"detención definitiva"* y el Código Procesal Penal de 1991 simplemente la denominaba *"detención"*.

Para evitarse confusiones con instituciones de otra naturaleza como la detención policial o la detención preliminar judicial, en el actual Código Procesal Penal se ha optado por llamarla *"prisión preventiva"*, lo que a la vez refleja la real manifestación, naturaleza y consecuencias de la medida; aun cuando esta denominación no es común en el Derecho comparado, así por ejemplo, en Colombia se le llama "detención preventiva" y en España "prisión provisional".

La *prisión preventiva* se define como la medida de coerción personal ordenada por el Juez, a instancia del Fiscal, que priva al imputado de su libertad ambulatoria y determina su reclusión en un establecimiento penitenciario; medida que se dicta fundamentalmente durante la etapa de investigación preparatoria o de instrucción (aun cuando nada impide que pueda dictarse en otras etapas procesales), con la finalidad de evitar que el imputado eluda la acción de la justicia, dándose a la fuga, o pueda obstaculizar u obstruir la investigación y el proceso (la averiguación de la verdad); asimismo, con el fin de asegurar la presencia del imputado en el proceso y, eventualmente, para que afronte la efectiva aplicación de la pena que pudiera corresponderle. Pues, se trata de precaver los riesgos de fuga y obstrucción probatoria, los cuales, incuestionablemente conspiran contra el legítimo propósito de realizar debidamente el proceso penal, como inexorable vía del ejercicio del *ius puniendi.*

En el mismo sentido ROXIN refiere: "La prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella sirve a tres objetivos: 1) Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; 2) pretende garantizar una *investigación de los hechos*, en debida forma, por los

órganos de la persecución penal; 3) pretende asegurar la *ejecución penal*"[26]. De ello se advierte su naturaleza compleja o mixta que no se agota en lo exclusivamente cautelar como habitualmente se considera[27].

Contribuyendo a la precisión de la naturaleza y definición de la prisión preventiva, la Corte Suprema a referido:

> "La prisión preventiva (...), es una medida coercitiva personal estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjurar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de fuentes de prueba [no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo]. Está sometida, en comparación con la detención (...), a requisitos más exigentes (...) tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican –sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y motivación-"[28].

Por su parte el Tribunal Constitucional señala:

> "Del mismo modo, aparte de tratarse de una medida excepcional, el principio favor libertatis impone que la prisión preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado. Por tanto, el TC declara que la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la prisión preventiva"[29].

---

26 ROXIN: *Derecho procesal penal.* Traducción de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003. p. 257.

27 La prisión preventiva "...consiste en la privación de libertad ambulatoria absoluta, que deberá cumplirse en un centro penitenciario, con las condiciones de restricción de las comunicaciones y de la intimidad en general propias de dichos centros. Es tan grave que no existe la más mínima diferencia entre el rigor de la prisión provisional y la pena definitiva de prisión. Se trata, por tanto, de un auténtico adelanto de la pena que, en estas condiciones, debe ser adoptada solamente bajo condiciones de tremenda cautela. No debe olvidarse que el preso provisional goza de la presunción de inocencia, por lo que cualquier restricción de este derecho debe ser adoptada bajo condiciones excepcionales". NIEVA FENALL, Jordi: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Editorial Edisofer, España, 2012, p. 181.

28 Sentencia Casatoria N.º 1-2007-Huaura; Fj. 4.

29 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 1091-2002-HC/TC,* caso Vicente Ignacio Silva Checa. Lima: 12 de agosto de 2002. Fj. 12.

Obviamente, la legitimidad de la *prisión preventiva* depende de que se encuentre conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como ha sostenido la CIDH, "(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad"[30].

8. PRESUPUESTOS MATERIALES

En general los presupuestos exigidos para la *prisión preventiva* son los exigidos para las medidas cautelares en general[31]; sin embargo, como esta medida es el instrumento procesal más restrictivo de los derechos fundamentales, importa la necesidad de hacer más explícitas las exigencias que deberá cumplir conforme lo indica los artículos 268, 269 y 270 del CPP y a los criterios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, por ello se deben precisar las condiciones, reglas o requisitos para imponerla.

Pues, tal como precisa la norma (artículo 268 del CPP) 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 partícipe del mismo.

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y,

c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la

30 Caso *Gangaram Panday*, párr. 47. En GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *Jurisprudencia de la CIDH*. UNAM, México 2001, p. 117.

31 Al respecto ver: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*. Ideas, Lima, 2017, pp. 45 a 50; *pasim*.

acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)[32].

Esto es, para ordenar la *detención preventiva* se requiere que estos tres presupuestos concurran en el caso concreto, si alguno de ellos faltara no procederá dictar la medida. Este criterio ha sido expresado por la jurisprudencia de la Sala Penal Nacional en el Exp. N.º 00164-2014 del 01 de agosto del 2014, en el que precisa:

> "En relación al peligro procesal al existir graves y fundados elementos de convicción que los vinculan a los hechos investigados, aunado a la gravedad de la penalidad que se espera como resultado del procedimiento, generan el riesgo de que puedan rehuir a la acción de la justicia, aún más, debe considerarse el no obrar en el cuaderno fiscal, actuación procesal con la presencia de dichos investigados, que permitan inferir predisposición a coadyuvar con el esclarecimiento de los hechos atribuidos, revelando ello el propósito de no someterse a la acción de la justicia, asimismo, existe el peligro de perturbación de la actividad probatoria, considerando que tratándose de una organización criminal se encontrarían en la capacidad de obstaculizar teniendo en cuenta las ingentes cantidades de dinero que habrían manejado conforme se tiene del informe número 008-2014 de la Unidad de Investigación Financiera de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP y la forma como esta organización habría actuado amedrentando a los funcionarios y personas que se encontraban a cargo de las investigaciones y las presuntas víctimas de sus acciones delictivas; por consiguiente, se cumple los tres presupuestos exigidos por el artículo 268 del Código Procesal Penal".

A estos presupuestos copulativos establecidos por la norma y asumidos por la doctrina y la jurisprudencia, se agrega el tamiz del control de proporcionalidad y razonabilidad que deberá realizar el Juez para decidir la imposición de la medida de prisión preventiva.

A continuación analizamos detalladamente estos tres presupuestos materiales y concluimos analizando los presupuestos formales de ineludible observancia para poder decretar o rechazar la presión preventiva por parte del Juez o para requerirla por parte del Fiscal; precisando que estos presupuestos comprenden en sí: *suficiencia probatoria, gravedad del hecho, peligro de fuga y peligro de obstaculización probatoria*; y concluimos analizando los criterios de *proporcionalidad y razonabilidad.*

---

32 Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013.

8.1. *Fumus boni iuris* y fundados y graves elementos de convicción[33]

Esta exigencia está referida a la apariencia o verosimilitud del derecho, que se pretende asegurar con la medida cautelar, o el juicio de verosimilitud cuya existencia se pretende que se declare en la sentencia final[34]; en este caso, el derecho en juego es el derecho del Estado a imponer o lograr la concreción de las consecuencias jurídicas aplicables al delito, sobre todo, la materialización del *ius puniendi* estatal[35].

No se trata de la comprobación de la existencia del derecho, es suficiente con una apariencia o verosimilitud. "La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud; declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho, en todos los casos, no tiene el valor de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad"[36]. No se trata de la "existencia", sino la "apariencia" del derecho. En tal sentido, para la imposición de la prisión preventiva será suficiente un grado de conocimiento de *"probabilidad"* de condena al imputado, a diferencia del grado de *"certeza"* que es necesario para poder dictar la sentencia definitiva; aun cuando el nivel de probabilidad debe ser rayano con la certeza.

---

33 Algunos autores peruanos como SAN MARTÍN CASTRO (*Ob. Cit.* p. 1130) y ORÉ GUARDIA (*Ob. Cit.* pp. 140 y ss) llaman a este presupuesto *fumus delicti comisi,* en alusión a que debe apreciarse la probable comisión del delito y no propiamente la apariencia del *ius puniendi.* Sin embargo, coincidiendo con el criterio de Del Río Labarthe, consideramos que es preferible referirnos al derecho del Estado de imponer la pena. Al respecto ver: DEL RÍO LABARTHE: *Tesis doctoral. 2016,* p. 79. Con citas de GUARRINIELLO y ORTELLS RAMOS.

34 DEL RÍO LABARTHE: *Tesis doctoral.* 2016, p.79.

35 "En el proceso penal, ese derecho es el *ius puniendi* del Estado respecto del imputado, lo que significa que debe valorarse cuál es la probabilidad de que el fallo que ponga fin al proceso sea uno de carácter condenatorio." DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo: *La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal,* Ara Editores, Lima, 2008, pp. 40 y 41.

36 CALAMANDREI: *Ob. Cit.,* pp. 40 y 41.

Se debe convencer el Juez, no de la certeza sino solo de la "verosimilitud" del derecho pretendido. "Lo verosímil no es necesariamente lo verdadero (aunque puede serlo) sino lo que tiene apariencia de verdad. Platón escribió que en los tribunales "la gente no se inquieta lo más mínimo por decir la verdad, sino por persuadir, y la persuasión depende de la verosimilitud"[37]. "El derecho será verosímil si es probable que exista y lo probable no es lo meramente posible sino lo que se puede demostrar mediante la comprobación de los hechos (...). De lo contrario, tendríamos que la verosimilitud del derecho se basaría en un juicio académico (...) ante el cual solo sería suficiente la afirmación del solicitante"[38].

En el caso específico de la *prisión preventiva,* el artículo 268°.a) del CPP, precisa que deben existir *fundados y graves elementos de convicción* para estimar razonablemente la *comisión de un delito* que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. Lo que implica que para llegar al resultado de la *apariencia del derecho* o *ius puniendi* del Estado, el fiscal tendrá que exponer en la audiencia dos puntos: 1) La probable comisión de un delito; y 2) la suficiencia probatoria para vincular al imputado con el hecho delictivo; de tal modo que se convenza al juez sobre la responsabilidad penal del imputado y de la probable sentencia condenatoria que le espera. O como refiere Oré Guardia, el presupuesto material del *fumus comissi delicti* (el que en realidad está referido al *fumus boni iuris)* está compuesto por dos elementos, uno de carácter *normativo* y otro *probatorio*[39].

8.1.1. Elemento normativo. Configuración del delito

Conforme al *elemento normativo* el hecho imputado debe ser constitutivo de delito (conducta típica, antijurídica y culpable) e inclusive cumplir con los requisitos de punibilidad, como no estar sujeto a excusas absolutorias, o presentar las condiciones objetivas de punibilidad, si es que el caso lo

37 Ver: https://es.wikipedia.org/wiki/Verosimilitud

38 Armando Rivas, Adolfo: *Las medidas cautelares en el derecho peruano*, Jurista Editores, Lima, 2005, pp. 41 - 42.

39 Oré Guardia: *Manual de derecho procesal penal. Las medidas de coerción en el proceso penal.* Editorial Reforma, Lima, 2014, p. 140.

exigiera[40]. Pues, si se presentara algún supuesto de atipicidad, de causales de justificación o exculpación no estaremos ante un delito, y por tanto no se puede pretender una condena en contra del imputado, o acreditar su responsabilidad penal; en el mismo sentido, si estuviésemos ante alguna causal que niega la punibilidad, igualmente, no podrá prosperar un proceso orientado e imponer una pena. Asimismo, si el procesamiento estuviera sujeto a un requisito de procedibilidad que no se ha cumplido, tampoco podrá cumplirse este presupuesto: *fumus boni iuris*[41]. Así por ejemplo, si se inicia una investigación preliminar contra un alto funcionario con prerrogativa de antejuicio constitucional sin haberse sometido el hecho al proceso de acusación constitucional correspondiente ante el Congreso de la República, la apariencia del *ius puniendi* estatal no puede apreciarse claramente, porque la acción penal interpuesta no resulta válida (la verosimilitud del derecho del Estado a imponer la pena en el proceso penal iniciado no está presente).

Igualmente, para el cumplimiento de este elemento configurativo del *fumus boni iuris,* se tendrá que precisar el título de imputación del procesado a fin de realizar la prognosis de pena que le corresponde, solo de este modo se podrá discriminar entre uno y otro partícipe del delito, sobre todo, cuando se trata de delitos cuya configuración está determinada especialmente por la infracción de un deber[42], en los cuales el portador del deber siempre es sujeto de un reproche significativamente mayor que otro partícipe que no tiene tal cualificación, y responde siempre en calidad de autor aun cuando su contribución al delito haya sido de menor significación que la de otro sujeto que no es portador del deber.

En tal sentido, para cumplir este extremo de las exigencias para solicitar y dictar un mandato de *prisión preventiva* se deben cumplir con la calificación adecuada de los hechos; esto es, dar cumplimiento al principio de la

40 Quedan fuera de esta consideración, los procesados por faltas, pues no han realizado aparentemente ningún delito.

41 En sentido similar GIMENO SENDRA refiere: "(...) es necesario no solo la concurrencia de meros indicios racionales de criminalidad, sino, además, que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal". *Derecho Procesal Penal,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 629.

42 Sobre la diferencia entre los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio, ver: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y ROJAS LEÓN, Ricardo César: *Derecho penal especial. Introducción a la parte general.* Jurista Editores, Lima, 2017.

imputación necesaria sobre la presunta comisión de un delito. Pero claro, ello no significa que todos estos conceptos referidos a la estructura del delito e imputación penal, tengan que estar fehacientemente acreditados, puesto que no se está dictando una sentencia final, sino simplemente se pretende demostrar la probabilidad de que las cosas, en el plano normativo, son tal como están definidas en la imputación.

Pero como se sabe, las exigencias de la imputación necesaria no son de la misma intensidad en todas las etapas del proceso. Así, a nivel de investigación preliminar (donde no se dispone la prisión preventiva) las exigencias son menores; no obstante, se pueden dictar medidas coercitivas personales y reales como la *detención preliminar judicial,* la incautación, el desalojo preventivo, etc. A nivel de la investigación preparatoria (o de "instrucción" conforme a la norma procesal antigua) las exigencias son de un nivel mayor que para la anterior y ya pueden dictarse otras medidas de coerción real y personal como el embargo y la *prisión preventiva.* Y obviamente el nivel de exigencias va en aumento conforme se avanza a la acusación y a la emisión de la sentencia.

Sin embargo, para ordenar la *prisión preventiva,* por tratarse de la afectación más severa a los derechos fundamentales (privación del derecho de la libertad locomotora) las exigencias superan a las propias de la etapa de investigación preparatoria y a pesar de estar a nivel inicial del proceso se exigen presupuestos propios de una etapa más avanzada del proceso como los exigidos para formular la acusación fiscal (probabilidad rayana con la certeza). Mientras que para las demás medidas de coerción como son la detención judicial o la comparecencia solo basta la posibilidad razonable de condena, o traducido en otros términos, indicios reveladores de la existencia de un delito.

Obviamente, el nivel de exactitud en la calificación de los hechos dependerá de los elementos de convicción o probatorios con los que se cuente al momento de solicitar la prisión preventiva, y ello pasa por analizar los elementos de convicción o probatorios contenidos en la imputación.

8.1.2. Elemento probatorio. Fundados y graves elementos de convicción

Esto es, se debe vincular al imputado con el hecho delictivo a través de elementos probatorios suficientes, es decir, deben existir elementos de prueba

que superen un estándar que evidencie la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado en el hecho. Entendiendo por estándar de prueba a aquellos criterios objetivos que indican cuándo puede darse por probado el enunciado sobre el hecho imputado[43], que lleven racionalmente a asumir su responsabilidad penal.

En realidad, los estándares de prueba juegan un rol fundamental a la hora de determinar la decisión del juez, pues solo si son superados se puede tener por suficiente la acreditación de un hecho (o el enunciado sobre un hecho). Esta operación intelectual debe ser explicitada en la motivación de la resolución que ordena la prisión preventiva a fin de impedir la arbitrariedad en la decisión. El estándar permite indicar cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que describe los hechos; esto implica, en primer lugar, decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera, y en segundo lugar, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad o certeza exigido[44]. Obviamente, para disponer la *prisión preventiva* no se requiere del estándar probatorio que es necesario para sostener una condena, solo se exige fundados elementos de convicción, o sea una alta probabilidad de condena, equiparable, como diríamos, a los que se exigen en la acusación fiscal.

Los estándares probatorios para dictar cualquier resolución judicial normalmente están expresados en la norma. En el caso de la *prisión preventiva* el Código Procesal Penal en su artículo 268 señala que deben existir *fundados y graves elementos de convicción* que vinculen razonablemente al imputado como autor o partícipe de la *comisión de un delito*[45]. Este presupuesto se diferencia del exigido para dictar la *detención preliminar judicial,* prevista en el artículo 261 del CPP que solo exige que existan *razones plausibles* (atendibles

43 ORÉ GUARDIA: *Ob. Cit.* p. 142. Con cita de GASCÓN ABELLÁN.

44 Respecto al estándar probatorio ver ampliamente, REYES MOLINA, Sebastián: *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno.* http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art10.pdf (Consulta del 3 de abril del 2017).

45 "La apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de investigación no significa, por sí sola, el establecimiento de una presunción de culpabilidad del imputado; sino que únicamente implica la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida". CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal.* 2a ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 306).

o admisibles) para considerar que el imputado ha cometido el delito y, que por las circunstancias que rodean al hecho, puede desprenderse *cierta posibilidad* de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad[46].

Pero esta forma de construir la "apariencia del derecho" con la existencia de *fundados y graves* elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito, no está exenta de contrasentidos; pues, tal como está establecida, parece exigir al juez el convencimiento y conocimiento de un nivel de certeza, lo cual recién se va a obtener luego de culminado el juicio oral. Entonces, realizar esta exigencia no parece correcto; pues, la valoración de los elementos de convicción exigidos para decretar la prisión provisional solo debe ser de un nivel de probabilidad, mas no de un nivel certeza de la responsabilidad criminal. Ya que es obvio que a la situación de certeza se llega solo en la sentencia definitiva y tras un juicio oral en el que se deberá desarrollar un debate público y contradictorio[47].

De otro lado, es de precisar, tal como refiere Del Río Labarthe, que el adjetivo *'graves'* utilizado por la norma no ofrece muchas luces para la determinación de este requisito, en la medida que no resulta claro si se le sitúa en el contexto de interpretación de la norma o en la evaluación del grado de responsabilidad penal del imputado, y consecuentemente de la necesidad de verificar la fundabilidad de la pretensión. Pues, "...un medio de prueba puede ser más o menos útil para valorar la posible existencia de un hecho delictivo, pero no más o menos grave"[48] como erradamente se consigna en la norma.

En tal sentido, solo se tomará en cuenta el adjetivo 'fundados" elementos de convicción establecido por la norma, al que habrá que añadirle 'suficientes" a fin de superar el estándar probatorio exigido. Criterio similar se ha establecido en el ordenamiento español, en el que se requiere de "(...) *motivos bastantes* para la aplicación de la prisión preventiva, acerca de la valoración de la existencia del hecho punible a un grado cognitivo calificable como *pro-*

46 Igual exigencia se realiza en el artículo 208 del CPP para la realización de una inspección o pesquisa en lugares abiertos, la cual, en realidad, es una injerencia mínima en los derechos de una persona.

47 Asencio Mellado, José: *La Prisión Provisional.* Civitas, Madrid, 1987, pp. 108 y 109.

48 Del Río Labarthe, Gonzalo: *La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal.* Ara Editores, Lima, 2008, p. 42. Criterio que reitera en su *Tesis Doctoral,* p. 133.

bable y no como *posible, un alto grado de probabilidad* si se quiere, cercano a la convicción o certeza pero nunca idéntico"[49], no propiamente de certeza.

Para entender cuándo estamos ante lo "probable" o "cercano a la certeza", NIEVA FENOLL propone la siguiente fórmula: para que el Juez dicte la *prisión preventiva* debe tener el mismo grado de convicción que el que debe tener para condenar si la condena debiera dictarse en el momento en el que va a dictar la medida cautelar[50]. Sin embargo, ORTELL RAMOS precisa que la medida puede dictarse aunque subsista cierta *duda*[51].

Por nuestra parte consideramos que la "duda" sobre los hechos y la participación del imputado siempre va a estar presente a lo largo del proceso penal hasta la sentencia, lo que quiere decir que la imposición de la prisión preventiva tiene que inspirar al juez de la investigación preparatoria, no una futura indudable situación de culpabilidad, sino solamente la idea que lo más seguro (altamente probable) es que será condenado el sujeto de acuerdo a los medios probatorios que el fiscal le ha alcanzado; obviamente, el Juez para formarse tal convicción debe valerse del derecho, la ciencia y su experiencia.

8.2. Gravedad del delito

La *prisión preventiva* solo opera en el caso de la presunta comisión de delitos graves. El artículo 268.b) construye la gravedad del hecho a partir de la idea que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad. Es decir, la probable sanción concreta o la suma de ellas debe ser superior a cuatro años de dicha pena. No se trata de una pena conminada, sino de la pena concreta que resulta probable que se vaya a imponer el imputado conforme a las circunstancias agravantes de primer, segundo o tercer nivel; o conforme a la naturaleza del delito o los delitos imputados, sea en concurso ideal o real (con la correspondiente sumatoria de penas); el título de imputación (autor o cómplice primario o secundario); el grado de ejecución del delito (intentado o consumado) y demás circunstancias que

49 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo: *La prisión preventiva.* 2008, p. 43.

50 NIEVA FENOLL, Jordi: *Fundamentos de derecho procesal penal.* Editorial Edisofer, España, 2012, p. 184.

51 ORTEL RAMOS: En MONTERO AROCA y OTROS: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal,* JM Bosch, Barcelona, 1996, p. 454.

incidan en la determinación de la pena y demás consecuencias aplicables al delito[52].

A tal fin, no interesa si el delito o delitos imputados tienen como pena conminada una pena privativa de libertad superior a los 4 años o si la pena privativa de libertad prevista oscila entre los 2 y 6 años por ejemplo[53]; pues, si las circunstancias que rodean al hecho empujan hacia el tercio superior de la pena, se tendrá que realizar la prognosis punitiva dentro de este tercio mayor de la pena. Inclusive, puede tratarse de delitos cuya pena no supera los dos o tres años de pena privativa de libertad, pero al tratarse de un concurso real con la sumatoria de penas se hace previsible que la pena concreta a imponerse supera los cuatro años. Inclusive puede tratarse de un concurso ideal de delitos en que el delito más grave está sancionado con una pena privativa de libertad menor a cuatro años, pero en aplicación del artículo 48 del Código Penal, esta pena se puede aumentar en su cuarta parte, con lo que puede superar el límite de los cuatro años establecidos por la norma como límite punitivo para la imposición de la *prisión preventiva.*

Obviamente, todas estas circunstancias que inciden en la determinación de la pena privativa de libertad, deben aparecer claramente acreditadas con los elementos de prueba fundados y suficientes presentados en el requerimiento de prisión preventiva. Asimismo, para realizar la prognosis de pena (superior a los 4 años de pena privativa de libertad) el requerimiento se debe sustentar en elementos de convicción o prueba suficientes y fundados. Si el

---

52 Desde esa perspectiva, "no se trata de poner énfasis a la pena conminada prevista en el Código Penal para el delito en estudio, sino a la consideración del Juez sobre la pena que podría ser aplicable considerando los elementos probatorios existentes. En tal sentido, no se debe confundir con la pena prevista para un determinado delito, pues esta puede prever sanción entre tres y ocho años, por ejemplo, y la pena probable ser mayor a cuatro años, en cuyo caso se cumpliría con el requisito exigido." Sánchez Velarde, Pablo: *Manuel de Derecho Procesal Penal,* Idemsa, Lima, 2004, p. 759.

53 "La prisión provisional, como toda medida judicial que suponga la restricción de un derecho fundamental, está sujeta la reserva de su proporcionalidad, por lo que debe limitarse a los casos en que el delito imputado sea un delito grave. En cualquier caso, debe tratarse de un delito que lleve aparejado pena privativa de libertad, y dentro de esta clase de delitos debe limitarse a aquellos que estén amenazados con pena grave, sin que pueda acordarse la medida en los llamados delitos de bagatela." Calderón Cerezo, A. y Choclán Montalvo J. A.: *Ob. Cit.* p. 306.

juez estima que la pena concreta a imponerse no supera los 4 años, optará por otras medidas coercitivas.

"Es opinión dominante que, para un correcto pronóstico sobre la sanción que se habrá de imponer en la sentencia condenatoria es necesario manejar convenientemente los criterios que proporciona la teoría de la prueba y los criterios que proporciona la dogmática de la determinación de la pena"[54]. Asimismo, debe tomarse en cuenta los criterios normativos para establecer el pronóstico para la determinación de la pena concreta un cuando sea en proyección. Es necesario tener en cuenta los criterios que nos ofrece los artículos 45, 45-A, 46, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D, 48, 49, 50 y demás pertinentes del Código Penal. Todo ello tomando en cuenta los recaudos probatorios existentes hasta el momento y la naturaleza y circunstancias del delito; esto es, la naturaleza del delito y los elementos probatorios existentes, las condiciones personales del imputado y su situación jurídico-procesal (imputabilidad restringida, eximente atenuada, el grado de ejecución del delito, confesión sincera, etc.)[55].

8.3. *Periculum in mora* o peligro en la demora

Tal como ya se ha señalado, el *periculum in mora* está referido a la posibilidad de que, de no disponerse y ejecutarse la *prisión preventiva*, se corre el riego de que el imputado efectivamente pueda materializar acciones contrarias al esclarecimiento de los hechos o se sustraiga de la administración de justicia eludiendo el *ius puniendi* del Estado. Esto es, pueda concretar la fuga u obstaculizar la actividad probatoria, impidiendo el esclarecimiento de los hechos y el normal desarrollo del proceso, a la vez que evitando someterse a las consecuencias penales establecidas en la sentencia.

En general, debe tratarse de un supuesto en que la demora en decretarse la medida genera perjuicio para el proceso, y que la demora del proceso constituya propiamente un peligro inminente de la concreción del daño procesal

---

54 BENAVENTE CHORRES, Hesbert: La detención, el arraigo y la detención preventiva en el Derecho comparado. En *Arraigo y prisión preventiva. Doctrina legislación, jurisprudencia y formularios;* Flores Editor y Distribuidor y Facultad de Derecho UAEM, México D.F., 2010, p. 292.

55 En el mismo sentido SÁNCHEZ VELARDE: *Manuel de Derecho Procesal Penal,* Idemsa, Lima, 2004, p. 760.

que se quiere evitar. Esto es, que se pueda afectar de modo irreparable a la investigación o al proceso. En general, el *periculum in mora* determina el carácter de urgencia de la medida, pues de tratarse de asuntos normales, la medida cautelar no se justificaría. Al respecto, Calamandrei precisa que es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, la "inminencia del peligro"; si se quiere alcanzar el objeto con la providencia jurisdiccional, debe ser dictada *"sin retardo"*[56]. En este sentido, dicho autor refiere que el *periculum in mora* constituye la base de las medidas cautelares. Sin embargo, respecto a la *prisión preventiva* el peligro en la demora, en algunos casos puede no aparecer como urgente, en tal supuesto, será el juzgador quien debe apreciar la urgencia y la necesidad de disponerla de inmediato. El peligro en la demora no es el "peligro genérico de daño jurídico", sino específicamente el peligro del "ulterior daño *marginal"* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva[57].

Finalmente, tal como hemos señalado al tratar las funciones y finalidades de la *prisión preventiva,* si bien es una medida cautelar de aseguramiento de la ejecución de la sentencia, también cumple finalidades de investigación y de prueba. Al respecto, la *evitación del peligro de fuga* cumple ambas finalidades, de un lado la función cautelar y de otro una función de investigación y prueba, toda vez que, de un lado, asegura la presencia del imputado para cumplir la condena y de otro, asegura la presencia del imputado para llevar adelante actuaciones procesales o probatorias que deben realizarse con la presencia de este. Asimismo, la *evitación del peligro de obstaculización* cumple una función eminentemente de aseguramiento del desarrollo del proceso (investigación y prueba)[58].

Finalmente, es necesario precisar que si bien se exige la concurrencia de todos los presupuestos previstos en los literales a), b) y c) del artículo 268 del CPP, referido a la verosimilitud del derecho y la respectiva suficiencia

---

56 Calamandrei, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares,* Ara Editores, Lima, 2005, pp. 41 y 42.

57 Calamandrei: *Ob. Cit.* p.42.

58 La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la Casación N.º 631-2015-Arequipa, del 21 de diciembre del 2015, ha precisado que: "El peligro procesal (*periculum in mora*) es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva. Este tiene un carácter subjetivo pero objetivado legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enunciativos, y, por ende, reconocen un margen de discrecionalidad a los jueces".

probatoria, la gravedad de la pena y el peligro procesal (de fuga y de obstaculización); no se exige de este último la concurrencia del peligro de fuga y del peligro de obstaculización, sino que basta con que nos encontremos ante la presencia de alguno de ellos y si estuvieran presentes los dos mucho mejor. Pues, en los tres casos (peligro de fuga, de obstaculización o de ambos) de todos modos se verifica el peligro procesal.

8.3.1. Evitar el riesgo o peligro de fuga

El peligro de fuga está referido a la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse de la acción de la justicia evitando ser juzgado, con lo que a la vez, eludirá la ejecución de la pena[59]. La fuga puede frustrar el desarrollo del proceso al no estar permitido juzgar en ausencia en nuestro ordenamiento procesal; asimismo, impide la ejecución de la sentencia si esta llega a dictarse, burlando así el ejercicio del *ius puniendi* estatal; igualmente, impide la declaración del imputado cuando sea necesaria, aunque teniendo en cuenta que cualquier reo tiene derecho a guardar silencio, este riesgo es de menor trascendencia[60].

Obviamente, la apreciación del riesgo de fuga debe determinarse a partir de datos objetivos que se adjunten al requerimiento de *prisión preventiva.* Al respecto, la Sala Penal para Reos en Cárcel, asumiendo los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional ha precisado que ha de tenerse en cuenta una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente con los antecedentes del procesado, su situación profesional, el cargo que detenta, su situación familiar y social dentro de la comunidad, con las actividades y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos morales, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del imputado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación[61].

---

59 En sentido similar, ARAYA VEGA y QUIROZ SALAZAR: *Ob. Cit.* p. 70.

60 En sentido similar, NIEVA FENOLL: *Ob. Cit.* pp. 160 - 161.

61 Exp. 75-2012-Lima del 12 de enero de 2012. Sala Penal para Reos en Cárcel.
O como refieren MIRANDA ESTRAMPES y PEÑA CABRERA: "Es un juicio valorativo de prognosis sobre una futura conducta del imputado, que será resultado de una valoración

En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en cuanto señala:

> "(...) el principal elemento a considerarse con el dictado de esta medida cautelar debe ser el peligro procesal (...). En particular, de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada. La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria, por no encontrarse razonablemente justificada"[62].

En sentido similar la presidencia del Poder Judicial ha señalado:

> "Las circunstancias que resulten útiles para inferir la aptitud del sujeto para provocar su ausencia -riesgo que por antonomasia persigue atajarse en la prisión preventiva- están en función a las mayores o menores posibilidades de control sobre su paradero. Entre aquellas se tiene la salud del individuo, que influye mucho -en uno o en otro sentido- en la capacidad material de huida; así como la situación familiar o social del sujeto, para advertir la posibilidad que algún familiar o amigo supla o complemente la disposición material del sujeto pasivo del proceso; la inminencia de celebración del juicio oral, especialmente en los supuestos en que proceda iniciar o formalizar un enjuiciamiento acelerado o inminente -se trata, como abona la experiencia, de un elemento ambivalente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el Juez ha de concretar las circunstancias específicas que abonan o no a la fuga del imputado-. Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada, pueden ser: la existencia de conexiones del individuo con otros lugares del país o del extranjero, la pertenencia del encausado a una organización o banda delictiva, la complejidad en la realización del hecho atribuido,

---

deductiva de las condiciones personales del imputado, de las circunstancias concomitantes del hecho punible, de la gravedad del injusto, del *status* funcional del autor, pena probable a imponer, la naturaleza del bien jurídico afectado, comportamiento procesal, etc.; datos que englobarán el contenido de dicho juicio estimativo". Miranda Estrampes, Manuel y Peña Cabrera Freyre, Alonso: *Temas De Derecho penal y procesal penal*, APECC, Lima, 2008, p. 97.

62 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 1091-2002-HC/TC*, caso *Vicente Ignacio Silva Checa*. Fj. 15. Lima: 12 de agosto de 2002.

> las especialidades formativas que quepa apreciar en el procesado, o incluso en su situación laboral"[63].

Pero claro, la convicción del Juez sobre la existencia del peligro de fuga debe surgir de los elementos de prueba adjuntados al requerimiento y también de la información y la explicación que de estos presentará el Fiscal en la correspondiente audiencia, en la misma que se debatirán los elementos de cargo y de descargo a fin de ilustrar al Juez para que tome la decisión más adecuada. Pero para ordenar la prisión preventiva el juez no puede sujetarse de un riesgo leve o un riesgo basado en conjeturas o intuiciones, sino, todo lo contrario, el riesgo tiene que ser grave, fundado y evidente; aun cuando no es imperiosa la tarea de justificar urgencia alguna, dado que la medida de la prisión preventiva, a diferencia de la detención, no tiene por qué ser inmediata[64].

A fin de proporcionar elementos para la correcta apreciación del peligro de fuga, el artículo 269° del CPP[65] ha establecido los criterios que el Juez deberá tener en cuenta para calificar una situación como riesgosa de fuga, estos criterios son:

a) El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;

b) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;

c) La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;

d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y

---

63 Resolución Administrativa N.° 325-2011-P-PJ del 13 de setiembre de 2013.. Circular Sobre Prisión Preventiva. Considerando tercero.

64 "Dicho riesgo no puede estar justificado, nuevamente, en una simple conjetura. El juez tiene que ser capaz de explicar en su resolución con qué medios el preso podría eludir la acción de la justicia, puesto que en caso de que no pueda explicarlo, tampoco podrá justificar la existencia del riesgo." NIEVA FENOLL: *Ob. Cit.*, p. 185.

65 Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley N.° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013.

e) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

"Sin embargo, debe quedar claro que estos postulados normativos no tienen naturaleza taxativa. El Juez, obviamente, puede incorporar en su análisis otros criterios que justifiquen o no aconsejen la aplicación de la prisión preventiva (el estado de salud del procesado, por ejemplo), siempre que respeten la Constitución, así como la proporcionalidad y la razonabilidad de la decisión. Además, ha de tomar en cuenta que los requisitos exigidos al momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento"[66].

a) El arraigo personal

La Real Academia de la Lengua Española define al arraigo como acción y efecto de arraigar; así, en su primera acepción significa echar o criar raíces; y en su segundo sentido, establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas. En tal sentido, para descartar la adopción de la prisión preventiva, se toma en cuenta que la persona tenga un arraigo personal, la cual se aprecia del hecho que el imputado tenga un arraigo domiciliario, familiar y laboral. Esto es, tiene su domicilio habitual (pernocta, vive y trabaja) en un lugar determinado; su familia también vive en dicho lugar y desarrolla su actividad económica (trabajo, negocio o empresa) en el lugar de la investigación y juzgamiento. En otras palabras, el arraigo consiste en el vínculo o lazo familiar que hace al imputado permanecer dentro del territorio nacional o dentro de determinada localidad, por más contactos que tuviese con un país extranjero o con otra ciudad[67].

Este criterio ha sido asumido por la Corte Suprema, la misma que concretamente señala:

> "Dentro de los criterios que el Juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como 'arraigo' –que tiene esencialmente un carácter objetivo, y ni puede afirmarse con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso concreto. (...). El arraigo debe ser entendido como

66 Resolución Administrativa N.º 325-2011-P-PJ del 13 de setiembre de 2011. Circular Sobre Prisión Preventiva. Considerando tercero.

67 Del Río Labarthe: *La prisión preventiva.* 2008, p. 54.

> el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimensiones: 1) La posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello visto en su conjunto, acreditarían el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse, desincentivan la fuga del imputado"[68].

Como puede apreciarse, para determinar el arraigo se valorará si el imputado tiene bienes inmuebles, familia constituida, con sus padres, esposa e hijos o si trabaja para alguna institución pública o privada; pues, si labora en un lugar y su subsistencia personal y familiar depende de su trabajo, será difícil que abandone el trabajo, sobre todo, si no se trata de un profesional que fácilmente puede insertarse en la actividad laboral en cualquier lugar. También es importante conocer el monto de sus ingresos económicos, si están acreditados o es solo su versión; si hay posibilidad que pueda viajar al extranjero o al interior del país[69]. Asimismo, deberá considerarse el número de hijos o de personas a su cargo y que viven en el lugar; su vecindad conocida, trabajo estable, reputación, fama, etc., circunstancias todas ellas que, no obstante la gravedad del hecho, permitirán al Juez inferir que el imputado no huirá del lugar ni se ocultará de la acción de la justicia y acudirá a la llamada del juicio oral[70].

Igualmente, también se deberá tomar en cuenta el grado de influencia que el imputado tiene o puede ejercer en determinados ámbitos económicos, políticos y sociales. Incidirá también su situación económica; pues, quien goza de gran solvencia económica, está en mejores condiciones de abandonar el país o esconderse, que un reo que ajustadamente cuenta con los recursos para la subsistencia de él y su familia[71]; en este sentido, la Comisión Europea

---

68 Casación N.º 631-2015-Arequipa del 21 de diciembre de 2015, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

69 ARAYA VEGA y QUIROZ SALAZAR: 2014, p.174.

70 GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Aranzadi, España, 201: 2012, p. 630.

71 Sentencia del 26 de junio de 1991, párr. 41. Citada por DEL RÍO LABARTHE: *Tesis Doctoral.* p. 166.

de Derechos Humanos en el Caso *Letellier,* ha precisado que no existe riesgo de fuga cuando la imputada es madre de niños menores y regenta un negocio (en el lugar del proceso) que es su única fuente de ingresos.

Asimismo, para el caso de fuga al extranjero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que la "(...) simple posibilidad o facilidad que tiene el acusado para cruzar la frontera no implica peligro de fuga, se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé, o la singular oposición del imputado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país que permitan suponer que las consecuencias y riesgo de la fuga le parecerá un mal menor que la continuidad del encarcelamiento"[72]. "(...) el arraigo al país, también puede valorarse conforme a los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, de forma concluyente cuando este cuenta con una doble nacionalidad o más de dos, situación legal que le permitiría abandonar el país con mayor facilidad y refugiarse en su doble nacionalidad para evitar ser extraditado. Las mismas facilidades que le otorgan las situaciones antes descritas para salir del país, pueden ser utilizadas para permanecer oculto, por ejemplo, contar con varios domicilios, sean estos residenciales o laborales"[73].

Normalmente para acreditar el arraigo y descartar el peligro procesal, se presentan certificados o constancias domiciliarias, certificados de trabajo, partidas de nacimiento de hijos, constancias de estudios de los hijos, cónyuges o del propio procesado, con la finalidad de demostrar al juez que el imputado tiene motivos suficientes para no huir, pues esto importaría salir del entorno familiar y social en el que se desenvuelve, lo que le resultaría altamente perjudicial en términos afectivos, familiares, económicos y sociales[74].

No obstante, la presencia de algún tipo de arraigo no descarta *a priori* la prisión preventiva. "De hecho, el arraigo no es un concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión "existencia" o "inexistencia" de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aun cuando se

72 Del Río Labarthe: *Tesis Doctoral.* p. 167.

73 Pérez López, Jorge: *El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de Prisión Preventiva.* Disponible en: < http://bit.ly/2iqHROk> (2014, pp. 12 - 13).

74 Pérez López: *Ob. Cit.* p. 13.

está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo -medido en términos cualitativos- descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva"[75]; esto tendrá que apreciarse de modo integral o global, con todos los elementos y circunstancias que rodean al hecho y al imputado. Pues, el arraigo no es un presupuesto sino una tipología referencial basada en el contexto y necesidad de cada caso, de suerte que en algunos casos determinará la inexistencia del peligro de fuga, pero en otros no necesariamente. En consecuencia, el análisis no debe limitarse a determinar la existencia o inexistencia de arraigo, sino más bien debe analizarse la calidad del mismo y su vinculación con las condiciones que rodean al imputado y sus circunstancias específicas.

Especial consideración para la evaluación del arraigo lo constituyen los casos seguidos contra extranjeros, respecto de quienes se ha considerado que no presentan arraigo por su sola condición de extranjeros, lo cual implica un trato discriminatorio. En tal sentido, debe considerarse que la sola calidad de extranjero no implica peligro de fuga por desarraigo, sino que es necesario realizar una evaluación global de las circunstancias particulares del hecho y del imputado.

b) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento

No debe confundirse este presupuesto referido al *periculum in mora,* es decir, al peligro de fuga, con la prognosis de pena establecida en el artículo 368.b) del CPP referido a la determinación de la pena superior a los cuatro años de pena privativa de libertad vinculado al *fumus boni iuris.* Pues, tal como señala la Corte Suprema:

> "[D]ebe comprenderse que la pena a imponer al encausado tiene una 'doble lectura'. En primer término, es necesario establecer si la probable pena a imponer es superior a cuatro años (artículo 268°, apartado 1, literal b) del Código Procesal Penal). Cualquier prognosis inferior impide la aplicación de la prisión preventiva. Una vez que se cumple este motivo de prisión, es necesario analizar, además, cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (artículo 269°, apartado 2, del Código Procesal Penal). Aun cuando se esté frente a una pena superior a los cuatro años

75 Resolución Administrativa N.° 325-2011-P-PJ del 13 de setiembre de 2009. Circular Sobre Prisión Preventiva. Considerando séptimo.

> de privación de libertad, es evidente que no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de libertad. Una y otra -desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia- puede generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El Juez debe valorar, entonces, el caso concreto; no aplicar una regla penológica general sin sentido"[76].

En realidad, en este punto la gravedad de la pena constituye una pauta indicadora de la probable fuga del imputado por temor a sufrir la pena grave, como lo ha considerado el legislador. En este caso no interesa tanto la gravedad de la pena propiamente dicha sino el impacto que tal magnitud de la pena puede producir en el ánimo del imputado, el mismo que puede llevarlo a decidir darse a la fuga por temor a sufrir los efectos de la pena, que se pronostica como grave[77].

Se dice que ante la gravedad de la pena "(...) es probable que el procesado se abstenga de comparecer al escenario del proceso penal, interviniendo únicamente su defensa técnica. No querrá estar presente por la prognosis de un supuesto encarcelamiento; sea, para seguir con sus actividades cotidianas cerca a su familia, entorno social o para evitar los efectos criminógenos de la prisión, o por cualquier otro motivo"[78]. Pero "(...) si bien se acepta que la gravedad de la pena puede generar una mayor tentación de fuga en el imputado, es esta una mera probabilidad estadística de base sociológica y es perfectamente posible que las particulares circunstancias del imputado excluyan la huida pese a la gravedad del hecho que se le imputa"[79].

Por ello, el impacto a favor de la fuga, debe advertirse objetivamente a través de alguna actuación o conducta del imputado, la misma que apreciada en conjunto con otros elementos de convicción pueda llevar a la conclusión de que efectivamente va a tratar de eludir la acción de la justicia penal.

---

76 Resolución Administrativa N.º 325-2011-P-PJ. Circular Sobre Prisión Preventiva. Considerando cuarto. 13/09/2011.

77 García Calizaya, Carmelo: *El riesgo de fuga por gravedad de la pena en la prisión preventiva*, En: Actualidad Penal, Junio, N.º 12, Lima, 2015, p. 229.

78 García Calizaya: *Ob. Cit.* p. 229.

79 Del Río Labarthe, Gonzalo: *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal.* Ara Editores, Lima, 2008, p. 55.

c) La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo

Como se aprecia claramente, en este punto se observan dos supuestos, el primero referido a la *magnitud del daño causado por el delito* y el segundo referido a *la actitud voluntaria del imputado respecto al daño y su reparación.*

El primer supuesto (magnitud del daño causado), en realidad no cumple ningún papel para la apreciación de la voluntad de fuga del imputado, o dentro de las funciones o finalidades de la *prisión preventiva.* En efecto, el daño causado, independientemente de su magnitud, configura la pretensión resarcitoria cuyo titular es el agraviado (que en ciertos casos puede ser el propio Estado o la sociedad) y tiene una naturaleza real o patrimonial, por lo que no se puede pretender asegurar su cumplimiento apelando a una medida de carácter personal como la prisión preventiva, así como tampoco se puede instrumentalizar esta medida personal para asegurar fines patrimoniales. Entonces, no se puede tomar en cuenta la magnitud del daño, ni siquiera indirectamente para la imposición de medidas cautelares personales, para ello están las medidas cautelares reales como el embargo, la medida de inhibición, etc.[80] En consecuencia, frente a la prisión preventiva este indicador se muestra innecesario y carente de sentido jurídico.

Sin embargo, respecto al segundo punto, es decir en cuanto a *la actitud voluntaria del imputado respecto al daño y su reparación,* se trata de una conducta del imputado que revela su posición frente al delito, a la investigación, al proceso penal y sus consecuencias (en este caso patrimoniales). En tal supuesto, a la vez pueden presentarse dos alternativas, la primera referida a la conducta del imputado orientada a obstaculizar la reparación de los daños y evitar resarcir o auxiliar a la víctima, como puede ser el hecho de desaparecer o transferir sus bienes con el fin de evitar que sean afectados con fines reparatorios; pero como se sabe, en este caso, la medida para evitar este tipo de

80 En el mismo sentido, JAUCHEN señala: "Sin duda, este parámetro de peligrosidad procesal se exhibe abiertamente desacertado. La prisión provisional, de este modo, como un medio idóneo para condicionar al imputado en su conducta futura frente a las consecuencias civiles derivadas del hecho delictivo. De más está decir que para hacer frente al riesgo procesal derivado de una posible insolvencia se halla otra medida de coerción, de tipo real: el embargo, o bien, la inhibición general de bienes". JAUCHEN, Eduardo: *Tratado De Derecho Procesal Penal,* Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012, pp. 589 y 590.

acciones defraudatorias no puede ser la *prisión preventiva* (medida coercitiva personal), sino nuevamente las medidas cautelares reales antes indicadas. No obstante, la otra alternativa que puede presentarse sí puede configurar un indicador para determinar (conjuntamente con otros elementos) la inexistencia de riesgo de fuga[81]. Esto es, cuando el imputado muestra una conducta a favor de la reparación o de auxiliar a la víctima.

En este último caso el juez deberá valorar determinadas acciones por parte del imputado, como el hecho de haber auxiliado a la víctima luego de haber ejecutado el hecho, si se arrepintió activamente del hecho criminal, si evitó el resultado típico, si pidió las disculpas del caso a la víctima, si devolvió los bienes personales sustraídos, si resarció de alguna manera y en forma positiva al agraviado o perjudicado con el delito, o si se declaró autor de los daños antes de ser arrestado por los ciudadanos o antes de ser detenido en flagrancia delictiva[82].

d) El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro proceso anterior

Este indicador de determinación del presupuesto "fuga" está referido a la conducta procesal del imputado; esto es, a su actitud indebida o mala conducta frente al proceso, pero también a la conducta debida y de colaboración del procesado; y puede estar referida a la conducta observada en el proceso materia de la *prisión preventiva* o a la observada en un proceso anterior. En este último caso (conducta en proceso anterior) puede tratarse de un imputado reincidente o habitual, pero lo que se considera no es esta condición, sino su conducta observada. Asimismo, puede ser que en un proceso anterior se le haya impuesto una medida de *prisión preventiva,* pero ello no significa que se le tenga que imponer la misma medida en el nuevo proceso; pues, las condiciones, presupuestos e indicadores pueden ser distintos en uno y otro proceso; más aún, criterios de orden sustantivo referidos a un primer proceso no se pueden tomar en cuenta en uno nuevo, pues afectaría el principio *ne*

81 Sin embargo, "si el imputado no adopta una actid voluntaria de reparar el daño respecto del cual no ha sido declarado responsable, no puede considerarse como una falta de buen comportamiento procesal y, por ende, como un criterio de riesgo de fuga". Pérez López: *Ob. Cit.* pp. 17 y 18.

82 Araya Vega y Quiroz Salazar: *Ob. Cit.* pp. 174 y 176.

bis in ídem; sin embargo, nada obsta para que se tome en cuenta indicadores de orden procesal como antecedente de la conducta procesal del imputado en un nuevo proceso.

En el caso, si el imputado ha pretendido darse a la fuga al momento de ser intervenido, durante la etapa preliminar o durante el proceso, resulta evidente que ello expresa su voluntad de sustraerse de la administración de justicia, apreciándose claramente el peligro procesal (de fuga). Lo mismo sucederá si intencionalmente no concurre a las citaciones que le hace la autoridad en el marco de las investigaciones; salvo que exista una justificación razonable que le impida concurrir a las mismas; pero en este caso, la negativa de concurrir o colaborar como por ejemplo, de declarar o de ser un colaborador eficaz, etc., no pueden tomarse en cuenta, puesto que estas son facultades y derechos mas no obligaciones del imputado.

Igualmente, si en un proceso anterior se ha dado a la fuga o no ha concurrido a las citaciones de la autoridad, también ello configura un indicador de observancia de la misma conducta en el nuevo proceso; no obstante, este indicador es de menor fuerza indicativa, puesto que en el anterior proceso o investigación han podido presentarse circunstancias distintas o más graves que impulsaron al imputado a asumir una conducta procesal indebida. En tal sentido, la mala actitud o conducta procesal del imputado va a ser el núcleo de este indicador de peligro de fuga; vale decir, cuál y cómo ha sido su disposición frente al proceso y a los procesos o investigaciones anteriores. Igualmente, si en un proceso anterior ha tenido una conducta obstruccionista, este indicador puede tomarse como referencia para pronosticar la conducta que el imputado observará en el caso en que se discute la prisión preventiva.

En tal sentido, si en el proceso actual o en anteriores el imputado ha observado una conducta debida, esto también constituye un indicador de que hará lo mismo en el proceso en que se requiere la *prisión preventiva.* Por ello, es fundamental que el juez aprecie si el imputado puso obstáculos a la Policía en la intervención, o durante el arresto ciudadano; si se entregó voluntariamente o se apersonó en forma libre a la fiscalía o comisaría; que se presentó voluntariamente en un proceso anterior, que colaboró con la administración de justicia en un proceso anterior, etc. Tomando cada dato de la realidad con suma cautela o prudencia pues no toda mala conducta tiene

motivos fraudulentos o tiende a repetirse, asimismo, no en todo momento el imputado decidirá hacer frente a la justicia o colaborar con esta.

Por ejemplo en el caso de fuga consumada ofrece al juez una pauta fiable de comportamiento futuro del procesado. Pero "en puridad, lo actuado por el imputado en el mismo proceso o en uno anterior solo será base meramente indicativa. Habría que trabajar en un doble plano esta información: no solo se trata de lo ocurrido, sino de la posibilidad de que ello vuelva a repetirse. Ergo, de prescindirse de este último aspecto, la prisión provisional solo se trataría de una suerte de 'castigo procesal por el pasado"[83].

Se dice que este criterio es uno de los más importantes, toda vez que permite hacer una prognosis del posible comportamiento del procesado en base a efectivas conductas que se han dado en el pasado (durante el mismo proceso o un proceso anterior), que es la esencia de la determinación del peligro procesal, debido a que la *prisión preventiva* no se basa exclusivamente en pruebas y en la certeza para declarar fundada la pretensión, sino en la hipótesis fundada de la existencia de peligro procesal[84].

De otro lado, el juzgador no debe considerar solo la voluntad antecedente del imputado sobre la posible fuga o riesgo procesal, sino que debe verificar la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga. "La justificación del riesgo de fuga, más allá de la disposición de esos medios, será extremadamente compleja, puesto que solamente en caso de que el imputado haya protagonizado una fuga anterior –o al menos un intento- podrá acreditarse con una contundencia aplastante ese riesgo, o incluso en caso de que otros miembros de la misma banda criminal hayan optado también por la fuga, aunque este último hecho puede ser de muy compleja justificación, dado que, en el fondo, se está haciendo responsable a una persona de las culpas de otro, lo que resulta profundamente discutible"[85].

El peligro de fuga evidenciado en el proceso (con una fuga materializada o una intentada) o en uno anterior deberá apreciarse no solo para imponer

83 Jauchen: *Ob. Cit.* p. 592.

84 *Cfr.*, Neyra Flores, José: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Idemsa, Lima, 2015, p. 177.

85 Nieva Fenoll: *Ob. Cit.* p. 186.

la medida, sino también para mantenerla, sobre todo, cuando durante la ejecución de la medida el imputado hubiese mostrado su renuencia a colaborar con la administración de justicia o de someterse a esta.

e) Pertenencia del imputado a una organización criminal o su reincorporación a ella

En el último grupo de estos indicadores del peligro de fuga establecidos por la ley se valora si el imputado ha ejecutado la conducta delictiva en forma individual o como miembro de una organización criminal de la cual forma parte o habiéndose reincorporado a dicha organización. Ello nos lleva a precisar algunas ideas respecto a qué entendemos por organización criminal.

En primer lugar, es necesario precisar que puede interpretarse el término organización criminal, al menos en un sentido genérico, en términos similares al de asociación ilícita. La idea central de organización se deriva de la existencia de un ente con carácter de "institución" y que posee las notas de *permanencia y regularidad* en el tiempo. La organización no depende de la conservación y regularidad de sus miembros, los cuales pueden cambiar constantemente sin que ello implique su alteración o desaparición. La organización en realidad supone, en su acepción jurídica, una determinación clara y definida de los objetivos a alcanzar y una adecuada selección de los medios y procedimientos, disponiendo de una elemental distribución de funciones –ya que no todos los miembros van a realizar la misma tarea– y un necesario principio jerárquico tanto en el mando, como en la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas; aun cuando actualmente, no se descarta la existencia de organizaciones horizontales, en donde las jerarquías han desaparecido o no son relevantes; tales parecen ser los casos en que personas provenientes de diversas organizaciones se asocian para optimizar su actividad criminal.

La *organización* se distingue de la simple autoría y participación y de la conspiración para delinquir, en que en esta no basta la intervención de un número plural de personas en la fase preparatoria del delito, sino que la idea de organización queda satisfecha cuando se logra establecer una formal o material *distribución de funciones* entre los miembros, determinando los "deberes" y "derechos" de cada uno de ellos, como la actividad que ha de cumplir y, además, que exista por lo menos una elemental *estructura jerárquica* entre los "asociados", señalando un determinado mando y rango, ya

sea personal o colegiado, y una determinada línea de acción vertical, basada en el compromiso, elemental lealtad y obediencia respecto a los acuerdos comunes.

Dicha organización no debe ser necesariamente formal, en el sentido de verse reflejada en un estatuto o un reglamento en el que se señalan los cargos, competencias y funciones, ya que de ser así solo las asociaciones que documentasen su finalidad ilícita y la actividad que desarrollan serían alcanzadas por el Derecho penal, quedando fuera las organizaciones irregulares que no cumplen con este requisito. Se debe evitar extrapolar las categorías propias del Derecho Privado (Civil y Comercial) al seno del Derecho penal en la construcción del concepto de organización, pues estas organizaciones de Derecho Privado, son protegidas por el derecho, precisamente porque se forman y estructuran de acuerdo al Derecho y cumplen una finalidad lícita y en beneficio de la sociedad o de los individuos; en cambio las organizaciones criminales se forman para contravenir al Derecho.

Otro de los requisitos que se encuentra detrás de la noción de organización es el *sometimiento y la aceptación* del "asociado", "miembro" o "integrante" a la voluntad general o a los acuerdos colectivos. Se habla aquí de una *disciplina corporativa*. La oposición o silencio de un integrante frente a los acuerdos colectivos, que no suponga la colocación de una barrera de contención seria para evitar el desarrollo ulterior del propósito criminal de la asociación o de alguno de sus miembros, no lo exime de pena, cuando se mantenga dentro de la organización. En el mejor de los casos implicará una atenuación de su responsabilidad.

El formar parte de la organización o, mejor dicho, la relación de pertenencia del afiliado a la organización criminal, no debe entenderse en términos formales, como si se exigiera un vínculo jurídico válido o un acto solemne que declare la vinculación de una persona con la asociación; la afiliación debe comprenderse en un sentido *material*, requiriendo únicamente la vinculación fáctica y real entre el integrante y la organización, no importando la naturaleza o modo del ligamen del "socio" con la organización criminal. Puede tratarse de una organización criminal que desarrolla sus operaciones a nivel nacional o internacional.

La organización requiere un acuerdo o pacto común entre los "asociados", por ejemplo, en el instante de su creación; o en su caso, la adhesión de

uno o más asociados al pacto y al acuerdo inicial; igualmente, requiere una aceptación de los fines a los que la organización propende[86]. Dicho acuerdo puede ser expreso o tácito. No es necesario que conste en algún documento o en un soporte material. Es más, la doctrina está de acuerdo en señalar que la afiliación se puede dar a través *de hechos concluyentes* o actos materiales de los miembros.

Normativamente, la Ley N.º 30077, en su artículo 2 ha establecido: "(...) se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más persona que se reparten diversas tareas o funciones cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable y por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves (...)"; en el mismo sentido, también la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define en su artículo 2 qué debemos entender por organización criminal.

Si se entiende que la relación de pertenencia o de afiliación es el núcleo de la imputación, tal característica permite delimitar y excluir del ámbito de la tipicidad una serie de comportamientos que caen fuera del círculo de la autoría como es el caso del tercero ajeno a la asociación que sin ser afiliado o integrante de la misma desarrolla actos de colaboración o de favorecimiento. En ese sentido queda claro que se puede actuar en la organización, colaborar con ella, pero no pertenecer a la misma. Dichos actos de favorecimiento pueden dar lugar, en todo caso, a formas de participación en el delito, sobre todo de complicidad. Sin embargo, ello no es óbice para que quien tiene la calidad de cooperador pueda luego pasar a formar parte de la organización al haber sido aceptado.

Si bien, la existencia de la organización se manifiesta y prueba muchas veces a través de las reuniones periódicas o circunstanciales que realizan sus miembros, al mediar una presencia física, no hay mayor problema para admitir su existencia, cuando los acuerdos, directivas, incorporaciones o aportaciones se llevan a cabo sin necesidad que los miembros se reúnan alguna

86 CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial.* T II, 6ª Ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 107.

vez o habiten en el mismo lugar[87], dado que dicha asociación puede entablar lazos de permanencia y comunicación a través del empleo de procedimientos técnicos como la utilización de Internet, de la telefonía celular, del fax u otros medios técnicos semejantes. Puede emplear también emisarios o correspondencia.

Precisada la idea que se maneja sobre una organización delictiva, es de precisar por qué se considera la presencia de la organización como un indicador de que el agente puede darse a la fuga. Y ello resulta plenamente explicable en la medida que, precisamente, las organizaciones garantizan su existencia o pervivencia en la medida que evitan que sus agentes sean investigados o procesados, pues, ello entrañaría un gran peligro para la organización, toda vez que el investigado puede proporcionar información perjudicial para esta, o puede generarse la desconfianza y desaliento en sus miembros, que necesitan estar unidos y confiar plenamente en la organización y sus miembros, por ello, la organización va a tratar de evitar a toda costa que se investigue a sus miembros, sobre todo que se encarcela a los mismos. En tal sentido, la propia organización se encarga de asegurar la impunidad de sus miembros y de procurarles los medios para no someterse a la administración de justicia, lo que pasa por asegurarles la "fuga", para lo cual la organización anteladamente genera o desarrolla los medios para asegurar que sus agentes sean puestos fuera del alcance de la justicia; obviamente esta logística será mayor cuando se trate de mandos de la organización, sean medios, altos o jefes de la misma. A tal punto que pueden llegar a rescatar violentamente a sus miembros o cabecillas que hubiesen sido detenidos.

En tal sentido, si el sujeto pertenece a una organización delictiva, sea desde su fundación, o se ha incorporado después, o luego de pertenecer a la misma se ha retirado y reincorporado, el peligro de fuga es evidente, y por tanto, si se reúnen los demás presupuestos, la *prisión preventiva* deberá disponerse; salvo algunas excepciones como el hecho de que esté colaborando con la administración de justicia o haya abandonado la organización, en cuyo caso deberá evaluarse este indicador. Pero en general, consideramos que para estos casos resulta plenamente fundada la *prisión preventiva.*

87 Fontán Balestra: *"Tratado de Derecho Penal"*. Buenos Aires; Abeledo–Perrot; 1969; T VI; p. 405.

Este mismo criterio se ha expresado en la Circular sobre prisión preventiva dictada por la Presidencia del Poder Judicial, en la que se precisa:

> "Que es obvio que la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etc.). Por consiguiente, el Juez debe evaluar esta tipología como un criterio importante en el ámbito del procesamiento de la criminalidad violenta. Lo que significa que si bien no es una regla general ni obligatoria, evaluado el caso concreto, es posible sostener que en muchos supuestos la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización delictiva o banda es suficiente para la aplicación de la prisión preventiva, por la sencilla razón que la experiencia demuestra que son recurrentes los casos en los que estos imputados se sustraen a la acción de la justicia durante años, apoyados en la organización que los arropa"[88].

8.3.2. Evitar el riesgo de obstaculización de la averiguación de la verdad

Tal como se ha señalado para el caso de peligro de fuga (analizando el artículo 269 del CPP), el artículo 270 del CPP desarrollan con mayor detenimiento las 'tipologías referenciales' de los peligros de la obstaculización de la averiguación de verdad; estas tipologías, en realidad son criterios destinados a guiar el análisis de aquellos riesgos; sin embargo, no se trata de causales de tipo taxativo, ni de presupuestos materiales de la prisión preventiva sino de criterios referenciales. Por tal razón, es necesaria una valoración de conjunto de todas las circunstancias del caso para evaluar la existencia o inexistencia de la peligrosidad procesal.

Pues, tal como se ha señalado a lo largo de este trabajo, una de las funciones o fines de la *prisión preventiva* es asegurar el debido desarrollo y conclusión del proceso, el mismo que se inicia con el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado y busca asegurar el debido esclarecimiento de los hechos; en otra palabras, el conocimiento de la verdad[89]. Si ello es así, a través de la

88 Resolución Administrativa N.º 325-2011-P-PJ del 13 de setiembre de 2011. Circular Sobre Prisión Preventiva. Considerando décimo.

89 HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE: *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, T. I, p. 408.

prisión preventiva debe buscarse evitar que la conducta del imputado tienda a la alteración de las pruebas, entorpeciendo el cumplimiento de dicha finalidad, hecho que debe quedar debidamente explicado y sustentado con los correspondientes elementos de convicción o prueba en la resolución que ordena la medida. Pues, como se señala en la doctrina, los riesgos que se pretende prevenir, siempre han de ser constatados de manera concreta y explicitarse en la resolución judicial, no es suficiente con explicitarlos de modo general sin detallar en qué consisten.

Como se sabe, con la medida cautelar se trata de asegurar los elementos de prueba de utilidad para el esclarecimiento de los hechos, pero obviamente, las fuentes de prueba que se pretendan asegurar, mediante la evitación de su (posible) ocultamiento, destrucción o alteración, deben ser relevantes para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, por lo que no se tomarán en cuenta las fuentes de prueba dirigidas a acreditar las pretensiones civiles u otras de naturaleza real, puesto que ello implicaría instrumentalizar a la persona para lograr fines procesales, desconociendo que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado. A su vez, el peligro de la actividad ilícita del imputado debe ser concreto y fundado y debe atenderse a la capacidad del sujeto pasivo de la medida, para incidir en los elementos probatorios materiales o influir en las personas que pueden manejar información sobre su responsabilidad penal[90].

"El peligro de obstaculización se vincula con el riesgo de que el imputado, estando en libertad, tienda a obstaculizar la acción de la justicia, por sí mismo o por interpósita persona"[91]. "Trata de asegurar que no pueda hacer desaparecer los rastros del delito con facilidad, de manera que el proceso pudiera quedar desprovisto de material probatorio, lo que a la postre provocaría que se dictara una sentencia absolutoria alejada de lo realmente sucedido, lo que evidentemente frustraría la principal finalidad del juicio jurisdiccional: hacer justicia, que es muchísimo más factible conseguirla cuanto mayor sea el acercamiento del juez a la realidad de los hechos"[92]. El razonamiento para la consideración de este presupuesto es considerar que el sindicado tiene dominio real, y no ficticio o supuesto, sobre los elementos u órganos de pruebas

90 Del Río Labarthe, Gonzalo: *Tesis doctoral*, p. 62. Con cita de Gimeno Sendra.

91 Araya Vega y Quiroz Salazar: *Ob. Cit.*, p. 72.

92 Nieva Fenoll: *Ob. Cit.*, p. 161.

de modo tal que pueda desaparecerlos o tergiversarlos. Al sujeto que no posee dicha dominabilidad o no es consciente de ello no se le podrá considerar como un foco de riesgo para obstaculizar la averiguación de la verdad[93].

Los criterios establecidos en el artículo 270 del CPP[94] que el Fiscal y el Juez deberán tener en cuenta para determinar y calificar una situación de peligro de obstaculización de la prueba, están referidos a la probabilidad de que el imputado pueda realizar cualquiera de las siguientes acciones:

a) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.

b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

c) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Sin embargo, hay que considerar que este tipo de indicador del peligro procesal deberá tenerse en cuenta durante la etapa de investigación y el juicio oral, esto es, mientras la actividad de investigación o de prueba aún esté pendiente, mas no cuando la etapa de investigación o probatoria (juicio oral) ya ha concluido; o también cuando la actuación de las pruebas conforme a la estrategia de investigación fiscal ya se haya realizado.

Las acciones configurativas de obstrucción de los elementos de prueba considerados por la ley en forma específica están referidas a los elementos probatorios materiales u objetivos, a las fuentes de prueba constituidos por personas y en general a cualquier comportamiento obstructivo.

---

93 Al respecto el Tribunal Constitucional ha precisado"(...) el peligro procesal (el de la obstaculización del proceso) se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria respecto del resultado del proceso, pudiendo ello manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios, en la conducta de las partes o peritos del caso que incida en el juzgador a efectos de un equívoco resultado del proceso e incluso que de manera indirecta o externa el procesado en libertad pueda perturbar el resultado del proceso penal, aspectos de obstaculización del proceso que el juzgador debe apreciar en cada caso en concreto, ya que de contar con indicios fundados de su concurrencia deberá ser merecedor de una especial motivación que la justifique". Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 01555-2012-PHC/TC*, Lima: 19 de marzo de 2013, Fj. 6.

94 Texto conforme a la modificación introducida por la Ley N.º 30076, del 19 agosto de 2013, se adelante la vigencia del presente artículo, en todo el territorio peruano.

a) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba

Está referido a las distintas formas como el imputado que se encuentra en libertad puede atentar contra los elementos probatorios materiales útiles para el debido esclarecimiento de los hechos obstruyendo o dificultando el acopio o entrega de dichos elementos de prueba, esto es, genera un peligro procesal fundado; ante ello, si el imputado evidencia este riesgo y concurren los demás presupuestos, se debe declarar fundada la *prisión preventiva,* a fin de cautelar el aseguramiento de las fuentes, los medios, y en general todo elemento de prueba.

Para el cumplimiento de este presupuesto, en primer lugar se debe tener en cuenta que las fuentes de prueba que se quiere asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento, pues, por exigencias del principio de proporcionalidad, se excluyen los elementos probatorios que no sean determinantes de la culpabilidad o inocencia, así como los referidos a otros tipos de responsabilidades (civil, administrativa, etc.)[95]. En segundo lugar, que el imputado tenga una auténtica capacidad, por sí solo o por medio de terceros, para influir u ocasionar el menoscabo a las fuentes de prueba, fundamentalmente cuando se trata de objetos que están en poder del imputado o de terceros en los que tenga cierta influencia. Sin embargo, no se deben considerar los actos realizados en ejercicio del derecho de defensa del imputado o como respuesta a su falta de colaboración en la investigación; por ejemplo no podrán ser invocadas, para fundar el peligro de entorpecimiento probatorio, la negativa del imputado a colaborar con la administración de justicia, pues no se puede valorar negativamente la no autoincriminación, o haber mentido en su declaración, u ocultar a sus cómplices o no acogerse a la colaboración eficaz.

Tal como señala la Resolución Administrativa N.º 325-2011-P-PJ (Circular Sobre Prisión Preventiva, Fj.3, de la Presidencia de la Corte Suprema), "(...) las circunstancias relevantes para el análisis de la disposición material del imputado para acceder a las fuentes y medios de investigación y ocultarlos, destruirlos y manipularlos, indican cierto grado de conexión entre el propio imputado y el objeto a proteger. Dicha conexión puede expresarse por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho atribui-

95 Gimeno Sendra: *Ob. Cit.* (2012), p. 632.

do, su situación social o familiar, o sus conexiones con otros países o lugares del territorio nacional, si se advierte que en ellos puede hallarse la concreta fuente de prueba". Esto es, el imputado en libertad debe tener la posibilidad de acceder a los elementos de prueba de incidencia sobre el caso y estar en la capacidad de concretar la adulteración, y claro, su voluntad de adulterarlos o destruirlos debe quedar evidenciada o por lo menos deben existir indicios fundados que lleven a presumir válidamente que ello puede ocurrir.

La norma considera acciones concretas específicas que se consideran como configurativas de la obstaculización de la investigación y prueba, estas son, en primer lugar la *destrucción* de los elementos de prueba, es decir, que el imputado los inutilice privándolos de sus idoneidad probatoria; como por ejemplo, la incineración o destrucción de la documentación sobre los contratos y licitaciones respecto de los cuales se imputa el delito de colusión ilegal a determinado alcalde provincial; o también la ruptura o quemado de un dispositivo de memoria USB (Universal Serial Bus) en el cual estaban los archivos o las fotografías sobre el delito de pornografía infantil; o la incineración de la ropa interior en la cual se encontraban restos de semen en un caso de violación sexual. Obviamente, para vincular estos ejemplos con el peligro procesal a evaluarse para ordenar la medida prisión preventiva, deben existir elementos de juicio fundados que el imputado en libertad está en la posibilidad de acceder a tales medios de prueba antes que la autoridad competente y va a realizar las acciones indicadas.

Asimismo, también se considera el temor fundado de que el imputado en libertad está en la posibilidad de *modificar* las pruebas como cambiar la escena del crimen al cual aún no ha accedido la autoridad, porque aún no la descubre, sustrayendo algunos objetos o elementos probatorios; esto es, que pueda transformar las cosas respecto a su estado inicial, aun cuando se mantenga la esencia de dicho elemento o las circunstancias de la perpetración del hecho. También considera la norma la acción de *ocultar* los elementos de prueba, esto es, poner o colocar al objeto o cosa de interés probatorio en un lugar donde la autoridad no pueda acceder o encontrarla, o acondicionarla de tal forma que impide a la autoridad descubrirla. Igualmente se considera el caso en que el imputado pueda *suprimir* el elemento probatorio eliminándolo o sacándolo del libre acceso de la autoridad, entre este supuesto también se puede considerar a la eliminación física de personas (a través del homicidio) de un coimputado, un testigo, el agraviado, o incluso un perito.

Finalmente, considera la norma el caso de *falsificar* un elemento probatorio, con cuya conducta se busca engañar a la autoridad respecto a la naturaleza o contenido incriminatorio de una prueba; como el hecho de adulterar un documento público, cuya autenticidad servía para revelar la responsabilidad penal del imputado, o el caso en que se cambia el contenido de una filmación o de un audio, eliminando la parte que incrimina al imputado.

b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente

Este supuesto, a diferencia del anterior, se refiere a la posibilidad y capacidad del imputado en libertad de influenciar sobre las personas (coimputado, testigo, agraviado o perito) para que declaren o informen a favor del imputado o para que no declaren, perjudicándose de este modo las versiones de dichas persona y su contribución al esclarecimiento de los hechos. La forma de influir puede ser mediante actos violentos, amenazas, amedrentamiento o también a través del uso de dádivas. Obviamente, la capacidad de influenciar sobre las referidas personas por parte del imputado dependerá de la etapa en la que se encuentre la investigación o el proceso, pues, no es lo mismo que el caso se encuentre en etapa de investigación preparatoria en la que los testigos y agraviados aún no han prestado su declaración ni han prestado su colaboración con el esclarecimiento de los hechos, que cuando ya ha concluido la investigación y los testigo o agraviados ya han concurrido ante la autoridad y colaborado con ella; asimismo, no es igual que los peritos estén por presentar su informe a que este ya se encuentre en poder de la autoridad. Igualmente, no es lo mismo que estemos al inicio del juicio oral a cuando este ya está concluyendo. Pues, en cada uno de estos momentos el peligro de obstaculización no es el mismo.

En la vida real, en delitos realizados por organizaciones criminales o la intervención de sicarios, se aprecia que los testigos inicialmente hacen una sindicación contra presuntos delincuentes, pero luego no se presentan a ratificar los cargos o varían de versión. En la práctica, estos cambios tienen su tratamiento en la parte valorativa, y es un elemento importante cuando de detenciones se trata. Pese a esto, a veces se rebasa el mismo encierro para realizar las amenazas con terceros, dramas con los que tienen que lidiar los fiscales, y allí entra otra conducta configuradora de riesgo, como es que el

procesado inducirá a otros para que obliguen a que los órganos de prueba den información falsa[96].

En otras palabras, si se trata de elementos de prueba personales, habrá que valorar la real incidencia del sujeto para coaccionar a los testigos, peritos o coimputados, sin considerar amenazas vagas o poco serias que evidencien su falta de voluntad o de capacidad de ejecución; en este punto, si se tratase de imputados que actúan en el marco de una organización criminal, el temor de amenazas o influencias sobre coimputados, agraviados, testigos o peritos, resulta más que fundado, inclusive en estos casos se llaga a la amenaza a las propias autoridades encargadas de la investigación o procesamiento, lo cual desde luego, también configura una acción de obstaculización del desarrollo del proceso, aun cuando no está referido propiamente a la obstaculización de la prueba.

Al respecto la Sala Penal Nacional en el Exp. N.º 00164-2014 del 01 de agosto de 2014 señala:

> "(...) [E]xiste el peligro de perturbación de la actividad probatoria, considerando que tratándose de una organización criminal se encontrarían en la capacidad de obstaculizar teniendo en cuenta las ingentes cantidades de dinero que habrían manejado conforme se tiene del informe número 008-2014 de la Unidad de Investigación Financiera de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP y la forma como esta organización habría actuado amedrentando a los funcionarios y personas que se encontraban a cargo de las investigaciones y las presuntas víctimas de sus acciones delictivas; por consiguiente, se cumple los tres presupuestos exigidos por el artículo 268° del Código Procesal Penal".

c) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos

En este caso, el peligro de obstaculización considerado está referido a la posibilidad de que el imputado en libertad pueda influir o concertar con terceros (más allá de los coimputados, agraviados, testigos o peritos) para que destruyan, modifiquen, oculten, supriman, sustraigan o falsifiquen los elementos probatorios a fin de favorecer al imputado y perjudiquen la actividad procesal o probatoria. Tal como señala la doctrina, esta medida peca de ingenua, pues, el hecho que se ordene la prisión preventiva no descarta esta posibilidad, puesto que el imputado (preso preventivo), desde el penal o cen-

96 ARBULÚ MARTÍNEZ: *Ob. Cit.* p. 451).

tro de reclusión pueda realizar esta concertación antiprocesal[97]; en efecto, las cárceles en nuestro país se han convertido en verdaderas escuelas del crimen donde inclusive se crean o ensamblan las organizaciones criminales y donde se planifica y dirige la comisión de muchos delitos.

Tal como ya lo hemos adelantado, en realidad el peligro de obstaculización tiene importancia solo cuando se trata de organizaciones criminales, que recurren a la amenaza o eliminación de testigos, coimputados u otras personas que pueden brindar información, en los demás casos, no resulta relevante, pues la prisión preventiva no conjura esta peligro o ante una actuación diligente de la autoridad el peligro no es tal. Por ello, no es recomendable que los fiscales sustenten el peligro procesal únicamente en el peligro de obstaculización, puesto que este puede desaparecer y desaparece también la razón para mantener la prisión preventiva. Por ello, lo mejor es que se sustente en el peligro de fuga, respecto del cual debe evaluarse fundamentalmente la gravedad de la pena y la suficiencia probatoria así como algún indicio de sustracción de la administración de justicia, puesto que ello, normalmente va a subsistir durante toda la investigación o el proceso o todo el plazo de la prisión preventiva.

9. OTROS PRESUPUESTOS (OBSERVANCIA DE PRINCIPIOS)

Tal como refiere el Tribunal Constitucional, para la legitimidad de la *prisión preventiva* se deben observar los principios razonabilidad, proporcionalidad, plazo razonable, debida motivación, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2.24 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana[98]. En este acápite es necesario referirnos a la razonabilidad, la proporcionalidad y la motivación especial.

9.1. Razonabilidad

En general, la *razonabilidad,* guarda estrecha relación con el carácter práctico del Derecho. Alude a la necesidad de adaptación de alguien respecto

97 Al respecto ver: Del Río Labarthe: *Tesis doctoral,* p. 184. Con cita de Pisapia.

98 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 02961-2008-PHC/TC,* Lima: 20 de agosto de 2008, Fj. N.º 2.

a algo con el fin de evitar conflictos, mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. Con la razonabilidad se concreta las exigencias de justicia y equidad; pues alude a la mejor solución para el caso, aquí, ahora y en estas circunstancias.

Respecto a las medidas cautelares personales en el proceso penal el Tribunal Constitucional ha establecido: "En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Tanto el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, solo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución"[99]; criterio que constituye una premisa fundamental en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado; y más todavía cuando se trata de afectar la libertad de una persona, antes de que sea condenada.

Específicamente el principio de razonabilidad, vinculado a las restricciones de la libertad personal y por extensión a las medidas coercitivas personales, está previsto en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Estado y el numeral 17 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional, referidos, además de la libertad y derechos conexos, a las garantías para protegerlos. En el mismo sentido, el artículo 611 del Código Procesal Civil, referido a las medidas cautelares reales, establece que el juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie la *razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.* En tal caso, si se debe observar la razonabilidad para las medidas cautelares reales, con mayor razón deberá observarse para la imposición de las medidas cautelares personales.

En el caso de la medida cautelar personal de la *prisión preventiva,* busca la adopción de una solución que concilie las exigencias de vigencia del derecho a la libertad personal y la necesidad de eficacia del proceso penal. En este sentido, es razonable la regla, individualizada en el marco de las condiciones

99 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 0012-2006-PI/TC,* Lima: 15 de diciembre de 2006, Fj. N.º 5.

limitadoras del derecho que responde a las exigencias del caso y que resulta idónea para lograr el propósito propuesto.

9.2. Proporcionalidad

En general, la proporcionalidad, como ya hemos hecho referencia, constituye una técnica de interpretación para tutelar de mejor manera los derechos; busca la compatibilidad de los derechos en la mayor medida posible y garantiza la afectación del derecho en la medida estrictamente necesaria.

El principio de proporcionalidad está previsto en el art. 253.2 del CPP, que establece: "La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción".

Ello se entiende en la medida que el uso del poder punitivo del Estado o la necesidad de lograr los fines procesales o resolver los conflictos creados por el delito resulten proporcionales con el respeto del núcleo básico de los derechos y libertades constitucionales que garantizan la vigencia de un orden social justo, fundado en la prevalencia de la dignidad de la persona y de la solidaridad humana, de no respetarse este principio la medida de coerción (o cautelar) resultará arbitraria. En el caso de la *prisión preventiva* se deberá tener en cuenta el principio de presunción de inocencia, que exige un tratamiento adecuado en el proceso, lo cual descarta una coerción desmedida o innecesaria y también se vincula al principio de suficiencia probatoria.

El principio de proporcionalidad presenta tres subprincipios: *idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.*

El *subprincipio de idoneidad o adecuación* consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto por el Juez (o el legislador). Se trata del análisis de una relación medio-fin. (Exp. N.º 045-2004-PI/TC-Lima. F.J.: 38. 29/10/2005). Esto es, si se aprecia algún peligro fundado de obstaculización u obstrucción de la prueba o del esclarecimiento de los hechos, y para evitar tal peligro se recurre a la imposición de la prisión preventiva, dicha medida deberá ser idónea (capaz) para evitar tal peligro; si el peligro subsiste pese a que se impone la prisión preventiva, dicha medida no resulta idónea para conjurar el peligro. Por tanto, no supera

el test de proporcionalidad exigido para la validez de la medida, y por ello, no se justificará o resultará arbitraria.

Pero no es suficiente que la medida coercitiva sea idónea, sino además deberá ser necesaria para los fines del proceso penal según las circunstancias del caso concreto; esto es, la medida solo puede disponerse en tanto y en cuanto no exista una medida menos gravosa para lograr el mismo propósito[100]. En tal sentido, el Juez Penal o el Fiscal deberán elegir entre las diversas medidas cautelares idóneas para el fin propuesto, cuál de ellas afecta en menor medida al derecho involucrado, y a la vez asegura la finalidad cautelar. Por ejemplo, no convendrá imponer prisión preventiva al imputado que, conforme a las circunstancias, se prevé que la comparecencia con restricciones es suficiente para lograr que comparezca cuando sea citado.

"Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental"[101]. Esto es, debe haber equivalencia entre la estricta ponderación de la medida, considerando los derechos afectados y los fines perseguidos. En virtud a este principio se deberá atender los fines del proceso y la necesidad de asegurar la eficacia de la sentencia y se impondrá la medida más adecuada para garantizar estas finalidades, pero sin que la afectación a la libertad o derechos del imputado se muestre como desproporcionada; en tal caso, la medida debe ser absolutamente indispensable y por el tiempo estrictamente necesario, debiendo priorizarse la medida menos gravosa a los derechos constitucionales del afectado.

En otras palabras, ponderación significa poner en la balanza de la valoración o medición todos los intereses en juego a fin de encontrar el punto de equilibrio de todos estos y resolver conforme a este resultado. Lo contrario implicaría ingresar al ámbito de la arbitrariedad; así, imponer prisión preventiva

100 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 045-2004-PI/TC-Lima*, Lima: 29 de octubre de 2005, Fj. N.º 39.

101 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 0050-2004-AI/TC*, Lima: 03 de junio de 2005, Fj. 109.

a alguien que está siendo sindicado por un delito de bagatela como el hurto simple o el hurto de ganado no sería proporcional en términos estrictos[102].

En aplicación del principio de proporcionalidad, el juez debe evaluar, además, si la limitación de la libertad que se piensa imponer para conseguir un objetivo es razonable y tolerable por un Estado de Derecho, según las circunstancias del caso concreto. A veces, por más necesaria que resulte ser la medida de prisión preventiva para el caso, debemos renunciar a esta. Así por ejemplo, no resultará proporcional imponer la prisión preventiva a una persona mayor de 70 años y que adolece de una enfermedad grave, aun cuando se cumplan todos los presupuestos materiales y formales; pues, la afectación a su derecho a la libertad, además del riesgo que se generaría para su propia vida, no resultaría proporcional al fin de aseguramiento que se pretende alcanzar.

Más aún, si se tiene en cuenta que también las medidas cautelares que privan de la libertad, al igual que la sanción penal, están amparadas por el *principio de intervención mínima*[103]. Como se sabe, este principio no es exclusivamente del Derecho sustantivo, sino que puede extenderse a toda la regulación estatal del fenómeno criminal así como al Derecho procesal penal. La intervención mínima consiste, en este caso, en recurrir a la prisión preventiva en los conflictos procesales solo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más.

9.3. Motivación especial de la prisión preventiva

Finalmente, como se sabe, la motivación de las resoluciones judiciales tiene doble fundamento: 1) Permite controlar la actividad jurisdiccional; y,

---

102 En este mismo sentido, se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional. "La validez de tales límites y, en particular, de la libertad personal, depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como ha sostenido la CIDH, "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad". (Caso Gangaram Panday, párr. 47, en S. García Ramírez: *Jurisprudencia de la CIDH*, UNAM, México 2001, pág. 117)." (Exp. N.º 1091-2002-HC/TC. F.J.: 2. 12/08/2002. Caso: Vicente Ignacio Silva Checa).

103 Castillo Alva, José Luis: *Principios de Derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 209.

2) Logra el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de su corrección y justicia, mostrando una aplicación del derecho vigente libre de arbitrariedades[104]. En el caso de la *detención preventiva* se requiere de una motivación o fundamentación especial y reforzada de la resolución que la ordena. Este criterio es unánime tanto en la doctrina, así como en la legislación, así como también en los pronunciamientos jurisprudenciales, especialmente de los tribunales internacionales, regionales o extranjeros; así el Tribunal Constitucional español ha señalado que "(...) en el caso específico de la motivación de las resoluciones que acuerdan la adopción o la continuidad de la prisión preventiva, el análisis de las carencias o defectos en la motivación, excede la ordinaria obligación de motivar las resoluciones judiciales, para introducirse en la más rigurosa de motivar aquellas que limitan el derecho a la libertad"[105].

Al decir de nuestra Corte Suprema, la motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del Juzgador y atienda al sistema de fuentes normativas establecidas. Asimismo, se debe expresar de modo claro, entendible y suficiente las razones del pronunciamiento, en qué se apoya (aun cuando no hace falta que se debatan cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte) desarrollando una argumentación racional ajustada al tema en debate, tal como lo establece el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución. Esto es, la decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con logicidad, coherencia, claridad en la redacción de tal forma que se advierta claramente por qué se ha resuelto de ese modo[106].

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional ha precisado que:

> "La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (art. 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. (...) dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación; que se tenga que pronunciar expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o

104 DEL RÍO LABARTHE: *Tesis doctoral,* p. 209.

105 DEL RÍO LABARTHE: *Tesis doctoral,* p. 209.

106 Casación N.° 157-2010-Lambayeque, del 15 de noviembre del 2011, Fj. 3,

> alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión.
>
> Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.
>
> Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada"[107].

La exigencia de especial motivación está plasmada en el artículo 271°.3 del CPP, el mismo que estipula que el auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes.

107 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 1091-2002-HC/TC*, caso *Vicente Ignacio Silva Checa*. Lima: 12 de agosto del 2002.

COLABORACIÓN EFICAZ, PRISIÓN PREVENTIVA Y PRUEBA, se imprimió
en la República de Perú el 2017.