

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS



LA IRREGULAR UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL
COLABORADOR EFICAZ COMO ELEMENTO DE
CONVICCIÓN PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA
EN LOS PROCESOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

AUTOR:

BACH. CESAR ANTONIO ZAPATA BRINGAS

ASESOR:

MG. JULIO CÉSAR CABRERA GONZALES

NUEVO CHIMBOTE-PERÚ

2020

HOJA DEL AVAL DEL ASESOR

La presente tesis titulada “La irregular utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para solicitar la prisión preventiva en los procesos de criminalidad organizada”, ha sido elaborado según el Reglamento General de Grados y Títulos, aprobados por Resolución N°492-2017-CU-R-UNS del 3 de julio del 2017, mediante la modalidad de tesis, por tal motivo firmo el presente trabajo en calidad de asesor, designado mediante Resolución Decanatural N°103-2019-UNS-DEFEH de fecha 28 de mayo del 2019.

MG. JULIO CÉSAR CABRERA GONZALES

ASESOR

HOJA DEL AVAL DEL JURADO

Terminada la sustentación de la tesis titulada “La irregular utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para solicitar la prisión preventiva en los procesos de criminalidad organizada”. Se considera aprobado al Bachiller: Cesar Antonio Zapata Bringas con Código 0201335046.

Revisado y aprobado, por el jurado evaluador designado mediante Resolución Virtual N° 056-2020-UNS-CFEH de fecha 07 de agosto del 2020.

Dra. Elizabeth Yolanda Flores de la cruz

PRESIDENTE

Ms. Rosa Luz Castro Cárdenas

INTEGRANTE

Ms. Julio César Cabrera Gonzales

INTEGRANTE



ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Aula Virtual mediante plataforma de Video conferencia Zoom, siendo las diecinueve horas del día trece de noviembre del año dos mil veinte, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: la Dra. ELIZABETH YOLANDA FLORES DE LA CRUZ, teniendo como integrantes a: MS. ROSA LUZ CASTRO CARDENAS y MS. JULIO CESAR CABRERA GONZALES para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADO, al Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **ZAPATA BRINGAS CESAR ANTONIO**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

“LA IRREGULAR UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ COMO ELEMENTO DE CONVICCIÓN PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS PROCESOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA”

Terminada la sustentación, el graduado respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara:
..... **APROBADO**; según el Art. 39º del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las veinte horas y cuarenta minutos del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 13 de noviembre de 2020

.....
DRA. ELIZABETH YOLANDA FLORES DE LA CRUZ
PRESIDENTA

.....
MS. ROSA LUZ CASTRO CARDENAS
SECRETARIO

.....
MS. JULIO CESAR CABRERA GONZALES
INTEGRANTE

DEDICATORIA

Este trabajo se la dedico a mi madre y a mis hermanos por ser parte importante en mi vida, y cuyo apoyo se ha mantenido con el pasar del tiempo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi asesor de tesis Mg. Julio César Cabrera Gonzales quien con su conocimiento me guio en la elaboración del presente informe.

Agradezco al Dr. Noel Villanueva Contreras quien me guio en el camino de la investigación jurídica.

Asimismo, agradezco a cada uno de los docentes que me enseñaron en las aulas universitarias, cuyos conocimientos se encuentran reflejados en este trabajo.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado:

En cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en el Reglamento General para obtener el Grado de Bachiller y el Título Profesional en la Universidad Nacional del Santa y las disposiciones normativas contenidas en el Currículo de la Escuela Académica de Derecho y Ciencias Políticas adscritas a la Facultad de Educación y Humanidades, presento a vuestra disposición la tesis titulada: **“LA IRREGULAR UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ COMO ELEMENTO DE CONVICCIÓN PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS PROCESOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA”**, con el fin de optar el título profesional de Abogado.

La presente investigación surgió a consecuencia de las diversas críticas teóricas y prácticas que existen en torno al Proceso de Colaboración Eficaz, sobre todo los que versan respecto a la utilización de la declaración del colaborado eficaz, lo cual llevo a la necesidad de estudiar y evaluar la legitimidad del dicha declaración dentro del proceso penal común y su suficiencia probatoria para la adopción de una medida coercitiva como es la prisión preventiva en los procesos que versan sobre criminalidad organizada, toda vez que dicha medida coercitiva requiere el cumplimiento de presupuestos legales para su imposición, pues priva procesalmente del derecho la libertad ambulatoria a una persona quien legalmente aun no es declarado culpable de un hecho delictiva.

En ese sentido, se analizó la normatividad y jurisprudencia nacional y comparada respecto a la Colaboración Eficaz, así como la posición es doctrinarias existentes en torno a este tema, ello con la finalidad de analizar si el empleo de la declaración del colaborador como elemento de convicción para solicitar la prisión preventiva vulnera Garantías Constitucionales.

El autor

INDICE

HOJA DEL AVAL DEL ASESOR.....	i
HOJA DEL AVAL DEL JURADO	ii
ACTA DE CALIFICACIÓN DE SUSTENTACIÓN DE TESIS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
PRESENTACIÓN	vi
RESUMEN	xvi
ABSTRACT	xvii
I. INTRODUCCION.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	1
1.1.1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	3
1.1.2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	3
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	13
1.3. OBJETIVOS	13
1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	13
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	13
1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS	14
1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.6. ESTRUCTURA DEL TRABAJO	16
1.7. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, TIPO DE INVESTIGACIÓN Y DEL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.8. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA.....	18

II. MARCO TEÓRICO	19
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES SOBRE EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ.....	20
1.1. LA COLABORACIÓN EFICAZ EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.....	20
1.1.1. LA LUCHA DEL ESTADO PERUANO CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA	20
1.1.2. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA COMO FUNDAMENTO PARA LA CREACIÓN DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ	24
1.2. REGULACIÓN DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ EN EL PROCESO PENAL PERUANO.....	26
1.2.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA COLABORACIÓN EFICAZ.....	26
1.2.2. EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ.....	29
1.3. CARACTERES DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ	31
1.3.1. LA AUTONOMÍA DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ	32
1.3.2. AUSENCIA DE CONTRADICTORIO EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ	36
1.3.3. LA NO JURISDICCIONALIDAD DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ	38
1.4. FASES Y DILIGENCIAS EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ	41
1.4.1. FASES DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ.....	41
a. Fase de Calificación.....	42
b. Fase de Corroboración	43
c. Fase de Celebración del Acuerdo.....	44
d. Fase de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz.....	45

e. Fase de Control y Decisión Jurisdiccional.....	46
f. Fase de Revocación	48
1.4.2. DILIGENCIAS ACTUADAS EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ	48
1.5. LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ Y SU UTILIDAD EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ	51
CAPÍTULO II: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN TEÓRICA: LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	55
2.1. EL TRASLADO DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ A OTROS PROCESOS PENALES DISTINTO AL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ	55
2.1.1. LA IRREGULARIDAD DE INCORPORAR LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ COMO PRUEBA PLENARIA.....	60
2.1.2. LA IRREGULARIDAD DE INCORPORAR LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ COMO PRUEBA ANTICIPADA.....	64
2.2. ¿DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA?	67
2.2.1. EL FUMUS DELICTI COMISSI COMO REQUISITO PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	72
2.2.2. EL FUMUS DELICTI COMISSI Y LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ	76
2.3. ANÁLISIS DEL ACUERDO PLENARIO N°02-2017-SPN Y LA EFICACIA QUE OTORGA A LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ A FIN DE SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	78
2.4. POSICIONES TEÓRICAS ASUMIDAS EN LA DOCTRINA PERUANA RESPECTO A LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ A FIN DE SOLICITAR UN REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA.....	82

2.4.1.	POSICIÓN JURÍDICA DE JOSÉ MARÍA ASCENCIO MELLADO.	82
2.4.2.	POSICIÓN JURÍDICA DE MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ....	85
2.4.3.	POSICIÓN JURÍDICA DE VERÓNICA LÓPEZ YAGÜES	88
2.4.4.	POSICIÓN JURÍDICA DE CÉSAR SAN MARTIN CASTRO	92
2.4.5.	POSICIÓN JURÍDICA DE PABLO TALAVERA ELGUERA	94
2.4.6.	POSICIÓN ASUMIDA POR LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LA CASACIÓN N° 292-2019/LAMBAYEQUE	98

CAPITULO III: UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS PROCESOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: CONSECUENCIAS TEORICAS, JURISPRUDENCIALES Y LEGALES 103

3.1. LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ Y SU UTILIZACION PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 103

3.1.1. CASO A: RESOLUCIÓN N°07 - EXP. 09199-2018-92-1706-JR-PE-08: SENTENCIA DE VISTA DE LA INVESTIGACIÓN QUE SE SIGUE CONTRA EDWIN OVIEDO PICHOTITO, POR EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR, EMITIDA POR LA PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE. 103

3.1.2. CASO B: RESOLUCIÓN N°03 – EXP. N°00046-2017-1-5201-JR-PE-0; SENTENCIA DE VISTA QUE SE SIGUE CONTRA CARLOS EUGENIO GARCÍA ALCÁZAR Y OTROS POR EL DELITO DE TRÁFICOS DE INFLUENCIA Y OTROS, EMITIDO POR LA SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DLITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COLEGIADO A..... 112

3.1.3. CASO C: RESOLUCIÓN N°12 – EXP. 00075-2017-3-5001-JR-PE-03; SENTENCIA DE VISTA DE LA INVESTIGACIÓN QUE SE SIGUE CONTRA FÉLIX MANUEL MORENO CABALLERO POR EL DELITO DE

LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS, EMITIDO POR LA PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL.....	119
3.1.4. CASO D: RESOLUCIÓN N°03 - EXP. 00046-2017-2-5201-JR-PE-01; SENTENCIA DE VISTA DE LA INVESTIGACIÓN QUE SE SIGUE CONTRA CARLOS EUGENIO GARCÍA ALCÁZAR Y OTROS, POR EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y OTROS, EMITIDA POR LA SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS-COLEGIADO A.	127
3.2. LA FIGURA DEL COLABORADOR EFICAZ EN EL DERECHO COMPARADO	137
3.2.1. ESTADOS UNIDOS.....	137
3.2.2. ALEMANIA	139
3.2.3. FRANCIA.....	140
3.2.4. ITALIA.....	141
3.2.5. ESPAÑA	143
3.2.6. ARGENTINA.....	147
3.2.7. CHILE	149
3.2.8. BRASIL.....	151
3.2.9. SENTENCIA N°120 DE FECHA 06 DE ABRIL DEL 2000/ CASO LABITA CONTRA ITALIA - TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	154
3.3. LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ Y LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL ..	155
3.3.1. LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL EN LA OBTENCIÓN Y ACTUACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN	155
3.3.2. EL VALOR DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	158

3.3.3. LA UTILIZACIÓN LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ Y APLICACIÓN DE LAS REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA	163
3.4. ARTÍCULO 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DEL DEBIDO PROCESO	167
3.5. LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ EN LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA POSIBLE INTERVENCIÓN DE INSTANCIAS INTERNACIONALES.....	173
3.6. VIA IDÓNEA PARA LA UTILIZACION DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ EN EL PROCESO PENAL.....	177
3.7. PROPUESTA LEGISLATIVA PARA LA MODIFICACIÓN DE DISPOSITIVOS LEGALES A FIN DE MEJORAR EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN CUANTO A LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ	182
III. MATERIALES Y MÉTODOS.....	193
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	193
3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	193
3.2.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.....	193
3.2.2. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.....	195
3.2.3. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	195
3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	196
3.4. POBLACIÓN MUESTRAL.....	197
3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	197
3.5.1. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	197
3.5.2. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	198
3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	200
3.7. PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS	200

IV. RESULTADOS Y DISCUSIONES	202
RESULTADO N° 01	202
DISCUSIÓN DEL RESULTADO N°01	202
RESULTADO N°02	209
DISCUSIÓN DEL RESULTADO N°02	210
RESULTADO N° 03	215
DISCUSIÓN DEL RESULTADO N°03	216
RESULTADO N° 04	221
DISCUSIÓN DEL RESULTADO N° 04	221
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	227
5.1. CONCLUSIONES.....	227
5.2. RECOMENDACIONES	229
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	231
6.1. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	231
6.2. JURISPRUDENCIA EMPLEADA	240
VII. ANEXOS.....	242

INDICE DE ANEXOS

PROYECTO LEY	242
CUADRO DE MATRIZ DE CONSISTENCIA LOGICA	251
FORMATO DE FICHA DE INVESTIGACIÓN	254
FORMATO DE GUIA DE ANALISIS DE CASO	255
GUIA DE ANALISIS DEL CASO A.....	256
GUIA DE ANALISIS DEL CASO B.....	262
GUIA DE ANALISIS DEL CASO C.....	267
GUIA DE ANALISIS DEL CASO D.....	272
RESOLUCIÓN N°07 - EXP. 09199-2018-92-1706-JR-PE-08: SENTENCIA DE VISTA DE LA INVESTIGACIÓN QUE SE SIGUE CONTRA EDWIN OVIEDO PICHOTITO, POR EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR, EMITIDA POR LA PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE	278
RESOLUCIÓN N°03 – EXP. N°00046-2017-1-5201-JR-PE-0; SENTENCIA DE VISTA QUE SE SIGUE CONTRA CARLOS EUGENIO GARCÍA ALCÁZAR Y OTROS POR EL DELITO DE TRÁFICOS DE INFLUENCIA Y OTROS, EMITIDO POR LA SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COLEGIADO A.	293
RESOLUCIÓN N°12 – EXP. 00075-2017-3-5001-JR-PE-03; SENTENCIA DE VISTA DE LA INVESTIGACIÓN QUE SE SIGUE CONTRA FÉLIX MANUEL MORENO CABALLERO POR EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS, EMITIDO POR LA PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL.....	298
RESOLUCIÓN N°03 - EXP. 00046-2017-2-5201-JR-PE-01; SENTENCIA DE VISTA DE LA INVESTIGACIÓN QUE SE SIGUE CONTRA CARLOS EUGENIO GARCÍA ALCÁZAR Y OTROS, POR EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y OTROS, EMITIDA POR LA SALA PENAL NACIONAL DE	

APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS-COLEGIADO A.....	336
---	-----

RESUMEN

La presente tesis tiene por objetivo analizar la vulneración de Garantías Constitucionales al utilizar la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva en los procesos de Criminalidad Organizada; por tal motivo, de acuerdo a su naturaleza la misma es de tipo descriptiva y por su aplicabilidad es básica. Asimismo, se empleó los métodos de investigación tanto científicos (Método Inductivo-Deductivo y método Comparativo) como jurídicos (método dogmático) y también los métodos de interpretación (Ratio Legis y sistemático). Siendo que el desarrollo de la presente investigación permitió obtener como resultado que la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción dentro del proceso penal común vulnera la Presunción de Inocencia y el Debido Proceso, por tal motivo no puede ser empleado para la adopción de una prisión preventiva.

Palabras Claves: Declaración del colaborador eficaz, prisión preventiva, elementos de convicción, crimen organizado.

El Autor.

ABSTRACT

The objective of this thesis is to analyze the violation of Constitutional Guarantees by using the declaration of the effective collaborator as an element of conviction to require preventive detention in Organized Crime processes; for this reason, according to its nature, it is descriptive and its applicability is basic. Likewise, both scientific research methods (Inductive-Deductive Method and Comparative method) and legal (dogmatic method) and also interpretation methods (Ratio Legis and systematic) were used. Since the development of this investigation allowed to obtain as a result that the use of the statement of the effective collaborator as an element of conviction within the common criminal process violates the Presumption of Innocence and Due Process, for this reason it cannot be used for adoption of a preventive prison.

Keywords: Declaration of the effective collaborator, preventive detention, elements of conviction, organized crime.

The author.

I. INTRODUCCION

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Uno de los temas que es objeto de estudio dentro de la dogmática procesal penal, es el Proceso de Colaboración Eficaz, el cual, debido a sus peculiares características, ha sido el centro de serios cuestionamiento por parte de los teóricos procesalistas desde su regulación en Código Procesal Penal del 2004.

Sin embargo, el debate que gira hoy en día en torno a esta forma especial de proceso, ya no se avoca a sus características o si es que debe o no estar regulado dentro de nuestro ordenamiento procesal penal, sino, respecto a la forma en como el legislador le ha otorgado legitimidad a la utilización de la declaración del colaborador eficaz a fin de que pueda constituirse como un elemento de convicción que permita sustentar los requerimientos fiscales y decisiones judiciales.

Ello debido a que el artículo 476-A y 481 inciso 2 del Código Procesal Penal, permite que los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz, entre los cuales se encuentra la declaración del colaborador eficaz, puedan ser introducidos y valorados en otros procesos que sean derivados o conexos al Proceso de Colaboración Eficaz; siendo el sustento de tal dispositivo legal, el artículo 20 de la Ley 30077-Ley Contra el Crimen Organizado, el cual reconoce la institución de prueba trasladada en el proceso penal peruano.

Es así que, a través del mencionado dispositivo legal, el legislador ha establecido que la declaración del colaborador eficaz puede ser trasladada del Proceso de Colaboración Eficaz a otros procesos penales a fin de sustentar una imputación, independientemente que estos procesos sean comunes (que se caracteriza por cumplir estrictamente los

plazos establecidos para cada acto procesal y no ampliarlos) o complejos (que se caracteriza por ampliar los plazos de la investigación preparatoria debido a la naturaleza de delito o el número de imputados, agraviados o actos de investigación). Resaltando actualmente su utilidad en los procesos que versa sobre la criminalidad organizada, en los cuales la declaración del colaborador eficaz resulta ser elemento de convicción útil a fin de sustentar una imputación debido a la escasez de elemento probatorio.

No obstante, este debate se agrava aún más, con la incorporación del artículo 481-A al Código Procesal Penal, en el cual permite al Representante del Ministerio Público el poder utilizar la declaración del colaborador eficaz a fin de poder requerir medidas coercitivas como es el caso de la prisión preventiva. Posición que luego fue ratificada con la publicación del Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN, en el cual se reconoce la legitimidad de su empleo en las audiencias de prisión preventiva, siempre que sea corroborado con otros elementos de convicción propios del Proceso de Colaboración Eficaz.

Sin embargo, desde el punto de vista dogmático, se han realizados investigaciones y publicaciones, que han puesto en duda la legitimidad de dicho traslado, toda vez que, la utilización de la declaración del colaborador eficaz en procesos penales distintos al Proceso de Colaboración Eficaz, atentaría contra Garantías Constitucionales como la Presunción de Inocencia y el Debido Proceso, e incluso con la propia institución de prueba trasladada, en el cual tiene su fundamento. Esto debido a que tal elemento de convicción se obtiene sin la participación del imputado contra quien se actuará después, por lo que su traslado implicaría una afectación del Proceso Penal.

Asimismo, en la práctica judicial se cuestiona su empleo como elemento de convicción para solicitar la prisión preventiva, debido a que su incorporación al proceso penal derivado no sería la idónea,

ocasionando que su debate dentro de la audiencia de prisión preventiva, no permita un adecuado el ejercicio del Derecho al Contradictorio.

Es así que, actualmente existe una problemática en cuanto la eficacia de la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para solicitar una medida coercitiva de carácter personal como es la prisión preventiva, ya que, para su imposición de esta medida excepcional, requiere de la presentación de elementos de convicción que permitan generar una sospecha grave de que el imputado cometió el delito y que los mismos no sean cuestionados en cuanto a su legitimidad. Es por ello resulta necesario realizar un estudio respecto de este tema, a fin para arribar a una respuesta en cuanto a la utilización de tal elemento de convicción.

1.1.1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación tiene como su objeto de estudio el artículo el 481- A inciso 1 del Código Procesal Penal que permite la utilización de la información obtenido del Proceso de Colaboración eficaz en otros procesos penales. Asimismo, será objeto de estudio el Acuerdo Plenario N°02-2017-SPN, el mismo que analiza la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para solicitar una prisión preventiva.

1.1.2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Al respecto, se ha encontrado trabajos de investigación relacionados al tratado, los cuales sirven de sustento para la presente investigación.

Tesis y Trabajos Académicos Nacionales

- Sumarán (2019) realizó la tesis titulada “VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES

JUDICIALES DE ASPIRANTES A COLABORADOR EFICAZ EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE PRISIÓN PREVENTIVA Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA” para obtener el título profesional de abogado por parte de la Universidad Privada del Norte. En esta investigación se plantea como objetivo general el Determinar de qué manera la aplicación del artículo 158° inciso 2 del Código Procesal Penal, respecto a la valoración de las declaraciones de aspirantes a colaborador eficaz en las resoluciones judiciales sobre prisión preventiva, emitidos por los Juzgados Penales de Investigación Preparatoria y Salas Penales de Apelaciones de La Libertad, incide en el principio de presunción de inocencia, en el periodo 2016 a 2018; para ello aplica un diseño de investigación no experimental en tanto que analiza la situación jurídica del problema planteado, teniendo como muestra jurisprudencia relacionado a la utilización de la declaración del colaborador eficaz dentro del periodo 2016-2018. Es así que tras el desarrollo de la investigación llega a la conclusión que la valoración de las declaraciones de aspirantes a colaborador eficaz en las resoluciones judiciales sobre prisión preventiva, que no se exige el estándar de “corroboración suficiente” afecta el principio de presunción de inocencia en la medida que no se cumple con el elemento de fundados y graves elementos de convicción requerido para la prisión preventiva.

- Zevallos (2019) realizó el trabajo académico titulado “LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL

ASPIRANTE A COLABORADOR EFICAZ PARA FUNDAMENTAR LA MEDIDA COERCITIVA DE PRISIÓN PREVENTIVA: ¿VULNERACIÓN A UN DERECHO FUNDAMENTAL O INCUMPLIMIENTO DEL ESTÁNDAR PROBATORIO?” para obtener el título de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción por parte de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Esta investigación analiza si la declaración de un aspirante a colaborador eficaz con procedimiento en trámite vulnera algún derecho fundamental o incumple el estándar probatorio exigido para dictar mandato de prisión preventiva, esto al analizar las resoluciones judiciales del caso Keiko Fujimori Higuchi; llegando a la conclusión que la utilización de la declaración del aspirante a colaborador eficaz y los elementos de convicción que supuestamente corroboran dicha versión no cumplen con el estándar probatorio de “sospecha fuerte” que exige el Acuerdo Plenario N° 1-2019/CIJ-116.

- De Gennaro-Dyer (2018) realizó la tesis titulada “PERSPECTIVAS SOBRE LA COLABORACIÓN EFICAZ DE LAS PERSONAS JURÍDICAS” para obtener el título profesional de abogado por parte de la Universidad de Piura. Es así que del resumen de dicha tesis se observa que tiene como objetivo establecer un punto inicial de discusión sobre la incorporación de la figura de colaboración eficaz de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento y algunos problemas que esto puede generar, para ello realiza un análisis del Derecho comparado como metodología. Es así que en el desarrollo de su

investigación, en uno de sus apartados, realiza un análisis respecto a la utilización de la declaración del colaborador eficaz, en el cual señala que el código procesal penal no ha cumplido con regular en forma clara el Proceso de Colaboración Eficaz, toda vez que de la regulación actual se observa una serie de problemas prácticos, siendo uno de estos el no haberse señalado, expresamente, cómo ingresan los actos de corroboración en los procesos penales que se incoan a consecuencia o en conexión con el Proceso de Colaboración Eficaz, pese a que el artículo 158 del Código Procesal Penal regula el uso de la declaración del colaborador y su eficacia para imponer una medida coercitiva o una condena. Dejando la posibilidad que se lleven a cabo trabajos académicos a fin de abordar estos temas con la finalidad de limitar la naturaleza y regulación de esta forma especial de proceso.

- Vergara (2018) realizó la tesis titulada “LA PRUEBA TRASLADADA Y SU IMPLICANCIA AL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN EL JUZGAMIENTO DEL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO” para obtener el título profesional de abogado por parte de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. En esta investigación se plantea como objetivo general el determinar la afectación al principio de contradicción en el juzgamiento del proceso penal peruano mediante la incorporación de la prueba trasladada actuada en otro proceso penal; aplicando para ello un tipo de investigación Dogmática-Jurídica, toda vez que estudia la institución de prueba trasladada en el ordenamiento

Jurídico peruano, asimismo aplica métodos de interpretación de norma como el Dogmático, Hermenéutico, Exegético, a fin de fundamentar el objeto de estudio de su tesis. Es así, que llega a la conclusión que la institución de prueba trasladada, tiene una implicancia negativa en el principio de contradicción de la actividad probatoria, sobre todo tratándose del traslado de los órganos de pruebas, toda vez que no hay una participación controlada de la parte contra quien se pretenda utilizar, pero no solo afecta al principio de contradicción, sino también, al principio de inmediación, oralidad entre otros principios regulados en el dentro del Código Procesal Penal, por lo que sostiene que su aplicación dentro de un proceso conlleva a la vulneración al derecho al debido proceso.

- Núñez (2018) realiza la tesis denominada “LA RESERVA DE LOS ACTOS DE INVESTIGACION DEL PROCESO POR COLABORACION EFICAZ COMO VULNERACION AL DERECHO DE DEFENSA DEL COIMPUTADO” para obtener el título profesional de abogado por parte de la Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo. En su investigación se plantea como objetivo general determinar la forma en que la reserva de los actos de investigación recabados en la fase de corroboración del proceso por colaboración eficaz vulnera el derecho de defensa del coimputado sindicado; para ello utiliza el método dogmático al examinar Proceso de Colaboración Eficaz, y el método comparado al examinar doctrina nacional y extranjera del referido proceso. Es así que, llega a la

conclusión que los actos de investigación realizados en el Proceso de Colaboración Eficaz y en el cual no existe intervención del coimputado, vulneran el derecho de defensa y contradicción reconocidas en la Constitución y en los Tratados Internacionales, por lo que dichos elementos de convicción perjudican formalmente el marco procesal porque no respeta las garantías procesales introducidas en este.

- De La Cruz (2019) realizó la tesis titulada “EL PROCESO ESPECIAL DE COLABORACIÓN EFICAZ Y SU POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO” para obtener el título profesional de abogada por parte de la Universidad César Vallejo. En su investigación se plantea como objetivo general determinar si existe vulneración del derecho de defensa del imputado en el proceso especial de colaboración eficaz dentro del proceso penal, al desconocer su identidad; para ello aplica una metodología basado en el tipo de investigación Dogmático y como herramienta de recojo de información la aplicación de entrevistas. Es así que, concluye que existe la posibilidad que el Proceso de Colaboración Eficaz afecte el Derecho a la defensa del imputado, debido a que se desconoce la identidad del colaborador eficaz, en consecuencia no se permitiría la constatación de lo vertido este.
- De La Jara (2016) realiza la tesis titulada “LA COLABORACIÓN EFICAZ CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO, ENTRE LO PERMITIDO Y PROHIBIDO POR EL DERECHO. BALANCE DE SU

APLICACIÓN EN CASOS DEL DESTACAMENTO MILITAR COLINA”, para obtener el grado de Magister en Investigación Jurídica por parte de la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En dicha investigación el autor, analiza el valor probatorio que aportaría el Proceso de Colaboración Eficaz en las investigaciones del Ministerio Público, sosteniendo, como un apartado de la elaboración de su trabajo, que existe dos niveles, totalmente independientes, donde se destaca el valor probatorio de los elementos de convicción obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz, siendo el primer nivel el que se desarrolló en el propio Proceso de Colaboración Eficaz a fin de corroborar lo manifestado por el colaborador y en consecuencia otorgarle el beneficio acordado; y el otro nivel es en cuanto a su actuación en otros procesos. Es en este último nivel, en donde el autor destaca que existe discusión sobre todo en el empleo de medidas cautelares como la prisión preventiva, si es que los elementos de convicción obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz, llega a alcanzar la calificación de grave y fundado elemento que requiere el artículo 268 del Código Procesal Penal. Infiriéndose así, que del análisis que realiza el autor sobre este apartado, es que existe la necesidad de llevar a cabo un trabajo de investigación a fin de resolver la problemática del valor probatorio del Proceso del Colaboración Eficaz en cuanto a este último nivel.

Tesis Extranjeras

- Corado (2013) realiza la tesis titulada “DEFICIENCIAS EN LA UTILIZACION DE LA FIGURA DEL COLABORADOR EFICAZ, DENTRO DE LA INVESTIGACION CRIMINAL” para poder obtener el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por parte de la Universidad San Carlos de Guatemala. Dicha investigación tiene como objetivo establecer las causas que impiden la adecuada utilización de la figura del colaborador eficaz (en Guatemala), para ello emplea el método jurídico-inductivo, y como técnicas de recojo de información la técnica de observación y recopilación bibliográfica. Es así que, en su investigación, la mencionada autora, sostiene que ante el aumento de la tasa de criminalidad organizada (sobre todo en el Tráfico Ilícito de Drogas), el Estado de Guatemala reguló el empleo del Proceso de Colaboración Eficaz como una forma de obtener información de estas organizaciones delictivas. Sin embargo, agrega que actualmente a esta figura se le está dando un uso inadecuado por parte del Ministerio Público Guatemalteco, sobre todo en cuanto a la utilización de la declaración del colaborador eficaz, toda vez, que el representante del Ministerio Público de dicho país presenta tal declaración como medio probatorio, sin poder determinar que lo sustentando allí sea cierto, ya que el objetivo del aspirante a colaborador solo es obtener un beneficio, por lo que su declaración puede estar sujeto a mentiras con tal que logre su objetivo, agregando la necesidad de limitar el uso de la declaración del colaborador eficaz

a aquellas declaraciones que hayan sido corroboradas y que se pueda usar con cabalidad para poder dismantelar una organización criminal.

Artículos Jurídicos

- Fernández (2018a) publica un artículo titulado “EFICACIA PROCESAL DE LAS DECLARACIONES OBTENIDAS EN PROCEDIMIENTOS DE COLABORACION” en el cual realiza un análisis sobre el valor probatorio de la declaración del colaborador, el mismo que es obtenido mediante la violación de garantías procesales, sobre todo el principio de contradicción, no otorgando las mínimas condiciones de fiabilidad para su empleo en medidas cautelares; concluyendo sobre la dificultad que presenta la adopción de decisiones judiciales de medidas que afecten la situación procesal del investigado basadas en declaraciones prestadas por colaboradores toda vez que se atentaría contra la presunción de inocencia, ya que sostiene que estas medidas deben estar basadas en información relevante, fiable y obtenidas respetando las garantías procesales.
- Roy (2017) realiza un artículo, titulado “LA NECESARIA CORROBORACIÓN DE LO AFIRMADO POR UN COLABORAR EFICAZ PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA COERCITIVA AL IMPUTADO” en el cual realiza un serio cuestionamiento respecto a la utilización de los elementos de convicción obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz, toda vez que señala que

permitir que se emplee la introducción de elementos de convicción en donde no existe la participación de la defensa, se vulneraría el derecho a la defensa del imputado contra quien se actuará tales elementos, sobre todo en los casos de pedidos de prisión preventiva, en el cual la defensa tiene escasos días (u horas en algunos casos) para poder prepararse para la respectiva audiencia.

- Nakazaki (2015) en un artículo titulado “¿VALOR PROBATORIO DE LOS TESTIMONIOS DE LOS COLABORADORES EFICACES? A PROPÓSITO DEL CASO DE LOS PRESUNTOS APORTES IRREGULARES AL PARTIDO NACIONALISTA”, sostiene que las declaraciones de los aspirantes a colaboradores eficaces no pueden ser utilizados para solicitar un requerimiento de prisión preventiva, ni muchos menos para sustentar una condena, debido a que no son pruebas en sí misma pues todavía no existe un acuerdo establecido. Agrega además que la declaración del colaborador eficaz por sí mismo constituye una fuente para iniciar una investigación, pero para poder sustentar una prisión preventiva o condena, necesariamente debe de ir acompañado de otros elementos de convicción.
- Campos (2018b) en un artículo titulado “VALORACION PROBATORIA DE LA COLABORACION EFICAZ” sostiene que existen dos problemas al querer brindar valor probatorio a la declaración del colaborador eficaz, primero en cuanto a si se le debe de otorgar algún valor jurídico

para sustentar alguna medida limitativa de derechos o medidas coercitivas, segundo si la sola declaración del colaborador eficaz sirve para sustentar una condena. Indicando que la declaración debe de tener más controles por su escasa credibilidad, concluyendo finalmente, que para solicitar una medida coercitiva, la misma debe fundarse en elementos de convicción obtenida del propio proceso de medidas coercitivas.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

A raíz de la problemática suscitada dentro del ordenamiento jurídico, surge la pregunta: ¿Vulnera Garantías Constitucionales la irregular utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva en los procesos de Criminalidad Organizada?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

a. Analizar la vulneración de Garantías Constitucionales al utilizar la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva en los procesos de Criminalidad Organizada.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

a. Analizar el traslado de la declaración del colaborador eficaz y su incorporación a los procesos contra la Criminalidad Organizada.

b. Analizar la prisión preventiva respecto al presupuesto de graves y fundados elemento de convicción.

- c. Evaluar las consecuencias del empleo de la declaración del colaborador eficaz en el proceso penal distinto del Proceso de Colaboración Eficaz.
- d. Estudiar la regulación del Proceso de Colaboración Eficaz en el Derecho Comparado, así como su empleo en la jurisprudencia nacional y comparada.

1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La utilización irregular de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir de prisión preventiva en los Proceso de Criminalidad Organizada vulnera las Garantías Constitucionales de Presunción de Inocencia y Debido Proceso.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se justifica por lo siguiente:

Relevancia Científica

El tema abordado en la presente tesis es relevante teóricamente desde una óptica estrictamente constitucional y procesal, siendo más específico su valor desde el ámbito del proceso penal, toda vez que se analiza el Proceso de Colaboración Eficaz, en cuanto a la forma en como el legislador peruano ha pretendido otorgar eficacia a la declaración del colaborador eficaz, para que puedan ser incorporado y utilizado en otros procesos penales a fin de solicitar medidas coercitivas, como es el caso de la prisión preventiva. Por lo que existió la necesidad de realizar un estudio minucioso sobre la constitucionalidad y la legalidad de la incorporación de tal elemento de convicción.

Asimismo, la presente tesis se diferencia de los demás trabajos de investigación, toda vez que realiza un análisis normativo sobre el traslado e incorporación de la declaración del colaborador eficaz y su legitimidad como elemento de convicción para solicitar una prisión preventiva

delimitándolo a los casos de criminalidad organizada, esto teniendo presente los métodos de interpretación jurídica Ratio Legis y sistemático y el método Dogmático lo cual permitió un entendimiento mejor de las instituciones jurídicas estudiadas, así como cuatro casos jurisprudencias utilizados como población muestral lo cual permitió delimitar el tema; por tal razón se desarrolló un capítulo referente a materiales y métodos en el cual se especifica la aplicación de dichos métodos en la presente investigación así como la descripción de la población muestral.

Relevancia Práctica

Se debe tener presente que actualmente la lucha del Estado Peruano contra la criminalidad organizada se ve reflejada en el aumento de procesos judiciales, contra esta forma de delincuencia, ello implica también un aumento en la utilización de las declaraciones de los colaboradores eficaces como elemento de convicción para solicitar la prisión preventiva; es en ese sentido que la importancia de la presente investigación se encuentra plenamente justificada desde un punto de vista práctico, ya que permite esclarecer la legitimidad del empleo de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para sustentar una prisión preventiva, a fin de que los jueces de investigación preparatoria, encargados de aplicar el derecho en los casos de prisiones preventivas, valoren si dicha declaración puede constituirse o no como un elemento de convicción a fin de que no afecte las Garantías Constitucionales; esto contribuirá al pleno desarrollo del proceso penal, y el respeto de las garantías procesales como el debido proceso.

Asimismo serán beneficiados con la presente investigación los operadores jurídicos en general, toda vez que da una solución al problema que se afronta hoy en día los juzgados penales, en cuanto a la utilización de la declaración del colaborador eficaz en los requerimientos de prisiones preventivas contra la criminalidad organizada.

Relevancia Académica

Dentro de la dogmática procesal penal existen pocos estudios referentes al Proceso de Colaboración Eficaz, sobre todo en la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para solicitar el requerimiento de una prisión preventiva en los procesos contra criminalidad organizada, por lo que la presente tesis tendrá un aporte académico importante para futuros trabajos que aborden este tema, y que lo traten a mayor profundidad.

1.6. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

La presente tesis se encuentra dividida en tres capítulos, esto con la finalidad de poder asimilar con mayor facilidad la información recopilada y las instituciones procesales que se han tratado relacionado a la utilización de la declaración del colaborador eficaz.

En tal sentido, en el Primer Capítulo se hace referencia de los aspectos generales del Proceso de Colaboración Eficaz, es desde su utilización como un instrumento de la lucha contra el crimen organizado, así como los caracteres de este proceso, abordando específicamente en la cuanto a su fases y la naturaleza de las diligencias que se realizan en el mismo, entre los cuales se encuentra la declaración del colaborador eficaz.

En el Segundo Capítulo se abordó la problemática en cuanto a la utilización de la declaración del colaborador eficaz, esto desde su traslado del Proceso de Colaboración Eficaz, hasta su incorporación al proceso penal común, haciendo énfasis en su utilización como elemento de convicción para la adopción de prisión preventiva.

Asimismo, en este capítulo se analizó las posiciones doctrinarias realizadas en torno a la utilización de la declaración del colaborador eficaz en el proceso penal y la suficiencia probatoria que este tiene la adopción de medidas cautelares.

Por último, en el Tercer Capítulo se analizó la legitimidad de la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para la adopción de la prisión preventiva, y sus consecuencias jurídicas tanto internas como externas; esto al examinar su empleo en el ordenamiento jurídico interno, así como su regulación en el Derecho Comparado.

A partir de ello, se respondió a la pregunta formulada en la presente investigación, lo cual enriquecerá a la dogmática procesal penal y la práctica judicial. Asimismo, se propuso recomendaciones a fin de mejorar el sistema de administración de justicia en cuanto al empleo de material probatorio consistente en las declaraciones de colaboradores eficaces.

1.7. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, TIPO DE INVESTIGACIÓN Y DEL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación según su naturaleza es descriptiva y por su aplicabilidad básica, abarcando un diseño de tipo descriptivo-propositivo, toda vez que se resuelve la problemática en cuanto a la legalidad de la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para sustentar una prisión preventiva en los casos de crimen organizados. Para ello se empleó métodos de investigación tanto científicos (Método Inductivo-Deductivo y método Comparativo) así como jurídicos (método dogmático) y de interpretación (Ratio Legis y sistemático), los cuales permitieron el entendimiento teórico y práctico de dicha institución procesal.

Asimismo, se analizó jurisprudencia nacional y Derecho Comparado, así como otros trabajos de investigación en los cuales, fueron introducidos al presente trabajo a través de la técnica de fichaje y estudio del caso, esto con la finalidad de enriquecer la presente investigación.

1.8. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

La presente investigación recopiló información de distintas bibliotecas universitarias de las ciudad de Chimbote (universidad Nacional del Santa “UNS”, Universidad Privada San Pedro “USP”, Universidad Católica los Ángeles de Chimbote “ULADECH”, Universidad César Vallejos “UCV”), así como así como la biblioteca del Instituciones públicas como el Colegio de Abogado del Santa y del Poder Judicial de la ciudad de Chimbote, siendo que la información obtenida mediante la técnica del fichaje fue incorporada en el presente trabajo con la finalidad de enriquecerlo y desarrollarlo.

Así también, se recopiló información de fuentes web confiables, así como de información de en formato PDF, los cuales tenían relación con el tema tratado y cuya incorporación permitió poder superar la problemática planteada.

II. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES SOBRE EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

1.1.LA COLABORACIÓN EFICAZ EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

1.1.1. LA LUCHA DEL ESTADO PERUANO CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Uno de los principales problemas que afronta Estado peruano actualmente es la criminalidad organizada, el cual, si bien es un fenómeno relativamente nuevo en nuestro país, sin embargo, en estos últimos años se ha visto un aumento significativo del mismo, sobre todo en la aparición de organizaciones criminales ligados a delitos contra la administración pública, lavado de activos y tráfico ilícito de drogas.

Ahora bien, desde su aparición, las organizaciones criminales ha llamado bastante la atención del Estado, pues se tratan de la conformación de personas que se agrupan de manera permanente (o con cierta temporalidad), con la finalidad de hacer más sólida su posición delictiva y de esta manera estar por encima y por detrás de la ley (Sánchez, 2004).

Sin embargo, no se debe considerar a las organizaciones criminales solo como un conjunto de persona que se agrupan con la intención de cometer un delito; sino como una red de personas organizadas jerárquicamente, cuyos miembros tienen funciones específicas dentro de la organización, para que de esta manera se pueda llevar a cabo los delitos con cierta permanencia en el tiempo y obtener un provecho lucrativo a cambio, siendo esto el objetivo que busca toda organización criminal; de esta manera extienden sus operaciones delictivas en diversas zonas del país, así como fuera del mismo (Castillo, 2018).

Asimismo, estas organizaciones operan en diversos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, tales como el sector económico, político,

social e incluso en la propia administración de justicia; lo que permite el funcionamiento e impunidad de sus operaciones delictivas, ya que, buscan dar apariencia de lícito a sus actos ilícitos. Además, abarcan una diversidad de delitos, que van desde los más simples como son los delitos contra el patrimonio hasta los que, por su propia naturaleza, son complejos como son el delito de lavado de activos y corrupción de funcionarios.

Son estas características que presenta las organizaciones criminales lo que convierte a la criminalidad organizada en un problema para el Estado, debido a que, los actos investigación empleados para combatir y persuadir a la delincuencia común, resultan ser ineficaces e insuficientes para frenar a esta forma de delincuencia, ya que, no logran identificar a cabalidad los integrantes de las organizaciones criminales, sobre todo a los jefes o cabecillas, quienes por la misma jerarquía de la organización, permanecen ocultos.

Asimismo, dichos actos de investigación tampoco permiten identificar y/o prevenir el desarrollo de las actividades delictivas realizados por las organizaciones criminales, ya que, estos al actuar de manera oculta, es decir con apariencia de legalidad, ocasiona que durante sus operaciones delictivas no dejen pruebas o indicios de los mismos, o si es que dejan estos son escasos.

De esta manera, ante la escasa información respecto a las actividades delictivas de una organización criminal, así como de las personas que lo conforman; ocasiona que el Estado no puede combatir a la criminalidad organizada con los medios convencionales de investigación.

Pero, ¿por qué los actos de investigación empleado para combatir la delincuencia común no logran identificar a los integrantes de una organización criminal así como sus actividades delictivas? ¿a qué se debe esa ineficacia?, la respuesta es que los actos de investigación aplicados

para la delincuencia común no han sido eficientes en la lucha contra el crimen organizado debido a la estrategia interna y organizada que esta última tiene, pues como indica López (2018):

Como es sabido, la opacidad es nota característica de la estructura interna de la organización delictiva, como conocida y nota definitoria es, también, la existencia de un centro de poder o decisión distanciado de otros escalones de mando y, aun mas, de los que resultan ser autores materiales del delito, caracteres, uno y otro, que hacen extraordinariamente compleja tanto la labor de determinación de los responsables últimos de la acción criminal, cuanto la obtención de pruebas suficientes que sirven para fundamentar, en su caso, la condena a estos últimos y a todo participe en la acción delictiva de la organización, en el grado o cuota de responsabilidad que cada uno corresponda. (p. 121)

Es decir, que los actos de investigación empleados por el Estado aplicado en la lucha contra la delincuencia común solo permiten identificar a los autores materiales de las actividades delictivas de una organización criminal, quienes debido a la estructura interna de dicha organización, se encuentran en el escalón más bajo del mismo, sin conocimiento de sus operaciones delictivas. En tal sentido, al estar en el escalón más bajo, su captura no implica un freno a las actividades delictivas de la organización criminal, ya que podrán ser remplazados por otros autores materiales, a fin de seguir llevando acabo los actos delictivos. De esta manera los centros de mando o decisión de la organización, quienes son los que direccionan todas las operaciones de este, se encuentran protegidos; lo que también ocasiona que se proteja la integridad de organización criminal y su funcionamiento delictivo.

A consecuencia de ello es que se ha desplegado una serie de leyes y normas especiales diseñados con la finalidad de combatir y hacerle frente a esta forma de actividad delictiva, sobresaliendo de entre todas estas leyes, la Ley N°30077-Ley Contra el Crimen Organizado, el cual contiene disposiciones relativas a la investigación, juzgamiento y sanciones de delitos cometidos por organizaciones criminales, resultando lo más relevante, la incorporación al proceso penal de técnicas especiales

de investigación, tales como el agente encubierto, la intervención postal y de la telecomunicaciones, circulación y entrada vigilada de los bienes delictivos y el levantamiento del secreto bancario; los cuales tienen como finalidad lograr la identificación no solo de los centro de mando de una organización criminal, es decir de los jefes y cabecillas, sino de todos sus miembros, así como también de sus actos delictivos.

En tal sentido, con la regulación de la Ley N°30077, el Estado Peruano busca combatir la criminalidad organizada, aplicando técnicas de investigación que limitan hasta cierto punto los derechos fundamentales, a fin de poder obtener elementos de prueba que permitan acreditar las actividades delictivas de una organización criminal y con ello reducir la afectación que este fenómeno genera a la sociedad.

Sin embargo, si bien esta ley se promulgó con la intención de facilitar los medios para que el Estado pueda combatir la criminalidad organizada, no obstante, actualmente se advierte otra realidad, puesto que, las organizaciones criminales se adecuaron a esta nueva política criminal y modificaron sus estrategias internas, a fin de que las técnicas especiales contemplado en la ley N°30077 no logren su cometido, ya que, al igual que los actos de investigación aplicados contra la delincuencia común, estos tampoco logran identificar a cabalidad a los integrantes importantes de una organización criminal.

Por lo que a pesar de los esfuerzos del Estado para poder combatir la criminalidad organizada, está a sabido adaptarse y crecer conforme pasa los años, generando incuantificables daños, no solo en bienes e intereses particulares sino que también a los colectivos y al Estado Peruano en general (López, 2018). Ello crea en la sociedad un estado de inseguridad y desconfianza, al tener presente la idea que el Estado Peruano no puede hacer frente a la delincuencia organizada.

1.1.2. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA COMO FUNDAMENTO PARA LA CREACIÓN DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

Ante dicha realidad, es donde, la figura de la colaboración eficaz resulta ser inexcusables en la lucha contra la criminalidad organizada y sobre todo en la identificación de los integrantes que dirigen las organizaciones criminales (López, 2018), pues permite obtener información por parte de aquellos que lo han conformado, es decir, de quienes conocen su estructura interna (Cruz, citado por De Gennaro-Dyer, 2018).

Explica Sánchez (2004) que esa eficacia en la lucha contra el crimen organizado se debe a que la colaboración eficaz permite:

(...) llegar a conocer cómo es que se realizaron una serie de delitos, cómo intervinieron determinadas personas, qué medios se utilizaron en su ejecución, qué autoridades tuvieron participación, cómo se trató de ocultar información, dónde se encuentran los efectos del delito, cómo se pueden recuperar los bienes apropiados o sustraídos que se encuentran fuera del país, cómo interviene el sector empresarial o privado, qué participación tuvieron o no algunos medios de comunicación social, etc. (p.245)

De la misma manera Sánchez (citado por Sánchez, S/F), agrega que la “(...) colaboración eficaz surge de la necesidad de desentrañar a la organización delictiva que se esconde en el anonimato u ocultamiento (...)” (p.52).

En suma, con la colaboración eficaz, se ha logrado obtener información de primera mano de quienes han formado o forman parte de las actividades delictivas de una organización criminal o poseen información valiosa por haber tenido contacto con dicha organización; información que facilitaría al Estado la investigación y enjuiciamiento de la delincuencia organizada (Fernández, 2018a).

De allí la relevancia de esta figura en la lucha contra la criminalidad organizada, ya que ha triunfado en aquellas áreas donde las técnicas especiales de investigación contemplada en la Ley N°30077, no han logrado cumplir; pues, ha permitido poder obtener elementos de pruebas que permitan la identificación de los miembros de una organización criminal, así como sus actividades delictivas desde su ideación hasta su ejecución.

Ahora, si bien la figura de colaboración eficaz, ha resultado ser imprescindible en la lucha contra la delincuencia organizada, no obstante, advierte Talavera (2018), que dicha figura no es en sí una técnica de investigación o mecanismo penal o procesal que se haya utilizado históricamente como combatir la criminalidad organizada (a pesar de haber estado regulado en nuestro ordenamiento jurídico) sino que su utilización actual se debe a la reducida eficacia que tiene el Estado para poder combatir este fenómeno.

En tal sentido, de acuerdo al citado autor, la colaboración eficaz es el último recurso que tiene el Estado para poder combatir a la criminalidad organizada, toda vez que las demás políticas criminales empleados por el Estado han resultados ser ineficaces al momento de hacerle frente.

Sin embargo, ello no deja de lado su eficacia en la lucha contra el crimen organizado, pues permite obtener información de primera mano que resulte valioso para la obtención de material probatorio que garantice el enjuiciamiento de los integrantes de una organización criminal, y así la reducir gradualmente esta forma de delincuencia.

Por tal motivo, se puede sostener que criminalidad organizada ha sido el fundamento para que la colaboración eficaz sea un instrumento idóneo en la lucha contra la actual delincuencia organizada, ya que, quien más que un integrante de la organización criminal para brindar información en contra de este.

1.2.REGULACIÓN DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ EN EL PROCESO PENAL PERUANO

1.2.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA COLABORACIÓN EFICAZ

Al examinar la figura del colaborador eficaz dentro de nuestro proceso penal, advertimos, que si bien actualmente se está utilizando con mayor frecuencia debido a su eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada, no obstante, dicha figura no es nueva, pues ya había sido incorporado anteriormente en el ordenamiento jurídico de forma incipiente, esto a través de la Ley 24651 de 1987, el cual introduce la figura del arrepentido al ordenamiento penal peruano. En ese sentido indica Talavera (2009):

En el ordenamiento jurídico penal peruano, el arrepentimiento y la colaboración eficaz fueron introducidas por primera vez mediante la Ley 24651, cuyo artículo 2° incorporó el artículo 85° A del Código Penal de 1924, tanto para regular al arrepentido, como el sujeto que haya abandonado sus actividades delictivas (terrorista) y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado. Mientras, el colaborador, además de disociarse, debida haber evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro o impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. La citada disposición fue mejorada por a la Ley 25103. (p.134)

Si bien, anteriormente había formas incipientes de colaboración con la justicia, no obstante, fue en la década de los 90's (época en el cual el terrorismo era el principal problema del Estado), donde la colaboración con justicia se consideró como una estrategia de política criminal pues, se dictaron los Decreto Legislativo N°748, Ley N° 25499 y el Decreto Ley N° 25582, los cuales, de manera general, regulaban el otorgamiento de beneficios penitenciarios para aquellas personas que brinden información sobre su participación en los grupos terroristas, durante el desarrollo de las investigaciones (De Gennaro-Dyer, 2018). En estas leyes, el

arrepentido, debe de haberse deslindado todo vínculo con la organización terrorista para que proceda el beneficio.

Sin embargo, es en el año 2000 donde la colaboración eficaz se regula como institución procesal dentro de nuestro derecho procesal peruano, pues se promulga la Ley N°27378 - Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada. Esta ley establecía que aquel miembro de una organización criminal que se encuentra siendo investigado, procesado o sentenciado, podría celebrar un acuerdo con el Ministerio Público (fiscal Provincial o Superior) en cualquier estado del proceso penal, respecto al otorgamiento de algún beneficio penitenciario a cambio de brindar información de las actividades delictiva de una organización criminal. No obstante, advierte Talavera (2009) que solo se otorgaba algún beneficio por el hecho de brindar la información, mas no por disociarse de la organización criminal.

Es así que hasta esta etapa de nuestro ordenamiento procesal penal, las disposiciones legales relacionadas a la figura de colaboración eficaz, lo regulaban como una especie de beneficio procesal o premio para aquel imputado que colabora con la investigación penal al aportar información relevante en contra de la organización criminal, el cual se realizaba dentro del desarrollo del proceso penal común.

No obstante, a partir de la promulgación del Código Procesal Penal en el 2004, la figura de la colaboración eficaz toma un cambio distinto en su tratamiento dentro del proceso penal, pues, a diferencia de las legislaciones anteriores, el Código Procesal Penal del 2004 reconoce la Colaboración eficaz ya no como un beneficio procesal, sino como un proceso especial independiente del proceso común.

Es así que para regular a este nuevo proceso el Código Procesal Penal le concede todo una sección entera, que comprende el Libro Quinto, Sección VI, desde los artículo del 472 al 481; artículos que establecen el desarrollo del Proceso de Colaboración Eficaz, los requisitos

que se deben de tener en cuenta para que un miembro de una organización criminal pueda acogerse a dicho proceso, actuaciones que se realizan en el mismo y los efectos que produciría.

Posteriormente, a través del Decreto Legislativo N°1301 se modifica el Código Procesal Penal, en cuanto al Libro Quinto, sección VI, a fin de dotar de operatividad el proceso especial por colaboración eficaz, en el sentido de que la declaración del colaborador eficaz así como los demás elementos de convicción obtenidos en este proceso, puedan ser utilizados en otros a fin de fundamentar una imputación.

Asimismo, en el 2017 se promulga el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS donde se aprueba el reglamento del Decreto Legislativo N°1301, con el cual se busca dotarle de eficacia a las actuaciones realizadas en el Proceso de Colaboración Eficaz, al definirlo como un proceso autónomo e independiente al proceso común. De esta manera, al diferenciarlo del proceso penal común permite que las diligencias actuadas durante su desarrollo puedan ser trasladadas a otros procesos penales y servir como medio probatorio en la lucha contra la criminalidad organizada.

Por último, se dictó la Ley N°30737- Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado Peruano en casos de corrupción y delitos conexos, en el cual en su decimotercero disposición complementaria final, establece que el Ministerio Público también puede celebrar el acuerdo de colaboración eficaz con una persona jurídica. Siendo está la última normatividad que se dictó hasta el momento relacionado a la colaboración eficaz.

Como puede observarse de la evolución de la colaboración eficaz dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que el mismo se originó como una especie de beneficio o premio (en cuanto al otorgamiento de beneficios penitenciarios o procesales) para aquel imputado que brinde información relevante respecto a la organización criminal, el cual se

desarrollaba dentro del proceso penal común; para, posteriormente, pasar a constituir un proceso autónomo e independiente a este último, teniendo como finalidad la de obtener medios probatorios con el cual el Estado pueda combatir la delincuencia organizada.

Sin embargo, si bien el proceso de colaboración eficaz se ha convertido en un proceso independiente al proceso común, sin embargo no deja de lado esa esencia propio del Derecho premial, esto es el de otorgar algún beneficio penitenciario o procesal a cambio de aportar información relevante respecto a de una organización criminal.

1.2.2. EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

Ahora bien, si bien el Proceso de Colaboración Eficaz, ha tenido una evolución legislativa constante, hasta llegar a convertirse en una forma eficaz de obtención de información en la lucha contra el crimen organizado, no obstante, conviene preguntarse ¿a qué nos referimos cuando hablamos de Proceso de Colaboración Eficaz? ¿Qué definición tiene la colaboración eficaz?

Al respecto, doctrinariamente la colaboración eficaz ha sido definido como un instrumento que tiene el Estado por medio de cual recopila información válida respecto a un evento delictivo perpetrado por una organización criminal, siendo que aquel que brinda la información es un miembro de la organización criminal o participe del evento delictivo (Quiroz, citado por Sánchez, S/F).

En ese sentido, San Martín (2015) sostiene que la colaboración eficaz es un mecanismo perteneciente a la justicia Premial, en el cual descansa la figura del arrepentido, quien debe admitir, o en todo caso no contradecir los hechos criminales que se le atribuyen, así como brindar información suficiente, que resulten ser eficaz y relevante a fin de neutralizar las actividades delictivas de una organización criminal, así como identificar a sus miembros, y ubicar y/o entregar los bienes delictivos o señalar su destino o paradero.

Agrega además, el citado autor, que el arrepentido viene a ser aquella persona que se ha pertenecido a una organización criminal y que se ha presentado ante la autoridad a fin de brindar información que resulte útil, para combatir la contra estas organizaciones (San Martín, 2015).

Asimismo, Fernández (2018a) considera a la colaboración eficaz, como una forma legítima y eficaz de poder obtener información que permita poner en marcha una investigación, sustentar una acusación y posibilitar una condena de quienes forman parte de organizaciones criminales, a quien se otorga a aquel que brindó dicha información, beneficios penales y procesales.

Por su parte, legislativamente se tiene una definición distinta de colaboración eficaz, toda vez que en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS lo define como un proceso especial autónomo, no contradictorio, basado en el principio del consenso entre las partes y, que tiene por finalidad perseguir eficazmente la delincuencia. Asimismo, define al colaborador como aquella persona que se encuentre sometida o no en un proceso penal, o que ha sido condenada; que se presenta ante el Fiscal a fin de proporcionar información útil en la lucha contra la delincuencia organizada con la intención de que se le conceda ciertos beneficios penales.

De esta manera el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, no reconoce a la colaboración eficaz como una institución procesal, sino que le otorga la naturaleza de proceso especial, tal como se regula en el Código Procesal Penal; además de ello, lo diferencia de otros procesos penales al definirlo como no contradictorio, y señalando que se basa en el principio del consenso entre las partes, es decir que su desarrollo se basa en el acuerdo realizado entre el Fiscal y el colaborador.

Esta definición última ha generado una conmoción en la doctrina procesal, puesto que no se llega a asimilar la idea de un proceso penal

sin la presencia de un contradictorio, debido a que dicha idea implicaría la no existencia de una controversia, lo que no es acorde a la noción de proceso, toda vez que, este último por naturaleza es una forma de solución de conflicto, en consecuencia al no existir conflicto, por lo tanto tampoco habría proceso (Asencio, 2018). De esta manera al regular a la colaboración eficaz como un proceso se atentaría contra la propia noción de proceso.

Ante dicha controversia, y a fin de que poder realizar un estudio de esta forma especial de proceso es que algunos doctrinarios en vez de reconocerlo como proceso, lo define como un procedimiento que es llevado a cabo entre el Estado representado por el Ministerio Público y aquel integrante de una organización criminal a fin de otorgarle algún beneficio procesal o penal a cambio de que brinde información que resulte ser útil y pertinente en la lucha contra el crimen organizado.

Al respecto, López (2018) señala que, a pesar de su denominación legal, el Proceso de Colaboración Eficaz, no constituye un auténtico proceso, sino, un procedimiento con el que se logra realizar ciertas diligencias que permiten obtener información respecto a una organización criminal a fin de evitar la continuación de sus actividades delictivas.

En tal sentido, si bien existe un conflicto en cuanto al definir la naturaleza de la colaboración eficaz, no obstante, ya sea doctrinaria o legislativamente, se resalta la idea de que la colaboración eficaz constituye una herramienta eficaz en la lucha contra el crimen organizado al recopilar información de sus integrantes y las operaciones delictivas que realizan, por parte de personas que integran o han integrado dicha organización.

1.3. CARACTERES DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

Ya hemos visto en el punto anterior que actualmente el Proceso de Colaboración Eficaz se rige por dos dispositivos legales que le dan forma

y operatividad a sus funciones, siendo estos dispositivos el Código Procesal Penal y el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS.

El Código Procesal Penal es el cuerpo legislativo que regula a la colaboración eficaz como un nuevo proceso penal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, asimismo establece la normatividad para su desarrollo; por su parte, el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS constituye, actualmente, el reglamento de este proceso en el cual se establece las directrices para su definición y eficacia.

Por lo tanto, para poder establecer cuáles son los caracteres que presentaría este proceso, tenemos que remitirnos a la definición dada por el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, el cual define al Proceso de Colaboración Eficaz como un proceso especial autónomo, no contradictorio, basado en el principio del consenso entre las partes y la justicia penal negociada, que tiene por finalidad perseguir eficazmente la delincuencia.

En tal sentido, de la definición dada por este dispositivo legal, podemos sostener que el Proceso de Colaboración Eficaz presentaría dos caracteres sustanciales, los cuales sería su autonomía frente a otros procesos y la ausencia del contrainterrogatorio durante su desarrollo.

Por su parte, Asencio (2018), quien en doctrina desarrolla los caracteres de este proceso especial, agrega un tercer carácter el cual es su no jurisdiccionalidad, toda vez, que para el citado autor, el Proceso de Colaboración Eficaz ni es jurisdiccional, ni contradictorio y tampoco se encuentra vinculado a otro proceso (es autónomo).

1.3.1. LA AUTONOMÍA DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

Como se recalcó al anteriormente, en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 007-2017- JUS se define al Proceso de Colaboración Eficaz como un proceso independiente al proceso penal común, así como de

otros procesos especiales (entiéndase proceso inmediato, proceso por razón de la función pública, proceso de seguridad, proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal, proceso de Terminación Anticipada, proceso por colaboración eficaz, proceso por faltas).

Ahora bien, si esto es así, conviene preguntarse ¿en qué sentido el Proceso de Colaboración Eficaz es independiente a otros procesos penales?, toda vez, que la definición indicada en el artículo el artículo 1 del Decreto Supremo N° 007-2017- JUS no aporta mayores detalles respecto de ello.

A fin de responder a la pregunta anteriormente mencionada, podemos indicar que el Proceso de Colaboración Eficaz es independiente toda vez que no depende ni está vinculado a otros procesos para su existencia; esto debido a dos razones, la primera es por su finalidad, mientras que la segunda razón sería por su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la primera razón, podemos sostener que el Proceso de Colaboración Eficaz es independiente a otros procesos ya que tiene una finalidad distinta. Esto quedo establecido en la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS en el cual se indica que el Proceso de Colaboración Eficaz es un proceso distinto a los tradicionalmente conocidos, ya que, tiene como finalidad la de obtener elementos de pruebas que permitan el esclarecimiento de delitos realizados por las organizaciones criminales así como la identificación de sus autores.

Como se advierte de la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, con la regulación del Proceso de Colaboración Eficaz el Estado busca obtener información y recopilar elementos de pruebas que permita la identificación de los miembros de una organización criminal así como sus actos criminales. Esta finalidad es totalmente diferente a la finalidad que tiene el proceso penal común el cual busca la aplicación del derecho penal, toda vez que, se reprimen conductas realizadoras de

hechos punibles mediante la imposición de una pena (Calderón, S/F). Asimismo, también es diferente a la finalidad de los procesos especiales contemplados en el Código Procesal Penal, los cuales, al igual que el proceso común, también buscan la aplicación de derecho penal, pero atendiendo a las condiciones especiales del autor, así como las condiciones de los hechos.

En tal sentido, Ruiz (2018), sostiene que el objeto de este proceso es distinto a los otros tipos de procesos existentes en el Código Procesal Penal, pues en el Proceso de Colaboración Eficaz:

(...) se busca, mediante la delación llevada a cabo por el colaborador, acceder a una información útil para la Administración de Justicia, especialmente en el ámbito de la criminalidad organizada, que permita alcanzar determinados fines a cambio de beneficios penales para el colaborador. (p.205)

Es así que, la citada autora ratifica el carácter autónomo del Proceso de Colaboración Eficaz al diferenciar su objeto de los demás procesos especiales que pudiera estar tramitándose por hechos similares y/o sujetos coincidentes y aclarando su contribución en la lucha del Estado contra la criminalidad organizada (Ruiz, 2018).

Por su parte Ascencio (2018) indica que la finalidad del Proceso de Colaboración Eficaz no solo es la de obtener elementos probatorios para luchar contra el crimen organizado (que de acuerdo al autor sería la declaración del colaborador), sino también la de conceder un beneficio a cambio de la información que este brinda.

En tal sentido, como puede observarse, la finalidad con la cual se regularizó este proceso dentro de nuestro ordenamiento es una de las razones fundamentales por la cual sostenemos que es autónomo, no obstante, es a consecuencia de ello que el Proceso de Colaboración Eficaz fue regulado de una manera especial, lo que nos llevaría a la segunda razón mencionada anteriormente.

Atendiendo a este último párrafo, podemos sostener que el Proceso de Colaboración Eficaz también es autónomo, ya que se rige por sus propias reglas y no depende de la normatividad de los otros procesos penales para su existencia, tal como se indica en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS. De la misma manera, la exposición de motivos de este decreto establece que el Proceso de Colaboración Eficaz, presenta características y una regulación propia que lo diferencia de otros procesos penales, por lo que no puede considerarse como un incidente de estos.

Esto se evidencia sobre todo, en que, a diferencia de los demás procesos penales en el cual existe la participación de un imputado, quien sería el actor principal en dicho proceso; en el Proceso de Colaboración Eficaz no existe un imputado, siendo que los actores principales serían el fiscal y el colaborador, toda vez que, como sostiene Ruiz (2018) la iniciativa y tramitación del Proceso de Colaboración Eficaz, queda a cargo del fiscal quien lo desarrolla mano a mano con el colaborador, quedando excluido aquella persona contra quien se actuará la información obtenida por el colaborador.

Cabe agregar que la no participación del imputado se debe a que en el Proceso de Colaboración Eficaz no existe una imputación penal, pues como advierte Ascencio (2018) en este proceso "(...) su función (...), es solo la de recibir una declaración y conceder un premio al declarante (...)" (p.24).

Por otro lado, las actuaciones realizadas en el Proceso de Colaboración Eficaz son secretas, ya que, existiría un peligro para los intereses del Estado, así como la integridad del colaborador, si es que la organización criminal se llegase a enterar que se está brindando información respecto a su organización interna. Por tal motivo, a fin de salvaguardar la información obtenida por parte del colaborador, es que todas aquellas diligencias realizadas en el Proceso de Colaboración Eficaz, solo son de conocimientos del fiscal y el colaborador (Ruiz, 2018).

Y por último, no cualquier persona, que haya sido condenado o esté siendo investigado o no, puede someterse a este proceso especial, pues el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS ha establecido que para realizar un acuerdo entre el fiscal y la persona que desea acogerse al Proceso de Colaboración Eficaz, este último debe: i) Ser un partícipe de un delito (relacionado sobre todo a la criminalidad organizada), ii) Aceptar los cargos que se le imputa (no contradecirlos ya sea total o parcialmente), iii) Aportar información, de hechos que resulten importante en investigaciones realizadas por el Ministerio Público (información relevante, suficiente, pertinente, útil y corroborarle) y iv) Que haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas (Castillo, 2018).

En tal sentido, como puede observarse, el Proceso de Colaboración Eficaz es muy distinto a los demás procesos penales, puestos que se regula de manera distintas, asimismo, sus fines también son distintos. Son estas características lo que nos permite admitir el carácter autónomo e independiente de este proceso.

1.3.2. AUSENCIA DE CONTRADICTORIO EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

Otro carácter que se advierte de la lectura del artículo 1 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS está referido a que el Proceso de Colaboración Eficaz es un proceso no contradictorio, es decir, un proceso en el que no existe una controversia así como partes que se encuentren enfrentados.

Ello es debido a que en el Proceso de Colaboración Eficaz no se discute una imputación ni mucho menos la imposición de una pena o medida de seguridad que permita a dos partes enfrentarse; sino lo que se discute es si la información brindada por el colaborador eficaz resulta ser suficiente para el otorgamiento de algún beneficio procesal o penitenciario deseado por el colaborador, en otras palabras lo que se discute es el otorgamiento de algún beneficio al colaborador (Asencio, 2018).

En tal sentido, al discutirse solo el otorgamiento de algún beneficio procesal o penitenciario, hace que no necesaria la participación de una contraparte que cuestione lo afirmando por el colaborador, toda vez que, esta figura (la una contraparte) ha quedado establecida solo en los casos en que exista un conflicto (controversia).

Ahora bien, podría pensarse que con la actuación del fiscal dentro del Proceso de Colaboración Eficaz se garantizaría de alguna manera la existencia de una contraparte, que ya habría dos sujetos procesales, el fiscal y el colaborador. Sin embargo, debemos señalar que si bien existe dos sujetos durante el desarrollo del proceso de colaboración eficaz, sin embargo, ello no los convierte en contrapartes, toda vez que, en este proceso no existe una controversia, es decir no existe una imputación. En tal sentido, la función del fiscal no es la de contradecir lo afirmado por el colaborador, sino la de corroborar si la información aportada por este resulta ser verdadera y útil en la lucha contra el crimen organizado.

Por otro lado, también habría otra razón para que el Proceso de Colaboración Eficaz, no sea contradictorio, ya que como hemos manifestado en los párrafos anteriores, si el Proceso de Colaboración Eficaz fuese contradictorio, ello implicaría que se discuta una imputación, el cual también sería discutido en el proceso común. Esto traería como consecuencia que existan simultáneamente dos procesos en el que estarían investigando los mismos hechos y se encontrarían inmersas las mismas partes, provocando con ello que exista una Litispendencia. Pues como sostiene Monroy (2004) la litispendencia se trata de la alegación, en el sentido que entre las mismas partes y con el mismo interés en el proceso, que se está discutiendo en el petitorio, también está siendo discutido en otro proceso.

Esto lo advierte Asencio (2018) pues señala:

Que no exista imputación, que no haya partes, que no haya objeto procesal, es lo que impide que se pueda hablar de litispendencia. Porque, si en el procedimiento se investigara con efectos dirigidos a

conformar una imputación, estando un proceso penal incoado, es evidente que se podría plantar la excepción de litispendencia. No es posible investigar los mismos hechos en dos procesos paralelos. (p.26)

En tal sentido, la finalidad que tuvo nuestro ordenamiento jurídico en regular al Proceso de Colaboración Eficaz como un proceso no contradictorio, se debió a la necesidad de evitar una litispendencia con otro proceso penal, pues de lo contrario sería causal de una nulidad.

No obstante, si bien exista una razón procesal para poder regularizar al Proceso de Colaboración Eficaz como no contradictorio, sin embargo, este carácter ha traído consigo un pronunciamiento negativo por parte de la doctrina y la práctica del proceso penal, ya que, imposibilita al imputado el poder aportar elementos de pruebas que puedan desvirtuar lo dicho por el colaborador (Asencio, 2018). Esto lo advierte Ruiz (2018) al manifestar que queda excluido del desarrollo del Proceso de Colaboración Eficaz la participación de aquel imputado contra quien se actuará posteriormente la información obtenida por parte del colaborador.

Asimismo, como se hizo mención en el apartado anterior, también se desnaturalizaría la figura de proceso, ya que, no se sería una forma heterocompositiva de solución de un conflicto, debido a que no existe una parte contraria; sino sería solo una negociación jurídica entre el fiscal y el colaborador (Asencio, 2018).

1.3.3. LA NO JURISDICCIONALIDAD DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

Sostiene Asencio (2018), que otro carácter del Proceso de Colaboración Eficaz es la ausencia de una actividad jurisdiccional propiamente dicha, ya que la intervención judicial en este proceso se haya limitada por la forma en cómo se encuentra regulado, toda vez que en su desarrollo no existe el elemento de la imputación; es así que la función judicial se limita solamente a un control de la actividad del fiscal a fin de evitar elementos ocultos en el acuerdo pactado por este y el colaborador que sean contrario al ordenamiento jurídico, es decir, que verificar si el

beneficio pactado sea proporcional a la información suministrada, y que esta última haya sido corroborada.

Según el autor antes citado, es esta ausencia de una imputación lo que determinaría que el Proceso de Colaboración Eficaz carezca de jurisdiccionalidad, ya que, al no existir una imputación, es decir una controversia, implicaría también la ausencia de un contradictorio, lo cual, como se ha manifestado anteriormente, es ajeno a la noción de proceso, ya que, no puede hacer proceso sin contradictorio (conflicto). En ese sentido, si el Proceso de Colaboración Eficaz no tiene la naturaleza de proceso, esto implicaría que tampoco tendría carácter de jurisdiccionalidad, ya que estos conceptos van unidos.

Esto último lo advierte Asencio (2018) al señalar que “Jurisdicción y proceso son conceptos inseparables, de modo que la función jurisdiccional, en sentido estricto, solo se ejerce a través del proceso en tanto este constituye el instrumento de la jurisdiccional para ejercitar su función” (p.30).

De la misma manera, Peña (2007) delimita la existencia de una jurisdicción al proceso, al sostener que a través de esta potestad el Estado puede procesar y juzgar a una persona, toda vez que indica:

Que debemos entendemos entonces por jurisdiccional penal, vendría a ser la potestad que tiene determinados Tribunales de la Nación, para administrar justicia en el ámbito criminal, esto es, para someter a procesamiento y juzgamiento, a todos aquellos que han vulnerado supuestamente una norma jurídico-penal. En otras palabras, la Jurisdicción Penal detenta el monopolio estatal en la función de imponer penas y medidas de seguridad, a los responsables penalmente de haber vulnerado o puesto en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados. (p.257)

Y si bien, la jurisdicción está en relación al proceso y sin este no habría proceso, no obstante conviene preguntarse, ¿Qué pasa con la intervención del juez en este proceso? ¿Acaso su intervención no

convierte al Proceso de Colaboración Eficaz en un proceso propiamente dicho y por ende en gozar de jurisdiccionalidad? ¿Qué pasa con su labor?

Ahora bien, si bien en el Proceso de Colaboración Eficaz existe la intervención judicial, no obstante, dicha intervención es ajena a la solución de un conflicto, toda vez que el mismo no existe. En ese sentido, como hemos mencionado líneas arriba, la labor de juez solo es la de garantizar la legalidad del acuerdo realizado entre el fiscal y colaborador, y verificar así el beneficio acordado es proporcional a la información aportado, esto a fin de que la figura del colaborador eficaz no sea utilizado como un mecanismo de impunidad, al obligar al arrepentido a celebrar el acuerdo o en el caso que se le otorgue algún beneficio a pesar que su información no resulto útil.

Esto lo deja en claro Asencio (2018) al señalar que:

La actividad judicial es y permanece en el ámbito del procedimiento especial, que no es un proceso, y tiende a controlar al fiscal en sus poderes excesivos y su tendencia a ampliar una competencia de la que carece si sustituye el proceso por un mecanismo propio y exclusivo. La actuación judicial es interna y se limita a valorar la verisimilitud de la delación en relación con los elementos que lo corroboran, pero solo a efectos de verificar la correcta concesión de unos beneficios que, a su vez, han de ser proporcionales a la información suministrada y ello con el fin, también exclusivo, de que no puedan otorgarle beneficios que responda a informaciones que no se plasman en el acta y que el Fiscal pudiera conservar como elemento oculto y a los efectos propios de sus actividad pública. La suficiencia que ha de valorarse es la que consta en las actas. Solo ese análisis es posible, un análisis limitado estrictamente al marco del objeto de ese mecanicismo y nunca puesto en relación con la imputación que se sostiene en el proceso. (pp. 29-30)

Es así que a pesar que exista la intervención judicial en el Proceso de Colaboración Eficaz, sin embargo, por su propia naturaleza no puede considerársele como proceso, toda vez que la intervención judicial no recae sobre una imputación, y en consecuencia no gozaría de ese carácter de jurisdiccionalidad, ya que, “solo es jurisdiccional lo que se actúa en el proceso y solo es proceso lo que se caracteriza por la

contradicción. Sin contradicción no hay proceso y sin proceso no hay jurisdicción” (Asencio, 2018, p.32).

En tal sentido, sostiene Asencio (2018):

El procedimiento por colaboración eficaz no es jurisdiccional. Pretender calificarlo de proceso por entender que es jurisdiccional y, a su vez, obviar que no puede ser jurisdiccional lo que se actúa fuera del proceso y sin dualidad de partes, es caer en una contradicción insalvable que solo se explica desde posicionamientos que desconocen los conceptos básicos y que someten el proceso a fines que no le son propios rompiendo con la armonía conceptual esencial del todo el sistema. Se afirma un cosa negando su complementaria, lo cual, a su vez, se conceptúa erróneamente desde la consideración equivocada de la primera afirmación. Un razonamiento circular que carece de base jurídica sostenible. (p.32)

1.4.FASES Y DILIGENCIAS EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

1.4.1. FASES DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

Hemos mencionado anteriormente que el Proceso de Colaboración Eficaz, es autónomo a otros procesos penales puesto que tiene una regulación propia, esto queda mayormente graficado, cuando hablamos de las fases, ya que a diferencia del proceso penal común, en el cual existe tres fases claramente marcadas como son una fase de investigación, una de acusación y una de juzgamiento; no obstante, en el Proceso de Colaboración Eficaz estas etapas son reemplazados por otros que a su vez aumentan de número, ello con la intención de poder lograr la finalidad de este proceso.

Ahora bien, a fin de poder establecer las fases que tiene el Proceso de Colaboración Eficaz tenemos que remitirnos al Decreto Supremo N° 007-2017-JUS que, en su artículo 3, establece la estructura de este proceso especial, indicando que está conformado por seis fases, los cuales son: a. Calificación, b. Corroboración, c. Celebración del acuerdo,

d. Acuerdo de beneficios y colaboración, e. Control y decisión jurisdiccional, y f. Revocación.

a. Fase de Calificación

Esta fase inicia con la solicitud de un imputado de querer acogerse al Proceso de Colaboración Eficaz, el cual, conforme se indica en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, tiene que ser voluntaria y espontánea, es decir libre de cualquier coacción ejercida por parte del Estado a fin de obtener su declaración. Asimismo, el Ministerio Público, representado por el fiscal, podrá proponer la instauración de este proceso a un imputado si es que toma conocimiento o advierte que este desea brindar información de forma voluntaria.

Pero, si bien es cierto que el imputado puede solicitar la instauración de este proceso, sin embargo, para que sea aprobada, tiene que cumplir como requisito el haberse dissociado de toda actividad delictiva realizada por una organización criminal, así como brindar información relevante, suficiente, pertinente, útil y corroborable en contra de esta última; asimismo, debe de aceptar los cargos que se le imputan y no contradecirlos a fin de que se le pueda brindar algún beneficio procesal o penitenciario que resulten legales.

Una vez recibida la solicitud y cumplido los requisitos, el fiscal se entrevistaría con el imputado, a quien se le dominará aspirante a colaborador, a fin de que brinde la información correspondiente. Si el fiscal advierte que la información objeto de delación es útil, relevante y corroborable, nombrará al imputado postulante como colaborador eficaz, asignándole una clave para su protección, el cual lo identificará durante todo el desarrollo del proceso, preparando las bases para la siguiente fase.

En resumen, la fase de calificación consiste en la evaluación de la actitud de colaborador de someterse a este proceso especial a fin de brindar información respecto a una organización criminal, así como la

realización de una serie de actos para la asignación de clave y gestión del expediente de colaboración eficaz (Ruiz, 2018).

b. Fase de Corroboración

Una vez realizada la calificación de la solicitud presentado por el colaborador, el fiscal dará inicio el Proceso de Colaboración Eficaz, de manera reservada, mediante disposición debidamente motivada, el cual contendrá un análisis respecto a si el colaborador ha cumplido con los supuesto de procedencia, así como no tener algún impedimento legal para la celebración del acuerdo de colaboración eficaz, también respecto a si el aporte de la información ofrecida por el colaborador podría ser eficaz y si puede ser corroborada, para que de esta manera pueda ser utilizado en la luchar contra el crimen organizado. Asimismo, dispondrá la realización de diligencias de corroboración a fin de verificar la veracidad de la información aportada por el colaborador. Estas diligencias de corroboración son secretas, no obstante, estarán sujetas a las formalidades del Código Procesal Penal.

En esta misma Disposición de Inicio de Proceso de Colaboración Eficaz, el fiscal propondrá la elaboración de la Carpeta Fiscal de colaboración eficaz, el cual, conforme al artículo 14 del Decreto Supremo Nº 007-2017-JUS, contendrá: a) Las declaraciones del colaborador, b) Los actos procesales de corroboración documentados, c) Los documentos aportados por el colaborador, d) Las disposiciones y providencias de impulso y e) Toda documentación pertinente a este proceso especial.

Es en este momento, con la realización de la Carpeta Fiscal de colaboración eficaz, que se celebrará un convenio preparatorio, pues, conforme indica Ruiz (2018), "(...) se puede acordar con el colaborador un "Convenio Preparatorio", que viene a ser una especie de preacuerdo que, verificado en todos sus extremos, podrá convertirse, una vez corroborada la información, en el "Acuerdo de beneficios y colaboración"" (p.206).

Este convenio preparatorio, advierte San Martín (2015) estará en función a la información aportada por el colaborador y la naturaleza de los cargos que se le imputa; de esta manera, en el convenio preparatorio se establecerá los beneficios, obligaciones y mecanismo de aporte de información y corroboración que está sujeto este proceso especial.

En resumen, en esta fase, dará inicio al Proceso de Colaboración Eficaz, además que contendrá la realización de diligencias por parte del fiscal a fin de corroborar la información aportada por el colaborador a fin de poder el acuerdo de beneficios y colaboración.

c. Fase de Celebración del Acuerdo

Se indica en el artículo 22 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS que una vez realizada la corroboración de la información aportada por el colaborador, se podrá celebrar el Acuerdo de Colaboración Eficaz negociando los alcances de los beneficios que se establecerán.

Los beneficios que se podrán negociar serán la exención de pena, remisión de la pena para quien la viene cumpliendo (en caso de que el colaborador se encuentre condenado), la disminución de la pena y suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, estos se establecerán en relación a la utilidad de la información aportada por el colaborador, esto es prevenir o frustrar delitos futuros, esclarecer delitos ya ejecutados o desarticular organizaciones criminales.

Un aspecto relevante en esta fase es, ¿qué pasa sobre la información que no ha sido corroborado en la fase de corroboración? En ese caso, el artículo 25 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS establece que el fiscal denegará la celebración del acuerdo de colaboración eficaz, mediante disposición debidamente motivando, justificando la causa de la denegación.

Advierte San Martín Castro (2015) que esta denegatoria produce como efecto que:

- A. Procesar al colaborador según lo actuado contra él.
- B. Iniciar cargos contra los sindicatos con la finalidad de procesarlos y perseguirlos.
- C. En caso de declaraciones de mala fe contra terceros inocentes, se les debe de cursar comunicación para que proceda contra el colaborador.
- D. Las declaraciones del colaborador no pueden ser utilizadas contra él, esto es, se toman como inexistente. Sin embargo, las declaraciones del colaborador contra terceros pueden ser utilizadas – siempre que sean veraces- y se actuara según indicios, para lo cual se emplazará al solicitante para una nueva declaración del arrepentido. (p. 878)

d. Fase de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz

Si se llegase a celebrar un acuerdo entre el fiscal y el colaborador al haberse corroborado la información aportada por este último, se pasa a la fase de acuerdo de beneficio y colaboración eficaz, la cual conforme señala Ruiz (2018), se celebra el Acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz.

Esta acta contiene, tal como se advierte del artículo 27 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, la identificación del colaborador y su abogado defensor, la medida de protección o aseguramiento en favor del colaborador, la precisión exacta de los cargos (los hechos y delitos que se le imputa así como todos los datos del proceso en el que se le investiga), el reconocimiento, admisión o aceptación total y parcial, la voluntad expresa del colaborador de someterse a la justicia y colaborar, previa información de los alcances del Proceso de Colaboración Eficaz, la descripción de los hechos objeto de colaboración, los hechos corroborados y su mecanismo de corroboración, la utilidad y resultado de la delación, el beneficio acordado y su justificación, la aplicación de la reparación civil y su monto, y las obligaciones del colaborador.

Es así que con la elaboración del Acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz se establecerán los beneficios acordados por el fiscal y el colaborador, los cuales, para que puedan ser válidos, tienen que ser presentado ante el juez competente a fin de que lo revise, lo cual nos llevaría a la siguiente fase.

e. Fase de Control y Decisión Jurisdiccional

En esta fase, se decidirá si es que se acepta o se niega el acuerdo celebrado entre el fiscal y el colaborador, decisión que será establecido en una sentencia o, en caso contrario en un auto, por esta razón, intervendrá un juez, quien podrá ser un Juez de Investigación Preparatoria o Juez penal.

Al respecto, San Martín (2015) advierte que el juez competente para conocer la fase de Control y Decisión Jurisdiccional, se va a establecer de acuerdo al estado del proceso principal o común, puesto que si el proceso común se encuentra en la etapa de acusación o antes de ella, el competente para conocer el Proceso de Colaboración Eficaz es el Juez de Investigación Preparatoria, en cambio, si se ha emitido el auto de enjuiciamiento y hasta antes del juicio oral, el que es competente sería el Juez Penal; por otro lado, si el Proceso de Colaboración Eficaz se inicia posterior al juzgamiento, es decir, cuando ya se esté ejecutando la condena imputa, quien sería competente sería el Juez de Investigación Preparatoria.

Pero, independientemente del juez competente que intervendrá en esta fase, su función será la de examinar el acuerdo presentado por el fiscal; y analizará:

a) la comprensión del colaborador sobre el alcance del procedimiento; b) que el colaborador cumple con lo exigido por el art. 474 del Código Procesal Penal, en relación a la actitud del sujeto y al tipo de delito en los que cabe la figura de la colaboración eficaz; c) la legalidades de los beneficios otorgados al colaborador; d) la compatibilidad de las obligaciones impuestas al colaborador; e) la proporcionalidad entre los hechos delictivos perpetrados y los beneficios acordados; f) que se ha celebrado la audiencia privada especial a la que se refiere el art. 477.3 CPP, con participación del juez, fiscal, del colaborador y de su letrado. (Ruiz, 2018, p.207)

Del análisis del acuerdo, y si el Juez lo aprueba, entonces emitirá una sentencia en el cual describe el acuerdo realizado entre el fiscal y el colaborador, y dará ejecución a los beneficios pactados en el mismo; a

contario, si es que considera que los beneficios son desproporcionales a la información brindada o hechos cometidos, o si se pactaron beneficios ilegales, entonces denegará el acuerdo y en consecuencia emitirá un auto debidamente motivado fundamentando sus razones. En este último caso, la declaración del colaborador se tendrá como inexistente y no surtirá efectos en contra del colaborador, pero sí para terceros, asimismo, las pericias, documentos y demás diligencias objetivas e irreproducibles mantienen su valor y podrán ser valorados en otros procesos (San Martín, 2015).

Sin embargo, ya sea en uno u otro caso, la labor del juez competente terminará con un pronunciamiento respecto al acuerdo de colaboración eficaz, toda vez que el cumplimiento de lo pactado en el acuerdo está a cargo del Ministerio Público, quien podrá contar con el apoyo de la Policía Nacional del Perú (Rosas, 2013).

Por otro lado, un aspecto resaltante de esta fase, y el cual nos advierte San Martín (2015) es el carácter privado y especial de la audiencia de colaboración eficaz, pues solo se realiza entre la partes que celebraron el acuerdo de colaboración, esto es, el fiscal y el colaborador; y tendrá como objetivos el de precisar y ratificar el contenido del Acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz, exponer los motivos del acuerdo, y formular alegatos finales.

En tal sentido, atendiendo a este último párrafo y como hemos indicado en el apartado referente a los caracteres del Proceso de Colaboración Eficaz, el control que realiza el juez solo constituye un control de legalidad, a fin de verificar si el acuerdo celebrado entre el colaborador y el fiscal se ajusta al principio de legalidad, *máxime*, si es que el artículo 31 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS confirma tal posición.

f. Fase de Revocación

Hemos mencionado que el Acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz contendrá si bien los beneficios pactados a favor del colaborador, también contendrá obligaciones que se le han impuesto a este; es así que, si el juez competente acepta el acuerdo celebrado entre el fiscal y el colaborador, dichas obligaciones tienen que ser cumplidas, estando a cargo de verificar el cumplimiento de tales obligaciones, el representante del Ministerio Público.

Pero, ¿Qué pasaría si es que el colaborador no llegase a cumplir las obligaciones pactadas en el Acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz y ratificadas en el sentencia?, si es que ello llegase a suceder, el artículo 37 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS faculta al fiscal solicitar ante el juez competente la revocatoria de los beneficios pactados en el acuerdo de colaboración eficaz (Ruiz, 2018). Advierte San Martín (2015) que el juez competente será el juez que otorgo el beneficio.

En ese sentido, la revocatoria solo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones que tiene el colaborador, y solo recaerá en respecto a los beneficios pactados, constituyendo esta la última fase de Proceso de Colaboración Eficaz.

1.4.2. DILIGENCIAS ACTUADAS EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

Al estudiar las fases del Proceso de Colaboración Eficaz, se advierte que de entre las 6 fases que divide a este proceso, el que más resalta es la fase de corroboración, en el cual se da inicio a este proceso y determina si el mismo continuará o no. Como bien se advirtió en su oportunidad, en este proceso el fiscal dispondrá la realización de diligencias de corroboración que permitirán determinar la veracidad de lo manifestado por el colaborador y con ello la continuación del Proceso de Colaboración Eficaz.

Ahora bien, al respecto conviene preguntar ¿a qué se refiere el legislador al referirse por diligencias actuadas dentro de este proceso especial? ¿Qué naturaleza tiene los mismos? Estas preguntas, si bien pueden parecer simples, en realidad resultan de vital importancia resolverlas para el desarrollo de la presente investigación.

Se debe de entender por diligencia, de manera general, como un acto de investigación realizado por el Ministerio Público cuya finalidad es la de acreditar un hecho al obtener un elemento de convicción que permita corroborarlo (Rosas, 2013). Es así que, al hablar de diligencias actuadas en el Proceso de Colaboración Eficaz, estamos haciendo referencia a todos aquellos actos de investigación realizados por el fiscal durante el desarrollo del Proceso de Colaboración Eficaz que le permitan corroborar si la información aportada por el colaborador resulta ser verosímil y proporcional al beneficio deseado.

Ahora bien, tanto el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS como el Código Procesal Penal no señalan de manera expresa cuales serían los actos de investigación que el fiscal podría realizar durante el desarrollo de este proceso, puesto que solo se limitan a señalar que los mismos tienen como finalidad el de corroborar la información aportada por el colaborador eficaz. En tal sentido, podemos inferir que la norma procesal permite al fiscal el poder realizar todos aquellos actos de investigación o diligencias que considere pertinente y útil en la búsqueda de corroborar la información aportada por el colaborador.

Sin embargo, si bien no establece un listado de cuáles son los actos de investigación que podría el fiscal podría realizar, no obstante, el inciso 1 artículo 16 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, señala que los actos de investigación, atendiendo a su naturaleza, se rigen por las formalidades del Código Procesal Penal. En tal sentido, al igual que en el proceso común, los actos de investigación realizados en el Proceso de Colaboración Eficaz serán todos aquellos destinados a obtener elementos de convicción de carácter lícito (sin la vulneración de Derechos

Fundamentales) que permitan corroborar la declaración brindada por el colaborador eficaz.

En ese sentido, a fin de poder lograr la corroboración de la información aportada colaborador, es que el fiscal podrá realizar actos de investigación destinados a obtener documentos, informes, pericias, testimoniales, así como cualquier otro acto objetivo e irreproducible, realizadas en virtud a la información aportada (que por lo general constituyen actas ya sea de intervención policial, constatación policial, allanamiento, registro personal, de reconocimientos de personas, inspección judicial, etc.) lo cuales permitirán determinar si la declaración del colaborador eficaz es verosímil o todo lo contrario, que está brindando información falsa.

No obstante, conviene señalar que estos actuados, que se obtiene como resultados de los actos de investigación realizados por el fiscal, no tendrían la condición de prueba, pues, para que tengan tal condición tiene que haber sido actuados y valorados a nivel de juicio oral, situación que en el Proceso de Colaboración no se da, ya que, además de que en este proceso no existe una etapa de juicio oral (conforme se advierte de las fases del mismo), tampoco existe confortación de partes involucradas (Ministerio Público e imputado) que permita la actuación de material probatorio.

En ese sentido, los actuados antes señalados, solo tendrían la condición de elementos de convicción dentro del Proceso de Colaboración Eficaz, pues son recabados unilateralmente por el fiscal, y en consecuencia, su valor o eficiencia se encuentra condicionado solo a corroborar lo afirmado por el colaborador (López, 2018). Condición que es confirmada en el inciso 1 del artículo 481-A del Código Procesal Penal, al calificar como elementos de convicción a los resultados de las diligencias que se obtiene del Proceso de Colaboración Eficaz.

En consecuencia, las diligencias actuadas en el Procedo de Colaboración Eficaz no son más que actos de investigación, cuya finalidad de es la de poder obtener elementos de convicción que permitan al fiscal el poder corroborar lo afirmado por el colaborador y con ello poder celebrar o no un acuerdo con el colaborador respecto al otorgamiento de un beneficios procesal o penitenciarios. Es por ello que, dentro del desarrollo del Proceso de Colaboración Eficaz, se le brinda toda una fase entera para poder se cumpla con dicha finalidad (fase de corroboración).

1.5.LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ Y SU UTILIDAD EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

La declaración del colaborador eficaz constituye una fuente de prueba muy importante para el proceso penal, pues permite obtener información valiosa respecto de la organización criminal (Fernández, 2018b). Por tal motivo su obtención constituye una diligencia fundamental del Proceso de Colaboración Eficaz.

Ahora bien, en cuanto a su naturaleza como fuente de prueba, Castillo (2018) nos indica que la declaración del colaborador al basarse en la libertad de declarar, implica que la declaración no solo sea un acto libre, espontaneo y sin ningún acto de coacción, sino también que no exista la obligación de que reconozca de manera detallada su intervención de determinado hecho delictivo, ya que, lo que importa es información relevante de la perpetración de un delito o integrantes de una organización criminal.

En ese sentido, la declaración del colaborador eficaz, no es propiamente una confesión, es decir, que por medio de su declaración el colaborador eficaz no va a confesar haber cometido un delito, sino lo que determinante en su declaración es la de brindar información detallada respecto a una organización criminal. Y si bien, uno de los requisitos para acogerse a este tipo de proceso es que el colaborador acepte los cargos que se le imputa en un proceso común, no obstante, dicha imputación es

independiente al Proceso de Colaboración Eficaz, puesto que en este proceso no hay imputación, por lo que el colaborador no puede aceptar cargos que no existe dentro del proceso.

De esta manera, al recabar la declaración del colaborador eficaz, el fiscal no puede exigir que declare en relación a los hechos que cometió dentro de la organización ya que ello constituiría una confesión; sino que el fiscal se encuentra supeditado a recibir, y plasmar en el acta, solo la información que el colaborador está dispuesto a brindar que estén relacionados a una organización criminal, es decir, relacionados a la aceptación de cargos de los demás sujetos que han intervenido en la organización criminal (Talavera, 2018).

En consecuencia, podemos afirmar que la declaración del colaborador eficaz, más que una confesión, constituye la declaración de un coimputado, es decir, la manifestación de cargos respecto de otros imputados (Talavera, 2018); de allí su relevancia de dicha declaración, puesto que aporta información relevante en la lucha contra la criminalidad organizada, información que en el proceso común no se logra obtener.

Se debe dejar en claro que si bien la declaración brindada por el colaborador eficaz dentro del Proceso de Colaboración Eficaz, aporta información suficiente, pertinente, útil y corroborable que permita al Estado poder combatir la delincuencia organizada; sin embargo, su utilidad dentro de dicho proceso no es la condenar a los demás integrantes de la organización criminal, puesto que como hemos advertido en este proceso no existe una imputación, sino, que su utilidad es la conceder algún beneficio penitenciario al colaborador eficaz, toda vez, que es por el premio de recibir un beneficio el motivo por el cual el colaborador decide brindar información respecto de la organización criminal. De allí que Asencio (2018) sostiene que la finalidad del Proceso de Colaboración Eficaz es la conceder un beneficio a un imputado a cambio de información relacionado a una organización criminal.

Esto es lo que diferenciaría a la declaración del colaborador eficaz de la declaración de un coimputado propiamente dicho, ya que la declaración de un coimputado, va a versar sobre una imputación que se está discutiendo en el proceso común, no obstante, en el Proceso de Colaboración Eficaz, la declaración brinda por el colaborador no versa sobre alguna imputación, sino que el colaborador brinda información que el fiscal considere pertinente y útil en la lucha contra la criminalidad organizada a cambio de algún beneficio.

CAPÍTULO II

CAPÍTULO II: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN TEÓRICA: LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.1. EL TRASLADO DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ A OTROS PROCESOS PENALES DISTINTO AL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

Como bien se señaló en el primer capítulo, con la regulación del Proceso de Colaboración Eficaz, el Estado busca obtener medios probatorios que le permita por hacer frente a la criminalidad organizada, ya que, a través de este proceso especial se obtiene información relevante respecto a la identificación de los integrantes de una organización criminal, así como de sus actividades delictivas y la ubicación de los bienes o personas objeto del delito.

En ese sentido, el legislador peruano ha establecido que los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz, entre los cuales se encuentran la declaración del colaborador eficaz, puedan ser utilizados en otros procesales penales para que puedan ser utilizados como elementos de convicción, conforme se advierte del artículo 476-A del Código Procesal Penal.

Asimismo, el inciso 2 del artículo 481 del mencionado cuerpo legal establece que, en caso de ser rechazado el acuerdo colaboración eficaz, las declaraciones prestadas en el Proceso de Colaboración Eficaz, así como la prueba documental, los informes o dictámenes periciales y las diligencias objetivas e irreproducibles que fueron obtenidos de las diligencias de corroboración, podrán ser valoradas en otros procesos derivadas o conexos al Proceso de Colaboración Eficaz.

Según estos dispositivos legales, se permite el traslado de los elementos de convicción obtenido durante el desarrollo de Proceso de Colaboración Eficaz, para que puedan ser incorporados válidamente en otros procesos penales. Esto es confirmado, por el Decreto Supremo N°

007-2017-JUS, en cuyo artículo 45 señala que los elementos de convicción recabados en la fase de corroboración del Proceso de Colaboración Eficaz pueden ser incorporados como “prueba trasladada” a otro proceso penal si el fiscal así lo decide.

Es más, el artículo 481-A, concordante con el artículo 48 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, señala que tanto la declaración del colaborador eficaz como los demás elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz podrán ser utilizados para solicitar medidas limitativas de derechos o medidas de coerción en procesos derivados o conexos al Proceso de Colaboración Eficaz.

En ese sentido, los artículos señalados claramente hacen referencia a la institución de prueba trasladada, pues señalan el traslado de los elementos de convicción del Proceso de Colaboración Eficaz a otros Procesos Penales derivados o conexos a este.

Ahora bien, estos elementos de convicción, como señala San Martín (2018), tiene la calidad de prueba trasladada y por lo tanto se aplican los controles legales establecidos para este, regulado en el artículo 20 de la Ley N°30077 Ley Contra el Crimen Organizado.

Es así que, dicha figura procesal (la prueba trasladada) guarda ciertos requisitos a la hora de trasladar e incorporar pruebas de un proceso a otro a fin de respetar el debido proceso y no permitir el traslado de material que no constituyen pruebas a efecto de mantener una seguridad probatoria y la vigencia del debido proceso.

En primer lugar, conforme se encuentra regulado la prueba trasladada en el artículo 20 de la Ley N°30077 Ley Contra el Crimen Organizado, lo que traslada de un proceso penal a otro no es cualquier acto de investigación, sino únicamente pruebas, es decir, aquellos medios probatorios que fueron admitidos y actuados en juicio oral con todas las garantías del debido proceso (publicidad, oralidad, inmediación y contradicción), de allí el nombre de esta institución procesal.

Al respecto Asencio (2018) señala:

(...) una cosa es que sea posible la incorporación de pruebas de procesos distintos y otra, bien distinta, que tal conducta exija presupuestos o condiciones para ser viable, pues es evidente que permitir una absoluta libertad podría dar lugar a la entrada en proceso de elementos no probatorios, ocultos tras apariencias meramente documentales y, de esta modo, sustituir la prueba por un sucedáneo de ella ejecutando maliciosamente en otro proceso sin las garantías debidas. Dar carácter de prueba a lo que no lo es. Posibilidad la libérrima libertad incluso de valoración, siempre es dependiente de que lo apreciado tenga la cualidad de prueba lícita y legítima, además de legal. (p.44)

En ese sentido, conviene advertir que en el Proceso de Colaboración Eficaz no se admiten ni muchos menos se actúan medios probatorios, toda vez, como señala el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, en este proceso solo se actúan diligencias por partes de Fiscal a fin de corroborar la información brindada por el colaborador, es decir, que en el Proceso de Colaboración Eficaz solo se recaban actos de investigación, los cuales, conforme hemos advertido en el párrafo anterior, no pueden ser trasladado a otro procesos, toda vez que no son pruebas (Asencio, 2018).

Y si bien en el Proceso de Colaboración Eficaz existe la participación de un juez, no obstante, su labor dentro de dicho proceso no es la de actuar o valorar elementos de convicción presentado por el fiscal, sino, la de advertir si el beneficio pactado por este último y el colaborador, es legítimo y proporcional a la información brindada, es decir, que la función del juez consiste solamente en garantizar la legalidad de dicho proceso.

En ese sentido, de acuerdo a como se encuentra regulado el tratamiento de la prueba trasladada dentro de nuestro sistema procesal penal, no es posible el traslado de los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz a otros procesos penales, pues, atentaría contra la institución de prueba trasladada ya que este solo se permiten trasladar las pruebas, cosa que los elementos de convicción no lo son.

En segundo lugar, hemos advertidos que para poder trasladar una prueba es necesario que la misma haya sido actuada con todas las garantías a nivel judicial, es decir, que en su obtención se debió haber ejercido tanto la inmediación como la contradicción.

Sin embargo, conforme se advirtió en su oportunidad, el Proceso de Colaboración Eficaz tiene una regulación especial dentro del sistema procesal penal, toda vez que se ha regulado como un Proceso no contradictorio, en ese sentido, todas sus actuaciones, se realizan unilateralmente por parte del fiscal. Por lo tanto, al no haber un contradictorio en este proceso, en consecuencia, no se podría garantizar si los actuados realizados por el fiscal reflejarían la verdad de los hechos, o si su obtención se realizado sin la vulneración de derechos fundamentales. Por lo que, trasladar tales actos implicaría una afectación al debido proceso y Garantías Constitucionales.

Ahora bien, algunos podrían sostener que la labor del juez en este proceso es justamente la de evitar que los elementos de convicción recabados por el fiscal se ajusten al debido proceso, no obstante, conforme se advirtió en el primer capítulo, el juez en este proceso solo participa como garante de la legalidad en cuanto a si la información proporcionada por el colaborador es proporcional al beneficio pactado.

Dentro del Proceso de Colaboración Eficaz, el juez no valora ningún elemento de convicción, es el fiscal como sujeto procesal en dicho proceso, el encargado de recabar y valorar dichos actuados a fin de poder colaborar la información brindada por el colaborador.

En ese sentido, los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz, no podrían ser trasladados a otros procesos penales, toda vez que no existe garantía de su obtención lícita, es decir, con respecto a los derechos fundamentales.

En tercer lugar, de la definición que se tiene de prueba trasladada se advierte que solo se realiza el traslado de pruebas de un proceso a otro

proceso, ello en virtud del principio de unidad jurisdiccional, es decir, que nuestro sistema procesal penal no ha regulado el traslado de material probatorio que se ha obtenido fuera de un proceso (extra proceso) hacia un proceso, ya que, no existiría esa unidad jurisdiccional que le da fundamento a la Institución de la prueba trasladada, pues como sostiene Asencio (2018) la jurisdicción es proceso, por lo que sin proceso no hay jurisdicción.

En ese sentido, el traslado de los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz, tampoco cumpliría con tan condición, toda vez, que si bien el Proceso de Colaboración Eficaz es regulado como un proceso dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, de acuerdo a su naturaleza, esto no sería considerado como tal, ya que, en su desarrollo no existiría un conflicto que amerite la intervención de un tercero imparcial para resolverlo (un juez), asimismo no existe tampoco partes enfrentadas para ejercer un contradictorio, elemento esencial en el proceso (solo está el fiscal y el colaborador, los cuales acuerdan el otorgamiento de beneficios a cambio de información).

Por lo tanto, los elementos de convicción que se recaban a raíz de la información brindada por el colaborador eficaz, al no nacer dentro de un proceso propiamente dicho, en consecuencia, no resultarían ser factibles de ser trasladados, toda vez que nuestro sistema procesal solo ha permitido el traslado de material probatorio de un proceso a otro, mas no el traslado de material extra procesal, pues el artículo 20 de la Ley N°30077- Ley Contra el Crimen Organizado establece el término “otro proceso”.

En consecuencia, como puede advertirse, existe incongruencia entre el traslado de elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz y la ley que regula el tratamiento de la institución de prueba trasladada, toda vez, que no se cumple con los requisitos para el traslado de material probatorio.

En tal sentido, la declaración del colaborador eficaz, al ser recabado dentro del Proceso de Colaboración Eficaz, implicaría, en consecuencia, que no pueda ser trasladado a otro proceso penal debido a que no cumple con los requisitos para el traslado de pruebas que establece la Ley N°30077.

Sin embargo, el legislador al advertir que el trasladado de la declaración del colaborador eficaz no se adecuaba a la figura de prueba trasladada, debido a que no cumplía con las condiciones establecidos en la Ley N°30077, en consecuencia, pretendió introducir dicho elemento de convicción a otros procesos penales como prueba anticipada o como prueba plenaria, tal como se advierte de la lectura del artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS.

De esta manera, el legislador pretende subsanar la naturaleza de las actuaciones que realiza el fiscal en el desarrollo del Proceso de Colaboración Eficaz, con el propósito de que la declaración del colaborador eficaz pueda ser trasladada a otros procesos y, por lo tanto, poder ser utilizada en el desarrollo de una imputación.

Empero, el otórgale la naturaleza de Prueba Plenaria o Anticipada a la declaración del colaborador eficaz, implicaría el dar la naturaleza de prueba a algo que no lo es, toda vez que las condiciones en la que se obtiene la declaración del colaborador eficaz no se adecuan a las exigencias de prueba plenaria o de prueba anticipada. Es así que, el legislador a darle tal condición estaría atentando contra el sistema procesal penal.

2.1.1. LA IRREGULARIDAD DE INCORPORAR LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ COMO PRUEBA PLENARIA

Conforme se ha indicado anteriormente, el artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, permite al fiscal el poder incorporar la declaración del colaborador eficaz a otros procesos penales ya sea como

prueba plenaria o prueba anticipada. En cuanto a su incorporación como prueba plenaria, se puede inferir que al dotarle de tal condición, el legislador peruano le estaría otorgando valor probatorio pleno a la declaración del colaborador eficaz dentro del proceso al cual es incorporado, toda vez que no necesita ser reproducida en juicio oral para poder producir efectos legales (Asencio, 2018).

Al respecto, según San Martín (2015), se entiende como prueba plenaria a aquellas que han sido actuadas y valoradas en juicio oral con el cumplimiento de las garantías de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción por lo que tiene eficacia probatoria respecto de un hecho. Asimismo, agrega que excepcionalmente también se denomina prueba plenaria a la prueba preconstituida o también conocida como diligencia objetiva e irreproducible, la cual, debido a su naturaleza, también tiene eficacia probatoria a pesar que para su obtención no se hayan cumplido las garantías.

En ese sentido, al advertir que la obtención de la declaración del colaborador eficaz es una diligencia que se realiza dentro del Proceso de Colaboración Eficaz, el cual no tiene juicio oral, en consecuencia, se infiere que la voluntad del legislador es la de dotarle de naturaleza de prueba preconstituida, esto con la finalidad de que pueda ser incorporado al proceso penal común, pues, como sostiene San Martín (2015) la prueba preconstituida constituye un acto de investigación obtenido antes del juicio oral.

Ahora bien, según nuestro Código Procesal Penal, se advierte que la prueba preconstituida o diligencia objetiva e irreproducible por excelencia viene a ser los documentos y documentales, ya que, los mismos son irreproducibles debido a que constituyen manifestaciones de la realidad fáctica representado en un soporte físico, por lo que gozarían de cierta eficacia probatoria, siendo que su actuación en juicio oral es su oralización o lectura, ello con la finalidad de garantizar el derecho de defensa.

Es así que, al regular la introducción de la declaración del colaborador eficaz como prueba plenaria, entonces se estaría permitiendo que la misma pueda ser incorporada en el proceso penal común como un documento, esto debido a que del Proceso de Colaboración Eficaz se estaría trasladando el acta que contiene la transcripción la declaración del colaborador, el cual es propiamente una documental. Por tal motivo, su actuación en juicio oral solo consistiría en la oralización del contenido del acta.

Al respecto, tenemos que hacer una diferencia entre lo que sería fuente de prueba y medio de prueba; en ese sentido, como hemos advertido en el primer capítulo, la declaración del colaborador eficaz, constituye una fuente de prueba toda vez que contiene un conocimiento extraprocesal de un hecho delictivo (en este caso información respecto a una organización criminal); y para que dicha información pueda ser incorporado a un proceso penal necesariamente tiene que ser a través de un medio probatorio idóneo a su naturaleza. En ese sentido, los medios probatorios consistirá en la forma en cómo se incorpora una fuente del prueba a un proceso penal (Fernández, 2018b).

Ahora bien, si bien las fuentes pueden ser ilimitados, no obstante, los medios de pruebas son limitados (Fernández, 2018b); siendo que según el Código Procesal Penal, estos suelen calificarse como la confesión, testimoniales, periciales, documentales, la inspección judicial y reconstrucción de los hechos. Es así que, para que una fuente de prueba pueda ser incorporada a un proceso, necesariamente tiene que adecuarse, dependiendo de su naturaleza, a uno de los medios probatorios que se encuentran regulados en el Código Procesal Penal.

En ese sentido, no es factible la posición de que la declaración del colaborador eficaz pueda ser incorporada al proceso penal común como un documento, ya que, para que su incorporación sea válida, necesariamente, este tiene darse a través medio de prueba testimonial, esto debido a que la declaración del colaborador es un testimonio, por tal

motivo para que pueda tener eficacia probatoria necesariamente tiene que estar sujeto al contradictorio como a la intermediación a fin de evaluar la veracidad de la información brinda por el colaborador, ello es una garantía del proceso penal.

Al respecto, López (2018) señala:

(...) la entrada en el proceso de declaraciones inculpativas en el procedimiento por colaboración eficaz, (...) ha de 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. (p. 146)

En tal sentido, Asencio (2018) sostiene que:

(...) Cuando una fuente de prueba, por ejemplo testifical, se convierte en documental, el régimen aplicable a la misma no es el consustancial a una declaración, sino el de la documental, cuyo régimen jurídico es radicalmente diferente, de modo que, a través de esta argucia, se consigue una incorporación que desconoce los requisitos de las declaraciones personales y, a su vez se infringe el derecho de defensa, pues los documentos solo pueden ser contradichos respecto a su autenticidad y, en todo caso, a la veracidad de su contenido, no a las condiciones de prácticas contradictorios, que es ajena a la aportación de otros elementos personales. (p. 60)

En consecuencia, no es válida la sola incorporación del acta que transcribe la declaración de colaborador eficaz, pues, para que dicha declaración pueda ser actuado en juicio oral tiene que ser incorporado a través del medio de prueba que es idóneo a su naturaleza.

Por lo tanto, su incorporación como documento, sustituyendo la declaración del colaborador eficaz en juicio oral por la lectura del acta que contiene la transcripción de su declaración, implicaría la afectación al debido proceso, toda vez que deja fuera la garantía de contradicción (López, 2018).

Asimismo, que tal incorporación, también vulneraría lo estableció en el artículo 20 de la Ley N°30077, toda vez, que establece que la prueba que es trasladada de un proceso a otro tiene que ser incorporada conforme a su naturaleza de medio probatorio.

Ese sentido, lo regulado en el artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS sería contradictorio a lo establecido en el ordenamiento procesal, pues, alteraría la naturaleza del medio probatorio que corresponde a la declaración del colaborador eficaz, como fuente de prueba, lo que comporta como consecuencia, la inobservancia de los requisitos y exigencias para la incorporación de material probatorio, lo cual es un defecto insubsanable que conllevaría a la afectación del proceso (López, 2018).

2.1.2. LA IRREGULARIDAD DE INCORPORAR LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ COMO PRUEBA ANTICIPADA

Conviene señalar, que el artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, al igual que permite al fiscal el poder incorporar la declaración del colaborador eficaz a otros procesos penales como prueba plenaria, también, le ha permitido el poder incorporar dicha declaración como prueba anticipada, otorgando también, de esta manera, valor de prueba plena sin necesidad de que sea reproducida o reiterada en juicio oral (Asencio, 2018).

Al respecto, la prueba anticipada se diferencia de la prueba propiamente dicha, en cuanto al momento de su producción, pues mientras que la prueba como tal se obtienen con su actuación en juicio oral en donde se garantiza oralidad, publicidad, inmediación y contradicción (Calderón, S/F), en cambio, la prueba anticipada, como su propio nombre lo indica, se practica antes de esta etapa, debido a la posibilidad de no contar con la fuente de prueba para su actuación en el juzgamiento, es por ello que existe la necesidad de adelantar su actuación (Talavera, 2009).

Sin embargo, al igual que la prueba propiamente dicha, la prueba anticipada también se obtiene con garantía oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. Al respecto Talavera (2009) sostiene que “Prueba anticipada es (...) aquella practicada antes de juicio, con la

intervención del Juez en condiciones que permitan la contradicción, cuando fuere de temer que no podrá practicarse en juicio oral o que pudiera motivar su suspensión” (p.65).

En tal sentido, el artículo 245 del Código Procesal Penal ha señalado la necesidad de la realización de una audiencia para la actuación de pruebas anticipada, en el cual se exige la necesaria participación tanto del fiscal como del abogado defensor del imputado a fin de que se pueda garantizar el derecho de defensa de este último, además de que se realice un adecuado ejercicio del derecho del contradictorio.

Ahora bien, para que la declaración del colaborador eficaz, tenga la condición de prueba anticipada, necesariamente tiene que haberse desarrollado en una audiencia en el cual faculte la participación del imputado, así como de su abogado defensor, a fin de que pueda ejercer garantizar el contradictorio y el ejercicio del derecho de defensa. No obstante, en el Proceso de Colaboración Eficaz no existe la participación de un imputado, toda vez que, que este proceso solo desarrollará entre el colaborador y el fiscal (excepcionalmente también intervendrá el agraviado, respecto a la existencia de una reparación civil), siendo que el imputado se encuentra excluido de los actos procesales que se desarrollan en dicho proceso.

Por lo tanto, al no participar el imputado dentro del Proceso de Colaboración Eficaz, en consecuencia no puede ejercer su derecho de defensa y por lo tanto, tampoco el ejercicio del contradictorio en la obtención de la declaración del colaborador eficaz. Esto lo advierte Roy (2017) quien sostiene que este proceso vulneraría el derecho de defensa del imputado contra quien se actuará posteriormente los elementos de convicción recabados, toda vez, que no existe la participación de la defensa.

Al respecto, Asencio (2018) señala que “(...) la prueba anticipada, la cual es como tal un medio ya ejecutado, contradictoriamente y judicialmente, de modo que atribuir a una declaración no contradictorio

ese carácter, impide valorar la corrección y adecuación del medio a los requisitos legales exigidos” (p.60)

En tal sentido, no se puede sostener que la declaración del colaborador eficaz sea considerada como prueba anticipada, toda vez, que no actuó anticipadamente tal como exige el artículo 245 del Código Procesal Penal debido a que solo existe una actuación unilateral por parte del Fiscal y el colaborador, lo que afecta el derecho de defensa del imputado. Y si bien, en dicho proceso se lleva a cabo una audiencia especial, en el que existe la participación de un juez, no obstante, dicha audiencia solo constituye un control de legalidad que realiza el juez a fin de evitar un mal empleo del mecanismo de colaboración eficaz (Asencio, 2018).

Asimismo, la norma penal señala que para que un medio probatorio pueda ser convertirse en prueba anticipada, necesariamente, tiene que ser obtenida en el propio proceso penal y no ser trasladada de otro proceso, pues el artículo 242 del Código Procesal Penal en su párrafo primero, hace referencia a que el fiscal o demás sujetos procesales, pueden solicitar la actuación anticipada de un medio de prueba durante la investigación preparatoria.

Por lo tanto, no puede sostenerse que una prueba anticipada pueda ser incorporada como tal desde otro proceso penal, ya que, la misma solo se obtiene durante la investigación preparatoria; y si se lograría tal traslado se vería afectado el derecho a la contradicción, por lo que dicha declaración no tendría valor probatorio en el proceso (López, 2018).

En consecuencia, el artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS no puede otorgar la naturaleza prueba anticipada a la declaración de colaborador eficaz, toda vez, que no cumple las condiciones para ser considerado como tal. La naturaleza de la declaración del colaborador eficaz es la de un acto de investigación debido a que en el Proceso de Colaboración Eficaz solo existe la participación unilateral del fiscal y del colaborador.

Además su incorporación como tal (prueba anticipada) vulneraría con los requisitos para el traslado de prueba establecidos en la Ley N°30077, toda vez, que independientemente del valor probatorio que se le dio anteriormente, tiene que ser nuevamente valorado. Es así, que al incorporarlo como prueba anticipada, ya tendría un valor probatorio establecido, por lo que no se podría ejercer un adecuado ejercicio del derecho del contradictorio.

De esta manera, al igual como se manifestó con la prueba plenaria, la incorporación de la declaración del colaborador eficaz en otros procesos penales distintos al Proceso de Colaboración Eficaz, sería irregular, puesto que atentaría a lo regulado dentro del Código Procesal Penal, así como por lo establecido en la Ley N°30077.

2.2. ¿DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA?

Habiendo advertido en el punto anterior del presente capítulo, que el traslado de los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz no son compatibles con la figura procesal de prueba trasladada, no obstante, a pesar de ello, el legislador peruano, a través del artículo 481-A del Código Procesal Penal, ha permitido que dichos elementos de convicción, así como la declaración del colaborador eficaz, puedan ser empleados en otros procesos penales a fin de requerir una medida coercitiva como es la Prisión Preventiva.

Al respecto San Martín Castro (2015) señala que las medidas coercitivas, al igual que las medidas limitativas de derechos, son partes del llamado Proceso de Protección tutela cautelar cuya finalidad es la de asegurar, en la medida de lo posible, la eficacia de la resolución final. En ese sentido, referente al Proceso Cautelar o Tutela Cautelar, Ladesma (2008) indica que son medidas dirigidas a asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva, a fin de garantizar el normal desenvolvimiento del proceso.

Ahora bien, las medidas limitativas de derechos o actos de investigación limitativos de derechos, son medidas restrictivas que buscan garantizar el desarrollo del proceso de conocimiento esto al asegurar las fuentes de investigación, es decir, que estas medidas limitan de cierta manera los derechos fundamentales con la finalidad de poder realizar actos de investigación que permitan el esclarecimiento de los hechos. Por su parte las medidas coercitivas buscan asegurar la eficacia del Proceso, es decir su normal funcionamiento (San Martín, 2015), esto al limitar derechos de carácter personal.

Señala San Martín (2015) respecto a las medidas coercitivas que:

Son los actos realizados por la autoridad penal (...) que puede adoptarse contra el presunto responsable de un hecho punible, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad a la libre disposición de su bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia. (p.439)

En ese sentido, se advierte que dentro de nuestro sistema procesal penal, las medidas de coerción están dirigidas a asegurar o tutelar el desarrollo del proceso penal al limitar de cierta medida los derechos de los imputados hasta la emisión de sentencia. Siendo que esta limitación, a diferencia de las medidas limitativas, recae sobre la libertad personal del imputado o sobre su derecho de disposición sobre sus bienes.

Al respecto, conviene señalar que cuando la medida coercitiva recae sobre los bienes del imputado estamos hablando de medidas coercitivas de carácter real, los cuales buscarían asegurar que tales bienes puedan estar presentes al momento de dictar una sentencia, ante un eventual peligro de pérdida o destrucción siempre que tenga naturaleza delictiva, o según sea el caso, asegurar el cumplimiento de las obligaciones civiles que nacerían de la sentencia. Por otro lado, cuando la medida coercitiva que recae sobre el imputado estaríamos hablando de medidas coercitivas de carácter personal, los cuales buscan limitar la libertad personal del

imputado, de manera temporal, a fin de que pueda estar presente en actos procesales necesarios que requieren de su participación (Villegas, 2013).

Dentro de estos dos tipos de medidas coercitivas, doctrinariamente, las de carácter personal tienden a ser más graves, puesto que limitan el Derecho a la Libertad Personal o Ambulatoria, convirtiendo a la persona en objeto de restricción penal, esto con el propósito de poder tutelar la realización del proceso (San Martín, 2015).

Señala San Martín (2015) que conviene diferenciar dentro de las medidas coercitivas de carácter personal, entre aquellas que solo suponen una restricción de la libertad personal de aquellas que implican una privación de ella. Esta diferencia reside, esencialmente entre el grado o intensidad de la medida en el caso en concreto. Es así que, de acuerdo a nuestro el Código Procesal Penal prevé como medidas coercitivas de carácter personal a la detención, la prisión preventiva, la internación preventiva, el arresto domiciliario, la comparencia (simple o con restricciones) y la suspensión privativa de derechos.

En tal sentido, siguiendo al autor antes citado, de entre todas estas medidas, la prisión preventiva es la que tiene un mayor grado intensidad, pues aquella priva de la libertad a un imputado por un tiempo más prologado que en la detención (que por lo solo dura hasta máximo 48 horas), ello con la finalidad, como indica Asencio (2005), de asegurar su presencia en el proceso y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse.

Esta privación de la libertad que se ejerce en la prisión preventiva es de carácter excepcional, pues, se realiza antes de la emisión de una sentencia, es decir, que el imputado es internado en un centro penitenciario a pesar que aún no se haya dictado una sentencia condenatoria que lo establezca como culpable de un delito (Fenech, Citado por Peña, 2007).

No obstante, sostiene Asencio (Citado por Arbulú, 2014) no debe de confundirse a la prisión preventiva como una ejecución anticipada de la sentencia o pena anticipada. En esto tiene razón el citado autor pues la misma no es parte de ella, sino que constituye una medida asegurativa para que posteriormente la pena pueda cumplirse, ya que existe la posibilidad que el imputado estando en libertad pueda fugarse o eliminar medios de pruebas que se consideren valioso para el proceso, lo que implicaría que la pena no pueda ejecutarse.

Es en ese sentido, que el Acuerdo Plenario N°01-2019/ CIJ-116 (2019), define a la prisión preventiva como un instrumento procesal que priva procesalmente a libertad personal de un imputado por un tiempo determinado, cuya función es la de tutelar los fines característicos del proceso, esto es, garantizar la presencia del imputado en las actuaciones procesales y el aseguramiento de la ejecución de una pena.

Asimismo, Calderón (S/F) sostiene que la prisión preventiva constituye una medida estrictamente jurisdiccional que se adopta a instancia del Ministerio Público, cuando resuelta imprescindible privar de la libertad al imputado para evitar el entorpecimiento del proceso penal, siempre que exista, un peligro de fuga u obstrucción de la investigación.

Pero, ¿Por qué la prisión preventiva es considerada como una medida excepcional? Al respecto, es considerado así, toda vez, que de acuerdo al principio de presunción de inocencia, un imputado debe de llevar el proceso penal en libertad, hasta que exista el pronunciamiento de juez que establece su culpabilidad a través de una sentencia (Peña, 2007).

No obstante, la prisión preventiva es una excepción a esa regla, pues, como hemos advertido, permite el internamiento del imputado antes de la emisión de una sentencia, ya que, el imputado al estar en libertad existe la posibilidad de que pueda ausentarse de las actuaciones procesales o destruir fuentes de pruebas que determinen su culpabilidad,

lo que implicaría una seria afectación al proceso penal (Gimeno, citado por San Martín, 2015).

En ese sentido, la imposición de esta medida excepcional, buscará prevenir la posible afectación del proceso por parte del imputado al limitar su derecho ambulatorio a fin de que pueda estar presente en los actos procesales que requieran de su presencia y asegurar con ello ejecución de la sentencia. Pues, como sostiene Peña (2007) “La ausencia del imputado en algunas diligencias puede provocar su ineficacia probatoria, y con ello, se impide el esclarecimiento de su objeto” (p.711).

Teniendo como justificación para su imposición que no todos los derechos son absolutos, sino que pueden ser limitados (más no privados), si es que existe la necesidad de tutelar otro derecho de mayor relevancia, según el principio de proporcionalidad.

Por lo tanto, al ser la Prisión Preventiva una medida de carácter excepcional, su aplicación en el proceso penal no constituye una obligación, sino que constituye una medida de *ultima ratio*, es decir que solo se aplica antes circunstancias plenamente justificadas que permita legitimar a su aplicación (Peña, 2007).

De esta manera, para la aplicación de esta medida coercitiva, y que la misma no constituya una decisión arbitraria por parte del autoridad judicial, se establecieron como requisitos básicos la existencia de El *Fumus Delicti Comissi* y el *Periculum in mora*. Es así que el artículo 268 del Código Procesal Penal estableció como presupuestos materiales para la prisión preventiva 1) la apariencia de un delito (*Fumus Delicti Comissi*), 2) la gravedad de la pena a imponerse y 3) la existencia de peligrosidad procesal (*Periculum in mora*). Estos requisitos deben de estar presente de manera concurrente para que el juez pueda dictar una prisión preventiva, de modo que la ausencia de uno de estos presupuestos torna en ilegítima la aplicación de la prisión preventiva (Villegas, 2016).

En cuanto al primer presupuesto, la apariencia de un delito, implica la existencia de graves y fundados elementos de convicción que permitan estimar razonablemente la existencia de la comisión de un delito y la vinculación del imputado como autor o participe del mismo. Respecto a la gravedad del hecho, implica que la prisión preventiva solo se interpondrá cuando exista un delito grave y cuya sanción a imponerse sea mayor de 4 años de pena privativa de la libertad; y respecto a la existencia de una peligrosidad procesal implica que existan razones fundadas para inferir que el imputado eludirá la acción de la justicia (Peligro de Fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad al eliminar fuente de pruebas (Peligro de obstaculización).

Ahora bien, atendiendo al párrafo precedente, para el desarrollo de la presente investigación se analizará el primer presupuesto, a fin de determinar si la declaración del colaborador eficaz, puede ser utilizada como elemento de convicción sobre el cual se permitiría la adopción de una medida coercitiva de carácter personal tan grave como es la prisión preventiva.

2.2.1. EL FUMUS DELICTI COMISSI COMO REQUISITO PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA

Se ha mencionado anteriormente, la Prisión Preventiva es una medida coercitiva excepcional que se aplica siempre y cuando concurren presupuestos necesarios que justifican su imposición, pues, de lo contrario se estaría lesionado el Derecho a la libertad personal del imputado.

En ese sentido, se reguló como primer presupuesto material para la imposición de esta medida coercitiva el *Fumus Delicti Comissi* (equiparable a la *Fumus Boris Iuris* exigible en el Derecho Civil), el cual consiste en la existencia de razones fundadas que permitan inferir que el imputado (ya sea como autor o participe) ha intervenido en la comisión de un hecho delictivo (Villegas, 2016).

Según Del Rio (2010) este presupuesto indica que para poder dictar una prisión preventiva necesariamente se tiene que realizar un juicio de verosimilitud que conducen a una razonada atribución de un hecho punible, donde existe un alto grado de probabilidad de sancionar al imputado como autor o participe de delito ya que existen razones que justificarían la imposición de la condena y que no justifican una sentencia absolutoria.

Conviene señalar que se reguló al *Fumus Delicti Comissi* como primer presupuesto de la prisión preventiva, pues, como sostiene Asencio (2005):

Las medidas Cautelares, como resoluciones cuya pretensión consiste en asegurar el proceso y la eventual responsabilidad que se declare, deben siempre de justificarse en una apariencia que revele una hipótesis razonable de futuro de una condena frente al sujeto privado de libertad. (p.513)

En el mismo sentido Villegas (2016) agrega:

(...) antes de discutir si de alguna forma se limitaran los derechos del imputado, primero debe existir una expectativa razonable o muy probable de que el proceso penal se realiza, ya que solo en ese supuesto hay una expectativa a proteger; (...) se necesitará de una información vinculatoria suficiente para dictar alguna medida coercitiva, entonces no se puede aplicar la prisión preventiva sino existe un mínimo de información que fundamente una sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho y de la intervención del imputado en él. (pp. 295-296)

Ahora bien, este presupuesto se encuentra regulado dentro del Código Procesal Penal, en el artículo 268, toda vez, que sostiene que para la imposición de la prisión preventiva se requiere la existencia de graves y fundados elementos de convicción que permitan estimar razonablemente la existencia de la comisión de un delito y la vinculación del imputado como autor o participe del mismo.

Al respecto, Villegas (2016) indica que este presupuesto consta de dos reglas; la primera refería a un hecho que reviste caracteres de delito,

la cual debe ser demostrada a través de actos de investigación, y la segunda referida a la imputación del imputado, la cual debe tener un alto grado de probabilidad de que el imputado participó en el hecho delictivo.

Los actos de investigación que señala el autor citado, conforme se deja indicado en el Acuerdo Plenario N°01-2019/ CIJ-116 (2019), tienen que ser lícitos, es decir, que estos actos de investigación (elementos de convicción), con el cual se pretender atribuir al imputado la comisión de un hecho delictivo, necesariamente tienen que haber sido recabados e incorporados al proceso penal con respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Lo anteriormente mencionado es lógico, pues, siguiendo la definición que nos aportó Del Rio (2010), la prisión preventiva se dicta debido a que existen razones que justificarían la imposición de una posterior condena debido al alto grado de probabilidad de que el imputado es autor o participe de un delito. Este alto grado de probabilidad indicado por el autor se obtiene de los elementos de convicción que se presentan para sustentar la imposición de la prisión preventiva.

En ese sentido, serán estos mismos elementos de convicción que posteriormente serán actuados como medios probatorios para la imposición de una pena. Por lo tanto, dichos elementos de convicción, tienen que ser, necesariamente, lícitos porque de lo contrario, si son obtenidos y/o incorporados con vulneración de derechos fundamentales, no podrían ser utilizados ni mucho menos valorados en el proceso penal.

Por otra parte, estos elementos de convicción no solo tienen que ser lícitos, sino que además, el artículo 268 del Código Procesal Penal exigen que también sean graves y fundados, pues no se puede privar a un persona con meras sospechas o indicios de la comisión de un hecho delictivos, sino, como sostiene Asencio (2005) los elementos de convicción que se presenten deben ser plurales, coincidentes en un mismo resultados y fundados.

En consecuencia, los elementos de convicción presentados para sustentar un prisión preventiva, al ser valorados deben arrojar un alto grado de probabilidad de la existencia de que el imputado es autor o participe de un hecho delictivo (Villegas, 2016). No obstante, este alto grado de sospecha no puede ser comparable al índice de certidumbre o verisimilitud (certeza) que se alcanza en juicio oral, el cual ofrece una plena seguridad de los acontecimientos (Villegas, 2016).

Es por ello que la doctrina denominó a este alto grado de sospecha que requiere la prisión preventiva como sospecha fuerte, un nivel de sospecha superior a la necesaria para la acusación pero inferior a la certeza que se alcanza con su plena actuación en juicio oral.

Según San Martín (2015) este grado de sospecha que requiere la prisión preventiva, presupone un cierto grado de desarrollo de la imputación que significa la probabilidad que la sentencia vaya a ser condenatoria, debido a que de los elementos de convicción recabados se deduce la responsabilidad del imputado.

Ahora bien esta sospecha fuerte es desarrollada en el Acuerdo Plenario N°01-2019/ CIJ-116 (2019), toda vez que lo define como aquella sospecha que se obtiene del análisis de las fuentes o medios de investigación lícitos presentados, del cual al examinarlos permiten inferir que el imputado es fundamentalmente sospechoso; este término de “fundamentalmente sospechoso” que hace referencia el acuerdo citado, es lo que permite diferenciar al alto grado de probabilidad que requiere la prisión preventiva, con el estándar probatorio (certeza) que se obtiene en la sentencia condenatoria), así como de la mera sospecha que se obtiene al indicio de una investigación.

Es respecto a este grado de sospecha, el cual se obtiene del análisis de los elementos de convicción que se presenta, el que fundamentará la imposición de una prisión preventiva, toda vez, que justificaría la imposición de una futura condena. Siendo este el fundamento del *Fumus*

Delicti Comissi ya que el mismo es el razonamiento de la sospecha grave de que el imputado es autor o participe de un hecho delictivo.

2.2.2. EL FUMUS DELICTI COMISSI Y LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ

Habiendo determinado el alcance del *Fumus Delicti Comissi* como presupuesto de la prisión preventiva, ahora toca analizar si es que la declaración del colaborador eficaz puede alcanzar el grado de sospecha requerido por este presupuesto.

Al respecto, hemos advertido anteriormente que el *Fumus Delicti Comissi* implica la existencia de graves y fundados elementos de convicción que permitan generar una sospecha fuerte de que el imputado ha cometido (o participado) un hecho delictivo.

En tal sentido, para poder alcanzar dicho grado de sospecha se ha indicado que los elementos de convicción presentada a fin de sustentar una prisión preventiva tienen que ser lícitos tanto en su obtención como en su incorporación, ya que, de tal manera se justificaría una posterior condena contra el imputado.

No obstante, conforme se indicó a inicios de este capítulo, el traslado de la declaración del colaborador eficaz no cumple con los requisitos exigidos para el traslado de pruebas regulados en el artículo 20 de la Ley N°30077-Ley Contra el Crimen Organizado, toda vez que, no ha sido admitido ni actuado a nivel judicial, ya que en el Proceso de Colaboración Eficaz no existe una etapa de actuación de pruebas.

Asimismo, dicha declaración también se ha obtenido dentro de un Proceso en el cual, los actos de investigación se realizan y valoran unilateralmente por el fiscal, es decir, sin un control alguno, pues se encuentra excluido el ejercicio del contradictorio debido a que no existe la participación del imputado en el mismo.

En ese sentido, el traslado de la declaración del colaborador eficaz infringiría de forma directa lo regulado en el artículo 20 de la Ley N°30077-Ley Contra el Crimen Organizado, toda vez que, se trasladaría como material probatorio a actos de investigación que no cumple tal condición (Asencio, 2018).

Por otro lado, su incorporación a otros procesos penales, conforme lo ha regulado el artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, implicaría también una vulneración al debido proceso, ya que, se estaría incorporando una fuente de prueba por un medio que no lo es idóneo (incorporándolo como documento) o atribuyéndolo una condición que no tiene (incorporándolo como prueba anticipada).

Esto implica que la declaración del colaborador eficaz no cumpliría con la condición de legalidad que se establece en el *Fumus Delicti Comissi*, pues su introducción al proceso penal no ha sido la idónea, por lo que no es posible su valoración como elemento de convicción.

Al respecto, Asencio (2018) señala que el *Fumus Delicti Comissi* exige la existencia de elementos que pudieran ser suficientes en su momento para poder sustentar una condena. En tal sentido, la declaración del colaborador eficaz (así como los demás elementos de convicción obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz) al no ser un medio de prueba posible para trasladar, en consecuencia, le descalifica su valor para ser tomado en consideración al momento de dictar la medida cautelar.

Ahora bien, la licitud de un elemento de convicción se encuentra establecido en dos momentos, estos, en su obtención como en su incorporación. Con respecto al primero, implica que el elemento de convicción se haya obtenido sin la vulneración de un derecho Fundamental (extraprocesal); mientras que el segundo implica que la fuente de prueba sea incorporado al proceso por el medio de prueba

idónea y con el respecto a las garantías procesales (intraprocesal) (San Martín, 2003).

Es así que, la declaración del colaborador eficaz al no actuarse en un proceso que no garantiza el derecho de defensa y las garantías procesales, así como su traslado e incorporación no es idóneo, pues se realiza con infracción de disposiciones legales; en consecuencia, hace que sea considerado, dentro del proceso al cual fue incorporado, como un elemento de convicción ilícito. Por lo que no es plausible de generar el tipo de sospecha que requiere el *Fumus Delicti Comissi* para poder dictar una prisión preventiva.

Como se señaló anteriormente, para dictar una prisión preventiva se debe de contar con elementos de convicción que permitan generar una alta probabilidad de éxito para una futura condena, así como que tales elementos de convicción se traten de auténticos medios de pruebas practicados con todas las garantías procesales (Asencio, 2018). En ese sentido, la declaración de colaborador eficaz no cumpliría con esta última exigencia, pues no se trata de un auténtico medio de prueba; debiendo por ende descartarse para la imposición de la Prisión Preventiva.

No obstante, a pesar de lo mencionado anteriormente, la doctrina jurisprudencial, siguiendo lo establecido en el artículo 481-A del Código Procesal Penal, publica el Acuerdo Plenario N°02-2017- SPN (2017) en el cual confirma la legitimidad de dicha declaración como elemento de convicción, generando así un conflicto en cuanto a la validez de su utilización, hechos que serán abordados en los siguientes puntos.

2.3. ANÁLISIS DEL ACUERDO PLENARIO N°02-2017-SPN Y LA EFICACIA QUE OTORGA A LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ A FIN DE SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA

Si bien en el punto anterior hemos advertido la inconsistencia que existiría en el traslado de la declaración del colaborador eficaz a otros

procesos derivados o conexos al Proceso de Colaboración Eficaz, sobre todo los relacionados a su incorporación a dichos procesos; no obstante, a pesar estas inconsistencia, nuestro sistema procesal penal aun reconoce la plena eficacia de la utilización de esta declaración como elemento de convicción para solicitar el requerimiento de prisión preventiva, pues con la publicación del Acuerdo Plenario N°02-2017-SPN (2017), las Salas Penales de la Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales ha establecido lineamientos para que la declaración del colaborador eficaz pueda ser utilizado como elemento de convicción que permita adoptar una medida coercitiva como la prisión preventiva.

Al respecto, el Acuerdo Plenario N°02-2017-SPN (2017) realiza un análisis de la problemática, en cuanto a la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para poder solicitar la prisión preventiva, ya que busca resolver los cuestionamientos enmarcados sobre si la declaración del colaborador eficaz resulta ser suficientes para poder dictar una prisión preventiva o si debe ser acompañado con otros elementos de convicción, y que con qué tipo de elementos de elementos de convicción deberían corroborarse, es decir, si puede ser corroborado con los elementos de convicción obtenidos del propio Proceso de Colaboración Eficaz en donde se origina la declaración o con los obtenidos de otro proceso penal.

En ese sentido, sostiene el Acuerdo Plenario que la sola declaración del colaborador eficaz no puede ser suficiente para poder imponer una medida coercitiva como la prisión preventiva, a pesar que el Proceso de Colaboración Eficaz haya concluido positivamente y se concediese el beneficio pactado por el colaborador y el fiscal; esto debido a la alta sospecha genera la información brindada por el colaborador. Es por ello, que establece la necesidad que tal declaración debe ser corroborado con otros elementos de convicción que permita otorgarle idoneidad; sin embargo, señala que esta corroboración debe de realizarse con los elementos de convicción recabados de propio Proceso de Colaboración

Eficaz, pues, estos permitieron la corroboración interna de la declaración dentro de dicho proceso, lo cual determinaron la veracidad de la declaración información aportada por el colaborador.

Según lo manifestado por las Salas Penales de la Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales en el presente acuerdo, la eficacia de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción en otros procesos penales se encuentra limitado a la necesidad que sea corroborado en el proceso al cual es trasladado. La corroboración que señala el Acuerdo Plenario, es distinta a la corroboración interna realizada en Proceso de Colaboración Eficaz, no obstante, se realizan con los mismos elementos de convicción que permitió la corroboración interna. Esto permitiría respetar las garantías procesales y con ello el debido proceso, puesto, que la corroboración se realiza bajos los parámetros de una imputación.

En suma, contrariamente a lo que venimos sosteniendo en los puntos anteriores de la presente investigación, conforme se advierte del análisis del Acuerdo Plenario N°02-2017-SPN, dentro de nuestro sistema procesal penal es plenamente válido la utilización de la declaración del colaborador eficaz, y es más, reconoce la eficacia a nivel judicial de tal declaración como elemento de convicción a fin de que pueda ser valorado por el juzgador y con ello generar una sospecha grave que permita la imposición de una prisión preventiva.

Y si bien dicho acuerdo reconoce que la identidad reservada que tiene el colaborador es limitante para dictar la prisión preventiva, no obstante, establece que tal limitante puede ser subsanado, en el sentido, que la declaración del colaborador eficaz sea corroborado con otros elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz, de esta manera gozaría de cierta suficiencia y fuerza probatorio para poder ser utilizado en el proceso penal conforme se estableció en el Decreto Legislativo N°1301 y el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS.

Al respecto, De Gennaro-Dyer (2018) señala que el Acuerdo Plenario N°02-2017-SPN ha aportado un importante lineamiento para evitar la incorrecta utilización de la declaración del colaborador eficaz y evitar la vulneración de las Garantías Constitucionales del proceso penal, toda vez, al incorporar elementos de convicción que permitan corroborar la declaración del colaborador eficaz, implicaría que el fiscal deberá investigar rigurosamente la veracidad de lo dicho por el colaborador, de esta manera se evitaría la utilización de declaraciones cuya información no es verdadera.

No obstante, conviene advertir que el Acuerdo Plenario N°02-2017-SPN ha generado un gran debate en el ámbito procesal, pues hay quienes sostiene que de ninguna manera la declaración del colaborador eficaz puede ser utilizado como elemento de convicción para solicitar una prisión preventiva, toda vez, que este actuado no tendría suficiencia probatoria dentro del proceso penal al cual es trasladado.

Por otro lado, también hay posiciones de aquellos que ratifican la plena eficacia de dicha declaración, en la medida que al ser corroborados con otros elementos de convicción acreditaría la veracidad de dicha declaración y su eficiencia como elemento de convicción de cargo.

Estas posiciones doctrinarias evidenciaría que la problemática en cuanto a la utilización de la declaración del colaborador eficaz aun no fue solucionada con la promulgación del Acuerdo Plenario N°02-2017-SPN, mas por el contrario esta subsiste y genera una afectación al proceso penal.

2.4. POSICIONES TEÓRICAS ASUMIDAS EN LA DOCTRINA PERUANA RESPECTO A LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ A FIN DE SOLICITAR UN REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA

2.4.1. POSICIÓN JURÍDICA DE JOSÉ MARÍA ASCENCIO MELLADO

Para Asencio (2018) el Proceso de Colaboración Eficaz no es más que un procedimiento administrativo que se realiza a instancia del Ministerio Público y que tiene como finalidad el otorgar un beneficio procesal a un imputado a cambio de que brinde información relevante que permita la lucha contra la delincuencia organizada, toda vez que, carece de las caracteres propio de un proceso como es la existencia de un contradictorio, la dualidad de partes y una actividad jurisdiccionalidad. Siendo que la intervención judicial en el mismo es solo es para garantizar la actividad fiscal a fin de evitar pactos que vulneren la legalidad.

En consecuencia, al ser el Proceso de Colaboración Eficaz un procedimiento administrativo, implica que las diligencias que en él se realizan, y cuya función es la de corroborar la información brindada por el colaborador eficaz, solo tendrían la condición de actos de investigación y no la de actos de pruebas, pues estos últimos solo se obtienen con su actuación y valoración en el plenario (juicio oral), lo cual no se logra advertir en el Proceso de Colaboración Eficaz, ya que, además de no ser un proceso en sí mismo sino un procedimiento administrativo, las diligencias que son realizadas no están sujetas a una actuación a nivel probatorio, pues, en dicho proceso no existe contradictorio, así como dualidad de partes, al estar impedido de intervenir el imputado (Asencio, 2018).

En ese sentido, sostiene que las diligencias que se actúan en el Proceso de Colaboración Eficaz no podrían ser trasladadas de este proceso a otros (ya sean conexos o derivados), pues la Ley N° 30077 en

su artículo 20 señala taxativamente que solo se permite el traslado de aquellas pruebas que hayan sido admitidas y actuadas a nivel judicial; condición que no tendrían dichas diligencias (Asencio, 2018).

Para poder trasladar actos de investigación extraprocesalmente (como sería el caso del Proceso de Colaboración Eficaz) a otros procesos penales, implicaría necesariamente que exista una norma que permita tal traslado, sin embargo, la única ley existente en el sistema procesal penal peruano que regula el traslado de material probatorio de un proceso a otro es la Ley N° 30077, la cual solo permite el traslado de pruebas mas no de actos de investigación y/o diligencias actuadas (Asencio, 2018).

En tal sentido Asencio (2018) señala que:

(...) las normas peruanas sobre “prueba trasladada” siempre se refieren a las obtenidas en un proceso y ante autoridades judicial, no previendo supuesto alguno en que esa traslación pueda suceder entre un simple procedimiento administrativo y un proceso. (...) no hay traslación de prueba entre procedimiento y proceso y las normas no contienen disposición alguna que equipare realidades tan dispares. Invocar, pues la Ley 30077 y el CPC para justificar la aportación de pruebas entre el procedimiento por colaboración eficaz y el proceso penal supone desconocer la propia letra de la ley y sucumbir a un error o, simplemente, a una interpretación ajena a la esencia del principio de “unidad de jurisdicción” que se basa, precisamente en la existencia de un Poder Judicial, en el que no se integran los órganos administrativos, ni el ministerio Fiscal. (p.15)

Es así que para el citado autor no es factible el traslado de las diligencias actuadas en el Proceso de Colaboración Eficaz a otros procesos penales, pues legislativamente ello no es esta permitido; siendo que los artículos 476-A, 481 y 481-A del Código Procesal Penal que permiten tal traslado, vulneraría el desarrollo del proceso penal.

Por otro lado, también critica la forma en cómo se pretende insertar la declaración del colaborador eficaz a otros procesos, así como las demás diligencias de carácter personal, pues, al ser insertado como una documental, implicaría que su actuación en juicio oral se limite a la lectura

del acta que contiene la declaración, vulnerándose así la naturaleza testimonial de la declaración (Asencio, 2018).

Asimismo, señala que dicha declaración no puede ser insertada como Prueba Anticipada, pues, además de carecer de esa urgencia que caracteriza la Prueba Anticipada, tampoco es obtenido mediante un contradictorio, por lo que introducirlo al proceso, y poder ser sustento para una decisión judicial, implicaría vulnerar el derecho de presunción de inocencia, al permitirse actuar un material probatorio sin el ejercicio del contradictorio (Asencio, 2018).

Señala Asencio (2018) que “Las declaraciones personales carecen del requisito esencial de contradicción en origen, lo que descalifica su valor a efectos de ser incorporadas a un proceso penal” (p.57). Es por tal motivo que, para el citado autor, la obtención de la declaración del colaborador eficaz, sin el ejercicio de un contradictorio que permita corroborar la veracidad de su declaración, hace que tal declaración carezca de valor probatorio, por lo que no puede ser actuado en un proceso penal.

Cuestiona la decisión tomada en el Acuerdo Plenario N°02-2017-SPN, pues la corroboración que señala tal acuerdo no sería suficiente para otorgarle legitimidad a la utilización de la declaración del colaborador eficaz, así como de las demás diligencias que el Proceso de Colaboración Eficaz se practiquen, pues, no es más que una ratificación de la corroboración interna que se realiza en el Proceso de Colaboración, en tal sentido, la corroboración que señala el Acuerdo Plenario no subsanaría la ilicitud de la inserción de tales diligencias a otros procesos penales (Asencio, 2018).

Es así que para el autor, el Proceso de Colaboración Eficaz sería ilegal, toda vez, que se desarrolla sin la presencia de un imputado, suprimiendo en consecuencia el derecho de defensa que este tiene, por lo

que las diligencias que en este proceso de actúan también gozarían de tal condición (Asencio, 2018). Al respecto señala:

(...) trasladar la actividad investigadora al procedimiento administrativo desterrando al imputado a la inactivada cuando es posible y obligado llevarla a efecto en el proceso, constituye sin duda una conducta de mala fe y fraudulenta que debe conducir a la nulidad de lo actuado. (Asencio, 2018, p.79)

En conclusión, para Asencio el problema no se encuentra en la forma en cómo se obtiene la declaración sino respecto a la utilización que de ella se da, pues el querer trasladar actos de investigación de un procedimiento extraprocesal, el cual de por sí sería inconstitucional (Asencio, 2018); y la forma en cómo se pretende insertar los mismos al proceso penal, vulneraría tanto el debido proceso como la presunción de inocencia del imputado, lo que devendría en futuros procesos internacionales. En ese sentido, las diligencias actuadas en dicho proceso, y sobre todo la declaración del colaborador eficaz, carecerían de todo valor probatorio por lo que no puede ser sustento para fundamentar una decisión judicial, ya sea para la imposición de una medida coercitiva o una sentencia, pues de hacerlo implicaría la nulidad del mismo.

2.4.2. POSICIÓN JURÍDICA DE MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ

Según Fernández, las diligencias actuadas en el Proceso de Colaboración Eficaz, así como la declaración del colaborador eficaz, no tendrían calidad de medio probatorio que permita sustentar una prisión preventiva o una sentencia, ya que señala, citando al Tribunal Constitucional Español, para que un medio de prueba alcance la auténtica actividad probatoria tiene que reunir dos condiciones fundamentales, esto es: 1) que tenga una naturaleza procesal, es decir, que se practiquen dentro de un proceso o que sean incorporado al proceso a través de un cause idóneo; y 2) que tales medios probatorios hayan sido practicados con todas las garantías procesales. Estas dos condiciones tienen que estar presente para que un medio probatorio pueda alcanzar valor

probatorio y con ello sustentar una decisión judicial de naturaleza grave (Fernández, 2018b).

Ahora bien, respecto a la primera condición, Fernández (2018b) nos indica que aquellas fuentes de pruebas o los elementos de convicción que no hayan sido incorporados a través de un cause idóneo al proceso, así como aquellos hechos que son de conocimiento extraprocesal, no tendría carácter procesal conforme ha señalado por el Tribunal Constitucional Español, debido a que no fueron actuados dentro del proceso penal en donde se pretender presentar como medio probatorio, así como su introducción no es idóneo.

En ese sentido, sostiene la autora, que las actuaciones realizadas en el Proceso de Colaboración Eficaz, no tendría carácter procesal, pues las mismas son actuaciones extraprocesales; señalado además que tales diligencias actuadas no pasarían de ser solamente fuentes de pruebas, los cuales para que puedan ser utilizados dentro de un proceso penal, tendría que ser debidamente incorporados (Fernández, 2018b).

Sin embargo, conforme señala Asencio (2018), dichas diligencias, en cual también se incluye a la declaración del colaborador eficaz, no cumpliría con los requisitos establecidos para la prueba trasladada, por lo que su incorporación al Proceso no respetaría las Garantías Procesales conforme señala el artículo 20 de la Ley N°30077.

Versión que es compartida por Fernández (2018b) al advertir que los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz, no cumple con las condiciones de prueba trasladada, ya que señala:

(...) el mecanismo no es adecuado para incorporar este tipo de información al proceso penal, puesto que no estamos ante verdaderas pruebas, sino ante fuentes de pruebas que deben ser introducidas a través de la práctica del medio correspondiente y con pleno respeto al Principio de contradicción. Solo de este modo podrá, ulteriormente, ser usado la fuente de prueba en otros procedimientos, pues habría alcanzado la cualidad de verdadera prueba. (pp. 96-97)

De esta manera, para la citada autora, los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz, así como la declaración del colaborador eficaz, tendría solamente la condición de fuente de prueba, la misma que además no es introducida ni practicada en el proceso penal común; lo cual imposibilitaría el concederle el carácter procesal señalado por el Tribunal Constitucional Español.

Pero no solo en ello la autora cuestiona valor probatorio de las actuaciones realizadas en el Proceso de Colaboración Eficaz, pues, además señala que la información que se brinda en dicho proceso se obtiene con la vulneración al Principio de contradicción y del Derecho de Defensa, debido a que las diligencias procesales que en él se actúan, no permite el acceso o participación de aquel contra quien posteriormente se actuará tales actos; ya que, conforme señala Fernández (2018b), en el Proceso de Colaboración Eficaz: 1) el investigado no tiene la posibilidad de conocer la Carpeta Fiscal debido a que no es parte de dicho proceso, y 2) la identidad del colaborador es desconocida, ello con la finalidad de evitar algún tipo de represalia en contra del colaborador; a semejando la declaración del colaborador a la de un testigo anónimo que a la de un testigo protegido, debido a que la identidad del colaborador solamente es conocida por el fiscal, lo cual constituye una afectación al derecho de defensa pues no permite evaluar si tal declaración presenta un carácter objetivo.

En tal sentido, las actuaciones realizadas en el Proceso de Colaboración Eficaz tampoco cumpliría con la segunda condición que establece el Tribunal Constitucional Español, ya que, tales actuados son recabados sin las garantías procesales como la contradicción y el derecho de defensa, lo cual hace tales actuados carezca de valor probatorio.

Es por ello que la autora sostiene que la utilización de la declaración del colaborador eficaz no tendría valor probatorio suficiente para permitir que el juez pueda imponer una prisión preventiva, pues señala que para la adopción de este tipo de medida coercitivas de carácter personal, no se

exige cualquier decisión, sino una que se encuentre fundado en elementos de convicción que hayan reunidos las condiciones probatorias mínimas señaladas por el Tribunal Constitucional Español, para poder sustentar la existencia de una sospecha grave de la perpetración del delito por parte del investigado (Fernández, 2018b). Esto resulta necesario a fin de evitar no afectar el principio de presunción de inocencia de aquel contra quien se actuará tal declaración.

Sostiene Fernández (2018b) que la información proporcionada por el colaborador inicialmente si puede justificar la incoación de actuaciones fiscales o la adopción de medidas coercitivas como la detención preliminar, donde solo se requiere la sospecha de la comisión de un delito para poder aplicarse; sin embargo, tal información se devalúa considerablemente cuando se trata de la prisión preventiva, pues estos actuados, que tiene naturaleza extraprocesal, no resultan ser suficiente para poder aplicar una medida coercitiva como la prisión preventiva ya que no son sometida a un control judicial ni practicada con el ejercicio de contradicción ni del derecho de defensa. La gravedad de la prisión preventiva exige que el colaborador preste su declaración en presencia del juez de investigación preparatoria, y se garantice el derecho de defensa para que pueda ser utilizado eficazmente en un proceso (Fernández, 2018b), sin embargo, conforme se encuentra regulado el Proceso de Colaboración Eficaz dentro de nuestro sistema procesal penal, hace que dicha declaración se obtenga sin tales garantías procesales lo que hace que tal declaración carezca de valor probatorio y por ende no poder sustento de una decisión judicial.

2.4.3. POSICIÓN JURÍDICA DE VERÓNICA LÓPEZ YAGÜES

Para López la problemática que gira en torno al traslado de la declaración del colaborador eficaz a otros procesos derivados o conexos al Proceso de Colaboración Eficaz, no se encuentra dentro del propio Proceso de Colaboración Eficaz en el cual se obtiene, sino, respecto a la forma en como el legislador peruano pretende introducirlo a otros

procesos penales a pesar que ello implique una afectación al debido proceso, toda vez, que el artículo 46 inciso 1 del Decreto Supremo N°007-2017, permite que el fiscal pueda incorporar la declaración del colaborador a otros procesos como prueba plenaria o prueba anticipada.

Al respecto López (2018) señala que la declaración vertida por el colaborador para que pueda valorarse en un proceso penal distinto al Proceso de Colaboración Eficaz tiene que ser incorporado al proceso en la forma más acorde a su naturaleza, es decir, al medio probatorio que se adecua a su naturaleza como fuente de prueba, en otras palabras, ha de ajustarse al régimen de los medios probatorios regulado en el derecho procesal.

No obstante, al pretender incorporar la declaración del colaborador como prueba plenaria, es decir, como prueba documental, se le estaría introduciéndolo al proceso penal a través de un medio probatorio que no es acorde a su naturaleza; pues, una declaración, al ser un acto de prueba de carácter personal, tiene que ser introducido al proceso a través del medio probatorio testimonial, en cambio, al introducirlo como una documental implicaría solo la incorporación del acta que contiene la declaración del colaborador, mas no la propia declaración, siendo que su actuación en juicio oral solo constituiría en la lectura de la misma, lo cual afecta gravemente el Derecho de defensa y contradicción (López, 2018).

La incorporación de elementos de convicción como documentos, solo es factible en aquellos que tiene naturaleza de prueba preconstituida, cuya reproducción en el plenario es, precisamente, a través de su lectura debido a su naturaleza de irrepitibilidad; en cambio para aquellos elementos de convicción de carácter personal, en la cual se encontraría la declaración del colaborador eficaz, cuya naturaleza de fácil reproducción, hacen que sea necesario que se practique en el plenario para que pueda ser sustento de una decisión judicial (López, 2018). En ese sentido, sostiene que:

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 (...) representa un defecto insubsanable que no puede sino traducirse en la nulidad y carencia de la diligencia practicada y, en consecuencia, de su completa virtualidad probatoria. (López, 2018, pp.152-153)

Para la citada autora la incorporación de la declaración del colaborador eficaz a otros procesos penales como prueba plenaria traería consigo la afectación al debido proceso, pues no permitiría el adecuado ejercicio de contradicción y defensa de la parte contra quien se actúa tal declaración, ya que dicha declaración no fue incorporado al proceso por el medio adecuado propio a su naturaleza.

Sostiene que mucho más grave es en cuanto a su incorporación como prueba anticipada, pues la declaración del colaborador eficaz no goza con la característica de irrepetibilidad, presupuesto esencial que permita justificar la adopción de esta medida excepcional (López, 2018).

Asimismo, la ausencia de la garantía procesal de contradicción (característica propia del Proceso de Colaboración Eficaz), así como la ausencia de los demás principios procesales como inmediación, oralidad y publicidad, impide lograr su incorporación como prueba anticipada, toda vez que el carácter excepcional de la dicha medida exige que sea actuado con todas las Garantías Constitucionales (inmediación, oralidad y publicidad) y sobre todo el Derecho de la contradicción (López, 2018).

En ese sentido, la incorporación de la declaración del colaborador eficaz, tal como pretende el legislador peruano, no sería factible, ya que, no resulta válido incorporar una fuente de prueba, cuya naturaleza es testifical, a un proceso penal con una naturaleza distinta a la que corresponde, ello implicaría la afectación al debido proceso y el proceso penal en general.

Por otro lado, la propia naturaleza de la declaración del colaborador, la cual es similar a la declaración de un coimputado, también traería consigo una dificultad a la hora de otorgarle valor probatorio, ya que, la

declaración del coimputado es considerado un medio probatorio deficiente, debido al interés que impulsa al coimputado a declarar (exculpación), lo cual no es ajeno al colaborador eficaz, en el sentido que existe el interés del colaborador de obtener un beneficio a cambio de su declaración, situación que la autora señala debe de evaluarse (López, 2018).

Es así que López (2018), citando resoluciones del Tribunal Supremo Español, señala la necesidad de que la declaración del colaborador sea corroborado con otros elementos de convicción a fin de establecer si se otorgar veracidad a lo manifestado. Pero no solo basta que dicha declaración haya sido corroborado con otros elementos de convicción, sino que además, exige que se evalúe a la persona del imputado para determinar si existió algún motivo ilegal que haya impulsado al colaborador a brindar su declaración, lo cual implique desvirtuar la veracidad de su declaración.

Situación que en el caso del Proceso de Colaboración Eficaz no se da debido a la característica de reservado propia del proceso de colaboración, que impide que la persona que se ve afectada por la declaración pueda contradecir dicha declaración, lo cual ocasiona a que no se pueda desarrollarse la evaluación del interés del colaborador, desvirtuando así el valor de su declaración.

En este último punto, López (2018) sostiene que al desconocer la identidad de este tercero ajeno al proceso, coloca al acusado en clara desventaja para contradecir o desvirtuar el testimonio que le incriminan (bien cuestionándolo su imparcialidad, bien discutiendo la veracidad de su relato), siendo la contradicción el ejercicio más amplio del derecho de defensa.

Conforme se advierte de esta posición, que al desconocerse la identidad del colaborador en el proceso penal derivado o conexo al Proceso de Colaboración Eficaz, le restaría valor probatorio a la declaración del colaborador eficaz; a ello sumado la indebida

incorporación de dicha declaración al proceso penal, como prueba plenaria o prueba anticipada, ocasionaría que la declaración del colaborador sea excluido debido a la vulneración al debido proceso (López, 2018). De esta manera se imposibilitaría que tal actuado sea tomado en consideración por el juez a la hora de poder dictar una medida coercitiva de carácter personal como la prisión preventiva o fundamentar una sentencia condenatoria.

2.4.4. POSICIÓN JURÍDICA DE CÉSAR SAN MARTIN CASTRO

San Martin (2018) sostiene que la utilización de la declaración del colaborador eficaz, así como de los demás elementos de convicción obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz, en otros procesos penales, es válido y legítimo en la medida que su traslado se encuentran regulado por los artículos 476-A, 481 y 481-A del Código Procesal Penal; a su vez, estos dispositivos legales tienen su fundamento en el artículo 20 de la Ley N°30077, el cual incorpora la institución de la prueba trasladada en el Proceso Penal Peruano. Es así que para el autor estos artículos otorgan el carácter de legalidad al traslado de los actos de investigación realizados en el Proceso de Colaboración Eficaz a otros procesos penales, pues permite que el fiscal pueda introducir a fin de fundamentar una imputación.

Sin embargo, el autor condiciona la utilización de dichos actos de investigación al tipo de medio probatorio que desea trasladar, pues señala que si el Fiscal desea trasladar los dictámenes periciales, informes o pruebas de carácter documental obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz, su incorporación de tales elementos de convicción al proceso receptor sería plena (San Martin, 2018). Es así que solo se deja la posibilidad de ejercerse el Derecho de oposición de la parte afectado (esto es determinar si dicho elemento de convicción es inadmisibles, improcedente, impertinente, irrelevante, ineficiente o ilícita (San Martin, 2018), de esta manera se respetaría los requisitos establecidos en el artículo 20 de la Ley N° 30077.

No obstante, señala que cuando se trata de la utilización de la declaración del colaborador eficaz, la misma para que pueda generar algún tipo de convicción al juzgador, tiene que ser corroborado con otros medios probatorios obtenido en el propio proceso penal común por cuanto la declaración del colaborador eficaz, al tener naturaleza de una declaración de un coimputado, tiene se encuentra condicionada a los establecido en el artículo 158 inciso 2 del Código Procesal Penal, el cual establece las declaraciones de los arrepentidos y colaboradores tienen que ser corroborados a fin de fundamentar la imposición de una medida coercitiva o sentencia (San Martín, 2018).

Es así que podemos inferir que para el citado autor, la utilización de la declaración del colaborador eficaz en otros procesos penales es válida, siempre y cuando dicha declaración sea corroborado con otros medios probatorios obtenidos del proceso al cual fue introducido. Sin embargo, tal posición asumida por San Martín, si bien comparte similitud a la asumida en el Acuerdo Plenario N°02-2017-SPN en cuanto a la legitimidad de su empleo, no obstante, difiere respecto a la corroboración de tal elemento de convicción, pues mientras en el acuerdo plenario antes mencionado se señala que la declaración del colaborador eficaz puede ser corroborada con los elementos de convicción trasladado del Proceso de Colaboración Eficaz para que pueda ser considerado como medio probatorio que sustente una imputación; sin embargo, como hemos mencionado, para San Martín, dicha corroboración tiene que realizar con los elementos de convicción recabados del proceso receptor pues son recabados en virtud de la hechos que se están juzgado, de esta manera garantizaría el debido proceso.

Pero al margen de dicha diferenciación, la posición del citado autor es clara, en la medida que la utilización del colaborador eficaz en otros procesos penales es válido y legítimo; esto, en consecuencia, permite que pueda ser utilizado para sustentar una decisión judicial como es la prisión preventiva; pues sostiene San Martín (2018) que este medio probatorio (refiriéndose a la declaración del colaborador eficaz) al estar corroborado

con otros medios probatorios resulta ser considerado como un elemento de convicción suficiente para poder generar una sospecha grave de la comisión de un delito y la vinculación del imputado como interviniente del mismo, a ello al agregarse que se haya acreditado algún tipo de peligro procesal (peligro de fuga o peligro de obstaculización) implicaría que el juez de investigación preparatoria dicte la Prisión Preventiva.

En conclusión, al analizar la posición de la San Martín respecto a la legitimidad de la utilización de la declaración del colaborador eficaz, podemos observar que realiza una interpretación literal de las normas procesales, pues sostiene que su empleo en otros procesos penal distintos al de colaboración eficaz es válido y legítimo, toda vez, que su traslado se encuentra regulado en el Código Procesal Penal (476-A, 481 y 481-A del Código Procesal Penal); sin embargo, podemos advertir que tal posición resulta ser cuestionable, pues el citado autor no realiza un análisis acerca si el traslado de los actuados realizados en el Proceso de Colaboración Eficaz cumpliría los requisitos que establece el artículo 20 de la Ley N°30077, toda vez, que dicho dispositivo legal de carácter procesal señala que solo se podrán trasladar pruebas que hayan sido “admitidas y actuadas” a nivel judicial, condición que, como hemos mencionado anteriormente, los elementos de convicción obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz no cumple.

2.4.5. POSICIÓN JURÍDICA DE PABLO TALAVERA ELGUERA

Según Talavera, la declaración del colaborador eficaz no resulta ser eficiente y suficiente para ser considerado como un elemento probatorio que pueda desvirtuar la presunción de inocencia de una persona, ya que, es obtenido sin los controles como la contradicción y la intervención de la defensa que permita otórgale fiabilidad a la información que proporciona.

Para el citado autor, la declaración del colaborador eficaz tiene la misma naturaleza que la declaración de un coimputado, esto es, que tiene un carácter esencialmente defensivo (sindicando la participación de terceros en la comisión de un delito) (Talavera, 2018). De esta manera, ya

existiría un problema en cuanto a la fiabilidad de su declaración, pues al tener un carácter defensivo, implicaría que : 1) no tiene la obligación de decir la verdad; 2) le asiste el Derecho a no autoincriminarse, (en la medida que no es obligatorio que manifiesta su participación en los hechos, sino que brinde un información respeto a una organización criminal); y 3) su declaración puede encontrarse motivas por fines exculpatorios (no ser sentenciado por un delito que cometió) (Talavera, 2018).

Ahora bien, dicha problemática es superada, cuando se trata propiamente de la declaraciones de coimputados, pues estos son obtenidos son conocimiento y posibilidad de contradicción de la contraparte en la etapa de investigación preparatoria (Talavera, 2018). Asimismo, que para su utilización como prueba de cargo se realiza un examen de fiabilidad en el cual se evalúa si dicha declaración presenta ausencia de incredibilidad subjetiva en donde se analiza la personalidad del delator, a fin de dotarse carácter objetivo a su declaración, tal como establece el acuerdo plenario N°02-2005/CJ-116 (Talavera, 2018).

Sin embargo, ello no se da en la declaración del colaborador eficaz, pues: 1) la identidad del colaborador es reservada, el imputado como su defensa no conocen la identidad del colaborador; 2) la defensa no puede controlar ni contradecir directamente la declaración del colaborador; 3) el colaborador tiene un interés de brindar información a cambio de un beneficio; 4) la posibilidad que el colaborador aporte información falsa ante la falta de algún apercibimiento de repercusión penal; y 5) la falta de compensaciones al derecho de defensa (Talavera, 2018). Lo cual ocasiona que la escasas de fiabilidad probatoria de este actuado sea aún mayor que la de los coimputados, ya que, al ser reservada la identidad del colaborador, imposibilita que el imputado y su defensa puedan cuestionar la personalidad del delator, es decir determinar si su declaración presenta ausencia de incredibilidad subjetiva (Talavera, 2018).

A pesar que la declaración del colaborador eficaz tendría escasas de fiabilidad probatoria, sin embargo, esto no ha sido limitación para que siga siendo utilizado con fines probatorios, a fin de sustentar una decisión judicial tales como la aplicación de medida coercitiva o una sentencia; es por ello que Talavera (2018) indica la necesidad que la declaración del colaborador eficaz tenga que ser corroborado con otros elementos de convicción a fin de poder dotarle de cierta suficiencia probatoria, no obstante, nos advierte que tal corroboración no se puede realizar con los elementos de convicción obtenidos del propio Proceso de Colaboración Eficaz, sino con aquellos que son recabados dentro del proceso común o derivado, ya que, se requiere elementos de convicción de carácter incriminatorio. Pues como sostiene "(...) las llamadas diligencias de corroboración deben emplearse con suma cautela porque han sido obtenidos con la finalidad de celebrarse un acuerdo de colaboración y beneficio y no para los fines epistemológicos de los procesos derivados o conexos". (Talavera, 2018, p.262)

En tal sentido, para el citado autor, los elementos de convicción obtenidos en el Procesos de Colaboración Eficaz no pueden otorgar suficiencia probatoria a la declaración del colaborador eficaz, pues, solo corroboraría si lo afirmado por el colaborador eficaz es cierto o no, mas no tiene carácter incriminatorio, a ello sumarse la posibilidad que el colaborador pueda aportar información falsa y en virtud de tal información direccionar la recopilación de elementos de convicción favorable para que se celebre el acuerdo de colaboración eficaz, hace que lo afirmado por Talavera sea necesario, esto es, que dicha información sea corroborado con otros elementos de convicción propios del proceso derivado o conexos.

Pero, si bien con la corroboración de la declaración del colaborador eficaz con otros elementos de convicción de carácter incriminación, gozaría de cierta eficacia probatoria; no obstante, señala Talavera (2018), que ello solo permitiría poder iniciar una investigación preliminar o dictar una medida limitativa contra el imputado, toda vez, que estos para su

actuación solo requieren cierta estándar de probabilidad de la comisión de delito; sin embargo, cuando hablamos de la imposición de una medida coercitiva de carácter personal, tal como es la prisión preventiva, se requiere como la existencia de una alta probabilidad de la comisión del delito (graves y fundados elementos de convicción), condición que no cumple la declaración del colaborador eficaz a pesar de haber sido corroborado, pues como sostiene el autor:

En primer lugar, la mención que puede ser valorado conforme a su mérito y a lo dispuesto por el artículo 158 del Código procesal Penal, no significa que se trata de medios de pruebas que en su condición primigenia se mantienen hasta el momento de la decisión judicial sobre el fondo, porque de acuerdo a las reglas del Código Procesal Penal, específicamente el artículo 393.1, para la deliberación solo podrán ser valorados pruebas legítimamente incorporadas en el juicio oral; en tal sentido, las declaraciones y demás actuaciones de la fase de corroboración solo tendrán la consideración de actos de investigación u en algunos casos prueba preconstituía. Como actos de investigación si podrán ser utilizados para dar lugar a la persecución penal y justificación de alguna medida limitativa de derecho o de coerción procesal que no sea de carácter personal. (Talavera, 2018, p. 261)

En ese sentido, para el citado autor, si bien, en nuestro ordenamiento peruano se ha regulado que la declaración del colaborador eficaz puede ser utilizado para sustentar una medida coercitiva como es la prisión preventiva, no obstante, debido a su escasa fiabilidad que presenta por haber sido obtenido en un contexto reservado y sin los controles de las partes dentro del Proceso de Colaboración Eficaz, le hace adolecer de poder generar una alta probabilidad de la comisión del delito (sospecha grave), más aún, si durante todo el proceso penal se desconoce la identidad del colaborador, lo cual hace imposible evaluar su hay factores relacionados con la incredibilidad subjetiva (Talavera, 2018). Es por ello, que el tal actuado no resulta ser eficiente y suficiente para ser considerado como un elemento probatorio que permita sustentar una prisión preventiva, pues de lo contrario se estaría atentando contra la presunción de inocencia.

2.4.6. POSICIÓN ASUMIDA POR LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LA CASACIÓN N° 292-2019/LAMBAYEQUE

La posición de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia es clara, ya que, a través de la sentencia Casación N° 292-2019/LAMBAYEQUE (2019), en su fundamento Octavo, reconoce la eficacia de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción fin de poder sustentar una prisión preventiva, al sostener que su empleo se encuentra legitimado en virtud a la existencia del artículo 481-A del Código Penal, el cual permite al Fiscal el poder utilizar la declaración del colaborador eficaz, a fin de poder requerir la imposición de medidas limitativas de derecho o medidas coercitivas, como es el caso de la prisión preventiva, en los procesos conexos o derivados del Proceso de Colaboración Eficaz.

Asimismo, sostiene que la introducción de la declaración del colaborador eficaz a otro proceso es directa, pues no requiere que el fiscal sustente el motivo por el cual traslada dicha declaración, además, que lo que se traslada no es toda la declaración del colaborador eficaz, sino, la transcripción de parte de ella (la cual el fiscal considere pertinente para el caso en concreto), las misma que se encuentra en una acta (acta de declaración del aspirante a colaborador), la cual, conforme señala la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, es una documental pública (o medio de investigación documentado).

En este último punto la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia nos aclara, que su introducción como documental publica no vulneraría el derecho de defensa del imputado contra quien se ejerce, pues, en la etapa de investigación preparatoria (que es la etapa que se recaba los elementos de convicción de cargo y de descargo) solo se adjuntan copia de la misma para su apreciación directa por el Juez de la Investigación Preparatoria a fin de que pueda decidir si dicta o no el requerimiento de prisión preventiva. Señala que en esta etapa del proceso

penal (investigación preparatoria) solo se requiere la existencia de actos de investigación, distintos sería el caso de la sentencia, en el cual se requiere actos de prueba.

Y si bien, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia reconoce la eficacia del traslado de la declaración del colaborador eficaz en otros procesos penales conexos o derivados del Proceso de Colaboración Eficaz, no obstante nos aporta criterios que se debe de tomar en cuenta a fin de evitar que su actuación vulnere el derecho de defensa, pues nos indica que:

1) Si bien el fiscal es quien determina que parte de la declaración del colaborador eficaz se debe de transcribir, no obstante, el juez, de parte o de oficio, puede solicitar la incorporación de la transcripción completa de la declaración del colaborador eficaz, a fin de que pueda apreciar si se está omitiendo una parte relevante de la declaración del colaborador eficaz, ello en atención a la situación jurídica que se encuentra el imputado, toda vez que el contenido de los actos de investigación realizados en el Proceso de Colaboración Eficaz solo es de conocimiento del Fiscal, el colaborador y el juez (excepcionalmente también del agraviado).

2) La no exigencia de que se introduzca el testimonio íntegro del colaborador eficaz, sino solo la transcripción de parte de ella por medio de un acta no vulnera el Derecho de defensa, pues solo se trata de un acto de investigación, siendo que en el juzgamiento se actuará su testimonio.

3) Que la reserva del Proceso de Colaboración Eficaz, a través del cual sus actos procesales solo serán de conocimiento de los fiscal, colaborador y del juez (excepcionalmente también del agraviado) tiene su fundamento en otorga seguridad tanto al proceso como al propio del colaborador, así como lograr una mayor eficiencia en la lucha contra el crimen organizado. Por tal motivo, no resulta factible sostener que la declaración del colaborador eficaz carece de eficacia por no estar sujeto al Derecho de contradicción, pues la limitación de tal derecho es objetiva y

razonable en la medida que solo se limita en la etapa de investigación preparatoria, mas no en la etapa de juzgamiento en el cual si se debe de ejercer.

De esta manera, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, busca dar una justificación de la introducción de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción suficiente para poder requerir una prisión preventiva; sin embargo, tal posición puede ser criticable, en la medida que otorga la naturaleza de documento público a una declaración, lo cual como hemos advertido anteriormente, no es admisible al hablar de prueba trasladada, toda vez, que el traslado de material probatorio de un proceso a otro tiene que ser de acuerdo a su propia naturaleza de medio probatorio, esto es si se traslada un medio probatorio como testimonial, este tiene que ser introducida como testimonial y no alterar su naturaleza a otro medio de prueba, pues de lo contrario se atentaría contra el debido proceso pues conforme sostiene Vergara (2018) tal alteración de la naturaleza del medio probatorio ocasiona una vulneración al debido proceso toda vez que no garantizaría el Derecho al contradictorio.

Asimismo, si bien en la etapa de investigación preparatoria, el derecho de contradicción puede encontrarse limitado, no obstante, ello no puede permitir que dicho derecho sea anulado absolutamente, toda vez, que en la etapa de investigación preparatoria exista la participación de la contraparte de poder cuestionar las actuaciones de los actos de investigación realizados por el Fiscal, incluso en participar en la toma de declaraciones a nivel preliminar (realizados por el Ministerio Público), sin embargo, en el Proceso de Colaboración Eficaz, se advierte una ausencia total de este derecho y del derecho de defensa, pues, no existe participación de la contraparte, de esta manera no es admisible la posición de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de que la declaración del colaborado eficaz solo limita el derecho de contradicción porque se encuentra en la etapa de investigación

preparatoria, ya que, este es una garantía que define a todo el proceso penal, por lo que debe de estar presente desde el inicio del mismo.

CAPITULO III

CAPITULO III: UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS PROCESOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: CONSECUENCIAS TEORICAS, JURISPRUDENCIALES Y LEGALES

3.1.LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ Y SU UTILIZACION PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

3.1.1. CASO A: RESOLUCIÓN N°07 - EXP. 09199-2018-92-1706-JR-PE-08: SENTENCIA DE VISTA DE LA INVESTIGACIÓN QUE SE SIGUE CONTRA EDWIN OVIEDO PICHOTITO, POR EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR, EMITIDA POR LA PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE.

a) RESUMEN DEL CASO

Se le atribuye a Edwin Oviedo Pichotito ser el cabecilla de la Organización Criminal “Los Wachiturros de Tumán” que operaba desde el año 2007 cuando solicitó ante el Séptimo Juzgado Civil el nombramiento de Segundo Ordinola Zapata y de otros miembros de la organización como administradores judiciales de la empresa Tumán. A partir de dicha designación, Edwin Oviedo Pichotito empieza a realizar una serie de acciones ilícitas, lucro indebido, y conformar un grupo delictivo bajo el argumento que realizaba labores de seguridad dentro de la empresa, al cual le proveyó de armas y vehículos, esto con la finalidad de desarrollar acciones de amedrentamiento contra todo trabajador que cuestiona las decisiones de la empresa (opositores de la gestión de Oviedo), los cuales eran realizados a través de Ordinola Zapata quien es el segundo de la organización delictiva. Asimismo, se le imputa la autoría mediata, en los homicidios de Percy Farro Witte, cuando perifoneaba contra la

administración judicial, y de Manuel Rimarachin Casco, cuando repartía volantes contra la administración de la empresa.

Mediante Resolución N°02 de fecha 06 de diciembre del 2018, el Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo declaró fundado en parte la prisión preventiva formulada por la Fiscalía Especializada Contra el Crimen Organizado, contra Edwin Oviedo Pichotito como presunto autor mediato por los delitos de Homicidio Calificado en agravio de Percy Farro Witte y Manuel Rimarachin Cascos, y de asociación ilícita en agravio del Estado.

La defensa de Edwin Oviedo Pichotito apela dicha resolución sosteniendo que la misma incurre en nulidad absoluta, al haber solicitado la prisión de Edwin Oviedo Pichotito en un proceso en donde no tiene la condición de procesado, toda vez, que el presente caso se inició con el proceso N°2925-2015, en el cual el imputado junto a otros, eran objetos de imputación de los delitos de asesinato, fraude en la admiración de persona jurídica, robo y otro; no obstante, el Ministerio Público solicitó la desacumulación del mismo en cuatro procesos (amparado por el juez de primera instancia y la sala) formándose así los procesos N°9199-2018 por el delito de asociación ilícita; N°9204-2018 por el delito de homicidio calificado en agravio de Percy Farro Witte; N°9210-2018 por el delito de homicidio calificado en agravio de Manuel Rimarachin Cascos, y el proceso de robo agravado en agravio de María toro Lazo; sin embargo, para Edwin Oviedo Pichotito el proceso no se habría desacumulado, pues este aun pertenecía al proceso madre (proceso N°2925-2015) esto en mérito a la ejecución de una medida cautelar proveniente de un proceso de amparo el cual se mantuvo aun hasta la fecha de la emisión de la prisión preventiva. En ese sentido, la prisión preventiva no se dictó en el proceso madre, sino, que se realiza en uno de los procesos desacumulados (Proceso N 9199-2018), donde el Ministerio Público hace una acumulación de facto de tres procesos (el de asociación ilícita, homicidio calificado en agravio de Percy Farro Witte y homicidio calificado

en agravio de Manuel Rimarachin Cascos). Generándose así la nulidad absoluta por violación al procedimiento predeterminado por ley.

Asimismo, la defensa también sostiene que no existe prueba suficiente que permita generar una sospecha grave y sobre el cual se pueda dictar una prisión preventiva, pues la imputación del Ministerio Público se basó solo en la declaración de tres colaboradores eficaces (Colaborador Eficaz N°02-2015, Colaborador Eficaz N°03-2017 y Colaborador Eficaz N°12-2015), los cuales al suprimirse no habría caso, ya que no habrían sido corroborados, por lo que el uso de tales declaraciones es ilegal. Además sostiene que la declaración del colaborador eficaz es un testimonio por ser una fuente de prueba personal, por lo que debe ser introducido vía testifical y no como documento, siendo que el Decreto Supremo que permite dicha incorporación (como documento) no puede estar por encima del Código Penal, toda vez, que la transcripción de la declaración hecha por el fiscal vulnera el derecho a la defensa, respecto al conainterrogatorio, *máxime*, si en el presente caso, se permitió introducir la declaración del Colaborador Eficaz N°012-2015 como prueba anticipada, siendo utilizada como una transcripción.

Respecto a la pena probable, no se valoró la prueba concreta a imponerse sino la abstracta, y en cuanto al peligro procesal el juzgado no reconoce la existencia de un arraigo familiar, domiciliario y laboral de imputado y solo fundamente su decisión en su capacidad económica, el cual no es suficiente para generar un peligro de fuga.

Por su parte el representante del Ministerio Público sostiene que sí se autorizó la desacumulación de los casos, mas no la desacumulación de las imputación precisas contra la personas. En ese sentido, el argumento de defensa no tendría argumento, más aun si la desacumulación de los delitos por asociación ilícita sí se autorizó.

Asimismo, sostiene que en el presente proceso no solo se tiene la declaración de tres colaboradores eficaces (Colaborador Eficaz N°02-2015, Colaborador Eficaz N°03-2017 y Colaborador Eficaz N°12-2015) sino que además se cuenta con diversas declaraciones, los cuales no han sido cuestionadas por la defensa, y que a su vez, corroboran a las declaraciones de los colaboradores eficaz, así también se tiene el informe policial N°054-2015. Estos elementos de convicción mencionan la existencia de la organización criminal, así como la vinculación de Edwin Oviedo Pichotito en esta.

Respecto a la declaración del colaborador eficaz indica que, si bien, conforme al artículo 476-A del Código Procesal Penal, dicha declaración es un testimonio, no obstante, la referida norma procesal, también establece que la misma será presentada como testimonio si es que el fiscal así lo requiera. Añade además, que si el fiscal lo cree conveniente, el colaborador declarará en juicio oral.

Y por último el representante del Ministerio Público señala que la pena probable supera los 4 años establece el artículo 268 del Código Procesal Penal, y que en el presente caso si existe peligro de fuga ya que el imputado no cuenta con arraigo laboral por el cargo que desempeña en la Federación Peruana de Futbol, asimismo la pertenencia a una organización criminal es un elemento de peligro procesal por mandato de ley. También existiría peligro de obstaculización, el cual no solo se materializa en amenazas, sino, también a través del uso del poder que ejerce la organización criminal “los Wachiturros de Tuman”.

La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, señala en cuanto a la nulidad procesal que la misma se declarará siempre y cuando produzca un efectivo perjuicio, cierto e irreparable o una efectiva indefensión, situación que no se da en el presente caso, toda vez que contra el imputado Edwin Oviedo Pichotito se dictó Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria y Declaratoria de Complejidad de la Investigación por los delitos de

Asociación ilícita para Delinquir en agravio del Estado, por Homicidio Calificado en agravio de Percy Farro Witte y Manuel Rimarachin Cascos, Fraude de la Persona jurídica en agravio de la EAI, Delito de Cohecho Pasivo Propio, Delito de Peculado en agravio del Estado, y delito de Encumbramiento real en agravio del Estado; disposición en la que se reserva el pedido de prisión preventiva hasta la verificación de los presupuestos procesales establecidos en el artículo 268 del Código Procesal Penal. En ese sentido, la causa seguida contra Edwin Oviedo Pichotito no ha sido desacomulada, por lo que la prisión preventiva resulta válida con relación a los delitos de Asociación Ilícita para Delinquir, y los homicidios calificados, en la medida que exista la formalización antes mencionada; resultando, además, que la desacomulación no implica iniciar nuevos procesos, tratándose solo de una separación de Carpetas efectuadas a pedido del titular de la acción penal.

Señala además la Sala, respecto a las declaraciones de los colaboradores eficaces, que los mismos mantiene su validez en el proceso, toda que se ha observado las formalidades que la norma procesal exige, esto es, que hayan sido corroborados con elementos de convicción de carácter externo a este; siendo que es en otro escenario, distinto al debate del requerimiento de prisión preventiva, donde se puede dilucidar la forma de incorporación del acta que contiene la declaración o testimonio del colaborador, es decir que tiene que ser discutido en la etapa permitente. Asimismo, sostiene que la imputación contra el imputado no solo descansa en las declaraciones de los colaboradores, por lo contrario, se cuenta con corroboraciones externas que resultan ser suficientes para generar una sospecha grave. De esta manera, dichos elementos de convicción configuran el primer presupuesto que hace mención el artículo 268 del Código Procesal Penal, pues determinan la existencia de graves y fundados elementos de convicción que acreditan los hechos punibles objetos de investigación y su vinculación con el investigado Edwin Oviedo Pichotito.

Por último, señala que también se cumpliría con los demás requisitos del artículo 268 del Código Procesal Penal, pues al sancionarse la Asociación ilícita con una pena no menor de 8 años y el Homicidio calificado con una pena no menor de 15 años, por lo tanto se advierte que la pena a imponerse supera los 4 años de pena privativa de libertad. Asimismo, al no contar el imputado con un arraigo laboral por su trabajo en la Federación Peruana de Fútbol y atendiendo a su capacidad económica, existe la posibilidad de evadirse de la justicia; como también se ha acreditado el peligro de obstaculización pues debido a los graves y fundados elementos de convicción que vinculan a Edwin Oviedo Pichotito con los delitos investigados, figura el acercamiento de sus allegados a los testigos y familiares de los agraviados, lo que deja invicto la posibilidad de influir en un comportamiento desleal o reticente con la justicia o motivar un testimonio falso.

En ese sentido, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirma la decisión contenida en la Resolución N°02 de fecha 06 de diciembre del 2018, emitida por el Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo declaro fundado en parte la prisión preventiva formulada por la Fiscalía Especializada Contra el Crimen Organizado, contra Edwin Oviedo Pichotito, toda vez, que considera que se cumplieron con todos los requisitos para dictar el mandato de prisión preventiva.

b) ANÁLISIS CRÍTICOS

Para la Sala Penal el hecho de que las declaraciones de los colaboradores hayan sido corroboradas con otros elementos de convicción es razón suficiente para dotar de eficacia y validez a su utilización como elemento de convicción para el requerimiento de una prisión preventiva, pues la norma procesal (artículo 158 inciso 2 del Código Procesal Penal) solo exige que dicha declaración sea corroborado con otros elementos de convicción.

No obstante, discrepamos con tal razonamiento debido a que constituye una interpretación literal de la norma procesal por parte de la Sala Penal ya que no realizó un análisis en cuanto al traslado e incorporación de tales declaraciones al proceso penal común, lo cual es un requisito esencial antes de valorar el grado de sospecha que estos podrían aportar al proceso, pues, para que un elemento de convicción, como tal, pueda generar una sospecha grave, tiene que ser lícitos, es decir, que solo se podrá generar una sospecha grave aquellos elementos de convicción que hayan sido obtenidos o incorporados al proceso sin la vulneración de Derechos Fundamentales o Garantías Procesales, ya que de lo contrario los mismos no podrían ser valorados en el proceso y por ende no podrían generar algún tipo de sospecha.

En ese sentido, si la Sala Penal de Apelaciones hubiese realizado un análisis en cuanto a que las declaraciones de los colaboradores eficaces habrían sido trasladados del Proceso de Colaboración Eficaz (en el cual no existe contradictorio), además que, conforme señala la parte apelante, que su incorporación al proceso común se dio como un documento y como una testimonial, esto al introducir el acta que contiene la transcripción de las declaraciones de los colaboradores eficaces, advertirían que nos encontraríamos ante un medio probatorio que ha sido obtenido sin el ejercicio del contradictorio y que su incorporación al proceso no se realizó de la forma debida pues se estaría alterando la naturaleza de la fuente de prueba testifical. Por consiguiente dicha declaración no habría sido obtenida e incorporada al proceso penal respetando las Garantías Construccionales, careciendo de suficiencia probatoria para ser considerado como los graves y fundados elementos de convicción que permita sustentar una prisión preventiva en el presente caso.

En el presente caso, la Sala Penal sostuvo que en la Prisión Preventiva no se discute la validez de medios de pruebas, sino, la existencia de un peligro procesal que ponga en afecta el desarrollo del proceso penal, por lo que los cuestionamientos realizados por el apelante

deberían de ventilarse en la etapa procesal correspondiente, esto haciendo referencia al juicio oral.

Conviene señalar, en virtud a este último párrafo, que si bien los cuestionamientos y tachas de medios probatorios se realizan en instancias determinadas (Audiencia de Acusación y/o Juicio Oral), no obstante, la pretensión de la defensa de Edwin Oviedo Pichotito, no está dirigido a que se excluya o se tache las declaraciones de los colaboradores eficaces como medios de pruebas, sino, del análisis del caso se advierte que su pretensión era que dichas declaraciones no sean considerados como elementos del convicción sobre el cual se sustente una prisión preventiva, debido a que su utilización en el proceso no es idónea. Dicha pretensión, contrario a los señalados por la Sala Penal, si podría haber sido ventilado en la audiencia de prisión preventiva ya que el juez antes de dictar la prisión preventiva tiene que analizar la validez de los elementos de convicción que sustentarán la aplicación de tal medida de coerción personal.

Por tal motivo discrepamos en parte el razonamiento adoptado en el presente caso, ya que, las declaraciones de los colaboradores eficaces (Colaborador Eficaz N°02-2015, Colaborador Eficaz N°03-2017 y Colaborador Eficaz N°12-2015) no cumplirían la condición de licitud que requieren los elementos de convicción para que puedan sustentar un prisión preventiva, no obstante, ello no quiere decir que la prisión preventiva no sea adoptado en el presente caso, toda vez, conforme se indica en la propia resolución analizada, no solo existen las declaraciones de los colaboradores, sino que además existen otros elementos de convicción los cuales son externos a las declaraciones de los colaboradores, es decir, que no fueron obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz, sino, dentro de la propia investigación que se le sigue contra Edwin Oviedo Pichotito; en ese sentido, tales elementos de convicción pueden sustentar la sospecha grave del imputado como autor del delito imputado así como el peligro procesal, requisitos materiales para la prisión preventiva.

Ahora bien, otro punto a resalta es el hecho que la defensa técnica sostiene que la declaración del colaborador eficaz N°012-2015 habría sido reconocidos como prueba anticipada dentro del proceso que se le sigue contra Edwin Oviedo Pichotito, por tal motivo se utilizó el acta que contiene la transcripción de la declaración para sustentar la prisión preventiva.

En cuanto a ello, se debe advertir que la declaración del colaborador eficaz no puede ser incorporada a otros procesos penales como prueba anticipada, esto debido a que le estaría otorgando la condición de prueba a algo que no lo es, ya que, si bien una declaración de un testigo se podría actuar anticipadamente antes del juicio oral, debido al peligro de pérdida de la fuente de prueba, no obstante, dicha declaración tendría que actuarse dentro del proceso penal común y en el desarrollo de una audiencia especial (audiencia de prueba anticipada) en el cual se ejercerán las mismas garantías procesales que existe en el juicio oral, sobre todo la contradicción e inmediatez. No obstante, además que el Proceso de Colaboración Eficaz se desarrolló en un proceso aparte al proceso penal, por ser independiente de este, el mismo no se desarrolló con el ejercicio de todas las garantías procesales, pues al ser reservado (participa solo el fiscal y el colaborador) no se ejercería el derecho de defensa ni mucho menos la garantía de procesal de la contradicción.

En ese sentido, no se podría otorgar la condición de prueba anticipada a la declaración del colaborador eficaz, pues el Proceso de Colaboración Eficaz no se equipara a la audiencia de prueba anticipada. De esta manera, el hecho que le haya reconocido tal condición a la declaración del colaborador eficaz N°012-2015, implicaría que dicha declaración ya no sea actuada nuevamente en juicio oral, lo cual afectaría el derecho de defensa del Edwin Oviedo Pichotito. Siendo en consecuencia que su incorporación es irregular y por ende no podría ser considerado como un elemento de convicción lícito dentro del proceso que se sigue contra Edwin Oviedo Pichotito.

Tras analizar el presente caso, observamos que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque se habría limitado a valorar la declaración de los colaboradores eficaz con base a lo regulado en el artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, en el cual permite su incorporación como prueba plenaria (documental) o como prueba anticipada, poniendo como requisito que los mismos sean corroborados con otros elemento de convicción para dotarle de eficacia probatoria a dichas declaraciones. No obstante, ello no resulta ser suficiente para su empleo en un proceso, puesto que para que un medio probatorio pueda ser empleado lícitamente en un proceso, el mismo tiene que haber sido incorporado con respeto a las normas procesales, Garantías Constitucionales y los Derechos Fundamentales. Situación que no se advierte en el presente caso, por lo cual discrepamos con el razonamiento de la Sala Penal respecto al empleo que se les dio a dichas declaraciones.

3.1.2. CASO B: RESOLUCIÓN N°03 – EXP. N°00046-2017-1-5201-JR-PE-0; SENTENCIA DE VISTA QUE SE SIGUE CONTRA CARLOS EUGENIO GARCÍA ALCÁZAR Y OTROS POR EL DELITO DE TRÁFICOS DE INFLUENCIA Y OTROS, EMITIDO POR LA SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COLEGIADO A.

a) RESUMEN DEL CASO

Mediante Requerimiento de fecha 26 de diciembre del 2017, el representante del Ministerio Público solicitó la detención preliminar por el plazo de 10 días contra Carlos Eugenio García Alcázar, Félix Erdulfo Málaga Torres y otros, toda vez, que el investigado García Alcázar, en calidad de Asesor II del Despacho Viceministerial de Transporte y Comunicaciones, habría ofrecido al investigado Rodolfo Edgardo Preilé de la Peña, quien actuaba como intermediario del grupo de representante de la empresas miembros de “El Club”, interceder ante funcionarios públicos del Ministerio de Transporte y Comunicaciones a cargo de los procesos

de selección convocados por Provias Nacional, a cambio de recibir el 2,9% del Valor de la obra que fuera adjudicada; lo que habría sucedido entre los años 2011-2014. Asimismo, su accionar estuvo dirigido a construir empresas con apariencia de legalidad a partir de la utilización de personas jurídicas con supuesta actividad económica, tales como; Granja Juan Diego S.A.C. y Agronegocios Procam S.A.C., que habría servido como vehículo para hacer ingresar los montos ilícitamente pagados por la influencia en los procesos de licitación ante Provias Nacional. Mientras que, en relación al investigado Málaga Torres, quien en calidad de representante de Málaga Hermanos Constructora, habría determinado la resolución criminal de García Alcázar a interceder ante los Funcionarios públicos de Provias Nacional para la adjudicación de obras públicas. Tales hechos advierten la existencia del delito de tráfico de influencias y otros.

Es así que, mediante Resolución N°05 de fecha 06 de enero del 2018, se declara Fundado el Requerimiento de Detención preliminar solicitado por el representante del Ministerio Público, ya que, existen diferentes elementos de convicción surgidos de los actos de corroboración de la información proporcionada por el Colaborador Eficaz N°06-2007, que señala el modo y forma en que los investigados habrían realizado la comisión de los actos ilícitos. Asimismo, de acuerdo a la condición económica de los investigados y el registro de sus movimientos migratorios, existía un peligro procesal. Por tales razones se dicta detección preliminar.

No obstante, la defensa de Carlos Eugenio García Alcázar apela dicha resolución manifestando que habría un error de motivación toda vez que no existiría un peligro de fuga en el presente caso, ya que existe un arraigo familiar. Asimismo que el investigado no tenía conocimiento que le estaban investigando por los delitos imputados, por lo que resulta ilógico que sostener la posibilidad que se sustraiga de la investigación.

Por su parte, la defensa de Félix Erdulfo Málaga Torres también apela la resolución indicando, en primer lugar, que se habría utilizado una

prueba irregular la declaración del Colaborador Eficaz N°06-2017 ya que no habría sido trasladado del Proceso Colaboración Eficaz a través del medio de prueba testifical, el cual, además, no fue corroborado dentro con otros elementos de convicción. En segundo lugar, señala que para que proceda la detención preliminar se requiere sospecha grave, debido a que se está privado de la libertad personal; sin embargo en el presente caso, solo se tiene como único elemento de convicción a la declaración de un colaborador eficaz, el mismo que no es prueba toda vez que ha sido obtenido sin ejercicio de contradicción (sin contradicción no hay pruebas). Asimismo, tampoco se habría aclarado si dicha declaración fue presentada como documento o testimonial, ya que, para que pueda ser valorado tiene que ser incorporado como testimonial a fin de evitar abusos, sin embargo, en el presente caso, la fiscalía lo trata como un documento a la declaración del Colaborador Eficaz, lo cual es ilegal.

En cuanto a la pronunciación del Ministerio Público respecto a la apelación de la defensa de Carlos Eugenio García Alcázar sostiene que el presente caso se trata de una organización criminal que ha operado para obtener licitaciones públicas, por tal motivo debe de analizar en qué medida la masa patrimonial que obtenga le puede favorecer para fugarse del país. En ese sentido, atendiendo a lo antes referido, existe una probabilidad de fuga del investigado. Asimismo, respecto a la apelación de la defensa de Félix Erdulfo Málaga Torres sostiene que el Procedimiento de Colaboración Eficaz, a través del cual un colaborador brinda información valiosa que es corroborada, constituye un procedimiento especial y mientras no sea declarado inconstitucional debe ser asumido como legal. Por otro lado, de la regulación legal del Procedimiento de Colaboración Eficaz, se advierte que no existe obligación del fiscal de trasladar la prueba porque no encontramos ante un proceso excepcional de prueba anticipada o un supuesto de prueba plenaria.

Ahora bien, la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Colegiado A, sostiene que en el presente caso existen razones plausibles para considerar que los investigados han participado en la comisión de los delitos de tráfico de influencias y asociación ilícita para delinquir, y así como la participación del investigado García Alcázar en el delito de lavado de activos, toda vez que la detención preliminar, requiere como primer presupuesto, razones plausibles de la existencia de un delito, lo que lo diferencia de la prisión preventiva en donde requiere graves y fundados elementos de convicción que permitan determinar la realización del delito y la vinculación del imputado en él. En tal sentido, en el presente caso aparecen razones plausibles para privar de la libertad a los investigados por breve términos.

Asimismo, respecto a la utilización de la declaración del colaborador eficaz, advierte la Sala que nuestro sistema jurídico habilita al Ministerio Público el poder hacer uso, de todo o parte, de las declaraciones de los colaboradores eficaces así como los demás elementos de convicción recogidos como consecuencias de las diligencias de corroboración de la información brindada por el colaborador, a fin de solicitar medidas coercitivas. Siendo que las garantías del traslado y utilización de la declaración del colaborador serán de acuerdo a la etapa del proceso penal. Por tal motivo lo indicado por la defensa de Félix Erdulfo Málaga Torres carece de sustento.

Por último, señala que el peligro de fuga en el presente caso es latente, por lo que resulta necesario la detención preliminar de los investigados a fin de poder llevar a cabo las diligencias urgentes e inaplazables y evitar la ocultación, destrucción o borrado de evidencias o elementos de convicción que permita al esclarecimiento de los hechos denunciados.

En tal sentido, la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Colegiado A resuelve confirmar la Resolución N°03 de fecha 05 de enero del 2018, en el cual declara

fundado el requerimiento de detención preliminar por un plazo máximo de diez días, toda vez, que la resolución impugnada fue emitida conforme a ley.

b) ANALISIS CRÍTICO

El presente caso si bien no trata respecto a la imposición de una prisión preventiva, no obstante, resulta importante analizarlo en la medida que se pone en cuestionamiento la eficacia que tiene la declaración del colaborador eficaz a efectos que poder dictar el mandato de detención preliminar contra una determinada persona, la cual, al igual que la prisión preventiva, es una medida coercitiva pero menos gravosa y por lo que no requiere los mismos presupuestos.

Al respecto, en el presente caso la Sala Penal no realiza una análisis a profundidad de los fundamentos sostenido por la defensa técnica en el cual hace notar la indebida introducción de la declaración de colaborador eficaz al proceso penal, pues, sostiene, que dicha declaración se incorporó como documento (medio probatorio documental) y no como una testimonial, lo cual es el medio probatorio idóneo. En ese sentido, nos advierte que la utilización de la declaración del colaborador sería ilegal toda vez que se le estaría introduciendo a un proceso a través de un medio de prueba que no es idóneo.

Lo afirmado por la defensa técnica, se sintetiza en lo que se refiere a la introducción de las fuentes de pruebas, pues, una fuente de prueba es introducida a un proceso a través del medio de prueba que es el más adecuado de acuerdo a su naturaleza. En ese sentido, la incorporación de la fuente de prueba por un medio que no le es propio, tal como nos lo presenta la defensa técnica de Félix Erdulfo Málaga Torres, implicaría la afectación al derecho de defensa, pues, no permitiría un adecuado ejercicio del contradictorio.

Es así que, si bien lo afirmado por la defensa técnica tiene sustento legal, no obstante debemos advertir que dicha postura no ha valorado el

momento procesal en el cual se emplea la declaración del colaborador eficaz y la forma en cómo se utilizó dentro del proceso penal para el requerimiento de detención preliminar, pues conforme se logra observar en los antecedentes del caso, se advierte que la declaración del colaborador eficaz fue utilizado como fuente de prueba del cual se ha obtenidos elementos de convicción que permitieron ordenar el mandato de detención preliminar contra los imputados, esto a inicios del proceso penal.

En ese sentido, se puede advertir que en el presente caso la declaración del colaborador eficaz no es empleado como un elemento de convicción para requerir la privación de la libertad de una determinada persona, sino que el mismo es utilizado como una noticia criminal que permitió iniciar una investigación. Por lo tanto su incorporación como documento no es contraria a las garantías constitucionales.

Entonces, es correcto el razonamiento del *Ad quem* en el presente caso al permitir su utilización en la detención preliminar ya que a diferencia de la prisión preventiva, el cual se requiere que los elementos de convicción generen una sospecha grave de que el imputado es autor o participe del delito que se le imputa, en la detención preliminar solo requiere razones plausibles para su imposición, en otras palabras, la detención preliminar operar ante la existencia de razones que permita inferir que se ha realizado un hecho delictivo y la identificación de su responsable. Por tal motivo dicha medida coercitiva puede dictarse incluso con la denuncia y demás elementos de convicción que lo acompaña y que lo dotan de cierta veracidad a su narración, siempre y cuando, permita dar razones plausibles de que una determinada persona ha cometido un hecho delictivo y exista el peligro de ausentarse de la investigación.

Por lo tanto, podemos inferir, que si la declaración del colaborador eficaz fuese introducida como una denuncia al proceso penal común, en consecuencia si podría sustentar una detención preliminar, toda vez, que al ser presentada como denuncia, acompañada con los elementos de

convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz, le otorgaría cierta relevancia a los hechos que denuncia, los cuales necesariamente tendrían ser investigados, por lo que el representante del Ministerio Público, quien tiene la carga de la prueba, tendría que realizar las diligencias urgentes e inaplazables para poder recabar elementos de convicción, siendo esto el fundamento de la detención preliminar como media de coerción.

No obstante, diferente es el hecho de que la declaración del colaborador pueda ser utilizado para solicitar una prisión preventiva o un sentencia, toda vez, que su actuación en esas etapas del proceso penal implica la existencia, no de razones plausibles, sino, de una sospecha grave (prisión preventiva) o una certeza (sentencia) de la realización de los hecho y la actuación del imputado, los cuales solo pueden obtenerse a través medios de pruebas idóneos que tengan condiciones para que poder ser evaluadas en el juicio oral, condición que la declaración del colaborador no tiene pues para que genere algún grado de sospecha en contra del imputado en el proceso penal (sospecha grave o certeza) implicaría que el dicha declaración sea utilizado, ya no como noticia criminal, sino como medio probatorio testifical. Es así que incorporar la declaración del colaborador eficaz como medio probatorio documental al proceso penal común se estaría alterando su naturaleza testifical, siendo esto una incorporación ilegal conforme sostiene la defensa.

En ese sentido, debemos señalar que no se está cuestionando el razonamiento realizado por la defensa técnica respecto a la incorporación de la declaración del colaborador eficaz, toda vez que su posición, como bien se señaló, tiene sustento legal, no obstante, debido al tipo de medida coercitiva (el cual es menos gravosa que la prisión preventiva) y el momento procesal en el que se solicitó dicha declaración si pudo utilizarse. Por tal motivo, concordamos con el razonamiento realizado por la Sala Penal.

En conclusión del análisis del presente caso, se advierte que la utilización de la declaración del colaborador eficaz es válida en la medida que, como fuente de prueba, su declaración puede ser presentada como denuncia y de allí realizar actos de investigación urgentes e inaplazables a fin de salvaguardar otras fuentes de pruebas.

3.1.3. CASO C: RESOLUCIÓN N°12 – EXP. 00075-2017-3-5001-JR-PE-03; SENTENCIA DE VISTA DE LA INVESTIGACIÓN QUE SE SIGUE CONTRA FÉLIX MANUEL MORENO CABALLERO POR EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS, EMITIDO POR LA PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL.

a) RESUMEN DEL CASO

En el presente caso, según la tesis del Ministerio Público, se le atribuye a Félix Manuel Moreno Caballero, que entre los años 2012 al 2015, cuando era presidente del Gobierno Regional del Callao, habría acordado con ejecutivos del Grupo ODERECHT beneficiar a la dicha empresa en la licitación de la obra “Construcción de la Vía Costa Verde-Tramo Callao”, esto al modificar las cláusula de las bases con la finalidad de restringir la participación de los competidores y así lograr la buena pro; solicitando a cambio un ventaja dineraria indebida ascendente a US\$. 4'000,000.00 dólares los cuales deberían ser repartidos en dos porcentajes, requiriendo para sí el 60% (US\$. 2'400,000.00 Dólares) y el 40% (US\$. 1'600,000.00 Dólares) deberían ser entregado a Gil Shavit, quien habría prestado colaboración necesaria para arribar en el acuerdo, así como abrir una cuenta en un paraíso fiscal de nombre de la empresa offshore Cardiff International Ltd. la cual fue constituida para dichos fines. Asimismo, se postula que Félix Moreno habría dirigido el dinero producto del acto de corrupción al pago de servicios de consultoría para su campaña política de reelección para el Gobierno Regional del Callao, la cual debería haberse realizado en forma de entrega en efectivo, sin utilizar el sistema financiero y sin haber declarado ante el jurado Nacional

de Lecciones, evitando de esta manera la identificación del origen ilícito de los fondos recibidos producto de una actividad delictiva previa.

Ahora bien, mediante Resolución N° 03 de fecha 08 de abril del 2017 el *A quo* del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, declara la Prisión Preventiva contra el imputado Félix Manuel Moreno Caballero por el delito de Lavado de Activos y Tráfico de Influencia en agravio del Estado, debido a que se habría acreditado la existencia de graves y fundados elementos de convicción que vincularían al imputado con los delitos imputados y la existencia de un peligro de obstaculización debido a las amenazas que habría realizado el imputado en contra de los testigos.

Al respecto, la defensa de Félix Manuel Moreno Caballero apela la mencionada resolución, ya que, el caso materia de análisis presenta ausencia de graves y fundados elementos de convicción, esto debido a que el *A quo* habría violado el artículo 152.2 del Código Procesal Penal y Casación N°626-2013 el cual exige que los elementos de convicción deben ser corroborados a fin de dotarle de fiabilidad. Asimismo, que de los 34 elementos de convicción presentado por el Ministerio Público para requerir la prisión preventiva, solo dos tiene vinculación directa con los hechos objetos de investigación, siendo estos las declaraciones del Colaborador Eficaz N°03-2016 y Gil Shavit (quien también es un colaborador eficaz); los cuales no cumplirían el presupuesto de la prisión preventiva, además que los mismos tampoco fueron corroborados, no pudiendo ser corroborado la uno con la otra.

La defensa también sostiene que el Ministerio Público omitió realizar ciertas diligencias necesarias para obtener elementos de descargos, así como, que se habría inobservado el procedimiento regulado en el Decreto Legislativo N°1301 y Decreto Supremo N°07-2017-JUS para la declaración del Colaborador Eficaz N°03-2016 y de Gil Shavit al no haber acompañado la decisión debidamente motivada mediante la cual se da inicio al Proceso de Colaboración Eficaz, como es el caso de no haber

cumplido con el trámite previsto para la fase de calificación como es la asignación de clave para Gil Shavit, tampoco habría convenio preparatorio de colaboración eficaz para ambos mencionados pasando a abordar la fase de corroboración considerada indispensable para dicho proceso.

Por último, sostiene que tampoco se habría cumplido con el requisito de peligro procesal, toda vez, que la fiscalía al formular su requerimiento de prisión preventiva no señaló que Félix Manuel Moreno Caballero hubiere amenazado o intimidado a Gil Shavit o alguna otra persona en concreta. Asimismo, de los elementos de convicción tampoco podría individualizarse al imputado como autor de las amenazas.

Por su parte el Representante del Ministerio Público, contrario a lo que sostiene la defensa técnica, indica que en el presente caso si se habría cumplido con el requisito de graves y fundados elementos de convicción, toda vez que se cuenta con impresiones de correo electrónico del 11 de marzo del 2014 en el que se hace referencia al pago de US\$200.000.00 Dólares en cinco cuentas a Tumaine, a la vez el extracto bancario de la cuenta Paulistinh que vincula al pago aludido, así como las declaraciones de los colaboradores eficaces, N°03-2016, Gil Shavit y la declaración de María Lucia Guimares Tavares, el Acta de búsqueda de información y la diligencia de allanamiento; los cuales vincularían al investigado como autor de los hechos imputados.

Sostiene además, que también se habría cumplido con el procedimiento de colaborador eficaz, sin embargo la defensa no valoró que dicho proceso es autónomo y reservado, siendo por lo tanto que los elementos de convicción allí acopiados pueden ser utilizados en otros procesos derivados y conexos para poder requerir medidas limitativas de derechos o medidas de coerción, pudiendo emplearse también la declaración del colaborador; sin embargo, la defensa solicita que la corroboración se debe de haber realizado después de celebrarse el acuerdo, obviando de esta manera su autonomía.

Por ultimo señala que el comportamiento del investigado en otros procesos advierte la existencia de un testigo amenazado (aparte de Gil Shavit), asimismo que el Fiscal responsable del caso en primera instancia también habría sido amenazado lo cual constituye una clara perturbación u obstrucción a la actividad probatoria.

En ese sentido, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, respecto al primer cuestionamiento del Apelante, en cuanto a la inobservancia del artículo 158 inciso 2 del Código Procesal Penal y Casación N°626-2013, sostiene que si bien el *A quo* al emitir la Resolución N°03 habría cumplido con el justificar el sentido de su decisión, no obstante, ello no lo realizó con plena objetividad y rigurosidad respecto a la valoración de los elementos de convicción, los cuales no tiene un estado de fiabilidad y aporte como para poder imponer la medida cautelar.

Respecto a que las declaraciones de los colaboradores eficaces N°03-2016 y Gil Shavit como único elementos de convicción que tendrían vinculación directa con el presente caso, advierte la Sala que el fiscal habría presentado 34 elementos de convicción; sin embargo, si bien algunos de los mismos pueden constituir indicios en el presente caso, no obstante, no resultan ser suficientes para poder acreditar la prisión preventiva; siendo que las declaraciones de los colaboradores eficaz, para que puedan ser tomados en consideración deberían ser sometidos a juicio de fiabilidad (artículo 158 del Código Procesal Penal), esto es, ser corroborados con otros elementos de convicción; por lo que al no cumplir con tal resquito dichas declaraciones no tendrían suficiencia probatoria ni fiabilidad en el presente caso. En ese sentido, no se contaría con elementos de convicción que vinculen a Moreno Caballero como autor de los delitos imputados, toda vez, que esta medida exige elementos objetivos y concretos del vínculo entre el imputado y el delito cometido.

En cuanto a la inactividad fiscal, la Sala señala que la defensa legítimamente cuestiona la omisión de la actuación de diligencias que

resultan necesarias en el presente caso, a fin de corroborar la información de brindada por los colaboradores eficaces. En ese sentido, agrega que estando a pocos meses de formalizada la investigación preparatoria, el Ministerio Público se encuentra en cumplimiento de sus facultades previstas en el artículo 377 inciso 1 del Código Procesal Penal, es decir, que su intervención se transcribe en regular la actuación investigativa, mas no en solicitar la media cautelar personal en cuestión, sobreviniendo la misma en prematura por no existir elementos de convicción suficiente para limitar la libertad personal del imputado.

Por otro lado, respecto al incumpliendo del procedimiento regulado en el Decreto Legislativo N°1301 y Decreto Supremo N°007-2017-JUS para la declaración de los colaboradores eficaces, advierte la Sala que si bien se habría formado dos Carpetas de Colaboración Eficaz (referente al Colaborador N°03-2016 y Gil Shavit), los cuales aún no se encontrarían concluidos, no obstante según el Decreto Supremo N°007-2017-JUS, estos ya tendrían la condición de colaboradores eficaces, por tal motivo, conforme al Artículo 481-A del Código Procesal Penal, sus declaraciones puede ser utilizado en otro proceso, siempre que sea corroborado con otros elementos de convicción objetivos a fin de poder adoptar una medida coercitiva de carácter personal. Situación que el presente caso no ha cumplido el Ministerio Público, pues, no existen actos de investigación concretos que permita corroborar su información. Por tal razón, si bien de las declaraciones de los colaboradores eficaces, pudiera existir la posibilidad que los hechos que han narrado hayan acontecidos, sin embargo, estos no califican como sospecha grave debido (alto nivel de probabilidad) por no haber sido corroborado.

Por último, sostiene la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional que en el presente caso no se encuentra acreditado el requisito de peligro procesal, esto referente al peligro de obstaculización, ya que, la Fiscalía no ha acreditado que la persona quien haya enviado los mensajes amenazantes fue Félix Manuel Moreno Caballero o algún tercero por

orden del antes mencionado. En tal sentido al no haber elemento de convicción que permita establecer que exista un peligro de obstaculización el mismo como presupuesto procesal no se habría cumplido.

En consecuencia al ser evidente que no concurren los requisitos para la prisión preventiva, la imposición de la misma deviene en arbitraria, por tal razón la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional revoca la decisión adoptada por el *A quo* e impone al imputado como medida coercitiva la comparecencia con restricciones.

Cabe mencionar que de la resolución analizada, también existe el voto singular realizado por el Magistrado Rómulo Carcausto Calla, quien está de acuerdo con la decisión adoptada por el colegiado Superior, toda vez, que al no existir elemento de convicción que corroboren las afirmaciones fácticas realizadas por los colaboradores, dichas afirmaciones no tendrían base probatoria, es decir no tendrían la intensidad vinculante que requiere la prisión preventiva (sospecha grave), asimismo, que la amenaza contra el colaborador no ha sido incorporada formalmente por parte del Ministerio Público como peligro de obstaculización en su requerimiento de prisión preventiva, además que tampoco existe base probatoria que lo sustente. Por tal motivo el Juez Rómulo Carcausto Calla comparte la decisión adoptada por en la presente resolución.

Por otro lado también obra el voto discordante de la Juez Condori Fernández quien sostiene todo lo contrario, pues, indica que las declaraciones de los colaboradores eficaces, en el presente caso, se encuentran corroborados con los elemento de convicción que alega el representante del Ministerio Público, por tal razón los mismos brindan información relevante respecto a la vinculación del imputado como autor de los delitos que se le imputan, así como acreditar el peligro procesal sustentado por el *A quo*. En tal sentido, el Juez Condori Fernández

sostiene que debería conformarse la prisión preventiva pues se habría cumplido con todos los requisitos de la prisión preventiva.

b) ANÁLISIS CRÍTICO

En el presente caso, observamos que la jurisprudencia peruana sigue limitándose a declarar la validez de la utilización de la declaración del colaborador eficaz con base a la corroboración que se ha realizado con otros elementos de convicción objetivos, toda vez que, en este caso, si bien observamos que la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional ha cuestionado la suficiencia probatoria de las declaraciones de los colaboradores eficaces N°03-2016 y Gil Shavit a efectos de dictar la prisión preventiva, no obstante dicha conclusión se llegó debido a que la declaración del colaborador eficaz no habría sido debidamente corroborada.

Ahora bien, no negamos que la corroboración sea un requisito necesario e incluso podría decirse que vital para otorgar suficiencia probatoria a los medios probatorios de carácter personal como es el caso de las declaraciones en general (en el cual se incluye la declaración del colaborador eficaz), ya que, de no ser así, dichas declaraciones devendrían solo en meras sindicaciones realizadas. No obstante, para que se pueda realizar dicha corroboración es necesario que el medio probatorio a corroborar (en este caso la declaración del colaborador eficaz), tiene que ser obtenido e incorporado en el proceso de forma lícita y regular, es decir, que en su incorporación se haya respetado la forma legal establecida y las garantías constitucionales, ya que, de lo contrario su utilización en el proceso sería irregular, afectando de esta manera todo el proceso penal desde el momento de su actuación, pues se estaría utilizando un medio probatorio que carecería de suficiencia probatoria.

En caso materia de estudio, la incorporación válida de la declaración del colaborador eficaz no ha sido evaluado, pues, la Sala Penal se limitó a legitimar su utilización de acuerdo a lo contenido en el artículo 481-A del

Código Procesal Penal, en el cual permite al Fiscal el poder utilizar la declaración del colaborador a fin de solicitar la imposición de medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas (como es el caso de la prisión preventiva), es decir, que para la Sala Penal mientras dicha utilización se encuentre regulado en el Código Procesal Penal, el mismo es lícito y por ende legítima, requiriendo solo que la declaración sea corroborado con otros elementos de convicción a fin de dotarle se suficiencia probatoria conforme al artículo 158 inciso 2 del Código Procesal Penal.

Dicho razonamiento, si bien es válido, no obstante, no resulta ser suficiente; pues, para una figura procesal sea lícita y legítima, no solo basta su regulación en el Código Procesal Penal o cualquier otro cuerpo adjetivo (norma procesal), sino, lo que realmente resulta necesario es que dicha figura, al realizar una interpretación sistemática, su regulación no debe de contraponerse o colisionar con otras normas legales o constitucionales, pues de lo contrario existiría un conflicto de leyes.

Al respecto, la utilización de la declaración del colaborador eficaz, conforme se encuentra regulado en los artículo 476-A, 481 y 481-A del Código Procesal Penal, colisiona directamente con la Ley N°30077-Ley Contra el Crimen Organizado, pues dicha ley solo permite el traslado de medios probatorios que han sido admitidos y actuados a nivel judicial; sin embargo, la declaración del colaborador eficaz es obtenido dentro de un proceso en el cual no existe el contradictorio ni actuación de medios probatorios. Por lo tanto, conforme se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico la declaración del colaborador eficaz no puede ser trasladado; siendo su incorporación al proceso penal ilegítima por contradecir el ordenamiento jurídico, careciendo, por ende, de suficiencia probatoria para poder dictar una prisión preventiva pues el mismo no podría ser considerado como un elemento de convicción lícito.

En ese sentido, no solo basta que la declaración del colaborador eficaz sea corroborada con otros elementos de convicción para que

pueda tener suficiencia probatoria en proceso penal común y poder dictar una prisión preventiva, sino que también es necesario que su traslado e incorporación al proceso penal común no colisione con el ordenamiento jurídico esto con la finalidad de que pueda ser considerado como medio probatorio idóneo que permita generar una sospecha fuerte de que el imputado ha sido autor del delito imputado; condición que debió también ser evaluado por parte del por parte de la Sala al momento de emitir un pronunciamiento en cuanto a la prisión preventiva ya que como se advirtió anteriormente la declaración del colaborador eficaz no cumple con tal condición.

En conclusión, podemos sostener La Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional no debió solo de reconocer la suficiencia probatoria de los colaboradores eficaces con base a que los mismos hayan sido corroborados con otros elemento de convicción sino que debió de haber analizado que el traslado e incorporación de la declaración del colaborador eficaz respete el ordenamiento jurídico a fin de su incorporación sea lícita y regular, y por ende, poder ser utilizado dentro del proceso penal para poder requerir una prisión preventiva.

3.1.4. CASO D: RESOLUCIÓN N°03 - EXP. 00046-2017-2-5201-JR-PE-01; SENTENCIA DE VISTA DE LA INVESTIGACIÓN QUE SE SIGUE CONTRA CARLOS EUGENIO GARCÍA ALCÁZAR Y OTROS, POR EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y OTROS, EMITIDA POR LA SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS-COLEGIADO A.

a) ANTECEDENTES DEL CASO

Mediante Requerimiento de fecha 11 de enero del año 2017 la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios- Equipo Especial solicitó la prisión preventiva

contra Carlos Eugenio García Alcázar por el delito de tráfico de influencia, Lavado de Activos y Organización Criminal; Rodolfo Edgardo Prialé de la Peña por el delito de Tráfico de Influencias, en calidad de instigador, Lavado de Activos y Organización Criminal; Elard Paul Alejandro Tejada Mocosó y Félix Erdulfo Málaga Torres por el delito de Tráfico de Influencias en calidad de instigadores y Organización Criminal; y contra Guillermo Reynoso Medina y Luis Humberto Prevoo Neira por el delito de Lavado de Activos. Ello en virtud a hechos estrechamente vinculados con la declaración del colaborador eficaz ofrecida como elemento de convicción, el cual gira en tres núcleos facticos: I) la concertación al margen de la ley por parte de empresarios del sector construcción con la finalidad de lograr la adjudicación de la buen pro de obras de construcción civil lícitas por el estado, mediando el pago ilícito del 2.92% del valor de las obras; II) la participación de un intermediario para que interceda en la esfera del Estado; III) la participación de un funcionario público con capacidad de asegurar los acuerdos y las licitaciones. Siendo que a tales imputaciones se le incorporado el delito de lavado de activos.

Al respecto, el Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria, a través del Resolución N°08 declara fundado el requerimiento de prisión preventiva, debido a que de los elementos de convicción ofrecidos y valorados debidamente generan convicción de que los imputados están vinculados con los delitos materia de investigación.

Contra dicha resolución la defensa técnica de los investigados interponen recurso de apelación sosteniendo respectivamente:

• **La Defensa de Rodolfo Prialé de la Peña y Humberto Prevoo Neira:** Se ha vulnerado el debido proceso por cuanto en la utilización de la declaración del colaborador eficaz N°006-2017 no se habría respetado las disposiciones relativas al Proceso de Colaboración Eficaz, debido a que dicha declaración aún se encontraba en el primera fase de tal proceso (Fase de Calificación), no obstante para que pueda ser utilizada se requiere que se encuentre en la cuarta fase. Asimismo, los elementos

de convicción provienen del Proceso de Colaboración Eficaz habrían sido indebidamente trasladado, ya que, no se habría cumplido con el procedimiento de prueba trasladada.

• **La Defensa de Carlos Eugenio García Alcázar:** No habría la existencia de graves y fundados elementos de convicción que permitan imponer la prisión preventiva, pues, la decisión de primera instancia se realizó basándose en las pruebas indiciarias que no fueron postulados por el Ministerio Público, ni habrían estado respaldado en los lineamientos jurisprudenciales establecidos en la Casación N°626-2013-Moquegua. Asimismo, en cuanto al delito de organización criminal no se habría respetado la aplicación temporal de la ley penal.

• **La Defensa de Rodolfo Prialé de la Peña:** La declaración del colaborador eficaz no habría sido corroborada en el Proceso de Colaboración Eficaz, por lo que no existen elementos de convicción que establezca la relación del imputado con los hechos que alega el Ministerio Público. Por último señala que el vínculo con Carlos García se debe a una amistad de muchos años, por lo que no puede ser tomado en consideración para determinar su incorporación a la organización criminal.

• **La Defensa de Luis Humberto Prevoo Neira:** Señala que se habría vulnerado el Principio de imputación necesaria y defensa pues del relato fáctico del Ministerio Público no se advierte una vinculación directa entre el imputado con el delito de lavado de activo, ya que, se trata de una simple sospecha respaldada por información pública, asimismo, incurre en error al sostener que las empresa del imputados constituyeron como empresas fachadas para lavar dinero. Respecto al peligro procesal señala que al haberse acreditado el arraigo familiar y laboral por parte del imputado, además el hecho de carecer de antecedentes penales y no existir una posibilidad de condena, implicaría que es no existe peligro procesal.

• **Defensa de Elard Tejada Moscoso:** Cuestiona la existencia de graves y fundados elementos de convicción, por cuanto, la motivación

como integrantes de una Organización Criminal es insuficientes y genérica, su condición de representante de la empresa Obrainsa no acredita formar parte de una organización criminal, las llamadas con Rodolfo Prialé de la Peña están fuera del periodo de investigación y con García Alcázar no guardan coherencia con la investigación. Además, el peligro de fuga se sustenta en sus movimientos migratorios sin ponderar otros factores que conforma el peligro de fuga.

• **Defensa de Félix Erdulfo Málaga Torres:** La incorporación del colaborador eficaz se realizó sin respetar el procedimiento legalmente establecido para ello, pues no cumpliría los requisitos establecidos para la prueba trasladada conforme al artículo 64 del Código Procesal Penal y la Ley N°30077 en su artículo 20. Asimismo, el incorporar la declaración del colaborador mediante su transcripción en acta, afectaría la presunción de inocencia, en tanto está conectada con la defensa eficaz y la prueba empleada en un proceso penal. Por último sostiene que existe una deficiencia en cuanto a la construcción de razonamiento indiciarios, así como la capacidad de ocultamiento no es un criterio para determinar el peligro procesal.

Al respecto, el representante del Ministerio Público se pronuncia en relación a las apelaciones de los imputados, sosteniendo que:

• **Respecto a los argumentos de García Alcázar:** La valoración por indicios refiere que un indicio por si solo es insuficiente, pues los indicios deben de concatenarse, en ese sentido, no se evalúa a los indicios de manera individual sino conjunta, contoneándolos con otros elementos incriminatorios. En relación a la afectación del principio de legalidad, respecto al delito de organización criminal, indica que el ilícito existe y que es el de Asociación ilícita u Organización Criminal, por lo que se mantiene incólume la existencia de la Organización Criminal. Por último, la Casación 626-2013-Moquegua, versa sobre los parámetros que debe seguir el juez para justificar los presupuestos de la prisión

preventiva, sin embargo no establece que el Ministerio Público debe tener la carga de la prueba por indicios.

•**Respecto a los argumentos de Prialé de la Peña:** La declaración del colaborador eficaz habría sido corroborada con otros elementos de convicción que vincularían a los imputados con los hechos que se le imputan, sobre todo respecto al tráfico de influencia.

•**Respecto a los argumentos de Tejada Moscoso:** La jueza de primera instancia no está asumiendo la tesis de que los actos ilícitos estaban restringido a un cierto periodo de tiempo, sino a su vinculación con la organización criminal. Asimismo, el movimiento migratorio del imputado indica objetivamente la facilidad del imputado de poder salida del país, por lo que resulta necesaria la imposición de la prisión preventiva en el presente caso.

•**Respecto a los argumentos de Málaga Torres:** El colaborador eficaz ha identificado al imputado (Málaga Torres) como representante de la organización criminal, siendo ello corroborado a través de indicios de las reuniones y coincidencia del imputado con los demás coimputados. Asimismo, no se valoró la capacidad de ocultamiento para dictar la prisión preventiva, sino también la gravedad de la pena, los movimientos migratorios y la capacidad adquisitiva.

•**Respecto a los argumentos de Prevoo Neira:** De acuerdo con el Código Procesal Penal se permite el uso de los elementos de corroboración obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz, así como la declaración del colaborador en otros procesos, para ello debe de observarse lo regulado en el artículo 45 del Reglamento del Proceso de Colaboración Eficaz, el cual permite el traslado de la declaración del colaborador de forma física o transcripción, por lo que no existe ninguna vulneración al debido proceso en cuanto a la incorporación de la transcripción de su declaración. Asimismo, se advierte que la defensa no comprende la naturaleza del delito de lavado de activo debido a que no se trata de un hecho aislado sino de un conjunto de actuaciones destinadas a una finalidad, ocultar activos de carácter ilícitos.

Ahora bien la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A, al advertir que las apelaciones se circunscribe en tres temas específicos, I) La posibilidad del uso de la información obtenida en el Proceso de Colaboración Eficaz para requerir medidas de coerción, II) El tratamiento de los indicios en medidas limitativas de derechos; y II) La alegada afectación del principio de legalidad penal en cuanto al delito de Organización Criminal; consideró pertinente abordarlos antes del analizar cada apelación en concreto.

Es así que, en cuanto al uso de la información obtenida en el Proceso de Colaboración Eficaz, sostiene la Sala que la misma se encuentra regulado tanto en el Código Procesal Penal (artículos 472 inciso 3, 476-A inciso 2 y 3, y 481-A) así como en el Decreto Supremo N°007-2017-JUS. Sin embargo, su utilización para fines cautelares solo se encuentra regulado en el 481-A del Código Procesal Penal y en el artículo 48 de Decreto citado. Siendo, que de tales dispositivos legales se advierte que, a) el uso de la información obtenido de dicho proceso esta ha potestad del fiscal el utilizarlo o no, b) es posible hacer uso de las diligencias de corroboración y la declaración del colaborador, y c) se debe se preservar la identidad del colaborador en caso que se decida hacer uso de su declaración. En ese sentido el uso de la información obtenida en el Proceso de Colaboración Eficaz no está sometido a exigencias preliminares o determinadas diligencias procedimentales.

Respecto al tratamiento de los indicios en las medidas limitativas de derechos señala que en nuestro ordenamiento jurídico no se admite que la prueba indiciaria constituye medio de prueba, sino, una actividad intelectual del juzgado; en ese sentido, corresponde a las partes acreditar el indicio o hecho base como elemento inicial para la realización del proceso inferencias que permita realizar la conexión o enlace lógico con el hecho inferido, siendo deber del juez valorar los hechos. Por tal motivo, la valoración de los hechos del proceso no constituye una vulneración a la congruencia procesal, conforme alegan los apelantes, pues, las partes

introducen el hecho y explican su significado, correspondiendo al juez el valorarlo como indicios.

Sobre la vulneración del Principio de legalidad penal respecto del delito de organización criminal, la Sala sostiene que al haberse formulado imputación contra los imputados por el delito organización criminal previsto en el artículo 317 del Código Penal. Implica la vulneración del Principio de Irretroactividad de la Ley, toda vez, que la artículo 317 del Código Penal habría sido modificado por el Decreto Legislativo N°1244 en 29 de octubre del 2016, sin embargo según la imputación fáctica se sostiene la existencia de una organización criminal de habría operado desde el año 2011 al 2014. No obstante, ello no es óbice para que no se evaluara en razón a los presupuestos de la prisión preventiva, pues, el artículo 317 del Código Penal hace referencia como conducta típica el “formar parte” o “integrar” una organización destinada en cometer delitos, conforme se aprecia de las modificaciones efectuada a tal artículo, durante los años 2007 y 2013, tiempo en que operaba la organización criminal.

Es así que, la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A, al examinar cada apelación en concreto, y teniendo presente los temas sobre los cuales versan, sostiene que dichas apelaciones deberían ser desestimadas, por cuanto existen elementos de convicción e indicios objetivos que vincularían a los imputados con los hechos que se le imputan; de esta manera descarta que la imposición de la prisión preventiva se base solamente en la declaración del colaborador eficaz.

Por otro lado, sostiene también que el peligro procesal se ha sustentado, no solo se, basó en los movimientos migratorios de los imputados, sino, que además la Jueza de primera instancia, también valoró el débil arraigo que presentaría los imputados, asimismo, su capacidad económica y el hecho de pertenecer a una organización

criminal, los cuales habrían quedado acreditados con los elementos de convicción presentados el Ministerio Público.

No obstante, caso contrario es la imputación realizada contra Félix Erdulfo Málaga Torres, ya que, el Ministerio Público no ha corroborado la sindicación efectuada por el colaborador eficaz contra su persona, toda vez, que no ha presentado elementos de convicción que permita establecer su vinculación con la Organización Criminal (no existe indicios en que haya participado en reuniones con los demás imputados). Asimismo, sostiene la Sala que el proceso comunicativo (llamadas) entre Málaga Torres y Prialé de la Peña no puede ser valorado como un elemento de convicción que pueda generar sospecha grave, pues no se habrían realizado actos de investigación que corrobore que dichas llamadas estén vinculadas a la organización criminal. Por último, sostiene la Sala que si bien se acreditado la existencia de un peligro procesal en el imputado, debido a que se encuentra ausente dentro del proceso, no obstante, al no haberse acreditado el primer presupuesto de la Prisión preventiva, el mismo no se podría imponer.

En consecuencia la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A, confirma la resolución de primera instancia, debido a que se habrían cumplido con los presupuestos procesales para la imposición de la Prisión preventiva. En cuanto al Imputado Félix Erdulfo Málaga Torres la Sala llega a la conclusión de que no se ha satisfecho el primer presupuesto de la prisión preventiva, por tal motivo revoca la decisión de primera instancia e impone al imputado la medida coercitiva de comparecencia con restricciones.

b) ANÁLISIS CRÍTICO

En cuanto a la problemática planteada debemos señalar, contrario a lo que sostiene la Sala Penal, que para la utilización de la declaración del colaborador eficaz en el proceso penal común si se requiere que dicha

declaración cumpla con una exigencia preliminar o procedimiento establecido, esto es que cumpla con el procedimiento para el traslado de pruebas, toda vez, que la declaración del colaborador eficaz se genera en el proceso de colaboración eficaz, el cual es un proceso autónomo al proceso común, por lo cual su incorporación tiene que cumplir con el procedimiento de traslado de medios probatorio de un proceso a otro.

Al respecto, tal como se refiere en los argumentos de la defensa técnica, el traslado de la declaración del colaborador eficaz N° 006-2017 no cumpliría con el procedimiento de establecido para el traslado de medios probatorios, conforme se encuentra regulado en el Artículo 20 de la Ley N°30077-Ley contra el Crimen Organizado. Esto es debido a que el artículo 20 de la Ley N° 30077 (el cual establece las pautas o requisitos para el traslado de pruebas) señala que solo se puede trasladar medios probatorios que haya sido admitido y actuado a nivel judicial, de esta manera se evitaría el traslado de cualquier material que no pudiera convertirse en prueba y de aquellos que podrían afectar el proceso penal.

Sin embargo, esta condición no cumple la declaración del colaborador eficaz pues en el Proceso de Colaboración Eficaz no se admiten, ni se actúan medios probatorios, sino lo que se realiza son actos de investigación destinados a corroborar si la información brindada por el colaborador es real o no, y con ello poder celebrar un acuerdo entre el colaborador y el fiscal de beneficio procesales o penitenciario, siendo que el dispositivo legal que regula la prueba trasladada (artículo 20 de la Ley N° 30077) no ha regulado el traslado de actos de investigación.

En ese sentido, al no encontrarse regulado el traslado de actos de investigación de un proceso penal a otro (pues no existe dispositivo legal que permite ello), hace que el traslado de la declaración del colaborador eficaz del Proceso de Colaboración Eficaz al proceso común, colisione con la normatividad que regula la institución de la prueba trasladada. Por lo que, tal como sostiene los apelantes en el presente caso, dicho traslado infringe el procedimiento de prueba trasladada, lo que implicaría que su

incorporación al proceso penal común conlleve a la vulneración al debido proceso, ya que no se incorporó a través del procedimiento legal establecido y respetando las garantías constitucionales.

No obstante, la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A, desestima dichas alegaciones, sosteniendo que la utilización de la declaración del colaborador eficaz en el presente caso, como elemento de convicción presentado por el Ministerio Público para sustentar el requerimiento de Prisión Preventiva es válida, pues ello se encuentra regulado dentro del Código Procesal Penal (artículo 481-A) y el Decreto Supremo N°007-2017-JUS (artículo 48). En tal sentido, para la Sala Penal, debido a que su utilización se encuentra regulada dentro del código adjetivo, hace que el mismo sea válido y legal, y en consecuencia, ser valorado a fin de poder emitir un pronunciamiento respecto a la prisión preventiva; dejando sin relevancia los argumentos realizada por la defensa.

Al respecto, consideramos que la fundamentación realizada por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A constituye una falta al deber de motivación de las resoluciones judiciales, debido a que ha omitido pronunciarse respecto a las alegaciones realizadas por las partes en cuanto a la infracción del procedimiento de prueba trasladada, pues como se indicado en el párrafo anterior, la Sala Penal solo se limitó a señalar que al estar regulado la utilización de la declaración dentro del Código Procesal Penal, hace que su empleo sea válido. Sin embargo, no motivo las razones del porque la pretensiones de la defensa de los imputados deberían ser desestimado o por lo menos de porque el traslado de la declaración del colaborador eficaz no infringiría el procedimiento de prueba trasladada, a fin de poder dar respuesta a los argumentos de los imputados, y no solo limitarse a señalar la regulación procesal de tal utilización, máxime, si conforme hemos advertido, dichas alegaciones guarda tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, consideramos que la Sala no habría realizado una correcta apreciación a la normatividad actual, esto a través de una interpretación sistemática, a fin de poder utilizar como elemento de convicción a la declaración del colaborador eficaz, toda vez, que al no estar regulado el traslado de actos de investigación, en el cual se incluye la declaración del colaborador por ser una fuente de prueba, el mismo no podría ser trasladado y en consecuencia no constituir en un fundamento para dictar la prisión preventiva, tal como advierte la defensa técnica.

Es así que, de la resolución analizada se infiere que actualmente existe una práctica inquisitiva por parte de los órganos de justicia de nuestro país, pues, buscaría utilizar como elemento de convicción una fuente de prueba que es trasladado e introducido inadecuadamente al proceso penal común, sin importar que el mismo colisione con otras disposiciones legales como la Ley N°30077 y el propio Código Procesal Penal.

En tal sentido, existe la necesidad de establecer una entrada válida y legal de la declaración del colaborador eficaz al proceso común, esto con la finalidad de evitar cualquier vulneración o infracción normativa y con ello que su empleo sea legítimo y válido

3.2. LA FIGURA DEL COLABORADOR EFICAZ EN EL DERECHO COMPARADO

3.2.1. ESTADOS UNIDOS

En el Derecho angloamericano, no existe la figura de colaboración eficaz tal como se regula en nuestro ordenamiento jurídico, sino que en vez de ello, existe lo que se conoce como el "*Plea Bargaining*", cuya traducción significa negociación o regateo procesal sobre la declaración (Ferre, 2018). Esta figura, propia del Derecho angloamericano, consiste en una negociación (acuerdo) sostenida entre el Ministerio Público y el imputado, a fin de que este último reconozca su participación en los hechos delictivos que se le imputan, así como de los demás coautores o

participes, esto a cambio de un tratamiento favorable en cuanto a la imputación, la reducción o exoneración de la pena (López, 2018).

En otras palabras, a través del “*Plea Bargaining*” se establece una negociación respecto de los cargos realizados por el Ministerio Público, así como la pena a imponerse (o incluso ambas), a cambio de que el imputado brinde información respecto de cómo se cometieron el delito investigado, esto con la finalidad de que permita beneficiar las labores de investigación, y servir de ayuda para el descubrimiento de información respecto al funcionamiento de redes criminales (Ferre, 2018).

Ahora bien, esta figura procesal, a diferencia del Proceso de Colaboración Eficaz, no se desarrolla en un proceso autónomo o independiente, sino que se realiza en el propio proceso principal en el cual se discute la imputación, toda vez, que el acuerdo que realiza el Fiscal con el imputado es para que este último brinde su declaración en el cual se declare culpable, a cambio de algún beneficio procesal o penitenciario, evitando así la celebración de un juicio (Rodríguez, S/F).

De allí es que el “*Plea Bargaining*”, es considerado como una forma excepcional para resolver rápidamente alguna investigación penal, pues, además de la declaración de culpabilidad del imputado, también puede brindar información al Ministerio Público o Policía respecto de los demás coimputados en la investigación, e incluso declarar como testigo en contra de ellos (Rodríguez, S/F).

En tal sentido, como bien señala López (2018), el otorgamiento del beneficio pactado a través del “*Plea Bargaining*” se dará siempre y cuando el imputado brinde su declaración, es decir, que a través de esta figura, el “delator” se convierte en un testigo de cargo, es decir que su declaración dentro del proceso tendrá la condición de testimonio, a fin de que el mismo tenga valor probatorio.

No obstante, lo anteriormente dicho, esta figura ha permitido que el derecho Angloamericano pueda hacer frente a la criminalidad organizada

que existe en Estados Unidos, pues permitió perseguir y castigar a dicha forma de delincuencia (López, 2018), al obtener una declaración incriminadora contra terceros dentro del propio proceso penal que permita ser utilizado como prueba por parte del Ministerio Público y de esta manera generar una imputación en contra de estos (Ferre, 2018). Es por ello que Rodríguez (S/F) lo considera como un procedimiento simple y rápido que favorece para la resolución de la mayoría de los casos, beneficiando así a todas las partes del proceso (el imputado con la obtención de un beneficio, el Ministerio Público en el empleo de menos esfuerzos en la investigación penal, y la Sociedad con la desarticulación de organizaciones criminales).

3.2.2. ALEMANIA

En el Derecho Penal Alemán se regula el otorgamiento de beneficios penales para aquel imputado que colabora activamente con las autoridades estatales, estos beneficios van desde la posibilidad de la disminución de la responsabilidad penal hasta la exoneración de la pena; ello siempre que el imputado brinde información que resulte importante en cuanto a organizaciones criminales, sus actividades o la prevención de nuevos actos delictivos (López, 2018).

En ese sentido, en el delito de pertenencia a Asociación Criminal, se permite al juez el atenuar la pena o incluso prescindir de ella, siempre que el autor: 1) se esfuerce en impedir la continuación de la asociación criminal o la comisión de delitos que constituye su objeto, 2) revele información de la planificación de los delitos que conozca. Asimismo, en materia de tráfico ilícito de drogas en la “*Betäubungsmittelgesetz*” de 28 de marzo 1981, se faculta al juez el atenuar la pena o poder declarar su remisión para aquel que colabora activamente con la investigación. Por último, en el delito de blanqueo de capitales se permite al juez el reducir la pena o eximir de ella al imputado que contribuya en el descubrimiento de los hechos propios o de otros implicados, al revelando información, voluntariamente, información que conozca (García, 2005).

Para el delito de asociación terrorista se contemplan reglas similares a lo anteriormente mencionados, pero de carácter procesal, esto al introducir la denominada “*Kronzeugenregelung*” (Regla del testigo principal) según la cual se puede atenuar o prescindir de la pena, para aquel autor o autores que aporten datos importantes para la investigación (García, 2001). Advierte García (2005) que esta figura procesal tiene un mayor alcance, pues, no solo comprende el otorgamiento de beneficios para el delito de pertenencia a Asociación Terrorista, sino también para los delitos cometidos a través de ella.

En tal sentido, observamos que en el Derecho Alemán, no advierte la existencia de un proceso autónomo cuya finalidad es obtener la declaración del colaborador eficaz; sino que este se obtiene del desarrollo del propio proceso en el que se discute el delito que se investiga (Asociación Criminal, Tráfico Ilícito de Drogas, Blanqueo de Capitales o Asociación Terrorista), siendo que la colaboración eficaz, en Alemania, es desarrollado como una especie de beneficio penal, más que un acto de investigación.

3.2.3. FRANCIA

En el Derecho Francés no existe una figura procesal similar al Proceso de Colaboración Eficaz, sino, en vez de ello, en el Código Penal francés se regula el otorgamiento de beneficios penales para aquel arrepentido que colabore activamente en la investigación penal a fin de lograr la identificación de los otros autores.

En ese sentido, en el delito de pertenencia a una asociación de malhechores, contemplado en el 450.1 del Código Penal Francés, se regula la aplicación de excusas absolutorias, siempre que el arrepentido brinde información relevante antes de inicio de la persecución penal que permita identificar a otros autores. Misma disposición lo encontramos para el delito de terrorismo contemplado en el artículo 422.1 del mencionado cuerpo legal. Finalmente para el delito de tráfico de estupefacientes,

contemplado el artículo 222.42 del Código Penal Francés, existe la reducción de la pena (a la mitad en algunos casos o en variar de la condena perpetua a 20 años de prisión en otros casos) para aquel arrepentido que colabora activamente con las autoridades competentes (García, 2005).

3.2.4. ITALIA

En Italia existe la figura de los “*pentito*” o “*Colaborador Arrepentido*”, quien es aquel que revela información importante de una organización criminal y de sus actividades delictivas, a cambio de ciertos beneficios penales establecidos en ley; esta información contribuye no solo en el castigo de los responsables de un delito, sino, también en la desarticulación de la organización criminal (López, 2018).

Ahora bien, conviene señalar que Italia fue el país pionero en hablar de colaboradores en el ordenamiento jurídico europeo, esto debido al aumento de organizaciones criminales (mafias) que habrían aparecido en dicho país en los años 1970, 1980 y 1990, y los cuales debido a su carácter cerrado hacia que las investigaciones tradicionales sean ineficaces. Es por ello que se reguló la colaboración con la justicia, con la finalidad que sean los mismos imputados (miembros de una organización criminal) quienes revelen hechos nuevos y relevantes de las actividades propias de la delincuencia organizada (Santos y De la Prada, 2011).

Al respecto, si bien anteriormente en el Derecho Penal italiano existía beneficios para motivar el arrepentimiento de un imputado (en cuanto al desistimiento de un hecho delictivo), pero, no fue sino con el Decreto Ley N.625 de 15.12.1979, con el que se empezó hablar de colaboradores, pues en su artículo 4 establecía que en casos de delito con fines de terrorismo o de eversión del orden democrático (artículo 289 del Código Penal italiano) existía beneficios penales (la reducción de una tercera parte a la mitad de la pena a imponer o la sustitución de la condena perpetua por una de 20 años) para aquellos autores que

brindasen información que permita evitar que la actividad delictiva llegue a producir consecuencias ulteriores, o que ayudase a las autoridades en la recopilación de pruebas e individualización de los participantes de la actividad delictiva (Santos y De la Prada, 2011).

Este Decreto Ley fue el modelo legislativo que tomó el Derecho italiano para regular la colaboración con la justicia en su ordenamiento jurídico, toda vez, que posteriormente se dictó el Decreto Ley N°152 del 13.05.91, cuyo artículo 8 estableció beneficio penales (la reducción de una tercera parte a la mitad de la pena a imponer o la sustitución de la condena perpetua por una de 20 años) para el imputado que brindase información con la finalidad de evitar las consecuencias que produzcan la actividad de una organización criminal o que el mismo ayude a las autoridades policiales o judiciales el recopilar de elementos de reconstrucción de los hechos y a la identificación de los demás miembros de la organización (Santos y De la Prada, 2011).

Asimismo, se dictó la Ley N° 356 del 7 de Agosto 1992, el cual introducía en el Derecho Penitenciario Italiano facilidades para que aquellos sentenciados también puedan acogerse a la figura del *“pentito”* o *“Colaborador Arrepentido”*, esto al otorgar beneficios penitenciarios que van en la aplicación de medidas alternativas a la detención hasta la sustitución de la condena perpetua por la entrega a prueba a los servicios sociales (Santos y De la Prada, 2011).

Cabe mencionar que el ordenamiento Italiano es que no se le otorga el carácter de Testigo al Colaborador por razones de legalidad, toda vez, que se entiende como testigo a aquella persona sobre el cual no recae la una imputación, en cambio en el colaborador su existe una imputación y es por ello que colabora con las autoridades policiales o judiciales a fin del otorgamiento de algún beneficio penal o penitenciario (Santos y De la Prada, 2011).

Asimismo en dicho ordenamiento jurídico se le otorga valor probatorio a la información brindada por el “*pentito*” pues, como señala López (2018):

La virtud de la norma italiana es, en cualquier caso, regular la indecencia procesal de esta fórmula, fundamentalmente en lo que atañe al valor o eficacia probatoria que puede llegar a atribuirse a las manifestaciones vertidas y el conjunto de información lograda a raíz de la intervención del “coencausado” o Coimputado que proporciona información útil para la investigación e interviene en el acto de juicio, en una condición distinta a la de testigo, y no del todo coincidente con la que, en calidad de imputado, le corresponde, toda vez que, aun cuando le asiste y puede hacer uso de su derecho al silencio y a no colaborar en su punición, la decisión de declarar, y hacerlo reconociendo o no su participación en el hecho criminal, pero en todo caso incriminando a otro u otros coparticipes, tiene su repercusión en el tratamiento que ha de darse a esta información y, definitivamente, en la eficacia o valor probatorio que cabe atribuir a su declaración, de cara a lograr la convicción del juzgador. (p. 130)

No obstante, a diferencia del Derecho Procesal Peruano, en el Derecho Italiano la declaración del “*Pentito*” no se obtiene de un proceso autónomo, sino conforme, señala Santos y De la Prada (2011), se dará en relación a los hechos por el cual está siendo investigado; es decir, la información que brinda el “*Pentito*” se dará en el mismo proceso común en el cual existe una imputación, y no en un proceso especial que carece de la misma.

Es por ello que el Derecho italiano ha regularizado una legislación con la finalidad de proteger y dar seguridad al “*pentito*” y sus familiares, a fin de que su integridad no se vea lesionada tras la información que brinda a las autoridades policiales o judiciales (Santos y De la Prada, 2011).

3.2.5. ESPAÑA

En el Derecho español no existe un respaldo normativo para la figura de la colaboración eficaz, es decir, que el mismo no se encuentra regulado como tal en su ordenamiento jurídico; esto debido a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español no ha regulado a la “*delación*” como

un instrumento procesal útil para activar la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal (López, 2018). Esto es corroborado por Ortiz (2017) quien sostiene que en el ordenamiento español no ha valorado el empleo de la delación como una herramienta legal para el recojo de información.

Pese a falta de regulación de la “*delación*” como fórmula de justicia negociada, el Derecho Español a potencializado la figura del colaborador en el ordenamiento jurídico, tanto es así que en la práctica judicial suele admitirse y valorarse la declaración del coimputado delator; pues como sostiene López (2018):

Esta falta de respaldo normativo a la figura del “colaborador” y el alcance de su participación en el desarrollo del proceso, no ha obstado, sin embargo, la adopción, en la práctica, de ciertas medidas tendentes a potencializar la colaboración con la justicia de sujetos que, por su conocimiento acerca de la organización o trama criminal desarrollada, puede contribuir con su testimonio al descubrimiento del delito y su castigo y, en el mejor de los casos, la desarticulación de la organización delictiva misma. Y es también jurisprudencial la respuesta que recibe la problemática que concita la admisibilidad, de un lado, y la valoración, de otro, de las declaraciones vertidas en el proceso por el coimputado delator, (...). (pp. 131-132)

La “*colaboración*” de un imputado con la justicia se viene realizado en España, pese a que el mismo no se encuentra regulado como una figura procesal de recojo de información, esto debido a que en el ordenamiento español se cuenta con instrumentos legales a la hora de incentivar la colaboración con la justicia, y sobre el cual la jurisprudencia ha acudido para la admisibilidad y valoración de la información vertida por el coimputado arrepentido o delator (Ortiz, 2017).

Esto lo hace a través de atenuantes de arrepentimiento y algunos tipos penales privilegiados o atenuados en relación con determinada criminalidad organizada, los cuales sin que sean su finalidad, cumplen con la misma función que la colaboración eficaz, toda vez, que existe una negociación previa entre el imputado y el Ministerio Público (Ruiz, 2018).

En cuanto a los atenuantes de arrepentimiento, para su aplicación, Ruiz (2018) nos señala “(...) haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades” (p. 211), es decir, que este atenuante exige que el arrepentimiento sea previo a cualquier actuación penal, *contrario sensu*, no resultara aplicable cuando el imputado ya se encuentra inmerso en un proceso penal o incluso en fases preprocesales de la investigación de la que tiene conocimiento (Ruiz, 2018).

Por otro lado, Ruiz (2018) también nos advierte que el Código Penal Español, prevé tipos penales cuya naturaleza privilegiada y atenuada continente la aplicación de beneficio para los sujetos que desarrollan una actitud de colaboración activa con los administradores de justicia. Un ejemplo de ello se advierte en el delito fiscal, el cual premia, con una rebaja de la pena, a la colaboración que permita la obtención de pruebas que permitan la identificación de los demás responsables, el esclarecimiento de los hechos o la averiguación del patrimonio de los demás responsables del delito. En relación a organizaciones y grupos criminales, narcotráfico y delitos de terrorismo, también existe una rebaja de la pena, siempre que el colaborador haya abandonado de forma permanente sus actividades delictivas y que de la información proporcionada se pueda recabar pruebas que permitan la identificación o captura de los miembros de la organización o grupo criminal o a los responsables del delito cometido; o bien impedir el desarrollo de sus actividades delictivas.

Por último, también existe en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (vigente en España) la institución de conformidad, el cual se manifiesta como el principio de oportunidad, que implica que el acusado acepte la pena más grave de las solicitadas en la acusación, a cambio de una rebaja de la pena hasta un tercio de la solicitada en la acusación e incluso solicitar la aplicación de mecanismos de sustitución o suspensión condicional de la pena, evitando así someter al imputado en juicio oral, poniendo fin al proceso. Es así que esta institución procesal, si bien no se

relevar aspectos característicos de la colaboración eficaz, no obstante, es utilizado de esta forma (como colaboración eficaz) para el recojo de información, toda vez, que para establecer la conformidad, previamente, tiene que haber existido un negocio entre el fiscal y la defensa del imputado, en cual se puede obtener información respecto a una organización criminal o sus actividades delictivas (Ruiz, 2018).

Se advierte que todos estos beneficios procesales establecidos en el ordenamiento español para fomentar la colaboración con la justicia se desarrolla en el mismo proceso penal, en el cual existe la participación de la defensa y el ejercicio de todas las garantías procesales, siendo utilizados como una forma de aceleración del proceso penal (sobre todo en cuanto a la institución de la conformidad).

Cabe mencionar, que el ordenamiento español permite que la información obtenida producto de la institución de conformidad pueda ser introducido en otros procesos derivados, siendo que dicha información no se introduce directamente sino que previamente el Ministerio Público tiene que realizar Diligencias Informativas que permitan corroborar el hecho punible y la responsabilidad del autor, siendo que después de tales diligencias el Ministerio Público decidirá si apertura o no el proceso penal a partir de la información obtenida, la cual se incorporara al proceso y se llevaran a cabo actos de investigación que permitan determinar la veracidad del mismo. Asimismo también se permite introducirlo a procesos conexos (ya iniciados) siempre que dicho proceso se encuentre en fase de investigación o en caso de fase intermedia, y siempre que el fiscal haya solicitado la práctica de diligencias complementaria, debido ser corroborado dicha información con otros elementos de convicción; excepcionalmente se permite su incorporación en la fase de enjuiciamiento si es que se presenta como prueba nueva (Ruiz, 2018).

Ahora bien, el hecho que la información obtenida de la institución de conformidad pueda ser introducida en otros procesos penales, no le resta merito que el mismo fue obtenido dentro de un proceso penal el cual

acabo con una sentencia (anticipada), en el cual se ejercio todas las garantías procesales, así como los derechos fundamentales del imputado. No obstante, también existe críticas en cuanto a dicha institución debido a que la declaración del condenado es insertado como documento, lo cual vulneraria el principio de contradicción afectado el derecho de defensa de los coacusados (Ruiz, 2018).

Es así que Ruiz (2018) señala que:

La información obtenida a partir de la conformidad así prestada que pueda resultar relevante para el enjuiciamiento del resto de los coencausados deberá incorporarse en todo caso a través de las vías legalmente previstas y con respeto a los principios que rigen la práctica de la prueba (...). (p. 223)

3.2.6. ARGENTINA

En Argentina existe la figura del “*arrepentido*”, el cual se encuentra regulado en su ordenamiento jurídico a través del Ley N° 27.304 en el año 2016. Dicha ley faculta a las autoridades a pactar (negociar) con los arrepentidos a fin de que brinden información para el descubrimiento de delitos y sancionar a sus responsables a cambio de una reducción de la pena a imponer (Díaz, 2018).

Es así que la Ley N° 27.304 incorpora en el artículo 41 del Código Penal argentino la reducción de la pena a la escala de tentativa, respecto de los autores o partícipes, que durante el proceso penal del que formen parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles vinculados a los delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o materia prima para su producción o fabricación, así como los delitos aduaneros, los contemplados en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128, los regulados en los artículos 142 bis, 142 ter y 170, artículos 145 bis y 145 ter, artículos 210 y 210 bis, y los previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174 del Código Penal; asimismo, también procede en caso de los delitos Contra El Orden Económico Y Financiero. Por ultimo dicho dispositivo legal,

prohíbe su aplicación en los casos que versen sobre delito de lesa humanidad.

Ahora bien, en el mencionado artículo se advierte que para la aplicación del beneficio pactado, los datos o información proporcionado por el “*arrepentido*”, además de estar vinculados a los delitos antes indicados, también debe contribuir en la prevención o consumación de un delito, esclarecimiento de los hechos objetos de investigación, la identificación de los autores, coautores o partícipes e instigadores de los hechos investigados en el proceso u otros conexos, así como la ubicación de las víctimas privadas de su libertad, los instrumentos, bienes, productos o ganancias del delito o indicar las fuentes de financiamientos en cuanto a las organizaciones criminales.

En tal sentido, al haberse cumplido tales condiciones y que la información proporcionado por el “*arrepentido*” resulte útil para la autoridad, se pactará la aplicación de beneficios penales (reducción a la escala de tentativa o en caso que el imputado estuviese reprimido con prisión y/o condena perpetua, se le reducirá la pena a 15 años de pena privativa de la libertad). Siendo que tal acuerdo se realiza por escrito y posteriormente presentado al juez de la causa para que se manifieste si aprueba o rechaza el acuerdo. Es así que si aprueba el acuerdo, el beneficio quedara definido en la sentencia de condena.

Cabe señalar que la Ley N° 27.304, incorpora el artículo 276 bis, en el cual se establece la aplicación pena privativa de la libertad prisión de (4 a 10 años) y perdida del beneficio concedido para aquel *arrepentido* que proporcione datos falsos e inexactos.

No obstante, lo que resulta importante para el desarrollo de la presente investigación es el momento procesal en que se puede realizar dicho acuerdo, siendo que el artículo 3 de la mencionada ley, señala que el acuerdo con el imputado se realizará hasta antes del auto de elevación a juicio. Es decir que, en Argentina, la figura del “*arrepentido*” solo se

aplica en el proceso común, en el que se están investigados los hechos contra el arrepentido.

Otras de la novedades de este ley es la aplicación prisión para el arrepentido en caso que brinde información falsa o inexacta, esto como una especie de intimidación para que el arrepentido no utilice esta institución de manera con la única finalidad de lograr la reducción de la pena a imponer o su condena. No obstante, tal consecuencia no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que según el ordenamiento procesal penal peruano, la declaración del colaborador tiene la naturaleza de la declaración de un coimputado, por lo que no le asiste la obligación de decir la verdad.

En consecuencia, de lo advertido en los párrafos precedentes se advierte que el ordenamiento argentino, guarda ciertas diferencias con el Proceso Penal Peruano en cuanto a la regulación de un institución procesal de colaboración con la justicia, debido a que la institución del arrepentido se practica en el mismo proceso en el que se investiga los hechos delictivos, en cambio en el derecho procesal peruano, la figura de colaboración eficaz se realiza en un proceso autónomo al proceso en el que se está discutiendo las imputaciones sobre uno o varios imputados. Siendo esta la diferencia esencial entre estos ordenamientos jurídicos.

3.2.7. CHILE

A través de la Ley 20.000 - Ley de Drogas publicada el 16 de febrero del 2005, el cual deroga a la Ley N° 19.366 - Ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, se introduce la figura de “*Cooperación Eficaz*” en el Derecho Penal Chileno como una especie de atenuante especial de responsabilidad penal distinta a las atenuantes genéricas encontradas en el Código Penal (Silva, 2011).

Siendo que, en el artículo 22 de la menciona ley, se define a la “*Cooperación Eficaz*” como:

Herramienta de investigación consistente en el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. (Salazar, S/F, p.7)

Tal como se advierte del dispositivo legal, la “*Cooperación Eficaz*” en Chile ha constituido en una herramienta útil en la lucha contra la criminalidad organizada, sobre todo en el tráfico ilícito de drogas, pues ha permitido que los órganos encargados de la investigación penal (Ministerio Público y policías) obtengan información valiosa y de primera mano respecto de las actividades de la organización criminal, la identificaron de sus miembros y la perpetración y/o consumación de delitos, la cual, una vez calificada, determinar si se le concede una rebaja de la penal al colaborador (Salazar, S/F).

Ahora bien, conviene advertir la diferencia entre “*Cooperación Eficaz*”, regulada en la Ley 20.000, con la “*Colaboración Sustancial*”, la cual es un atenuante genérico regulado en el artículo 11 numeral 9 del Código Penal Chileno (Silva, 2011). Al respecto, la Colaboración Sustancial también es una forma de colaborador con la justicia, pero en esta figura el imputado brinda información a las autoridades de los hechos que ha que ha participado (Villaruel, 2015). En cambio, para que el imputado pueda acogerse a la Cooperación Eficaz, no basta con brindar su declaración, sino que además: 1) solo debe ser imputado por alguno de los delitos que contempla la Ley 20.000, 2) Debe de proporcionar información precisa, verídica y comprobable al Ministerio Público, y 3) que dicha información debe de contribuir en el esclarecimiento de los hechos que se investigan o la identificación de sus responsables (es decir que los datos brindados por el colaborador debe de estar circunscrito a la investigación que realiza el Ministerio Público), o que hayan servido para prevenir la consumación de otros delitos (Salazar, S/F).

En ese sentido, se puede observar que la “*Cooperación Eficaz*”, se desarrolla en el mismo proceso en que se realiza la investigación penal, y

no en un proceso autónomo tal como se ha regulado la colaboración eficaz en el Perú, pues el mismo constituye una herramienta o acto de investigación del propio procesal penal. Siendo, en consecuencia, que la etapa procesal para poder introducirlo dentro del proceso penal es la investigación preparatoria (Salazar, S/F); pues conforme sostiene Silva (2011) “El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz (...)” (p. 212). Por tal motivo, resulta necesario que el fiscal haya corroborado la información aportado por el colaborador y establecer si cumple con los requisitos establecidos para la figura de Cooperación Eficaz (Salazar, S/F)

Por otro lado, Villarroel (2015) sostiene que la información obtenida de la “*Cooperación Eficaz*” también puede ser utilizada en otra investigación, siempre que del mismo, se haya originado una investigación y sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de un delito. No obstante, a pesar de lo sostenido por el autor, no se resta valor que la información ha nacido de un proceso penal en el cual se discute una imputación y no de un procedimiento autónomo.

En tal sentido, la “*Cooperación Eficaz*”, a diferencia del Proceso de Colaboración Eficaz contemplado en Perú, constituye una herramienta de investigación realizada dentro del propio proceso principal, por lo que la información obtenida de este, no es trasladada de un proceso a otro, sino que nace en el mismo a raíz de una imputación penal, resultando válido, por consiguiente, su aplicación en el proceso penal.

3.2.8. BRASIL

En el Derecho Brasileño existen diversas leyes que buscan favorecer la colaboración del imputado con la justicia; no obstante, es la Ley N° 12.850/2013-Ley del Crimen organizado la que resalta más que el resto de dispositivos legales, pues regula la figura procesal de “*Dilación Premiada*” que consiste en un procedimiento por medio del cual se

formaliza la colaboración procesal entre un imputado con los encargados de la investigación de un delito (policía o Ministerio Público) a fin de que brinde información respecto a delitos cometidos por organizaciones criminales o en relación a infracciones penales previstos en tratados internacionales firmados por Brasil esto a cambio de beneficios procesales establecidos en la mencionada ley (De Olivera, 2014); los cuales pueden ser la reducción hasta dos tercios de la pena a imponer, la sustitución de la pena privativa de la libertad por una restrictiva de derecho, suspender por hasta 6 (seis) meses el plazo para la licitación de la queja, o incluso la excepción del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

No obstante, para poder acceder a los beneficios procesales establecido por esta figura procesal, la información brindada por el colaborador deberá estar relacionado a: I) La identificación de los miembros de una organización criminal y de los autores y/o partícipes de las infracciones penales previstos en Tratados Internacionales firmados por el Estado Brasileño, II) La estructura jerárquica de la organización criminal o la realización de sus actividades delictivas, III) Prevención de futuras actividades delictivas realizadas por una organización criminal, IV) Recuperación de los bienes objetos de las actividades delictivas realizadas por la organización criminal y V) Localización de las víctimas de la organización criminal (De Olivera, 2014).

De la Jara y Sánchez (2018) sostienen que la “*Dilación Premiada*” o también llamada “*Colaboración Premiada*”, al igual que en el Proceso de Colaboración Eficaz de Perú, es un procedimiento autónomo, en el sentido que se busca mantener la confiabilidad del acuerdo hasta la denuncia, esto debido a que dicho procedimiento fue regulado con la única finalidad de poder recoger elemento de pruebas que permitan condenar a los miembros de una organización criminal, sin afectar las etapas del proceso, toda vez que los mismos no se aceleran, sino que

siguen sus curso normal en el proceso penal, solo se acelerará la etapa de la investigación preparatoria debido a la colaboración del imputado.

En este último se diferencia la “*Dilación Premiada*” o “*Colaboración Premiada*” con el Proceso de Colaboración Eficaz en el Perú, toda vez, que en nuestro ordenamiento jurídico la declaración del colaborador eficaz tiene la condición de medio probatorio, es decir, que la Ley le concede valor probatorio; en cambio, en Brasil la información brindada por el colaborador no es una prueba autónoma, sino un medio para la obtención de pruebas (fuente de prueba), pues su información ayuda al Ministerio Público a poder conseguir otros medios probatorios (De la Jara y Sánchez, 2018).

Sin embargo, pese a que en Brasil no exista norma legal que taxativamente indique la legalidad del empleo de la declaración del colaborador, esta se utiliza en el proceso penal e incluso tendría cierto valor probatorio, siempre que haya sido corroborado con otras pruebas de cargos (De la Jara y Sánchez, 2018). Esto ha conllevado, conforme sostiene De Olivera (2014), a la vulneración de principios constitucionales sobre todo al principio de publicidad, debido a que dicho procedimiento es de carácter reservado hasta la denuncia, siendo solo de conocimiento del Fiscal y del Juez.

Por otro lado, debemos mencionar también, que el procedimiento realizado para la “*Dilación Premiada*” o “*Colaboración Premiada*” es distintos para el Proceso de Colaboración Eficaz, pues, mientras que el Decreto Supremo-007-2017-JUS establece un solo procedimiento dividido en 6 fases, en cambio la “*Dilación Premiada*” o “*Colaboración Premiada*” existe una etapa previa a la negociación (tratativas) denominada “preacuerdo” en el cual el colaborador brinda toda la información que considere necesaria al Ministerio Público, siendo que este elabora un acuerdo (que contiene la información brindada por el colaborador, su utilidad y el beneficio pactado) el cual es elevado al juez para que se verifique su regularidad, legalidad y voluntariedad, y así pueda aprobarlo

o rechazarlo. Si es aprobado, se pasa a otra etapa en el que el colaborador es nuevamente oído por el Ministerio Público y en el cual deberá demostrar la veracidad de sus declaraciones, siendo que en caso de que no llegara acreditar sus declaraciones, se le revoca el beneficio. El acuerdo de colaboración será secreto hasta que se ofrezca la denuncia respectiva o hasta que terminen las investigaciones que con ella estén relacionadas (De la Jara y Sánchez, 2018).

Por último, Ley N° 12.850/2013-Ley del Crimen Organizado, al igual que la Ley N° 27.304 (argentina), también contempla un delito específico en caso el colaborador que brinde información falsa o inexacta, ello en su artículo 19 (De la Jara y Sánchez, 2018).

3.2.9. SENTENCIA N°120 DE FECHA 06 DE ABRIL DEL 2000/ CASO LABITA CONTRA ITALIA - TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El caso de Labita contra Italia es el caso más utilizado en la doctrina procesal para hacer referencia a la eficacia probatoria de la declaración de los colaboradores eficaz en el proceso penal y sobre todo en la adopción de medidas cautelares de carácter personal, pues evalúa su suficiencia como elemento de convicción para poder desvirtuar la presunción de inocencia y con base en dicha declaración poder adoptar una medida cautelar como es la prisión preventiva contra una determinada persona (López, 2018).

En este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoce la utilidad de la declaración del “arrepentido” (colaborador eficaz) como instrumento en la lucha contra la criminalidad organizada (mafia), pues permite obtener información que no puede ser recabada con los métodos tradicionales de investigación; no obstante, establece límite para el empleo del mismo, pues advierte la posibilidad de que dichas declaraciones sean manipuladas o perseguir únicamente el objetivo de que obtener algún tipo de beneficios que se conceden a los arrepentidos

o incluso ser utilizado como una especie de venganza personal contra terceros; es por ello que, ante la ambigüedad de las declaraciones y el riesgo de privar la libertad personal de una persona inocente, el TEDH estableció que para la eficacia de la declaración del “arrepentido” en el proceso penal, este tiene que ser corroborado con elementos de pruebas que le doten de carácter objetivo (García, 2005). Siendo que esta corroboración tiene que ser con fuentes externas a la declaración del colaborador, es decir que no hayan sido obtenidos en virtud de la información que proporciona (Fernández, 2018a).

En tal sentido, el TEDH sostiene que si bien la declaración del “arrepentido” en un primer momento puede justificar la incoación de un proceso penal e incluso de la adopción de una medida cautelar como es la detención preliminar, no obstante, si dicha declaración no es sometida a corroboración con otros elementos de convicción que sean externas a este, se devaluaría considerablemente su eficacia para la adopción de una medida coercitiva tan grave como es la prisión preventiva (Fernández, 2018b).

3.3.LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ Y LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL

3.3.1. LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL EN LA OBTENCIÓN Y ACTUACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

Conforme nos señala Refecas (2004) la teoría del Garantismo surgió como una respuesta a la gran diversidad de constituciones y normas superiores de los ordenamientos jurídicos que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos, los cuales en la realidad no se cumplen, debido a la existencia de leyes o instituciones jurídicas que los limitan e incluso infringen.

Es así que, desde un sentido amplio, el garantismo implica una tendencia del Derecho orientado a garantizar los Derechos Subjetivos de las personas los cuales se encuentran consagrados en las constituciones y normas superiores de los ordenamientos jurídicos. Siendo, que en un sentido más estricto, es decir, en el ámbito penal, implica designar un conjunto de garantías para la defensa de los derechos de las personas frente al poder punitivo del Estado, minimizando ese poder al sometimiento de las normas constitucionales (Ferrajoli, 2006).

En tal sentido, con la Teoría del Garantismo Penal se busca dejar de lado la ideología de una “Dimensión Formal” del Derecho Penal y Procesal Penal, propio de los Estados Liberales, donde se consagran como validez de la norma al cumplimiento de condiciones formales preestablecidas (la validez de la norma es equivalente a su vigencia en el ordenamiento jurídico); para sumarle una “Dimensión Sustancial”, según la cual la condición de validez de una norma deberá cumplir no solo las formalidades preestablecidos, sino, además su contenido y aplicación deberá estar en correlación con los Derechos y Garantías Constitucionales (Refecas, 2004).

En consecuencia, a través de esta teoría se limita o se frena al *ius punendi* de Estado, esto al reconocer a los Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales como límites de la potestad persecutoria y sancionatoria del Estado frente a una conducta criminal; ya que tales facultades, como manifestación del poder estatal, tiene que realizarse sin lesionar o anular los Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales reconocidos en las Constituciones y normas superiores.

Ahora bien, conforme sostiene Ferrajoli (2006) el Garantismo penal, desde un ámbito sustancial, trata de minimizar el Derecho Penal (Derecho Penal Mínimo), esto al reducir la producción legislativa de delitos y penas que no hacen más que generar una hiperinflación legislativa en el ordenamiento jurídico, sancionando conductas que no deberían ser castigadas en el Derecho Penal o regular una pena mayor a conductas de

escasa relevancia penal. Asimismo, desde un ámbito procesal, el Garantismo Penal busca minimizar los márgenes de arbitrariedad por parte del Estado durante el desarrollo del proceso penal, esto al garantizar los derechos de defensa, contradicción, presunción de inocencia, paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad, la publicidad del juicio y el derecho a un juez natural. De esta manera, la Teoría del Garantismo Penal busca la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho.

Es la aplicación del Garantismo penal, dentro del proceso penal, en el cual se ha visto un mayor desarrollo de esta teoría, pues, al buscar el respeto de las garantías procesales y constituciones durante el desarrollo del proceso penal, evita la realización de arbitrariedades en el mismo, lo cual garantiza la realización de un debido proceso como Garantía Constitucional. Asimismo, permite identificar la existencia de normas o instituciones procesal (o en su caso sustantiva) cuya regulación no respeta los Derechos Fundamentales y Garantías Procesales durante su actuación en el Proceso Penal, y cuya actuación no se adecua a un modelo garantista del proceso penal.

De esta manera, los Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales ha modelado el proceso penal peruano actual, toda vez que, los mismos deben de estar presentes en cada acto procesal desarrollados en el proceso penal, ya sea, desde el inicio de la investigación preparatoria hasta la realización del juicio oral y la emisión de la sentencia por parte del Juez Penal. Siendo, en la actividad probatoria en el cual se evidencia con mayor claridad, pues en ella rige la presunción de inocencia como límite para la obtención, actuación y valoración de medios de pruebas dentro del proceso penal.

En consecuencia, al analizar la utilización de la declaración del colaborador eficaz a través de esta teoría, permitirá determinar si su regulación dentro del Proceso Penal Peruano ha sido realizada conforme

a la presunción de inocencia, o en caso contrario determinará la ilegalidad del mismo, esto ya que la utilización de la declaración del colaborador eficaz no debe de lesionar el debido proceso.

3.3.2. EL VALOR DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Como se advirtió líneas arriba el proceso penal peruano actual se ha construido con base en la existencia de Garantías Constitucionales y procesales de carácter irrenunciables, las cuales limitan el ejercicio del *ius punendi* del Estado, a fin de no convertirlo en un mecanismo de uso desproporcionado del Estado frente al ciudadano (Fernández, 2018b). De esta manera la existencia de garantías dentro del proceso penal implica la protección de los Derechos Fundamentales de la personas durante el desarrollo del mismo, pues regula la función del poder estatal al fijar reglas mínimas para un debido proceso (Burgos, 2005).

Ahora bien, una de las Garantías Constitucionales más importante que existen es la presunción de inocencia, el cual constituye uno de los pilares fundamentales del proceso penal peruano, pues implica que solo se puede imponer una pena siempre que se haya determinado la culpabilidad de una persona en el desarrollo del proceso penal; y en el caso de las medidas coercitivas de carácter personal, que exista una sospecha grave de la culpabilidad del imputado en la realización de los hechos delictivos.

Debemos mencionar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico la presunción de inocencia tiene dos acepciones, toda vez que se entiende como Derecho Fundamental y como garantía procesal, respecto a la presunción de inocencia como Derecho Fundamental, esta se encuentra consagrada en el artículo 2 inciso 24 literal e) de la Constitución política del Perú, el cual prescribe que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Asimismo, como garantía procesal, se encuentra regulado en el artículo II del Título preliminar del Código Procesal Penal, cuyo tenor es “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”.

De la interpretación del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, se advierte que la presunción de inocencia se puede materializar en dos supuestos: i) que un imputado debe ser tratado como inocente durante todo el proceso penal hasta la existencia de una sentencia condenatoria que determina la culpabilidad del imputado; y II) que la necesidad de una suficiente actividad probatoria que permita quebrantar la presunción de inocencia de una persona.

Es este segundo supuesto el que nos interesa, toda vez, para que exista una suficiente actividad probatoria dentro de un proceso penal, implican tres exigencias: 1) que se traten de auténticos medios de pruebas, 2) que se hayan practicados con todas las garantías procesales, y 3) que sean de cargo (Asencio, 2018).

En cuanto a la primera exigencia, el Tribunal Constitucional Español determinó que para constituir en verdaderos actos de pruebas, estos deben de ser practicado dentro del proceso penal o que sean incorporados a él por el cauce idóneo (a través del medio probatorio que le corresponde) (Fernández, 2018b), *contrario sensu*, aquellos actos de investigación que no se hayan obtenidos dentro del proceso o que no han sido incorporados a través de un cause idóneo, no tendría la condición de auténticos medios de pruebas. Asimismo, en cuanto a la segunda exigencia, esto es, que se hayan practicados con todas las garantías procesales, implica que el medio de prueba se haya obtenido e incorporado al proceso penal con respeto los Derechos Fundamentales y

con arreglo a las normas que regulan su práctica (Asencio, 2018). Por último, la presunción de inocencia como garantía procesal implica la existencia de medios probatorios de cargos, es decir, medios probatorios que vinculen al imputado como autor de un hecho delictivo, que acrediten su culpabilidad.

En ese sentido, la presunción de inocencia regula la actividad probatoria ejercida por las partes dentro del proceso, pues constituye un freno en cuanto a la utilización de actos de investigación e incluso de las fuentes de pruebas que no han sido debidamente incorporados al proceso o la utilización de conocimientos obtenidos de medio extraprocerales, sin un control judicial y cuya valoración puede generar un defecto insubsanable dentro del proceso penal (Fernández, 2018b).

En consecuencia, para que la declaración del colaborador eficaz pueda ser valorada como elemento de convicción dentro de un proceso penal, es necesario que cumpla con las exigencias que establece la presunción de inocencia como garantía procesal, de esta manera su empleo será totalmente válido y legítimo.

Sin embargo, la declaración del colaborador eficaz no cumple las exigencias establecidas por la presunción de inocencia para ser considerado como medio probatorio, pues, no se ha obtenido dentro del proceso común en el cual se pretende utilizar, sino, de un proceso autónomo a este, el que además no tiene la naturaleza de proceso, pues no existe imputación ni dualidad de partes, lo que implica que los actos de investigación allí realizados no se hayan sujeto al ejercicio del contradictorio, esto ocasiona que su traslado, tampoco se adecue al procedimiento establecido para la prueba trasladada, pues solo se permite el traslado de medios de pruebas que hayan sido admitidos y actuados en juicio oral, y no actos de investigación que se recaban unilateralmente por parte del Ministerio Público.

Asimismo, la incorporación de la declaración del colaborador eficaz también no sería el idóneo, pues, conforme se ha regulado en la norma procesal se permite incorporar el acta que contiene la declaración, como medio de prueba documental, siendo plausible su lectura u oralización en juicio oral lo que implicaría una desnaturalización del medio de prueba, toda vez, que una fuente de prueba de carácter personal (como lo son los testigos y colaboradores) para que puedan ser considerado como medio de prueba, necesariamente, tiene que prestar su declaración dentro del proceso y ser reproducido en juicio oral; sin embargo, esta situación es totalmente cambiado con la incorporación de la declaración del colaborador eficaz como documento.

Por otro lado, el pretender darle valor de prueba anticipada a tal declaración, también constituye una alteración al cause idóneo de la declaración del colaborador eficaz, pues se le estaría otorgado el valor de prueba a un acto de investigación que no ha sido contradicha. Es así que su incorporación como prueba anticipada es una clara afectación a la presunción de inocencia.

En ese sentido, Asencio (2018) sostiene:

(...) la presunción de inocencia prohíbe valorar lo que no constituye medio de prueba, de manera que se vulneraría este derecho cuando judicialmente se formara la convicción sobre elementos que carecen de este carácter, lo que sucede cuando se incorporan elemento que son ajenos a esta consideración. (p.40)

El admitir la declaración del colaborador eficaz como medio de prueba dentro del proceso común, implicaría aceptar la inaplicabilidad de las garantías procesales establecidos en el Código Procesal Penal, así como la Ley N°30077-Ley contra el Crimen Organizado, y la presunción de inocencia y el debido proceso reconocidos constitucionalmente (Asencio, 2018).

Por lo tanto, no es amparable la idea de la utilización de la declaración del colaborador eficaz como medio de prueba sobre el cual

pueda sustentar una decisión judicial, ya que, el mismo al no tener la condición de medio de prueba, debido a su regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, implicaría el no poder tener valor probatorio y por consiguiente no ser valorado.

Los actos del procedimiento por colaboración eficaz no constituyen medio de prueba. No siendo medios de pruebas no son trasladables al proceso penal, siendo imposible su incorporación al mismo, las declaraciones personales carecen del requisito esencial de la contradicción en origen, lo que descalifica su valor a efectos de ser incorporadas a un proceso penal. Del mismo modo, su práctica no judicial impide toda consideración de tales declaraciones a cualquier efecto. (Asencio, 2018, p.57)

Por la misma razón, la declaración del colaborador tampoco puede constituir un elemento de convicción para poder solicitar la prisión preventiva, toda vez que este requiere la existencia de elementos de convicción de carácter lícito, sobre los cuales se podrá imponer una futura condena, ese sentido, al no ser la declaración un medio probatorio, pues su traslado e incorporación no se realizado de manera adecuada, implicaría que el mismo sería considerado como un elemento de convicción ilícito, por lo que no generar una sospecha grave ni mucho menos sustentar una futura condena.

(...) El *fumus boni iuris* exige de elementos de convicción que pudiera ser suficientes en su momento para condenar. Al constituirse esta medida en una anticipación de previsible pena, no es admisible que se pueda ordenar sobre la base de actos que no van ser útiles para condenar. (Asencio, 2018, p.57)

En consecuencia, podemos afirmar que los artículo 476-A, 481 y 481-A del Código Procesal Penal, que regulan la utilización de la declaración del colaborador eficaz, serian contrario a la norma constitucional pues colisiona con el principio de presunción de inocencia, ya que pretende otorgar la condición de medio probatorio a actos de investigación cuyo traslado e incorporación no sería el adecuado. De esta manera, conforme sostiene Asencio (2018) estas normas procesales

rompen con los presupuestos legales y constituciones sobre el cual se constituyó el proceso penal.

El pretender utilizar como medio probatorio a un acto que no tiene tal naturaleza, y dejando de lado las exigencias que derivan de la presunción de inocencia como garantía del proceso penal, implicaría que cualquier acto de investigación alcance valor de prueba y pueda ser apreciado sin que se haya ejercido algún control judicial para ello. Esto generaría no solo una afectación al debido proceso, sino también a la presunción de inocencia como derecho fundamental (Asencio, 2018).

3.3.3. LA UTILIZACIÓN LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ Y APLICACIÓN DE LAS REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

El cumplimiento de las exigencias derivadas de la presunción de inocencia, constituye un requisito esencial para dotar de legalidad y validez a un medio probatorio, pues como sostiene Talavera (2009) la legitimidad de la prueba, como un alcance del Derecho a la Prueba, nace de la presunción de inocencia como Garantía Constitucional, pues exige que los medios probatorios deben practicarse con todas las garantías del debido proceso, así como haber sido obtenidos de forma lícita.

En tal sentido, si de acuerdo a la presunción de inocencia, un material probatorio presentado al proceso y que no cumpla con las exigencias para ser considerado como medio probatorio, ya sea porque en su obtención se habría lesionado Derechos fundamentales y/o vulnerado Garantías Constitucionales o en su incorporación al proceso no se sigue con el procedimiento legalmente previsto para ello, convierte a dicho material probatorio en ilícito pues su entrada al proceso penal no se realizó a través del procedimiento constitucionalmente legítimo, esto es, con el respeto de las Garantías Constitucionales.

Según la doctrina procesal, se considera prueba ilícita o prueba prohibida, en su sentido estricto, a aquel material probatorio cuya

obtención o incorporación al proceso se realizó con la vulneración de Derechos Fundamentales (Miranda, 2010), o de las Garantías Constitucionales (Herrera, 2016), asimismo, desde un sentido amplio se entiende como prueba prohibida como aquella prueba cuya obtención o incorporación no solo lesiona derechos fundamentales, sino también, viola la legalidad procesal en general (Talavera, 2009).

Ahora bien, legislativamente no existe una definición de prueba ilícita, toda vez, que el Código Procesal Penal no regula de manera directa, no obstante, ello no implica que el ordenamiento jurídico no lo reconozca como institución procesal pues de manera indirecta el Código Procesal Penal prohíbe su empleo.

Es así, que de acuerdo al VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que solo serán valorados como medios probatorios todos aquellos que han sido obtenidos e incorporados al proceso penal por el procedimiento constitucionalmente legítimo, siendo que carecen de efectos legales las pruebas que directa o indirectamente afecte derechos fundamentales; además dicho artículo señala que la inobservancia de cualquier regla de Garantías Constitucionales se entenderá a favor del imputado y no podrá hacerse valer en su perjuicio. Asimismo, el artículo 159 del código mencionado, indica que el juez no valorará aquellas fuentes o medios de pruebas que hayan sido obtenidos con la vulneración de derechos fundamentales.

En ese sentido, si bien el Código Procesal Penal no regula de manera directa la prueba ilícita, sin embargo, implícitamente, lo define como aquel material probatorio que ha obtenido con la vulneración de Derechos Fundamentales o incorporados al proceso sin seguir el procedimiento constitucionalmente legítimo, esto es, sin cumplir con las exigencias derivadas de la presunción de inocencia para determinar la existencia de medios probatorio.

Por lo tanto, al haberse determinado en el apartado anterior, que la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción no

cumple con las exigencias para ser considerado como medio probatorio, en consecuencia, convierte al mismo en una prueba ilícita, pues su entrada al proceso penal común no se realiza a través del procedimiento constitucionalmente legítimo, ya que, desde su obtención en el Proceso de Colaboración Eficaz hasta su incorporación al proceso penal común, habría la vulneración de las Garantías Constitucionales.

Al respecto, conforme se advirtió en los dos primeros capítulos de la presente investigación, la obtención de la declaración del colaborador eficaz dentro del Proceso de Colaboración Eficaz se realiza con una clara afectación de la garantía de contradicción por tal razón imposibilita su traslado a otros procesos, pues, al no haber contradicción tampoco habría actuación probatoria, el cual es el fundamento para el traslado de pruebas, pues, legalmente solo se puede trasladar medios probatorios que han sido admitidos y actuados a nivel judicial.

Asimismo, su incorporación al proceso penal vulnera las reglas para la incorporación de medios probatorios, ya que, la declaración del colaborador eficaz no se introduce al proceso penal como medios de prueba testimonial sino como prueba documental, esto debido a que se permite al fiscal el poder incorporar dicha declaración como prueba plenaria o prueba anticipada, dotándole de cierta eficacia probatoria al acta de la declaración del colaborador eficaz, siendo, en consecuencia, que su actuación en juicio oral solo constataría en su lectura como prueba documental, mas no en la declaración del colaborador. Esto ocasiona una clara limitación al derecho de defensa pues no permite a la defensa el poder interrogar al colaborador a fin de determinar la veracidad de su declaración conforme a las Garantías Constitucionales.

En tal sentido, la ilicitud de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción se manifiesta desde el momento de su producción, pues, conforme señala Miranda (citado por San Martín, 2003), en cuanto a la ilicitud al momento de producción de la prueba, que esta puede ser extraprocesal, es decir, que la infracción ocurre antes del

proceso, mas especifico, en el momento de la obtención de la fuente de prueba; o también puede ser intraprocesal en el cual la ilicitud se da en la proposición, admisión y práctica del medio de prueba durante el proceso penal.

Ambas situaciones (ilicitud extraprocesal o intraprocesal) se dan en el caso de la declaración del colaborador eficaz, ya que, conforme se advertido, desde su obtención en Proceso de Colaboración Eficaz hasta su incorporación al proceso penal común se vulnera Garantías Constitucionales.

Por tal motivo, la ilicitud de la declaración del colaborador eficaz, como elemento de convicción, va más allá que una simple infracción normativa de carácter subsanable, pues su empleo colisiona directamente con las garantías constituciones como es la presunción de inocencia y el debido proceso. En tal sentido, para que tal declaración pueda tener valor probatorio como elemento de convicción, conforme se encuentra regulado, resulta necesaria una reforma constitucional para que de esta manera no se contraponga con las Garantías Constitucionales que de este emane.

Es así que, al ser la declaración del colaborador eficaz una prueba ilícita, implica que al mismo carece de efectos legales para ser actuado y valorado en juicio oral, toda vez que los efectos de la prueba ilícita es su exclusión del proceso penal, es decir, que a dicha prueba se le otorga ineficacia probatoria dentro del proceso, por tal motivo no podrá ser objeto de valoración por parte del juez (Talavera, 2009).

Conforme sostiene Gálvez, (citado por San Martin, 2003):

La obtención de prueba con violación de derechos fundamentales de la persona no puede tener eficacia alguna en el proceso. No puede ser objeto de valoración alguna en el proceso, no constituye en sentido estricto prueba judicial válida, por lo que debe reputarse inexistente. (p.887)

En ese sentido, ser la declaración del colaborador eficaz, como elemento de convicción, deberá ser excluido del proceso penal, pues, de lo contrario, su utilización incurriría en una vulneración del debido proceso, ya que se estaría formando una decisión judicial con base en un material probatorio que no constituye medio de prueba.

Entonces, la exclusión de la declaración del colaborador eficaz del proceso penal constituye la solución más dable actualmente, pues su utilización implicaría la afectación de las Garantías Constitucionales; evitando de esta manera cualquier afectación al debido proceso y con ello al proceso penal.

3.4. ARTÍCULO 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DEL DEBIDO PROCESO

Advirtiendo anteriormente que la declaración del colaborador eficaz como medio probatorio dentro del proceso penal es ilícita, toda vez, que en su obtención en el Proceso de Colaboración Eficaz e incorporación al proceso común no cumple con las exigencia derivadas de la presunción de inocencia para ser considerada como un medio probatorio, en consecuencia, el mismo no debería ser admitido ni mucho menos utilizado en el proceso común.

En ese mismo sentido, al ser su empleo, como medio probatorio ilícito, implica que tampoco pueda ser empleado como un elemento de convicción para poder sustentar una prisión preventiva, pues esta medida de cautelar de carácter personal exige como presupuesto para su imposición que el mismo se funde solamente en elementos de convicción lícitos sobre los cuales se puede, posteriormente, dictar una sentencia condenatoria. Por lo que, tal declaración al no tener suficiencia probatoria debido a que no es propiamente un medio de prueba, no puede acreditar la imposición de una prisión preventiva, toda vez, que es inutilizable en el proceso penal.

El utilizar la declaración del colaborador eficaz dentro del proceso común como elemento de convicción para solicitar la prisión preventiva de una determinada persona, a pesar que el mismo es ilícito, lesiona directamente la presunción de inocencia, pues se estaría limitando la libertad personal de una persona basándose en un material probatorio que, constitucionalmente, carece de la naturaleza de un medio probatorio. Esto a su vez implica un grave atentado contra los derechos fundamentales, ya que la libertad personal constituye uno de los principales derechos reconocidos por el hombre, por lo que su prohibición o restricción debe de realizarse de manera lícita.

Por otro lado, la infracción de cualquier Garantía Constitucional también implica la afectación al debido proceso, pues este regula todo desarrollo del proceso penal, desde su inicio con las diligencias preliminares hasta su culminación con la sentencia, con la finalidad de defensa y garantizar la vigencia de Los Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. En tal sentido, al verse afectado la actividad probatoria del proceso penal con la utilización de la declaración del colaborador eficaz, ocasiona que el debido proceso como Garantía Constitucional también se vea afectado y con ello todo el proceso penal.

En ese sentido, López (2018) señala:

En particular, preocupa seriamente la forma en que el legislador procesal parece saldar una cuestión de la mayor relevancia, cual es la relativa a la eficacia que puede o debe otorgarse a la información o conocimiento adquiridos tras su desarrollo, 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 a los efectos de corroborar la verosimilitud de su testimonio. La trascendencia de esta previsión normativa es innegable, como también - lamentable. Que su aplicación práctica, (...) puede traducirse en merma de los derechos y garantías procesales básicas, aquellas que configuran el proceso debido consagrado constitucionalmente. (p.135)

Por tal motivo, el artículo 481-A del Código Procesal Penal, el cual faculta al fiscal el poder utilizar la declaración del colaborador eficaz como

elemento de convicción para solicitar la prisión preventiva, contraviene no solo la normatividad legal, en cuanto a la utilización de medios probatorio, sino, que también contraviene con la normatividad constitucional e incluso los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Peruano, pues directamente se ven afectados garantías judiciales que han sido reconocidos internacionalmente y que se encuentran reguladas en la Carta Magna.

En consecuencia, dicho artículo, al permitir la utilización de la declaración del colaborador eficaz para solicitar la prisión preventiva, estaría permitiendo el empleo de un material ilícito dentro del proceso penal, en tal sentido, podemos inferir que el legislador peruano, al promulgar el artículo 481-A del Código Procesal Penal, tenía como única intención el de legalizar lo que es ilícito, esto con la finalidad de poder combatir la criminalidad organizada, pues la declaración del colaborador eficaz resulta ser una fuente valiosa de información en la lucha contra esta forma de delincuencia, ya que, permite identificar a los miembros de una organización criminal así como sus actividades delictivas; por lo que su utilización dentro del proceso es importante en la medida que atribuye responsabilidad penal a los miembros de organización criminal.

Esto último puede advertirse de la exposición de motivos del Decreto Supremo N°007-2017-JUS en el cual se sostiene que tal decreto tiene por objeto dotar de operatividad a la aplicación del proceso especial, con la finalidad que la misma se constituya en una herramienta eficaz contra los procesos de crimen organizado y los seguidos por delitos especialmente graves.

Es así que, con la utilización de la declaración del colaborador eficaz, el Estado buscar combatir la criminalidad organizada como un fenómeno de la sociedad, independientemente de que si a través de su utilización se vulnera la norma constitucional. Es decir, que el Estado pondera al interés público y seguridad pública sobre el respeto y protección de las Garantías Constitucionales, pues busca garantizar la

vigencia de los bienes jurídicos que son lesionados por la criminalidad organizada.

Ahora bien, el limitar o no reconocer la existencia de las Garantías Constitucionales conforme lo hace el artículo 481-A del Código Penal, y más, por el contrario, permitir el empleo de un material probatorio que las atenta con la excusa de combatir la criminalidad organizada, obviamente, es un forma inquisitiva del Estado para poder combatir la delincuencia, toda vez, que tiene mayor relevancia el descubrimiento de la verdad que el respeto de la Garantías Constitucionales.

En los modelos inquisitivos de administración de justicia, sostiene Montero (citado por Arbulú, 2014) no se respeta las garantías procesales como la dualidad de parte, contradicción, e igualdad, lo cuales constituyen el debido proceso y la esencia del proceso. Siendo que este modelo, indicado por el autor antes mencionado, se ve reflejado en la utilización de la declaración del colaborador eficaz, pues el mismo es obtenido sin el respeto de la dualidad de partes y contradicción.

Entonces, bien tiene razón Asencio (citado por López, 2018) al manifestar que el uso irregular que se le dan dado a los resultados del Proceso de Colaboración Eficaz, toda vez, que lo han convertido en un “instrumento represivo de primer orden”, lo cual no es compatible con la nociones de un Estado de Constitucional de Derecho y de un Proceso Penal Acusatorio.

Esto demuestra la insuficiencia del proceso penal acusatorio para poder afrontar la lucha contra la criminalidad organizada, pues el recurrir a fórmulas inquisitivas para la acreditación de un determinado hechos, aunque los mismos lesiona las Garantías Constitucionales, advierte un retroceso del proceso penal, a un modelo que teóricamente se habría superado, pero que en la práctica aún se mantiene vigente (Asencio, 2018).

De allí que algunas voces en la doctrina procesal sostiene que la utilización de la declaración del colaborador eficaz es una forma incipiente del Derecho procesal del enemigo en el proceso penal actual, toda vez, que el Estado peruano reconoce a la criminalidad organizada como un fenómeno excepcional y como tal merece también una forma excepcional de combatirlo (Ruiz, 2018), la cual, como sostiene De Guevara (2018) constituye en la limitación o el no reconocimiento derechos fundamentales y las Garantías Constitucionales durante el desarrollo del proceso penal, con la finalidad el descubrimiento de la verdad y el juzgamiento del enemigo.

Independientemente de esto último, según un modelo de Estado Constitucional de Derecho no resulta idóneo el empleo de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para solicitar la prisión preventiva, pues, la vigencia de las Garantías Constitucionales están sobre el interés del Estado para averiguar la verdad, por lo que, el legitimar su empleo conforme lo realiza el artículo 481-A es contraria al modelo constitucional actual.

Esto último, se puede observar conforme al Principio de Fuerza Normativa de la Constitución, el cual exige el respeto de los Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales dentro de nuestro ordenamiento; pues de no ser así la Constitución quedaría reducida a una pura especulación normativa y no podría ser considerada como norma suprema (Landa, 2010).

Al respecto Landa (2010) nos señala:

La fuerza normativa de la Constitución es el instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación jurídica de la Constitución en una norma exigible judicialmente de su cumplimiento. Ello solo ha sido posible en el Estado democrático constitucional, en la medida que ha incorporado las lentas y progresivas transformaciones políticas, sociales y económicas de la comunidad, expresada en los viejos y nuevos derechos y libertades, mediante su razonable protección; en la medida que no hay derechos absolutos sino

relativos, es decir, dentro del supremo orden jurídico-constitucional.
(p.17)

En ese sentido, el Principio de Fuerza Normativa de la Constitución ha conferido la supremacía de la norma constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico (Hakansson, 2009); y en consecuencia, también de los Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.

Por tal motivo, la lucha contra la criminalidad organizada y la defensa del interés social no puede ser excusas para la utilización de elemento de convicción que lesione Garantías Constitucionales, pues en la búsqueda de la verdad no se puede emplear métodos que los restringe, sino, que los mismos deben de realizarse bajos las reglas preestablecidas, pues la libertad solo pueden ser restringido a través de medios probatorios lícitos (Parra, 2007).

Es así que el artículo 481-A del Código Procesal Penal no guarda concordancia con los postulados constitucionales, ya que, conforme se mencionó anteriormente, la utilización de la declaración del colaborador eficaz en el proceso común vulnera la Presunción de Inocencia y el Debido Proceso, toda vez que se obtiene de un proceso en donde no se cumplen con todas las Garantías Constitucionales, además que su trasladado no cumple con los requisitos exigidos para la prueba trasladada.

En ese sentido, según el Principio de Concordancia Práctica con la Constitución desarrollado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N°5845-2005-/PA/TC (2005) exige que toda tensión entre disposiciones constitucionales debe ser resuelta sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos en la constitución, ya que, todo precepto constitucional se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales del principio de Dignidad Humana; es decir, conforme indica Hakansson (2009), que se debe determinar el contenido esencial de un Derecho en coordinación con otros principios o exigencia constitucionales relevantes.

En ese sentido no debe priorizarse la lucha de criminalidad organizada como una manifestación de la defensa del interés social sacrificando los Garantías Constitucionales establecidas en la Constitución Política del Perú pues ello sería una afectación a la norma constitucional y generando con ello una situación de inseguridad jurídica; situación que se observa con la regulación del artículo 481-A del Código Procesal Penal.

3.5.LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ EN LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA POSIBLE INTERVENCIÓN DE INSTANCIAS INTERNACIONALES

¿Qué sucede cuando un Estado no protege ni reconoce los Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales que este ha reconocido en su Constitución y Tratados Internacionales? ¿Qué pasa cuando el Estado reconoce como legal formas inquisitivas de administración de justicia donde las garantías procesales son vulneradas?

En tales circunstancias, cuando el Estado trata como legal una figura procesal que por si es ilícito y el cual es atentatorio contra las Garantías Constitucionales, no queda más remedio que acudir a instancias internacionales a fin de restablecer la vigencia de los mismos, toda vez que internamente, dentro del Estado, se ha creado una indefensión, una ilegalidad.

Esto es lo que estamos viendo actualmente con la utilización de la declaración del colaborador eficaz, pues, en la jurisprudencia peruana se advierte una tendencia de los operadores jurídicos (garantes y administradores de la justicia) de legitimar el empleo de la declaración del colaborador eficaz, a pesar que el mismo vulnera las Garantías Constitucionales como son la presunción de inocencia y debido proceso, justificando su utilización en el artículo 481-A del Código Procesal penal, el cual los autoriza a poder emplearlo para solicitar e imponer una prisión preventiva.

Ahora bien, tanto la presunción de inocencia y como el debido proceso son garantías de la administración de justicia, las cuales no solo encuentra reconocimiento a nivel interno (dentro de nuestro ordenamiento jurídico) sino también al nivel internacional, pues los mismos se encuentran reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos como garantías judiciales, toda vez que en su artículo 8, prescribe:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Por lo tanto, es obligación de los Estados partes, quienes se adhirieron a la Convención Americana de Derechos Humanos, el reconocer y proteger los derechos y garantías que consagra, entre los cuales se encuentra la presunción de inocencia y el debido proceso. Siendo que ante la violación o vulneración de cualquiera de los Derechos o Garantías que este instrumento internacional consagra por parte de uno de Estados adheridos, implica la intervención de un tribunal internacional, la cual es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto a fin de, a través de fallos internacionales, reparar el daño causado a la persona por parte del Estado.

Ahora bien, el Estado peruano al haber ratificado el Convención Americana de Derechos Humanos, implica que tiene la obligación de mantener la vigencia y reconocimiento de las garantías judiciales de presunción de inocencia y debido proceso. Por lo que, ante la vulneración de tales Garantías, por parte del Estado Peruano, al legitimar la utilización de la declaración del colaborador eficaz para poder imponer una prisión preventiva a pesar que dicha declaración sea ilícita, implica que no quede más remedio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos intervenga a fin de que el Estado peruano frene dicho comportamiento ilegal.

Esto ya lo habíamos vividos anteriormente, en la época del terrorismo para ser más exactos, donde se reguló la figura procesal de los jueces sin rostros la cual violaba el Derecho a un juez natural y el debido proceso, pues impedía a los imputados conocer la identidad de los juzgadores y el fueron en el cual estaba siendo juzgado, dictándose, en consecuencia, muchos fallos de carácter arbitrario. No obstante, a pesar que dicha figura procesal lesionada directamente estos derechos, el Estado peruano permitió su empleo válido dentro del ordenamiento jurídico nacional como una fórmula efectiva en la lucha del terrorismo.

No fue sino hasta el caso de Castillo Petruzzi vs Perú, en la cual la Corte interamericana de Derechos Humanos, como instancia

internacional, reconoció la incompatibilidad de dicha figura con la Convención Americana de Derechos Humanos, ocasionado posteriormente la derogación tácita de dicha figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, si bien la figura de los jueces sin rostros se da en un contexto totalmente diferente a la utilización de la declaración del colaborador eficaz, no obstante, parecer ser que este último va a seguir el camino del primero, pues, conforme se advierte de la revisión de la jurisprudencia nacional, las apelaciones que se han realizado fueron debido al empleo de la declaración del colaborador eficaz, toda vez, que había sido incorporado al proceso a pesar que su obtención se realizó sin el ejercicio del derecho de contradicción impidiendo en consecuencia su traslado a otro proceso, asimismo, su empleo en el proceso común tampoco era idóneo, pues se utilizaba como medio probatorio documental a pesar que era una testimonial, lo cual genera que el ejercicio del derecho de defensa y contradicción se vean limitado.

Esto conforme señala Asencio (2018) genera una situación de indefensión en el proceso penal peruano, pues constituye una limitación de la defensa efectiva del imputado. Señala el autor citado que:

Indefensión se produce, (...) se atenta al principio de contradicción con efectos insubsanable (STC español 48/1986, 23 de abril), como sería el caso de una aportación la defensa oportuna mediante el cotejo obligatorio si se insta. O el de la traslación de actos de investigación no practicados contradictoriamente, pues la defensa devendría en formal y aparente.

(...)

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 pruebas 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 (STC español 48/1984, 4 de abril; 16/193, 23 de abril; 89/1986, 1 de julio). (Asencio, 2018, p. 74)

En ese sentido, como se mencionó anteriormente, exista la posibilidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos intervenga, pues, con la vulneración de Garantías Constitucionales, a consecuencia de la utilización de la declaración del colaborador eficaz, se produce una indefensión del imputado dentro del proceso penal; indefensión que para el Estado peruano está permitido, pues, así lo regula en el artículo 481-A del Código Penal.

Y si bien, para poder acudir a instancias internacionales necesariamente se tiene que agotar las vías del Derecho interno, no obstante, ante la tendencia de los operadores de justicia de sustentar la legitimidad de su empleo y la uniformidad de las apelaciones realizadas contra esta institución procesal por su empleo contrario a las Garantías Constitucionales, solo será cuestión de tiempo para que tal hecho suceda.

Es por ello que Asencio (2018) sostiene que si se aceptase como legítimo la utilización de la declaración del colaborador eficaz, y el régimen excepcional que trae consigo, implicaría el estar aceptando el riesgo de futuras reacciones provenientes de Tribunales internacionales.

El legitimar la utilización la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para imponer una prisión preventiva, justificando su empleo en la lucha contra el crimen organizado, trae consigo la posibilidad de futuras consecuencias internacionales para el Estado Peruano, los mismo que pueden ser evitados, siempre y cuando el legislador peruano tome conciencia de la afectación que trae consigo su utilización como elemento de convicción en el proceso penal.

3.6. VIA IDÓNEA PARA LA UTILIZACION DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ EN EL PROCESO PENAL

La declaración del colaborador eficaz como fuente de información constituye un acto de investigación valioso en la lucha contra el crimen organizado, pues, permite obtener información importante de los integrantes de la organización criminal, sus actividades delictivas y de la

ubicación de los bienes o personas objetos de los delito que cometen; información que con los métodos convencionales de la investigación del delito no se lograría obtener debido a la naturaleza compleja de la organización criminal.

Ahora bien, lo que se critica en la presente investigación no es la colaboración eficaz como método de investigación dentro del proceso penal, sino, la regulación que el proceso penal peruano le ha otorgado, pues, el utilizar dicha declaración conforme se ha regulado en el Código Procesal Penal y el Decreto Supremo N°007-2017-JUS lesiona directamente la garantía de presunción de inocencia y el debido proceso, lo cual es contrario a los postulados contemplados en la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Penal, pues el proceso penal actual se construyó con base en la vigencia de los derechos fundamentales y Garantías Constitucionales.

En tal sentido, la utilización de la declaración del colaborador como elemento de convicción eficaz dentro del proceso penal implicaría la vulneración directa de Garantías Constitucionales como la presunción de inocencia y el debido proceso, debido a que se estaría admitiendo y valorando como medio probatorio un acto de investigación cuya obtención e incorporación se habría realizado sin el respeto de las garantías derivadas del debido proceso como son la contradicción y el derecho de defensa, además que vulneraría el procedimiento establecido para la prueba trasladada.

Por tal motivo, a fin de evitar la vulneración de estas Garantías Constitucionales, resulta necesario el no admitir ni actuar dicha declaración, como elemento de convicción, dentro del proceso penal, esto con la finalidad de que no pueda ser sustento en una decisión judicial (sentencia condenatoria o imposición de una medida coercitiva de carácter personal), evitando así futuras consecuencias internacionales.

Si esto es así, entonces ¿Cómo podría utilizarse la declaración que brinda el colaborador en el Proceso de Colaboración Eficaz dentro del

proceso penal, como método de investigación en la lucha contra el crimen organizado, si su empleo implica la vulneración a la presunción de inocencia y debido proceso?, en otras palabras ¿de qué manera se podría utilizarse la declaración del colaborador eficaz dentro del proceso común sin que este vulnere las Garantías Constitucionales que modelan el proceso penal peruano?

Al respecto, las inobservancias a las garantías de presunción de inocencia y debido proceso que trae consigo la utilización de la declaración del colaborador eficaz, conforme está regulado actualmente, son insubsanables, es decir, que no existe modo alguno para que dicha declaración pueda ser incorporado al proceso penal como un medio de probatorio lícito, toda vez, que su ilicitud se advierte desde su obtención en el Proceso de Colaboración Eficaz, esto al no practicarse a través del contradictorio, siendo, en consecuencia, que el mismo no pueda ser trasladada, pues, conforme sostiene Herrera (2016) “El traslado de la prueba será eficaz si en el proceso “fuente” se ha respetado el principio de contradicción y las partes han tenido la oportunidad de cuestionar esa prueba” (p.329).

En ese sentido, el empleo de la declaración del colaborador eficaz como medio probatorio y como elemento de convicción para sustentar una prisión preventiva queda descartado, toda vez, que el mismo se trata de una prueba ilícita.

Ahora bien, la doctrina procesal señala que si bien la declaración del colaborador eficaz no podría ser utilizado como medio probatorio a fin de sustentar una decisión judicial, no obstante, señala que el mismo al ser una fuente de prueba y tener información importante en respecto a una organización criminal, si podría ser utilizado como una noticia criminal sobre el cual se puede realizar actos de investigación a fin de determinar la existencia de un hecho delictivo.

Según Díaz (2018) sostiene que la única manera para que la declaración del colaborador sea apta y útil dentro del proceso penal, es

que la misma sea valorado como contexto del descubrimiento un hecho delictivo (noticia criminal), pues así no se vulneraría alguna de las garantías constitucionales que rigen el proceso penal o que sobre este se realice una sobre valoración como medio probatorio.

De esta manera, al utilizar la declaración del colaborador eficaz como una noticia criminal, la ilicitud que le impide ser utilizado como elemento de convicción ya no le alcanzaría, pues la afectación a las Garantías Constitucionales solo se produce cuando tal declaración es utilizado como medio probatorio (o elemento de convicción en el caso de la prisión preventiva) debido a que no cumple con las exigencias para ser considerado como medio probatorio conforme se advirtió en los párrafos precedentes.

En tal sentido, al emplear la declaración del colaborador eficaz como una noticia criminal y no como elemento de convicción trasladado del Proceso de Colaboración Eficaz haría que la irregularidad de su empleo desaparezca siendo viable su posterior utilización como fuente de prueba.

Al respecto, para constituir una noticia criminal no resulta necesario que la declaración del colaborador eficaz se haya realizado a través del ejercicio del contradictorio, toda vez, que conforme indica Campos (2018a) el artículo 326 del Código Procesal Penal permite que el Fiscal puede tener conocimiento de cualquier hecho delictivo por cualquier medio posible (denuncia de parte, acción popular, autoridad judicial extrapenal o medios de comunicación).

Por otro lado, el utilizar la declaración del colaborar como noticia criminal también cumple con la finalidad principal del Proceso de Colaboración Eficaz, esto es el de perseguir eficazmente la criminalidad organizada conforme se encuentra regulado al artículo 1 inciso 1 de la Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, pues permite dar inicio a una investigación penal teniendo información importante respecto de la organización criminal.

En tal sentido, la vía idónea para poder utilizar la declaración del colaborador eficaz es la de noticia criminal, siendo que los demás elementos de convicción obtenidos de manera unilateral dentro del Proceso de Colaboración Eficaz, constituirán los anexos necesarios que darían de veracidad a la imputación realizada por el colaborador en su declaración fin de poder iniciar dicha investigación.

Respecto a esto último, cabe mencionar que no todos los elementos de convicción obtenidos dentro del Proceso de Colaboración Eficaz pueden acompañar a la declaración del colaborador eficaz, sino, solo aquellos elementos de convicción que tengan carácter de prueba preconstituida, pues esta prueba por sí mismo ya tiene cierta eficacia probatoria, es decir, no requiere la existencia de un contradictorio para su obtención, a diferencia de las diligencias de carácter personal (declaraciones y pericias) las cuales pueden ser nuevamente solicitadas en el proceso penal que se origina a raíz de la información aportado por el colaborador, de esta manera, se garantiza el debido proceso y de más Garantías Constitucionales.

Ahora bien, resulta necesario responder, ¿Qué pasaría en los casos en los cuales ya existe un proceso penal iniciado y el declaración del colaborador eficaz no cumpla la función de noticia criminal?, en tales casos, la declaración del colaborado eficaz no podrá ser incorporado al proceso penal ya iniciado, no obstante, al constituir una fuente de información, permitiría la incorporación solo de aquellos elementos de convicción que tengan carácter de prueba preconstituida (documentos, actas que contengan diligencias únicas e irrepetibles, informes), obtenidos como resultados de la diligencias de corroboración en el Proceso de Colaboración Eficaz, toda vez, que al igual que mencionamos en el párrafo anterior, dichos elementos de convicción no requiere la existencia de un contradictorio en su obtención, ya que, los mismos tienen existencia antes del inicio de una investigación penal, por lo que no depende directamente de la declaración del colaborador eficaz para su existencia.

En conclusión, la declaración del colaborador eficaz para que pueda tener ser apta y útil en el proceso penal, tiene que ser utilizado como noticia criminal sobre el cual el fiscal, de oficio, inicie una investigación penal, pudiendo en consecuencia, solicitar una detención preliminar basándose en dicha declaración pues como sostiene Fernández (2018b) “(...) La información proporcionada inicialmente por el colaborador puede justificar la inacción de las actuaciones o la adopción de medidas como la detención (...)” (p.110), en tal caso, la declaración del colaborador puede constituye la imputación fáctica de la medida de coerción, más no ser utilizado como elemento de convicción, para ello existiría los demás actos de investigación que acreditarían la imputación realizada sobre la investigación a realizarse.

3.7. PROPUESTA LEGISLATIVA PARA LA MODIFICACIÓN DE DISPOSITIVOS LEGALES A FIN DE MEJORAR EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN CUANTO A LA UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ

En tal sentido, al advertir que utilización de la declaración del colaborador eficaz contraviene las Garantías Constitucionales contempladas en la Constitución Política del Perú y que se encuentran presentes en el Código Procesal Penal, en consecuencia, los artículos 476-A y 481-A del Código Procesal, los cuales regulan el empleo de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción dentro del proceso penal, deberían ser modificados esto con la finalidad de permitir que la declaración del colaborador eficaz pueda ser utilizado como noticia criminal conforme se analizó en el apartado anterior.

Esta modificación resulta necesario, pues, del análisis de la jurisprudencia nacional se advirtió una tendencia unánime de cuestionar el traslado y la incorporación de la declaración del colaborador eficaz al proceso penal común (el cual lo hace a través del medio de prueba documental y no testimonial), toda vez, que no se realiza conforme a las

Garantías Constitucionales, señalado así una afectación al debido proceso.

Por lo que si siguen estos cuestionamientos a la utilización de la declaración del colaborador eficaz, muy pronto, existirán demandas antes instancias internacionales respecto a esta figura procesal debido a su afectación no solo a la garantía del debido proceso sino también a la presunción de inocencia, e incluso al derecho a la prueba, tanto más, si en el año pasado se emitió la primera casación respecto a su utilización, esto referente a la Casación N° 292-2019/LAMBAYEQUE (2019), en el cual se ratifica la legitimidad de la utilización de la dicha declaración a pesar de sus incongruencia con el régimen constitucional y procesal.

Por tal motivo, se presenta la siguiente propuesta legislativa el cual modifica los artículos 476-A y 481-A del Código Procesal con la finalidad de mejorar el sistema procesal en cuanto a la utilización de la declaración del colaborador eficaz.

PROYECTO LEY

“Año de la Universalización de la Salud
Publica”

Proyecto Ley N°.....

SUMILLA: Proyecto Ley que Modifica el artículo 476-A y deroga el artículo 481-A del Código Procesal Penal a fin de dotar de eficacia a la información obtenida de la declaración del colaborador eficaz.

Universidad Nacional del Santa, en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa prevista en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, se propone el siguiente Proyecto Ley.

Ley que modifica el artículo 476-A y deroga el artículo 481-A del Código Procesal Penal a fin de dotar de eficacia a la información obtenida de la declaración del colaborador eficaz

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La Presente ley tiene por objeto modificar el artículo 476-A y derogar el artículo 481-A del Código Procesal Penal con la finalidad de que la información obtenida de la declaración del colaborador eficaz pueda ser utilizada eficientemente dentro del proceso penal a fin de fortalecer la lucha contra la criminalidad organizada.

Artículo 3.- Modificación del Artículo 476-A del Código Procesal Penal

Modifíquese el artículo 476-A del Código Procesal penal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 476-A.- Eficacia de las diligencias de corroboración y su incorporación en otros procesos

1. Si de la información proporcionada por el colaborador eficaz en el Proceso de Colaboración Eficaz arroja indicios suficientes de participación delictiva de las personas sindicadas por éste o de otras personas naturales o jurídicas, **el fiscal podrá utilizar dicha información como noticia criminal para poder iniciar una investigación penal, para ello el acta que contiene la declaración del colaborador eficaz deberá ser acompañado con otros elementos de convicción de carácter objetivos obtenidos como resultados de las diligencias de corroboración en el Proceso de Colaboración Eficaz, que determinen la objetividad de la imputación realizada por el colaborador.**
2. Si de la información aportada por el colaborador eficaz en el Proceso de Colaboración Eficaz se advierte la presencia de hechos que ya están siendo investigados en un proceso o

procesos ya iniciados, el fiscal decidirá si las diligencias objetivas e irrepetibles obtenidos en la carpeta fiscal de colaboración eficaz como resultados de la diligencias de corroboración será incorporado en todo o en parte al proceso o procesos correspondientes. **En ningún caso la declaración del colaborador eficaz podrá ser incorporado a un proceso ya iniciado.**

4. Si el Juez aprueba el Acuerdo y los procesos donde el colaborador es imputado se encuentran en investigación preparatoria, el Fiscal podrá no acusar al colaborador.
5. Si el Juez aprueba el Acuerdo y los procesos donde el colaborador es acusado se encuentran en juzgamiento, el Fiscal podrá retirar la acusación y en su caso, el Juez Penal Unipersonal o Colegiado estarán a lo resuelto en la sentencia por colaboración eficaz.
6. La sentencia de colaboración eficaz será oponible en cualquier estado del proceso, ante los órganos jurisdiccionales que son parte del Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz”.

Artículo 3.- Vigencia y Aplicación de la Ley

La presente Ley rige a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano".

Artículo 4.- Derogación única

Deróguense el inciso 3 del artículo 476-A y el artículo 481-A del Código Procesal Penal, así como las todas demás normas contraria a la presente ley.

Chimbote,.... del mes de... del año....

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. ANTECEDENTES

La implementación del Código Procesal Penal del 2004 en el ordenamiento jurídico nacional trajo consigo la regulación del Proceso de

Colaboración Eficaz como un proceso autónomo y distinto al proceso penal común, diferenciándolo de cualquier otra forma de justicia premial, esto con la finalidad de que pueda obtenerse información de respecto a organizaciones criminales o la realización de delitos complejos, que permitan la recopilación de medios probatorios a fin de obtener una decisión favorables en contra de esta forma de delincuencia.

Ahora bien, con fecha 30 de diciembre del 2016 se publicó del Decreto Legislativo N° 1301 “Decreto Legislativo que Modifica el Código Procesal Penal para dotar de Eficacia al Proceso Especial por Colaboración Eficaz”, el cual modificó los artículo 472, 473, 474, 475,476, 477, 478, 479, 480 y 481 del Código Procesal penal que regulan el Proceso de Colaboración Eficaz, esto con la finalidad de poder dotar de eficacia a dicho proceso. Asimismo, incorporó al mencionado cuerpo legal el artículo 473-A, que permitía la participación del agraviado en el dicho proceso especial solo en lo que respecta a la reparación civil; y los artículos 476-A y 481-A, los cuales permitían al fiscal el poder incorporar y utilizar, en otros procesos penales, los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz así como la declaración del colaborador eficaz con la finalidad que puedan ser empleados como elementos de convicción para fundamentar una sentencia o la imposición de una medida cautelar.

Posteriormente, con fecha 30 de marzo del 2017 se publica el Decreto Supremo N°007-2017-JUS “Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1301, Decreto Legislativo que Modifica el Código Procesal Penal para dotar de Eficacia al Proceso Especial por Colaboración Eficaz” el cual reglamenta el Decreto Legislativo N° 1301, y determina el trámite que se debe de realizar en el Proceso de Colaboración Eficaz, los principios que se aplican y sujetos que interviene, las medidas que se pueden aplicar al colaborador y la eficacia de la información aportada por este.

Ahora bien, según la exposición de motivos del Decreto Supremo N°007-2017-JUS sostiene que el Decreto Legislativo N°1301 busca dotar de mayor operatividad al Proceso de Colaboración Eficaz, al convertirlo en una herramienta de investigación penal para la lucha contra de la criminalidad organizada y otros delitos considerados especialmente graves.

En ese sentido, se advierte que la finalidad del Decreto Legislativo N° 1301 con la incorporación de los artículos 476-A y 481-A al Código Procesal Penal, fue la de fortalecer la lucha del Estado contra la criminalidad organizada, esto al legitimar el traslado y utilización de los elementos de convicción recabados en el proceso de colaboración, pero sobre todo, de la declaración del colaborador eficaz, pues, constituye una fuente de información importante respecto de las organizaciones criminales.

Si bien declaración del colaborador eficaz puede constituir un elemento de convicción importante en el proceso común, pues, permite determinar la existencia de un delito cometido por una organización criminal y la vinculación de sus miembros con dicho delito; no obstante, su utilización conforme se ha regulado en los 476-A y 481-A al Código Procesal Penal y reglamentado en el Decreto Supremo N°007-2017-JUS contraviene las normas del Código Procesal Penal y de la Constitución Política del Perú de 1993.

En primer lugar, la declaración del colaborador eficaz es obtenida sin la garantía de contradicción, por tal motivo no puede ser trasladado a otros procesos penales, toda vez, que de acuerdo al artículo 20 de la Ley N°30077 “Ley Contra el Crimen Organizado”, solo se permite el traslado de medios probatorios que han sido admitidos y actuados a nivel judicial, no de actos de investigación realizados de recabados de manera unilateral.

En segundo lugar, al incorporar la declaración del colaborador eficaz al proceso penal conexo o derivados al Proceso de Colaboración Eficaz, lo que se estaría incorporando no es la testimonial del colaborador como medio probatorio, sino el solo el acta que contiene su declaración el cual es una documental. En ese sentido, habría una alteración de la naturaleza de la declaración del colaborador eficaz, pues al presentarlo como una documental implica que el juicio oral se dé la lectura u oralización de su contenido mas no la actuación de la declaración, por lo que no habría un adecuado ejercicio del derecho de defensa y contradicción por parte del imputado.

Es así que, a la luz de la presunción de inocencia, la declaración del colaborador eficaz no puede ser considerada como medio probatorio lícito, pues, tanto en su obtención como en su incorporación al proceso penal se vulnera Garantías Constitucionales.

Por lo tanto, su utilización en el proceso penal común es irregular, ya que, de lo contrario implicaría la violación al debido proceso y una clara limitación al derecho de defensa por actuarse y valorarse un material probatorio que no constituye medio prueba. Siendo este motivo por el cual tampoco se podría utilizar dicha declaración como elemento de convicción para requerir una medida coercitiva para requerir una medida coercitiva como la prisión preventiva.

En tal sentido, resulta conveniente el modificar las normas legales que fueron incorporados por el Decreto Legislativo N°1301 y que permitieron el poder utilizar la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción dentro del proceso penal común.

2. FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA

NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL

- Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

- Artículo 2, numeral 24, literal “d” y artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú de 1993.

MARCO LEGAL

- Código Procesal Penal.
- Artículo 20 de la Ley N°30077 “Ley contra el Crimen Organizado.”

3. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA

La presente propuesta legislativa propone eliminar los conflictos existentes entre la utilización de la declaración del colaborador eficaz y la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Penal, puesto el empleo de dicha declaración, conforme se encuentra regulado actualmente en el Código Procesal Penal y el Decreto Supremo N°007-2017-JUS, implica la vulneración de Garantías Constitucionales como es la presunción de inocencia y el debido proceso.

En efecto, los artículos 476-A, 481 y 481-A del Código Procesal Penal, que permiten la utilización de la declaración del Colaborador Eficaz en el proceso común tiene su base en el artículo 45 del Decreto Supremo N°007-2017-JUS el cual faculta al fiscal el poder trasladar los elementos de convicción obtenidos de las diligencias de corroboración del Proceso de Colaboración Eficaz –como prueba trasladada- a otros procesos conexos o derivados. Sin embargo realizando un análisis sistemático de dicha normatividad con el artículo 20 de la Ley 30077 el cual establece los presupuestos legales para el traslado de prueba, se puede observar que tal traslado no cumple con los presupuestos establecidos para el traslado de material probatorio, ya que solo se puede trasladar medios probatorios que han sido admitidos y actuados a nivel judicial; presupuesto que la declaración del colaborador eficaz no cumple debido ya que en dicho proceso no se admiten ni se actúan medios probatorio, solo se realizan actos de investigación unilaterales, por lo tanto su traslado e incorporación al proceso común no cumplen con las condiciones de

prueba trasladada ocasionado con ello la vulneración de la presunción de inocencia y el debido proceso pues se estaría incorporando al proceso un material que carece de suficiencia probatoria.

En ese sentido se puede advertir la existencia de una contradicción jurídica entre estas normas jurídicas, situación que debe ser superada en razón al Principio de Coherencia Normativa el cual establece que no deben existir conflictos, contrariedad o antinomias entre normas jurídicas a fin de dotar de seguridad jurídica a nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, si bien se encuentra legitimado el empleo de la declaración del colaborador eficaz en razón a la lucha contra el crimen organizado al obtener medios probatorios conforme a la *Ratio Legis* de la norma; sin embargo dicha utilización no debe de ser contradictorio con el ordenamiento jurídico, sobre todo con la presunción de inocencia y el debido proceso reconocidos en la Constitución Política del Perú, toda vez que atendiendo al Principio de Concordancia Práctica con la Constitución toda tensión entre disposiciones normativa debe ser resuelta sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos en la constitución, ya que, todo el precepto constitucional se encuentra reconducidos a la protección de los derechos fundamentales del principio de Dignidad Humana.

En ese sentido, debe de considerarse la relevancia de los daños que produce la utilización de la declaración del colaborador eficaz y su consecuencia con el ordenamiento internacional, pues el seguir reconociendo la legitimidad de su empleo en el proceso penal, produciría la emisión de decisiones ilegales y carentes de fundamento de derecho, lo cual implicaría la intervención de instancias internacionales.

Por lo tanto, con lo propuesto se pretende garantizar y reconocer la vigencia de las Garantías Constitucionales y a su vez otorgarle una utilización idónea a la información aportada por el colaborador eficaz dentro del proceso común a fin de que pueda cumplir su finalidad en la

lucha contra el crimen organizado, esto de manera sistemática, en concordancia con la legislación nacional e internacional y atendiendo a los principios de Concordancia Práctica con la Constitución y Coherencia Normativa.

Se debe tener presente que la declaración del colaborador eficaz constituye una fuente de información importante en la lucha contra el crimen organizado, pues permite identificar a los integrantes de una organización criminal, así como las actividades delictivas que este realiza, la ubicación de los bienes delictivos y la localización de sus víctimas, así como prevenir la realización de futuros actos delictivos; no obstante, conforme se encuentra regulado actualmente dentro de nuestra legislación procesal, impide su utilización válida de la misma, por tal motivo es que resulta necesario una modificación en cuanto a su empleo.

Siendo esto así, resulta útil y pertinente el modificar el artículo 476-A del Código procesal Penal el cual permite la utilización como elemento de convicción de la declaración del colaborador eficaz dentro del proceso, a fin que establecerá que dicha declaración solo pueda ser utilizado como noticia criminal a fin de poder iniciar una investigación penal mas no ser incorporado como elemento de convicción en un proceso ya iniciado.

De la misma manera resulta útil y pertinente derogar el artículo 481-A del Código Procesal Penal, que permite su empleo como elemento de convicción para solicitar la prisión preventiva por ser contrario a las Garantías Constitucionales.

4. EFECTOS DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Conforme se advierte, la presente propuesta legislativa pretende establecer un marco legal adecuado para la utilización de la declaración del colaborador eficaz en el proceso penal, que no sea contrario a la Carta Magna, Código Procesal Penal y el artículo 20 de la Ley N°30077

“Ley contra el Crimen Organizado”, tomando en consideración su eficacia en la lucha contra el crimen organizado.

5. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La promulgación de la presente norma no implica costo al erario nacional puesto que solo se trata de la modificación de los artículos del Código Procesal Penal, esto con la finalidad de que la declaración del colaborador eficaz pueda ser utilizada de manera idónea en el proceso penal, toda vez, que su regulación actual genera la afectación de las garantías de presunción de inocencia y el debido proceso. De esta manera, evitara futuros gastos producidos por demandas internacionales contra el Estado Peruano por su uso irregular, sobre todo en la prisión preventiva, donde la libertad personal es restringida de manera excepcional.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación de acuerdo a su naturaleza es de tipo descriptiva con un enfoque cualitativo, toda vez que, este tipo de investigación realiza un estudio de hechos o fenómenos de la actualidad, donde se busca ubicar el problema, analizarlo, y su fuera posible, plantear alternativas de solución (Sumarriva, 2009). En ese sentido, la presente investigación realiza un estudio sobre la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva en los procesos de criminalidad organizada; tema que fue analizado con exhaustividad en relación a si dicha utilización conforme se encuentra regulado actualmente en el Código Procesal Penal vulnera Garantías Constitucionales, ello con la finalidad de mejorar el sistema procesal penal actual.

Asimismo, según su aplicabilidad o propósito, la presente investigación es de tipo básica, pues, pone en discusión la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción en el requerimiento de la prisión preventiva en los procesos de criminalidad organizada desde un punto de vista meramente teórico. En ese sentido, Sumarriva (2009) sostiene que una investigación básica "(...) busca el avance de la ciencia y el incremento de la teoría, basada en conceptos, principios, y leyes". (p.62)

3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.2.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

- **Método Inductivo-Deductivo** (x)

Se utilizó el método inductivo como método científico base, toda vez, que permitió identificar el problema respecto de la utilización de la declaración de colaborador eficaz como elemento de convicción para

solicitar la prisión preventiva en los procesos que versan sobre criminalidad organizada, esto, desde el estudio de las instituciones propias del proceso penal; asimismo, permitió el análisis de casos particulares (jurisprudencia), ello con la finalidad de poder determinar cómo se viene dando su empleo en el proceso penal y el razonamiento que el órgano jurisprudencial le está dando a su utilización. Al respecto, La Fuente y Marín (2008) sostiene que el todo inductivo permite enunciados generales a partir de la experiencia de la observación y análisis de fenómenos individuales. Es decir que se parte de lo individual a lo general.

También se hizo uso del método deductivo, en la medida que a raíz del problema general se propuso soluciones prácticas a casos individuales relaciones al tema tratado; pues, como sostiene La Fuente y Marín (2008), el método deductivo permite partir de premisas generales para llegar a enunciados particulares, es decir que parte de lo individual a lo general.

• **Método Comparativo o Analógico** (x)

El método comparativo es empleado en la presente investigación en la medida que se realizó un estudio del Derecho Comparado respecto a la regulación del Proceso de Colaboración Eficaz y al tratamiento que se ha dado a la declaración del colaborador eficaz en otros sistemas penales, esto con la finalidad de poder establecer semejanzas y/o diferencias de su tratamiento con el proceso penal peruano. Bajo este criterio, Abreu (2014) sostiene que el método comparativo o analógico:

(...) consiste en establecer analogías y disimiludes con enfoques de búsqueda diferenciadora y búsqueda antagónica. (...) ayuda a establecer distinciones entre sucesos o variables que son repetitivos en realidades estudiadas, esto conlleva en algunos casos a una característica de generalidad y en otros casos a la particularidad. (p. 199)

3.2.2. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

- **Método Dogmático** (x)

La presente investigación hizo uso del método Dogmático toda vez que se estudió a las instituciones reguladas en el proceso penal, tales como la prisión preventiva, la prueba y la colaboración eficaz, así como, la regulación legislativa que se han dado a estas instituciones. Al respecto:

Una tesis de grado que se inspira en el método dogmático visualizara el problema solo a la luz de las fuentes formales, y como consecuencia su horizonte se limitará a las normas legales o instituciones en los que está inscrito el problema. (Ramos, 2002, p.94)

3.2.3. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

- **Método de interpretación del Ratio Legis o Lógico** (x)

Este método es empleado, ya que, la presente investigación abarco responder interrogantes como: ¿para que se dictó la norma?, ¿cuál es la razón de por la que la norma existe? ¿Qué fines se hallan detrás de la norma?, es decir que trato de entender las razones por la cual el legislador peruano ha permitido el traslado de la declaración del colaborador eficaz del Proceso de Colaboración Eficaz a otro proceso penal. En ese sentido, según Ramos (2002) indica “este método se alza por encima de la simple explicación gramatical del texto normativo. Busca, más bien, la razón de ser de la ley o espíritu de la norma” (p. 136).

- **Método de interpretación Sistemático o Constructivo** (x)

Asimismo, el presente trabajo no solo se limitó al estudio de las instituciones procesales anteriormente mencionadas, sino, que las mismas fueron estudias en relación de unas con otras y a su vez con las demás normas del ordenamiento jurídico, es decir, que fueron analizadas sistemáticamente, ello con el propósito de poder identificar la existencia de contradicciones en cuanto al empleo de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para solicitar una

prisión preventiva con la normatividad constitucional y procesal; en ese sentido el método sistemático “(...) se articula a través de un esquema teórico cognitivo que considera al derecho como un todo que se encuentra estructurado y ordenado de manera coherente, a fin de dar unidad funcional e integral al sistema normativo” (Sánchez, S/F, p.960).

3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación realizada tiene un diseño tipo Descriptivo-Propositivo: Es Descriptivo, en el sentido que describe o explica la problemática existente en cuanto a la irregular utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir una prisión preventiva en los casos de criminalidad organizada, esto sin alterarlo o modificarlo.

Es Propositivo, en cuanto superar dicha problemática al realizar una propuesta para la utilización idónea de la declaración del Colaboración eficaz a fin de que no sea contraria con las Garantías Constitucionales. A criterio de Aranzamendi (2013) este diseño de investigación, permite indagar en las deficiencia que tiene el Derecho para poder resolver un caso en concreto, es decir, que pone en evidencia las lagunas o deficiencias jurídicas de las normales legales para poder darle solución con una reforma o derogatoria.

En tal sentido el diseño de la presente investigación tiene el siguiente esquema:

$$M \longrightarrow O \longrightarrow P$$

Dónde:

M: Muestra consistente en 4 jurisprudencias analizadas

O: Observación de la problemática

P: Propuesta legislativa

3.4. POBLACIÓN MUESTRAL

La presente investigación tuvo como población muestral, los siguientes casos (4):

- Resolución N°07 - EXP. 09199-2018-92-1706-JR-PE-08; Auto de vista de la investigación que se sigue contra Oviedo, por el delito de Asociación ilícita para delinquir, emitida por la Primera Sala Penal De Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- Resolución N°12 – EXP. 00075-2017-3-5001-JR-PE-03; Auto de Vista de la investigación que se sigue contra Félix Manuel Moreno Caballero por el delito de lavado de activos y otros, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional.
- Resolución N°03 – EXP. N°00046-2017-1-5201-JR-PE-01; Auto de vista que se sigue contra Carlos Eugenio García Alcázar y otros por el delito de Tráficos de influencia y otros, emitido por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Colegiado A.
- Resolución N°03 - EXP. 00046-2017-2-5201-JR-PE-01: Auto de vista de la investigación que se sigue contra Carlos Eugenio García Alcázar y otros, por el delito de Tráfico de Influencias y otros, emitida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.5.1. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

- **Fichaje:** Se utilizó la técnica del fichaje, ya que, la información recopilada de las distintas bibliografías, fue almacenada en fichas que luego fueron vertidas en la

presente investigación. Al respecto doctrina nos dicen que las fichas son imprescindibles en el proceso de investigación, puesto que contiene las partes esenciales y las ideas generales de un libro (Torres, 2001).

- **Técnica de estudio del caso:** Para el desarrollo de la presente investigación se revisó y analizó jurisprudencia nacional relacionada a la prisión preventiva en el cual se haya aportados declaraciones de colaboradores eficaces como elemento de convicción, esto con la finalidad de comprender la situación actual de la problemática planteada. En ese sentido la técnica de estudio del caso permitió identificar si es correcto o no el razonamiento que realizaron los juez en la valoración de la declaración del colaborar como elementos de convicción para solicitar la prisión preventiva. Al respecto, Yin (citado por Martínez, 2006) considera que este técnica de investigación es apropiado para investigaciones nuevas, puesto que examina el fenómeno o problema en su entorno real, ya sea a través de un solo caso como en múltiples casos, por lo que permitirían utilizar varias fuentes que permita solucionarlo.

3.5.2. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

- **Fichas Bibliográficas:** Se empleó para la recopilación de las fuentes bibliográficas. Según Torres (2001) este tipo de ficha "(...) son las que contienen las partes esenciales de un libro" (p.712).
- **Fichas Textuales:** Este tipo de fichas fueron indispensables en la investigación, ya que, nos permitió poder obtener información de manera literal de las instituciones procesales que fueron analizadas. Según Torres (2001) las fichas bibliográficas "Debe de contener el

Epígrafe (...), el contenido entre comillas y sin modificaciones aun cuando contenga errores” (p.718).

- **Fichas de Resumen:** Ciertos temas cuya información es extensa y que no puedo ser obtenida por medio del empleo de fichas bibliográficas, fueron recogidas a través de ficha tipo resumen, puesto que dichas fichas permite resumir la idea expresa en dicho tema o apartado la cual luego fue añadido en la investigación realizada (Torres, 2001).
- **Fichas de Comentario:** Las fichas de comentarios fueron utilizadas en el presente trabajo en la medida que se empleó para poder realizar juicios favorables o discrepantes respecto de las opiniones de diversos autores sobre la legitimidad del empleo de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para poder solicitar una prisión preventiva. En ese orden de ideas Torres (2001) nos indica que este tipo de fichas contiene los comentarios, juicios u observaciones favorables, o discrepantes con el autor.
- **Fichas Mixta:** En este tipo de fichas se intercalan citas textuales, de comentarios, resúmenes, etc. (Torres, 2001), por lo que su empleo en la presente investigación ha sido importante, ya que se intercaló todas fichas recopiladas a fin de poder generar ideas propias que serán incluidas en la investigación.
- **Guía de análisis de casos:** A fin de poder organizar los casos y realizar un correcto análisis del mismo se empleó una guía o reporte de los casos analizados el mismo que permitió poder corregir errores en cuanto a la dirección de la investigación y el poder consultar bibliografía de los temas que son tratados en dichos casos, de esta manera se facilitó la obtención de resultados. Esta técnica a criterio de Martínez (2006) evita el riesgo de regresar por

información adicional para la investigación, pues una guía del análisis del caso, permitirá al investigador un estudio más ordenado del caso, facilitando así la obtención de evidencias importantes.

3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

- **Técnica de palabras claves en contexto:** Esta técnica resultó ser fundamental en el desarrollo de la investigación debido a que permitió elaborar un índice de contenido y a su vez dividirlo en capítulos (Hernández, 2014), ello a partir de la información obtenida de la bibliografía consultada y los casos jurisprudenciales emblemáticos relacionados al tema de investigación, información que permitió extraer las palabras claves con la cual se elaboró el marco teórico.
- **Técnica de Corte y clasificación:** Se hizo uso de esta técnica con la finalidad de poder procesar y analizar la información obtenida; toda vez que, se identificó las ideas más importantes aportados por diversos procesalistas vinculados al tema tratado en distintos trabajos, para posteriormente juntarlos conceptualmente, y ser analizado en torno al hipótesis planteado. Es así que, en cuanto a esta técnica, Hernández (2014) sostiene que es de gran utilidad en la realización de una investigación pues permite al investigador el editar y clasificar la información recopilada, permitiendo así identificar los aspectos o segmentos que nos parecen de importancia para el trabajo, así que al recopilarlos (juntarlos conceptualmente) se tendría una información bastante enriquecida.

3.7. PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Mediante la técnica de fichaje se recopiló información necesaria correspondiente a la utilización la declaración del colaborar eficaz

como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva, información a la cual se le aplicó el método dogmático y los métodos de interpretación Sistemático o Constructivo y Ratio Legis o Lógico, a fin de advertir su coherencia con las Garantías Constitucionales y demás instituciones propias del proceso penal.

Asimismo, mediante el uso de la técnica de estudio de caso, se procedió a recopilar información de sentencias referentes a crimen organizado en el cual se utiliza la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva haciendo uso del método inductivo-deductivo, esto es analizando cada caso por separado para obtener una conclusión final.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIONES

RESULTADO N° 01

El traslado de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción obtenido dentro del Proceso de Colaboración Eficaz no cumple con el procedimiento establecido para traslado de material probatorio de un proceso a otro regulado en el artículo 20 de la Ley N° 30077, pues, dicho artículo, establece que solo se trasladarán material probatorio que han sido admitido y actuado a nivel judicial con todas las Garantías Constitucionales; sin embargo la declaración del colaborador eficaz se obtiene sin el ejercicio del contradictorio y demás Garantías constitucionales propias de la actuación probatoria, por lo cual no podría ser trasladado a otros proceso penales; en ese sentido, de acuerdo a la presunción de inocencia dicha declaración no tendría condición para ser considerado como medio probatorio idóneo dentro del proceso penal pues para que tenga tal condición debió haber sido obtenido e incorporado al proceso penal común respetando las Garantías Constitucionales. Asimismo, la incorporación de la declaración del colaborador eficaz al proceso penal común ya sea como prueba plenaria o prueba anticipada, alteraría la naturaleza de la fuente de prueba testimonial que es la declaración del colaborador eficaz, pues, se le estaría otorgando una naturaleza que no le correspondería a dicha fuente de prueba, lo cual conlleva a una limitación del Derecho de Defensa y del contradictorio los cuales forman parte del debido proceso. Por lo tanto, la declaración del colaborador eficaz no debe ser empleado dentro del proceso penal común ya que ello implica la vulneración de Garantías Constitucionales.

DISCUSIÓN DEL RESULTADO N°01

La utilización de un medio probatorio dentro del proceso penal se encuentra limitada por la Garantía Constitucional de la presunción de inocencia, el cual, como una de sus manifestaciones, regula toda la actividad probatoria desarrollada en el proceso penal desde la obtención e

incorporación de los medios probatorios, hasta su práctica y valoración en juicio oral; esto se realiza con la finalidad de evitar la valoración de un material probatorio que atenta contra los Derechos y/o Garantías Constitucionales.

En ese orden de ideas, para que se puedan admitir válidamente un material probatorio dentro de un proceso y que el mismo pueda ser posteriormente actuado y valorado en juicio oral, tiene que cumplir con tres exigencias que se derivan de la presunción de inocencia, esto es: 1) que se traten de auténticos medios de pruebas, es decir, que hayan sido obtenidos en el propio proceso penal o incorporados a él por la vía idónea, 2) que se hayan practicados con todas las garantías procesales, es decir que tanto en su obtención como en su actuación se hayan respetados las Garantías del Debido Proceso, esto es contradicción, inmediación, publicidad, defensa, etc., y 3) que sean de cargo, que vinculen al imputado como autor de un hecho delictivo.

El cumplimiento de estas exigencias constituye un requisito esencial para dotar de legalidad y validez a un medio probatorio, toda vez, que si un material probatorio no cumple, aunque sea uno de estas exigencias, no podrá ser considerado como medio probatorio válido y por lo tanto no podrá ser utilizado ni actuado dentro del proceso penal, careciendo de cualquier suficiencia probatoria que podría aportar.

Ahora bien, en la presente investigación, al haber analizado la naturaleza de la declaración del colaborador eficaz y constatado con la Garantía Constitucional de presunción de inocencia, como regla de la actividad probatoria, se advierte que dicha declaración no se adecua a las exigencias derivadas de la misma, para que pueda ser considerado como medio probatorio, toda vez, que tanto en su obtención como en su incorporación habría existido la limitación y vulneración del contradictorio y el debido proceso como Garantías Constitucionales.

En primer lugar conforme se advirtió durante el desarrollo del marco teórico, en el Proceso de Colaboración Eficaz no existe el ejercicio del contradictorio, esto debido a que no hay la participación de una parte contraria que pueda contradecir lo dicho por el colaborador, pues el Proceso de Colaboración Eficaz se desarrolla con la sola participación del colaborador y el fiscal, siendo, en consecuencia, que las diligencias que allí se desarrollan solo tienen la naturaleza de actos de investigación realizados de manera unilateral por el fiscal.

En tal sentido, al no practicarse el contradictorio en su obtención, hace que el mismo sea imposible de ser trasladado a otros procesos penales, pues según el artículo 20 de la Ley N°30077, el cual regula el procedimiento para el traslado de pruebas, establece que solo se trasladarán material probatorio que han sido admitidos y actuados a nivel judicial, asimismo agrega que dicho material probatorio tiene que haber sido actuado con todas las Garantías Constitucionales, en el cual se incluye el contradictorio, pues el mismo es una garantía del debido proceso.

En consecuencia, al no existir un contradictorio en el Proceso de Colaboración Eficaz, hace que la declaración del colaborador eficaz no pueda ser trasladada como elemento de convicción, pues no cumplió el procedimiento establecido para el traslado de material probatorio. De esta manera, se advierte que dicha declaración no cumple con la segunda exigencia del principio de presunción de inocencia, el cual es que se hayan practicados con todas las Garantías Judiciales. Al respecto se resalta lo sostenido por Vergara (2018) quien, haciendo referencia al traslado de material probatorio de un proceso a otro, sostiene que esto tiene una implicancia negativa en el principio de contradicción de la actividad probatoria, sobre todo tratándose del traslado de los órganos de pruebas, toda vez que no hay una participación controlada de la parte contra quien se pretenda utilizar, pero no solo afecta al principio de

contradicción, sino también, al principio de inmediación, oralidad entre otros principios regulados en el dentro del Código Procesal Penal.

En segundo lugar, en cuanto a la incorporación al proceso penal común de la declaración del colaborador eficaz tampoco sería de todo correcto, pues conforme se ha regulado en el artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, se permite al fiscal el poder incorporar la declaración del colaborador eficaz a otros procesos penales ya sea como prueba plenaria o prueba anticipada, no obstante, tal incorporación representa una clara limitación al derecho de defensa y el contradictorio, toda vez, que se le estaría otorgando una naturaleza que no le correspondería a la declaración del colaborador como fuente de prueba.

Al respecto, según la regla procesal, cada fuente de prueba atendiendo a su naturaleza tiene que ser incorporado por su medio idóneo, es así que si se tiene la declaración de un testigo, o en su caso de un colaborador, el mismo tiene que ser incorporado a través del medio probatorio del testimonial, toda vez, que es una fuente de prueba de carácter repetible, y como tal debe de existir la posibilidad que pueda ser reproducido en juicio oral.

Ahora bien, si conforme al artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS se incorpora a la declaración del colaborador eficaz como prueba plenaria, es decir como una prueba preconstituida, se estaría incorporado solo el acta que contiene la declaración, mas no la propia declaración del colaborador, siendo que en su actuación en juicio oral solo constituiría en la lectura del acta mas no en la reproducción de la declaración, esto limita el derecho del imputado de poder interrogar a dicho colaborador, toda vez, que no se ha ejercido un contradictorio en su obtención, ya que, en el Proceso de Colaboración Eficaz no existir la participación de una contraparte.

De la misma manera, al otorgar la naturaleza de prueba anticipada a la declaración del colaborador eficaz, conforme lo hace el artículo 46 del

Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, se le estaría dotando de una condición que no tiene, pues, solo podrán constituir como prueba anticipada aquellos medios probatorios que, ante el peligro de que desaparezcan del proceso, se actúan anticipadamente; no obstante, esta actuación anticipada se realiza con todas las Garantías Constitucionales establecidas en el proceso común, es decir, en presencia de un juez natural, inmediación, dualidad de partes, contradicción, defensa, publicidad, etc. Sin embargo, dicha situación no se da en el caso de la declaración del colaborador eficaz, ya que, además de no existir un peligro de pérdida (toda vez que no se conoce su identidad del colaborador), tampoco existe una actuación del mismo con todas las Garantías Constitucionales, debido a que en el Proceso de Colaboración Eficaz no existe un contradictorio, dualidad de partes, publicidad ni inmediación.

En ese sentido, no puede considerarse como prueba anticipada a la declaración del colaborador eficaz, pues al igual que en el caso de prueba plenaria se estaría limitando al imputado del derecho de defensa y contradicción, toda vez, que se incorporaría solo el acta que contiene la declaración el mismo que sería oralizado dentro del proceso, imposibilitando el poder interrogar al colaborador.

Es así que la incorporación de la declaración del colaborador eficaz, conforme se ha regulado en el artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS no haría más que contradecir la regla que establece que todo medios probatorios deben ser obtenidos e incorporados al proceso penal por el procedimiento constitucionalmente legítimo, esto es por su vía idónea, lo cual constituye una infracción a la primera exigencia derivadas la presunción de inocencia, referente a que los medios probatorios deben ser auténticos medios probatorios, pues al no ser incorporados conforme a la vía constitucionalmente establecida, el mismo no puede ser considerado como medio probatorio y por lo tanto no debería ser utilizado ni valorado.

En tal sentido, se observa que la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción, no cumple con las exigencias derivadas de la presunción de inocencia para ser considerado medio probatorio, por lo tanto, no debe ser considerado como tal y por ende tampoco debe ser considerado como elemento de convicción dentro del proceso común. Siendo en consecuencia que la utilización de dicha declaración trae consigo la vulneración del debido proceso y de la presunción de inocencia, pues se estaría utilizado como medio probatorio, un acto de investigación que por sí mismo carece de suficiencia probatoria dentro del proceso penal.

A este mismo resultado arribó Herrera (2016) quien, referente al traslado de medios probatorios, señala que “El traslado de la prueba será eficaz si en el proceso “fuente” se ha respetado el principio de contradicción y las partes han tenido la oportunidad de cuestionar esa prueba” (p.329). En ese sentido, al haberse determinado que en el Proceso de Colaboración no se ha respectado la vigencias de Garantías Constitucionales, y sobre todo el de contradicción, por lo tanto su traslado a otros procesos será ineficaz, siendo inutilizable dicha declaración, toda vez, que dicho vicio es insubsanable, debido a la propia naturaleza de su obtención.

De igual manera Asencio (2018) sostiene que “(...) cabe concluir sin mucho esfuerzo, que los actos provenientes del expediente fiscal de colaboración eficaz no constituyen prueba trasladable, ni son pruebas practicadas judicialmente, ni son contradictorias” (p.50)

Por su parte Roy (2017) complementa los argumentos dados por los autores anteriormente, pues, señala que permitir que se emplee la introducción de elementos de convicción en donde no existe la participación de la defensa, se vulneraría el derecho a la defensa del imputado contra quien se actuará tales elementos.

De esta manera podemos observar que existen tres posiciones que cuestionan el empleo de la declaración del colaborador eficaz en el

proceso común; no obstante, De Gennaro-Dyer (2018) contradice dicha posición, ya que, sostiene que es demasiado rígida y garantista, pues no advierte el beneficio que se trae consigo el Proceso de Colaboración Eficaz en la lucha contra el Terrorismo (en este caso el crimen organizado); en ese sentido sostiene que, ciertas Garantías Constitucionales deben flexibilizarse para que dicho proceso logre su cometido.

Otro autor quien también cuestiona el resultado obtenido es San Martín (2018) pues para él la utilización de la declaración del colaborador se encuentra legitimada, toda vez, que el ordenamiento jurídico reconoce la institución de prueba trasladada, siendo que el control que se debe realizar a dicha declaración es que haya sido corroborado con otros elementos de convicción a fin de dotarle de suficiencia probatorio; además que su actuación en juicio del proceso al cual es trasladado, de esta manera se respetaría el debido proceso.

De la misma manera De la Jara (2016) legitima la utilización de la declaración en el proceso común al sostener que todo lo que se presente apelándose a la figura de la colaboración, sea en una investigación o en juicios, o para una medida cautelar que implica la restricción de derechos tiene que tener valor probatorio, pudiendo el colaborador presentarse como testigo. Asimismo, también puede agregarse a esta posición la recomendación realizada por Corado (2013) en donde indica que el Ministerio Público debe realizar una correcta corroboración de las declaraciones de los colaboradores eficaces a efecto de que pueda ser utilizado en la lucha contra el crimen organizado.

Ahora, si bien estos últimos autores tienen posiciones compartidas en cuanto a la legitimidad del empleo de los actos de investigación obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz, dentro del cual se encuentra la declaración del colaborador eficaz, sin embargo, se debe advertir que no se han tomado en consideración que en el Proceso de Colaboración Eficaz no existe una flexibilización de las Garantías

Constitucionales, sino que dicho proceso simplemente excluye el ejercicio de estas garantías, como es el caso de la Contradicción (como manifestación del Derecho de Defensa) e incluso de la inmediación, siendo este el motivo de la ilicitud que se advierte en la presente investigación, pues no puede ser trasladado un material probatorio que ha sido obtenido con la vulneración de Garantías Constitucionales.

Esto lo advierte De La Cruz (2019) al sostener que existe la posibilidad de que el Proceso de Colaboración Eficaz afecte el Derecho a la Defensa del imputado, debido a que se desconoce la identidad del colaborador eficaz en consecuencia no se permitiría la contradecir lo vertido este.

En ese sentido, no puede justificarse el uso de la declaración del colaborador eficaz dentro del ordenamiento jurídico peruano, pues, si es empleado como elemento de convicción se vulneraría la Presunción de Inocencia y el Debido Proceso, ya que, se estaría empleando y valorando como medio probatorio a un acto de investigación que carece de suficiencia probatoria.

Por tal motivo, conforme se advirtió anteriormente, dicha declaración debe ser declarado inutilizable como material probatorio dentro del proceso penal, toda vez, que de no ser así se vulneraría la presunción de inocencia y el debido proceso afectado la legalidad del proceso penal.

RESULTADO N°02

La declaración del colaborador eficaz no puede constituir un elemento de convicción sobre el cual se pueda adoptar una medida coercitiva de carácter personal como la prisión preventiva, toda vez, que está, al consistir en una medida coercitiva de carácter excepcional, requiere para su imposición la presencia de elementos de convicción lícitos, es decir, elementos de convicción obtenidos sin la vulneración de las Garantías Constitucionales e incorporados de acuerdo al procedimiento establecido para dicho material probatorio. Situación que

no se da en el caso de la declaración del colaborador eficaz, toda vez que dicha declaración se obtienen sin el ejercicio del contradictorio, asimismo, no cumple con el procedimiento establecido para el traslado de material probatorio de un proceso a otro, pues solo se permite el traslado de material probatorio actuado a nivel judicial y no de actos de convicción. Por lo tanto, la declaración del colaborador eficaz no puede ser considerado como un elemento de convicción de carácter lícito dentro del proceso penal común y por ende no puede ser empleado en el mismo pues su utilización conllevaría a la vulneración de la presunción de inocencia y el debido proceso como Garantías Constitucionales.

DISCUSIÓN DEL RESULTADO N°02

La prisión preventiva constituye la medida coercitiva de carácter personal más grave, toda vez, que priva procesalmente de la libertad ambulatoria a una persona, a pesar que está aún no ha sido declarado como culpable de un hecho delictivo, esto con la finalidad de asegurar la realización de actuaciones procesales que requieren su presencia, así como asegurar la ejecución de una futura sentencia.

No obstante, se debe tener presente que esta medida coercitiva se actúa como *ultima ratio*, es decir, que solo se aplicará en circunstancias determinadas en la cual se encuentra legitimada y justificada su aplicación, pues de lo contrario se lesionaría el derecho fundamental de la libertad personal, ya que, una persona solo puede ser privada de su libertad mediante sentencia condenatoria que así lo establezca.

En ese orden de ideas, para poder justificar la aplicación válida de la prisión preventiva, se debe de cumplir tres requisitos, regulados en el artículo 268 del Código Procesal Penal, los cuales son: 1) la existencia de graves y fundados elementos de convicción, 2) que la pena a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de la libertad y 3) la existencia de peligro de fuga o de obstaculización. Siendo, que estos requisitos tiene que estar presentes de manera concurrentes, toda que el solo hecho de que uno no aparezca no se podrá dictar la prisión preventiva.

Es en cuanto al primer requisito de la prisión preventiva en el cual se encuentra el análisis del empleo de la declaración del colaborador eficaz, toda vez, que dicha declaración es incorporado al proceso común como elemento de convicción a fin de que se pueda adoptar esta medida procesal de carácter personal.

Ahora bien, este primer requisito exige la presencia de graves y fundados elementos de convicción que vinculen la imputados como autor de un hecho delictivos, es decir, elementos de convicción que generen en el juez de investigación preparatoria, una sospecha grave de que el imputado es el autor del hecho delictivo que se le imputa. De esta manera, ante la existencia de estos elementos de convicción el juez puede privar procesalmente la libertad de una persona, pues existe la posibilidad que con la actuación de dichos elementos de convicción se puede lograr una futura sentencia condenatoria.

Sin embargo, conforme se indica en el Acuerdo Plenario N°01-2019/CIJ-116 (2019), para que dichos elementos de convicción puedan generar una sospecha grave en el juzgador, estos necesariamente tiene que ser lícitos, es decir, obtenidos e incorporados al proceso penal de manera válida, pues, de lo contrario carecería de valor legal para poder producir cualquier sospecha.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la licitud de un elemento de convicción se encuentra establecido en dos momentos, estos, en su obtención como en su incorporación. Con respecto al primero, implica que el elemento de convicción se haya obtenido sin la vulneración de un derecho Fundamental (intraprocesal); mientras que el segundo implica que la fuente de prueba sea incorporado al proceso por el medio de prueba idónea y con el respecto a las garantías procesales (extraprocesal) (San Martín, 2003).

En ese sentido, al advertir que la declaración del colaborador eficaz se ha obtenido e incorporado al proceso penal común con la vulneración de Garantías Constitucionales, se puede sostener que el mismo no puede

ser considerado como un elemento lícito, pues de ser así se estaría contradiciendo la legalidad constitucional y procesal del ordenamiento jurídico, toda vez, que al otorgarle legitimidad a dicha declaración se estaría vulnerando el debido proceso y la presunción de inocencia.

La obtención de la declaración del colaborador eficaz sin el ejercicio del contradictorio limita notablemente su licitud como elemento de convicción, toda vez, que el contradictorio debe de estar presente durante todo el proceso penal, y no solo en su actuación en juicio oral, es decir que debe de existir la oportunidad de poder contradecir la obtención de dicha declaración, pues, de lo contrario, se estaría vulnerando dicha Garantía Constitucional.

Esto lo advierte Fernández (2018a) al sostener que la declaración del colaborador eficaz al obtenerse con la violación de garantías constitucionales ocasiona que no se le otorga las mínimas condiciones de fiabilidad que se requiere para su empleo en medidas cautelares.

En ese sentido, al obtenerse dicha declaración sin haberse permitido al imputado poder contradecirlo o por lo menos ser parte en dicho proceso en el cual se obtuvo, implicaría la vulneración de dicha Garantía Constitucional, eliminando por consecuencia el carácter lícito del mismo como elemento de convicción.

De la misma manera, la vulneración al procedimiento establecido para el traslado de pruebas de un proceso a otro, también contribuye a la ilicitud de dicha declaración, pues una cosa es el traslado de pruebas de un proceso a otro y otra cosa el traslado de actos de investigación, siendo que nuestro ordenamiento jurídico solo ha permitido válidamente el primero (Asencio, 2018).

En consecuencia, la ilicitud de la declaración del colaborador eficaz se encuentra acreditada, por lo tanto, el mismo no puede ser empleado como elemento de convicción para adoptar una prisión preventiva, pues no se cumpliría el primer presupuesto de la prisión preventiva. Siendo que

en caso contrario, se estaría privando de la libertad a una persona ilegítimamente.

A este mismo resultado arribo Asencio (2018) al indicar que la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción carece de licitud dentro del proceso penal común debido a que se obtuvo con vulneración de Constitucionales, pues señala:

En definitiva, en el ámbito del Perú y en España en determinadas situaciones, las violaciones de derechos procesales en la obtención y actuación de la prueba se califican como prueba ilícita, que no queda reducida a aquella en la que se infringe derechos sustantivos en trance de dicha actividad. De ser así, obviamente la vulneración al proceso debido o al proceso con todas las garantías, como se titula en España, entrarían de lleno en el marco de la prueba ilícita, (...). (p.68)

De esta manera, el citado autor nos hace referencia que dicha declaración no puede ser empleada para solicitar la prisión preventiva, pues carecería de suficiencia probatoria para poder generar una sospecha grave, al respecto indica:

(...) El *fumus boni iuris* exige de elementos de convicción que pudiera ser suficientes en su momento para condenar. Al constituirse esta medida en una anticipación de previsible pena, no es admisible que se pueda ordenar sobre la base de actos que no van ser útiles para condenar. (Asencio, 2018, p.57)

Asimismo, Fernández (2018b) sostiene que si bien la declaración del colaborador eficaz puede justificar la incoación de actuaciones procesales, no obstante, el mismo se devalúa, cuando se pretende fundamental una prisión preventiva, es decir que no crea una sospecha que pueda considerarse grave. En ese sentido indica:

Basar la procedencia de una medida cautelar y, en especial, de la prisión, sobre actuaciones extraprocesales como las practicadas en el procedimiento por colaboración eficaz no sometidas a elementales procedimientos de contradicción ni a un mínimo control judicial, provoca, en mi opinión, un serio déficit de motivación del auto por el que se acuerda. (Fernández, 2018b, p.111)

Caso contrario es la posición San Martín (2018) quien al dotarle de legitimidad a dicha declaración, toda vez, que el mismo se encuentra regulado dentro del Código Procesal Penal, señala que es válido su utilización para poder sustentar una prisión preventiva, pues al ser corroborado con otros elementos de convicción permite generar una sospecha grave. Posición que es compartida por Nakasaki (2015) quien sostiene que la declaración del colaborador eficaz para poder sustentar una prisión preventiva a condena necesariamente debe de ir acompañado de otros elementos de convicción; asimismo, Campos (2018b) agrega que para la adopción en una medida coercitiva la declaración del colaborador eficaz debe ser corroborado con los elementos de convicción obtenidos del propio proceso de medidas coercitivas.

De la misma manera, a través de los casos analizados en la presente investigación se advierte que los juzgados peruanos vienen legitimando la utilización de la declaración del colaborador eficaz en las audiencias de prisión preventiva, toda vez que dicha utilización es permitido por el Código Procesal Penal en el artículo 481-A, siendo que el único presupuesto legal para dicha utilización es que, al igual que los autores antes citados, sea corroborados con otros elementos de convicción a fin de dotarle de fiabilidad a la información aportada; ello sin analizar que el traslado o incorporación de tal declaración sea idóneo a las Garantías Constitucionales.

En ese sentido, si bien existe una postura que permite el empleo de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para la adopción de la prisión preventiva siempre y cuando sea corroborado con otros elementos de convicción para dotarle de fiabilidad probatoria; no obstante dicha corroboración no es de todo suficiente para dotarle de suficiencia probatoria y por consecuencia poder quebrantar la presunción de inocencia de un imputado, pues como sostiene Zevallos (2019) la utilización de la declaración del aspirante a colaborador eficaz y los elementos de convicción que supuestamente corroboran dicha versión no

cumplen con el estándar probatorio de sospecha fuerte que exige el Acuerdo Plenario N° 1-2019/CIJ-116. De igual forma Sumarán (2019) señala que la valoración de las declaraciones de aspirantes a colaborador eficaz en las resoluciones judiciales sobre prisión preventiva que no se exige el estándar de corroboración suficiente afecta el principio de presunción de inocencia en la medida que no se cumple con el elemento de fundados y graves elementos de convicción requerido para la prisión preventiva.

Es así que dichas posiciones que legitiman la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para la adopción de la prisión preventiva no pueden ser tomado de todo cierto, pues, el dotarle de legitimidad a la declaración y que el mismo pueda sustentar una prisión preventiva, a pesar que ello vulneraría Garantías Constitucionales, traería consigo una indefensión dentro del ordenamiento jurídico, ya que se estaría privando de la libertad del imputado, con la actuación de material probatorio que carece de valor probatorio para ello.

Esto lo advierte Fernández (2018a) al indicar que la adopción de medidas cautelares basadas en declaraciones prestadas por colaboradores afectarían la situación procesal del investigado, ya que atentaría contra la presunción de inocencia.

En ese sentido, conforme al resultado, la declaración del colaborador eficaz no puede ser utilizado como elemento de convicción para requerir una prisión preventiva, ya que, esto traería consigo, no solo consecuencias internas, en cuanto a la emisión de sentencias ilegales, sino también consecuencias internacionales por la vulneración de Garantías Constitucionales.

RESULTADO N° 03

El utilizar la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para la adopción de la prisión preventiva en los procesos de criminalidad organizada, vulneraría las Garantías Constitucionales de

presunción de inocencia y el debido proceso, toda vez, que se estaría privando la libertad de una persona con la actuación de un material probatorio que carece de suficiencia probatoria para pueda ser empleado. En consecuencia, su utilización como elemento de convicción no solo implicaría la vulneración del ordenamiento interno, sino, también la vulneración del ordenamiento internacional, toda vez, que se estaría afectado Derechos y Garantías reconocidos en la convención americana de Derechos Humanos, lo que ocasiona la posibilidad de que futuras demandas internacionales en contra del Estado Peruano.

DISCUSIÓN DEL RESULTADO N°03

En la presente investigación se logró advertir que la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción trasladado del Proceso de Colaboración Eficaz no cumple con las condiciones para ser considerado un medio probatorio idóneo, ya que, tanto su obtención como incorporación se realiza sin el respecto de las Garantías de orden constitucional.

En ese sentido, dicha declaración no puede ser empleado como elemento de convicción dentro del proceso penal común para la adopción de la prisión preventiva, toda vez, que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra permitido el empleo de un material probatorio que atente contra Derechos y Garantías Constitucionales, pues, no tendría carácter de lícito y por ende deberá ser declarado inutilizable y excluido del proceso penal.

Aunado a ello, el utilizar un material atente contra las Garantías Constitucionales dentro del proceso penal común y que el mismo fundamente la adopción de una medida de coerción como la prisión preventiva, lesionaría el propio ordenamiento procesal y las bases constitucionales sobre las cuales se elaboró, pues se estaría actuado un material probatorio carente de suficiencia probatoria.

En ese orden de ideas, el utilizar la declaración del colaborador eficaz dentro del proceso penal común, a pesar que el mismo no ha cumplido con las exigencias mínimas derivadas de la presunción de inocencia para ser considerado un medio probatorio propiamente dicho, toda vez que es obtenido sin el ejercicio del contradictorio, y además que no ha respecto el procedimiento para el traslado de prueba; claramente constituye una vulneración a la presunción de inocencia como regla probatoria y al debido proceso, pues se estaría limitando procesalmente la libertad de una persona con base en una declaración que debería ser declarado inutilizable; contradiciendo así los postulados constitucionales y procesales para la actuación de medio probatorios.

Al respecto, la presunción de inocencia como regla de la actividad probatoria, establece exigencias mínimas para la admisión válida de un material probatorio, a fin de que este pueda ser actuado y valorar en el proceso penal, pues no es constitucionalmente legítimo privar de la libertad de una persona con actuaciones que carecen del valor de medios de pruebas. Por otro lado, el debido proceso regula toda la actuación procesal desarrollada en el proceso penal, esto incluye la actividad probatoria, ello con la finalidad que el mismo se respete las Garantías Constitucionales y que el proceso penal no se convierte en un instrumento arbitrario por parte del Estado.

Estas Garantías Constitucionales, constituyen los pilares fundamentales sobre el cual se construyó el proceso penal actual, toda vez, que los mismos limitan el *ius puniendi* del Estado y permite que una persona pueda ser sentenciada respetando sus Derechos Fundamentales. Por tal motivo, su vulneración durante el proceso penal, implica una lesión al ordenamiento constitucional.

En ese sentido, el adoptar una prisión preventiva basándose en dicho elemento de convicción, lesionaría el ordenamiento constitucional, ya que, se estaría aplicando dicha institución procesal de manera ilegítima, toda vez, que solo se puede privar procesalmente de la libertad

ambulatoria de una persona con la presencia de medios probatorios lícitos.

A este mismo resultado arriba López (2018) quien sostiene:

El difícil encaje constitucional que, en opinión de quien suscribe, evidencia esta fórmula – la consistente en recibir en el proceso la declaración del testigo bajo reserva de su identidad, dado lectura al acta que recoge su contenido - debería determinar la opción por su exclusión. Una solución distinta, a nuestro entender, implicaría una clara, y nada deseable, subversión de los principios y garantías procesales básicas, a la que debería el legislador peruano plantearse si está dispuesto a renunciar. (p.189)

Conforme se advierte de la posición del autor antes citado, si es que la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción no es excluida del proceso penal (debido a su naturaleza ilícita), esto conllevaría a la vulneración de Garantías Constitucionales básicas del proceso penal, y por ende con el propio proceso penal.

Por otro lado, Núñez (2018) también llega a una posición similar, ya que, en su investigación referente al Proceso de Colaboración Eficaz, pues, concluye que los actos de investigación realizados en el Proceso de Colaboración Eficaz (donde se encuentra la obtención de la declaración del colaborador eficaz) y en los cuales no existe intervención del coimputado, vulneran el derecho de defensa y contradicción reconocidas en la Constitución y en los Tratados Internacionales, por lo que dichos elementos de convicción perjudican formalmente el marco procesal porque no respeta las garantías procesales introducidas en este.

Esta última posición debe ser analizada con mayor profundidad, toda vez que el autor no solo señala la infracción al ordenamiento interno, sino que además señala que la declaración del colaborador eficaz, como acto de investigación obtenido del Proceso de Colaboración Eficaz también lesionaría el ordenamiento internacional, más específico, los Tratados Internacionales que el Estado peruano ha ratificado.

Al respecto, bien tiene razón el autor anteriormente citado, en señalar la vulneración del ordenamiento internacional con la utilización de la declaración del colaborador eficaz, toda vez que la presunción de inocencia y el debido proceso, además de estar reconocidos como Garantías Constitucionales en la Constitución Política del Perú de 1993, también constituye garantías judiciales reconocidos en tratados y normas internacionales, siendo el más importante la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual los reconoce en su artículo 8.

Esto tiene una especial relevancia en la presente investigación toda vez que, conforme a los casos analizados (en especial los casos A, C y D) se advierte que la jurisprudencia nacional está orientada a legitimar la utilización de la declaración del colaborador eficaz con la finalidad de la luchas contra la criminalidad organizada, esto debido a que el Código Procesal Penal permite su empleo en las audiencias de prisión preventiva, ello a pesar que dicha utilización atente contra la presunción de inocencia y el debido proceso.

En consecuencia, si el Estado Peruano sigue permitiendo la utilización de un material probatorio que vulnera y/o atenta los derechos humanos y garantías judiciales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos del cual forma parte por ser un estado miembro, como lo viene realizado a través de la jurisprudencia nacional; entonces cabría la posibilidad de que se haga merecedor de una sanción internacional, toda vez que no estaría reconocido la vigencia del contenido de dicha convención.

Por tal motivo, al reconocerse la validez de la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción conforme lo hace el Código Procesal Penal, existiría la posibilidad que instituciones internacionales como es el caso de la Corte Interamericana Derechos Humanos, declare al Estado Peruano como culpable en la lesiones de derechos humanos y garantías judiciales, toda vez que su normatividad

procesal es contraria a los postulados normativos que se reconocieron en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, existe la necesidad de modificar la regulación actual respecto a la utilización de la declaración del colaborador eficaz, sobre todo los artículos del Código Procesal Penal que permite su utilización como elemento de convicción, toda vez, conforme se encuentra regulado, se estaría permitiendo la utilización de un material carente de suficiencia probatoria, lo que a futuro traería las consecuencia internacional antes descrita, pues como sostiene Asencio (2018) al indicar que el aceptar como legitimo la utilización de la declaración del colaborador eficaz, y el régimen excepcional que trae consigo, implicaría el estar aceptando el riesgo de futuras reacciones provenientes de Tribunales internacionales.

La búsqueda de la verdad no puede justificar la vulneración y limitación de derechos humanos que han sido reconocidos internacionalmente, toda vez, de acuerdo a un Estado Constitucional de Derecho una persona debe ser juzgado con todas las garantías procesales. Siendo que la práctica se advierte que la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción es propio de un proceso inquisitivo, ajeno a la concepción de Estado Constitucional de Derecho, ya que en este tipo de proceso, se vulnera derechos y garantías judiciales con la finalidad de descubrir la verdad.

Por lo tanto, si bien en los casos de criminalidad organizada no existen muchos elementos de convicción que permitan determinar la culpabilidad de sus integrantes, sin embargo, ello no es justificación para poder emplear un material probatorio que atente contra el ordenamiento nacional e internacional, por lo que los artículos 476-A, y 481-A, incorporados al Código Procesal Penal a través del Decreto Legislativo N°1301, deben ser modificado con la finalidad de que este quebrantamiento a las normas nacionales e internacionales sea eliminado y así mantener la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho.

RESULTADO N° 04

En el Derecho Comparado la declaración del colaborador eficaz constituye un elemento de convicción obtenido dentro del proceso penal común en el cual se garantiza la participación del imputado durante el desarrollo del mismo, posibilitando así que pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción; descartando entonces la posibilidad que constituya un acto de investigación trasladado de un proceso en el cual no existe participación del imputado y que además no reconoce las Garantías Constitucionales más importante que rige el proceso penal. En ese sentido se advierte que en la jurisprudencia nacional se viene utilizando irregularmente la declaración del colaborador eficaz, esto, al permitir su empleo como elemento de convicción, pues conforme se encuentra regulado, dicho empleo dentro del proceso penal común produce la vulneración de Garantías Constitucionales.

DISCUSIÓN DEL RESULTADO N° 04

Como resultado general de las jurisprudencias analizadas en la presente investigación se ha logrado advertir que nuestro ordenamiento jurídico ha permitido la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva en los casos de criminalidad organizada, esto sin exigir el cumplimiento de alguna presupuesto o requisito para su incorporación al proceso penal común, más el hecho de que sea corroborado con otros elementos de convicción a fin de dotarle de fiabilidad.

Lo señalado en el párrafo anterior se puede evidenciar de los fundamentos establecidos por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A en el CASO D (EXP. 00046-2017-2-5201-JR-PE-01) pues sostiene que la información obtenida en el Proceso de Colaboración Eficaz no se encuentra sometida a exigencias preliminares o determinadas diligencias procedimentales, pues las normas procesales que regulan su empleo solo

han establecido: a) el uso de la información obtenido de dicho proceso esta ha potestad del fiscal el utilizarlo o no, b) es posible hacer uso de las diligencias de corroboración y la declaración del colaborador, y c) se debe se preservar la identidad del colaborador en caso que se decida hacer uso de su declaración.

Por consiguiente, en dicho caso, la Sala Penal descarta que para la incorporación de la declaración del colaborador eficaz proceso penal común esta debe de cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 20 de la Ley N° 30077 para el traslado de medios probatorios de un proceso a otra, debido a que la norma procesal no ha exigido tal cumpliendo.

De la misma manera en el CASO A (EXP. 09199-2018-92-1706-JR-PE-08) y CASO C (EXP. 00075-2017-3-5001-JR-PE-03) las respectivas Salas Penales han legitimado la incorporación directa y utilización de la declaración del Colaborador eficaz dentro del proceso penal común siempre sea corroborado con otros elementos de convicción de permitan dotarle de fiabilidad probatoria

En tal sentido, la jurisprudencia nacional permite la utilización de la declaración del colaborador eficaz dentro del proceso penal común a efecto de dictar una prisión preventiva, toda vez, que el legislador peruano ha permitido dicha utilización conforme se advierte en el artículo 481-A del Código Procesal penal. Esto lo realizar sin analizar que su traslado e incorporación a proceso penal común guarde concordancia con las Garantías Constitucionales a efectos de evitar una posible vulneración de lo mismo.

Esto último, es importante resaltarlo, ya que en el Derecho Comparado la figura de la colaboración eficaz o colaboración con la justicia se ha regulado de manera muy distinta a lo regulado en nuestro ordenamiento jurídico, pues no se encuentra regulado como un proceso autónomo al proceso penal común, en donde tanto la participación de un

imputado como una imputación no existe y cuyo objetivo primordial es el de recabar actos de investigación de manera unilateral, que posteriormente puedan ser trasladados a otros procesos penales.

Conforme se advierte del estudio del derecho Comparado, la colaboración eficaz, en sus diversas manifestaciones, se regulado dentro de la norma sustantiva como una especie de beneficio procesal para el imputando que brinda información respecto a una organización criminal, el cual se tramita dentro del proceso penal común y no en uno autónomo.

Al respecto, los países como Alemania, Francia y España han regulados dentro de sus Códigos Penales el otorgamiento de beneficios procesales desde la reducción de la penal e inclusive remisión de la misma para el imputado que brinde información respecto de los integrantes de una organización criminal, el desarrollo de sus actividades o la ubicación de los bienes delictivos.

Por sus parte los países como Italia, Argentina y Chile, establecieron leyes especiales en la persecución de determinados conductas delictivas (trafico ilícitos de drogas y criminalidad organizada) donde establecían el otorgamiento de beneficios procesales para aquel imputado que colabora con la justicia al brindar información respecto de los demás integrantes de la organización criminal y de sus actividades delictivas.

De esta manera, en el Derecho Comparado la colaboración eficaz se reguló como una institución procesal aplicable dentro proceso común en el cual se está discutiendo una imputación. Siendo que, de esta manera, la declaración del colaborador eficaz puede constituir en un elemento de convicción lícito, pues, se obtiene dentro de un proceso donde las Garantías Constitucionales se encuentran vigentes y en el cual existe la posibilidad del ejercicio del Derecho de Defensa y contradictorio desde el inicio del proceso, por lo que su traslado otros procesos penales cumpliría con el procedimiento para el traslado de material probatorio.

De allí es que la jurisprudencia comparada, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el Caso de Lavita Contra Italia, solo exige la presencia de otros elemento de convicción ajenos a la declaración del colaborador eficaz que corroboren la información del mismo, para que de esta manera pueda tener suficiencia probatoria y a su adoptar la prisión preventiva, toda vez, que el mismo si constituye un medio probatorio por haber cumplido con las exigencias derivadas de la presunción de inocencia (1. que se traten de auténticos medios de pruebas, es decir, que hayan sido obtenidos en el propio proceso penal, 2. que se hayan practicados con todas las garantías procesales, y 3. que sean de cargo, que vinculen al imputado como autor de un hecho delictivo).

Sin embargo, la jurisprudencia peruana, erróneamente interpreta lo sostenido en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos, pues pretende legitimar el empleo de la declaración del colaborador eficaz siempre que el mismo sea corroborado con otros elementos de convicción, tal como se advierte del Acuerdo Plenario N°02-2017-SPN, sin tener en consideración las reglas para el traslado de material probatorio, pues en el ordenamiento procesal peruano la regulación que se le ha dado a la colaboración eficaz es distinta a lo regulado en el Derecho Comparado.

Y si bien, en el Derecho Brasileño también se regula a la colaboración eficaz como un proceso penal autónomo al proceso penal común, no obstante, dicho Derecho también sufre con la misma problemática que en el Derecho Procesal Penal Peruano, pues conforme sostienen De Olivera (2014) dicho proceso (el Proceso de Colaboración Eficaz Brasileño) conlleva a la vulneración de principios constitucionales sobre todo al principio de publicidad, debido a que dicho procedimiento es de carácter reservado hasta la denuncia, (siendo solo de conocimiento del Fiscal y del Juez).

Es así que, en los casos estudiados en la presente investigación (EXP. 09199-2018-92-1706-JR-PE-08, EXP. 00075-2017-3-5001-JR-PE-03, EXP. 00046-2017-2-5201-JR-PE-01) se advierte que la Sala Penal ha y justificado un empleo irregular de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para adoptar la prisión preventiva, toda vez, que no resulta ser suficiente que dicha declaración sea corroborado con otros elementos de convicción para dotarle de legitimidad y suficiencia probatoria, sino que dicha declaración, para ser considerado elemento de convicción dentro del proceso penal común, debió de haberse obtenido dentro de un proceso en el cual se ejerza el contradictorio, demás que su incorporación respete el procedimiento debido para incorporación de medios probatorios, esto es, sin alterar la naturaleza de la fuente de prueba; condición que conforme se logró advertir en la presente investigación, no se cumple.

Por tal motivo, el permitir la utilización de la declaración del colaborador eficaz conforme lo viene realizando la jurisprudencia peruana en los casos analizados, ello amparándose en lo regulado en el Código Procesal Penal (artículo 476-A y artículo 481-A), implicaría la vulneración de las Garantías Constitucionales de la presunción de inocencia y el debido proceso pues se estaría permitiendo la utilización de un material probatorio que carece de suficiencia probatoria para poder quebrantar la presunción de inocencia de una persona. En ese sentido, no debe legitimarse la utilización de la declaración del colaborador eficaz, pues de lo contrario estaríamos atentado contra Constitución Política del Perú y el propio Código Procesal Penal.

Ahora bien, es importante a resaltar el CASO B (EXP. N°00046-2017-1-5201-JR-PE-0) en el cual si bien no se discute la aplicación de una prisión preventiva sino de una detención preliminar, no obstante resulta importante en el sentido que la declaración del Colaborador eficaz no es utilizado como un elemento de convicción que pueda generar una sospecha grave, sino que es utilizado como una noticia criminal a fin de

poder iniciar una investigación criminal y solicitar una medida coercitiva como la detención preliminar, toda vez que dicha medida coercitiva no requiere sospecha grave de que el imputado es autor o participe de un hecho delictivo, sino como sostiene la Sala Penal, solo requiere razones plausibles de la realización de un hecho delictivo y la identificación de su responsable.

Lo dicho por la Sala, guarda de cierta manera concordancia con las conclusiones arribadas por Zevallos (2019) y Sumarán (2019) pues dichos autores sostienen que la declaración de los aspirantes a colaborador eficaz no cumple con el estándar probatorio para ser considerado como grave y fundado elemento de convicción requerido para la prisión preventiva.

En ese sentido, existe la posibilidad de que pueda ser utilizado como una noticia criminal esto por su condición de fuente de prueba siendo esto su utilización idónea de la declaración del colaborador eficaz dentro del proceso penal común (Díaz, 2018); permitiendo así la adopción de medidas coercitivas como la detención preliminar, pues, como sostiene Fernández (2018b) dicha medida solo requiere la sospecha de la comisión de un delito para poder aplicarse; sin embargo, cuando se trata de la prisión preventiva, su utilización devalúa considerablemente, pues dicha declaración no se encuentra sometida a un control judicial ni practicada con el ejercicio de contradicción ni del derecho de defensa para generar una sospecha grave.

Por lo tanto si bien la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción es irregular, en el sentido dicha utilización vulneraría garantías constitucionales, no obstante, atendiendo a la naturaleza de fuente de prueba de dicha declaración, este puede ser empleado como noticia criminal, de esta manera se respetaría tanto las Garantías Constitucionales como la finalidad que tiene el Proceso de Colaboración Eficaz la cual es la lucha contra la criminalidad organizada.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

1. La utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva en los procesos de criminalidad organizada vulnera Garantías Constitucionales como la presunción de inocencia y el debido proceso, toda vez que, se estaría utilizando un material probatorio que carece de suficiencia probatoria dentro del proceso penal común debido a que es obtenido e incorporado al proceso penal vulnerando Garantías constitucionales básicas.
2. La declaración del colaborador eficaz al haberse obtenido sin el ejercicio del contradictorio y demás Garantías propia de la actuación probatoria, hacen que en mismo no puede ser trasladado a otros procesos penales toda vez que el artículo 20 de la Ley N°30077 solo permite el traslado de material probatorio que han sido admitidos y actuados a nivel judicial, es decir, actos de pruebas.
3. La incorporación de la declaración del colaborador eficaz al proceso penal común como prueba plenaria o prueba anticipada altera su naturaleza de fuente de prueba testimonial ya que se estaría incorporando dicha declaración como un medio de prueba documental, y no como una testimonial, lo cual limita el derecho de Defensa y el ejercicio de la contradicción, vulnerando con ello el debido proceso.
4. La declaración del colaborador eficaz al obtenerse sin el ejercicio del contradictorio, y además que su incorporación al proceso penal común altera su naturaleza como fuente de prueba, ocasiona que no pueda tener la condición de medio probatorio idóneo conforme a la Garantía Constitucional de presunción de inocencia careciendo de suficiencia probatoria para ser considerado un elemento de convicción y poder adoptar una prisión preventiva.

5. El artículo 481-A del Código Procesal Penal que permite al fiscal el poder utilizar la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva contraviene el ordenamiento jurídico pues permite la utilización de un material probatorio que vulnera la presunción de inocencia y el debido proceso como Garantías Constitucionales.
6. La lucha contra el crimen organizado no puede ser justificación válida para la utilización de la declaración del colaborador eficaz, toda vez, que la utilización de dicha declaración no solo vulnera el ordenamiento nacional sino también el internacional.
7. El Estado Peruano al legitimar la utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción dentro del proceso penal común estaría infringiendo con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez, que no estaría reconociendo las Garantías Judiciales de presunción de inocencia y debido proceso reconocidos en su artículo 8.
8. En el Derecho comparado la declaración del colaborador eficaz constituye un elemento de convicción válido, toda vez, que se obtiene dentro de un proceso donde existe la participación del imputado y en el cual se respeta todas las Garantías Constitucionales, por lo que su traslado respeta el procedimiento establecido para la prueba trasladada, necesitando solo ser acreditado con otros elementos de convicción para gozar de suficiencia probatoria.
9. La jurisprudencia nacional pretenden justificar el empleo de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción siempre que el mismo sea corroborado con otros elementos de convicción obtenidos de propio Proceso de Colaboración Eficaz, a través de una interpretación errada del Derecho Comparado, sin advertir que la regulación dada en el ordenamiento procesal peruano es distinta a lo establecido en el Derecho Comparado.

5.2. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda realizar una reforma del sistema procesal penal en cuanto a la utilización de los elementos de convicción obtenidos en el proceso de colaboración eficaz, esto con la finalidad de otorgarle una vía idónea para utilización de la declaración del colaborador eficaz en el proceso penal común, y que de esta manera su utilización no atenten contra las Garantías Constitucionales y, además, pueda cumplir con la finalidad principal del Proceso de Colaboración Eficaz la cual es perseguir eficazmente la criminalidad organizada.
2. La declaración del Colaborador eficaz debe ser utilizado como denuncia o noticia criminal a efecto de iniciar una investigación, siendo que de esta manera la declaración del colaborador pueda ser recabada dentro del propio proceso común y no ser trasladado de Proceso de Colaboración eficaz.
3. Debe derogarse el artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS toda vez que contraviene los postulados normativos del Código Procesal penal en cuanto a la incorporación de medios probatorios, esto al permitir incorporar la declaración del colaborador eficaz como prueba plenaria o prueba anticipada.
4. Se recomienda a los jueces que en los casos donde se presenten la declaración del colaborar eficaz como elemento de convicción para el requerimiento de una prisión preventiva deba ser excluido de la valoración judicial a efectos de no vulnerar el debido proceso y la presunción de inocencia, toda vez que dicha declaración carece de suficiencia probatoria que permita quebrantar la inocencia del imputado.
5. Se debe derogar el artículo 481-A del Código Procesal Penal a efecto de mantener una seguridad jurídica en materia probatoria toda vez que la utilización de la declaración del Colaborador eficaz como

elemento de convicción para requerir una prisión preventiva ocasiona la vulneración la Presunción de Inocencia y el Debido Proceso.

6. Se recomienda al legislador peruano que al momento de la creación de una nueva ley tenga en consideración el Principio de Fuerza Normativa de la Constitución y el Principio de Concordancia Practica con la Constitución a efectos que de que no existan controversias en cuanto a la interpretación de las leyes, así como que no vulnere las Garantías Constitucionales.
7. Se debe modificar la regulación actual en cuanto al empleo de la declaración del colaborador eficaz a efectos de evitar futuras demandas internacionales en contra del Estado Peruano en cuanto a la vulneración de las garantías judiciales de Presunción de inocencia y Debido Proceso.
8. Se recomienda realizar más estudios en cuanto a la utilización de la declaración del colaborador eficaz en el Derecho Comprado a efecto de poder advertir los vacíos legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la colaboración eficaz y poder subsanarlo.
9. Se recomienda a los jueces analizar el traslado de la declaración del colaborador eficaz en conformidad a los presupuestos legales establecidos para la prueba trasladada regulados en el artículo 20 de la Ley 30077 Ley contra el Crimen Organizado, a efecto de emitir un pronunciamiento respecto a un requerimiento de prisión preventiva.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6.1. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. Abreu, J. (Diciembre, 2014) El Método de la Investigación. *Daena: International Journal of Good Conscience*. (9). pp. 195-204. Recuperado de: [http://www.spentamexico.org/v9-n3/A17.9\(3\)195-204.pdf](http://www.spentamexico.org/v9-n3/A17.9(3)195-204.pdf)
2. Aranzamendi, L. (2013) *Instructivo Teórico-Práctico del Diseño y Redacción de la Tesis en Derecho*. Lima, Perú: Grijley.
3. Arbulú, V. (2014) *La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal*. Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.
4. Asencio, J. (2005) La regulación de la prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. Cubas, V.; Doig, Y. y Quispe, F. (Coordinadores) *El Nuevo Procesal Penal. Estudios Fundamentales* (pp.493-518). Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
5. Asencio, J. (2018) El Procedimiento por Colaboración Eficaz: La Ilícita e Inconstitucional Incorporación de sus Actuaciones al Proceso Penal. Asencio, J. y Castillo, J. (Directores) *Colaboración Eficaz* (pp.9-82). Lima, Perú: Ideas.
6. Burgos, V. (2005) Principios Rectores del Nuevo Código procesal Penal Peruano. Cubas, V.; Doig, Y. y Quispe, F. (Coordinadores) *El nuevo Procesal Penal. Estudios Fundamentales* (pp.43-87). Lima-Perú: Palestra Editores S.A.C.
7. Calderón, A. (S/F) *El Nuevo Proceso Procesal Penal: Análisis Crítico*. Lima, Perú: EGACAL.
8. Campos, E. (2018a) *¿Qué es la noticia criminal?* Recuperado de: <https://lpderecho.pe/noticia-criminal-edhin-campos-barranzuela/>

9. Campos, E. (2018b) *Valoración Probatoria de la Colaboración Eficaz*. Recuperado de: <https://www.elregionalpiura.com.pe/columnistas/178-edhin-campos-barranzuela/28424-valoracion-probatoria-de-la-colaboracion-eficaz-por-dr-edhin-campos-barranzuela>
10. Castillo, J. (2018) *La Colaboración Eficaz en el Derecho Peruano*. Asencio, J. y Castillo, J. (Directores) *Colaboración Eficaz* (pp. 287-456). Lima, Perú: Ideas.
11. Corado, W. (2013) *Deficiencias en la Utilización de la Figura del Colaborador Eficaz dentro de la Investigación Criminal* (tesis de pregrado). Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.
12. De Gennaro-Dyer, P. (2018) *Perspectivas sobre la Colaboración Eficaz de las Personas Jurídicas* (Tesis postgrado). Universidad de Piura. Lima, Perú.
13. De Guevara, C. (2018) *Seguridad versus Garantías Procesales: ¿Hacia un Derecho Procesal del Enemigo?* (Tesis postgrado). Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España.
14. De La Cruz, M. (2019) *El Proceso Especial de Colaboración Eficaz y su Posible Vulneración del Derecho de Defensa del Imputado* (tesis de pregrado). Universidad César Vallejo. Trujillo, Perú.
15. De La Jara, E. (2016) *La Colaboración Eficaz Contra el Crimen Organizado, entre lo Permitido y Prohibido por el Derecho. Balance de su Aplicación en Casos del Destacamento Militar Colina* (tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica Del Perú. Lima, Perú.
16. De La Jara, E y Sánchez, R (2018) *Delación premiada en Brasil; colaboración eficaz en el Perú. Una comparación*. Recuperado de:

<https://www.idl-reporteros.pe/delacion-premiada-en-brasil-colaboracion-eficaz-en-el-peru-una-comparacion/>

17. De Olivera, M. (2014) *El Coimputado en el Combate al Crimen Organizado en Brasil* (tesis postgrado). Universidad De Salamanca. Salamanca, España.
18. Del Rio, G. (2010) La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Hurtado, j. (Director) v García, p. (Coordinador). *Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008* (pp.97-121). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
19. Díaz, F (2018) Breves Notas Críticas sobre la Figura del “Arrepentido”. *Pensar en Derecho*, (13). pp. 19-29. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/revista-pensar-en-derecho-13.pdf>
20. Fernández, M. (2018a) Eficacia Procesal de las Declaraciones Obtenidas en Procedimiento de Colaboración. *Revista Derecho & Sociedad*, (50). pp. 261-276. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20392/20324>
21. Fernández, M. (2018b) Procedimiento por Colaboración Eficaz y Proceso Penal. Algunas Consideraciones sobre una Extraña Pareja. Asencio, J y Castillo, J (Directores) *Colaboración Eficaz* (pp. 83-116). Lima, Perú: Ideas.
22. Ferrajoli, L. (2006) *Garantismo Penal. Serie Estudios jurídicos N°34*. México D.F., México: Universidad Autónoma de México.
23. Ferre, J. (2018) El Plea Bargaining, o como Pervertir la justicia Penal a través de un Sistema de Conformidades Low Cost. *Revista*

Electrónica de Ciencias Penales y Criminología, (20). pp. 1-30.
Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>

24. García, I. (2001) Función Político-Criminal del Delito de Asociación para Delinquir: Desde el Derecho Penal Político hasta la Lucha Contra el Crimen Organizado. Arroyo, L. y Berdugo, I. (Directores) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (pp.645-681). Recuperado de: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/5funcion-politico-criminal-del-delito-de-asociacion-para-delinquir.-desde-el-derecho-penal-politico-hasta-la-lucha-contra-el-crimen.pdf>
25. García, I. (2005) El Coimputado que Colabora con la Justicia Penal. Con Atención a las Reformas Introducidas en la Regulación Española por las Leyes Orgánicas 7/y 15/2003. *Revista Electrónica Penal y Criminología*, (07). Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>
26. Hakansson, C. (2009) Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación. *Díkaión: revista de fundamentación jurídica*, (18). pp.55-77.
27. Hernández, R. (2014) *Metodología de la Investigación*. 6ta edición. México D.F., México: McGraw-Hill.
28. Herrera, M. (noviembre, 2016) La Prueba Traslada en los Procesos Penales Seguidos contra Miembros de Organizaciones Criminales. Una Primera Aproximación. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, (89). pp. 30-41.
29. La Fuente, C. & Marín, A. (Septiembre – Diciembre, 2008) Metodología de la Investigación en las Ciencias Sociales: Fases, Fuentes y

Selección de Técnicas. *Revista Escuela de Administración y Negocio*, (64). pp. 5-18.

30. Ladesma, M. (2008) *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo III. Lima, Perú: Gaceta jurídica S.A.
31. Landa, C (2010) Fuerza Normativa Constitucional de los Derechos Fundamentales. *Derechos Fundamentales. Fuerza Normativa de la Constitución* (pp. 17-42). Recuperado de: http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicacion_extranjera/repositorio/convencion/FUERZA-NORMATIVA.pdf
32. López, V. (2018) Incorporación al Proceso Penal y Valor Probatorio de la Información Lograda en el Procedimiento Especial por Colaboración Eficaz. Asencio, J. y Castillo, J. (Directores) *Colaboración Eficaz* (pp.117-195). Lima, Perú: Ideas.
33. Martínez, P. (Junio, 2006) El Método de Estudio de Caso: Estrategia Metodológica de la Investigación Científica. *Pensamiento y Gestión*, (20). pp. 165-193.
34. Miranda, M. (Mayo, 2010) La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Pp. 131-151. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/39102149.pdf>
35. Monroy, J. (2004) *la Formación del Proceso Civil Peruano (Escritos Reunidos)*. Segunda edición. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
36. Nakazaki, C. (2015) *¿Valor Probatorio de los Testimonios de los Colaboradores Eficaces? A Propósito del Caso de los Presuntos Aportes Irregulares al Partido Nacionalista*. Recuperado de: <https://laley.pe/art/2797/valor-probatorio-de-los-testimonios-de-los-colaboradores-eficaces?>

37. Nuñez, S. (2018) *La Reserva de los Actos de Investigación del Proceso por Colaboración Eficaz como Vulneración al Derecho de Defensa del Coimputado* (tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, Perú.
38. Ortiz, J. (2017) La Delación Premiada en España: Instrumentos para el Fomento de la Colaboración con la Justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3 (1). pp. 39-70. Recuperado de: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/38/52>
39. Parra, J. (2007) *Manual de Derecho Probatorio. Ampliada y Actualizada*. Decima sexta edición. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones Del Profesional Ltda.
40. Peña, A. (2007). *Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal. Análisis Dogmático, Derecho Comprobado y Jurisprudencia*. Lima, Perú: Rohas S.A.C.
41. Ramos, C. (2002) *Como Hacer una Tesis de Derecho y Envejecer en el Intento*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
42. Refecas, D (2004) Una Aproximación al Concepto de Garantizo Penal. *Lecciones y Ensayos*. pp. 159-176. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/una-aproximacion-al-concepto-de-garantismo-penal.pdf>
43. Rodríguez, N. (S/F) *Aproximación al Estudio de la Justicia Penal Negociada de los EE.UU.: The Pla Bargaining Process*. pp. 91-104. Recuperado de: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/4905/Aproximacion%20al%20Estudio%20de%20la%20Justicia%20Penal>

%20Negociada%20de%20los%20EE.UU.pdf?sequence=1&isAllowed=y

44. Rosas, J. (2013) *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Lima, Perú: Pacifico Editores S.A.
45. Roy, E. (Abril, 2017) La necesaria Corroboración de lo Afirmado por un Colaborador Eficaz Para la imposición de una Medida Coercitiva al Imputado. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, (94), pp. 11-19.
46. Ruiz, S. (2018) Mecanismos de Colaboración con la Justicia en los Ordenamientos Jurídicos Peruanos y Español. Asencio, J. y Castillo, J. (Directores) *Colaboración Eficaz* (pp.197-231). Lima, Perú: Ideas.
47. Salazar, A. (S/F) *La Cooperación Eficaz*. Recuperado de; http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_22_ley_20000_cooperacion_eficaz_AS.pdf
48. San Martín, C. (2003) *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Trujillo-Perú: Griley E.I.R.L.
49. San Martín, C. (2015) *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima, Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
50. San Martín, C. (2018) Eficacia de los Elementos de Convicción en el Proceso por Colaboración Eficaz (Apuntes Preliminares). Asencio, J. y Castillo, J. (Directores) *Colaboración Eficaz* (pp.267-285). Lima, Perú: Ideas.
51. Sánchez, J. (S/F) Problemas de Aplicación e Interpretación de los Procesos Especiales en la Reforma Procesal Penal. *Procedimientos Especiales: Problemas de Aplicación del Código Procesal Penal de 2004* (pp.09-56). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

52. Sánchez, R. (S/F) *Ensayo Dogmático sobre el Método Sistemático Jurídico*. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/view/2762/3018>
53. Sánchez, P. (2004) *Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal: La Colaboración Eficaz*. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_12.pdf
54. Santos, J. y De la Parda, M (2011) Los Colaboradores de la Justicia en Italia. En *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (20). pp. 71- 81. Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/10/DERECHO-20.pdf>
55. Silva, H. (2011) La Cooperación Eficaz de la Ley de Drogas. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, (17). pp. 211-223. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4200415>
56. Sumarán, W. (2019) *La valoración de las declaraciones de aspirantes a colaborador eficaz en las resoluciones judiciales de prisión preventiva y su incidencia en el principio de presunción de inocencia* (tesis de pregrado). Universidad Privada del Norte. Trujillo, Perú.
57. Sumarriva, V. (2009) *Metodológica de la investigación jurídica*. Lima, Perú: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega
58. Talavera P. (2009) *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*. Lima, Perú: Academia de la Magistratura.

59. Talavera, P. (2018) *Fiabilidad y Suficiencia de las Declaraciones de los Colaboradores Eficaces*. Asencio, J. y Castillo, J. (Directores) *Colaboración Eficaz* (pp.233-265). Lima, Perú: Ideas.
60. Torres, A. (2001) *Teoría del Derecho. Introducción al Derecho*. 2da Edición. Lima, Perú: Idemsa.
61. Vergara, K. (2018) *La Prueba Traslada y su Implicancia al Principio de Contradicción en el Juzgamiento del Nuevo Proceso Penal Peruano* (tesis de pregrado). Universidad Nacional Santiago Antúnez De Mayolo. Ancash, Perú.
62. Villarroel, R. (2015) *Concurrencia de las Atenuantes de Colaboración Sustancial al Esclarecimiento de los Hechos y de Cooperación Eficaz Bajo la Ley 20.000* (tesis de postgrado). Universidad de Chile Facultad de Derecho. Santiago, Chile.
63. Villegas, E. (2013) *La Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de 2004 Principios y Presupuestos Legitimadores*. Torres, M. (Director) y Revilla, P. (Coordinador) *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal* (pp.241-351). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
64. Villegas, E. (2016) *Limites a la Detención y Prisión Preventiva. Cuestionamiento a la Privación Arbitraria de la Libertad personal en el proceso penal*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
65. Zevallos, O. (2019) *La utilización de la declaración del aspirante a colaborador eficaz para fundamentar la medida coercitiva de prisión preventiva: ¿vulneración a un derecho fundamental o incumplimiento del estándar probatorio?* (trabajo académico). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

6.2. JURISPRUDENCIA EMPLEADA

1. Corte Suprema de Justicia (2019, 10 de Septiembre) XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario N°01-2019/ CIJ-116 (Prisión Preventiva: Presupuestos y Requisitos). Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4648ac004b66895982828691cd134a09/XI-PLENO-JURISDICCIONAL-SPP-SPT-Y-SPE-01-2019-CIJ-116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4648ac004b66895982828691cd134a09>
2. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional (2017, 19 de Mayo) EXP. 00075-2017-3-5001-JR-PE-03 – Resolución N°12 (Sentencia de Vista de la investigación que se sigue contra Félix Manuel Moreno Caballero por el delito de lavado de activos y otros). Recuperado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/85dd6000416cd024a408ad0464bd7500/1%C2%B0+SPAN_EXP.+75-2017-3_Revocan+Prisi%C3%B3n+preventiva+F%C3%89LIX+MORENO-reducido.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=85dd6000416cd024a408ad0464bd7500
3. Primera Sala Penal De Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque (2018, 31 Diciembre) EXP. 09199-2018-92-1706-JR-PE-08 - Resolución N°07 (Sentencia de vista de la investigación que se sigue contra Edwin Oviedo Pichotito, por el delito de Asociación ilícita para delinquir). Recuperado de: https://csjla.pe/wp-content/uploads/2019/01/EXPEDIENTE_-09199-2018-92-1706-JR-PE-08.pdf
4. Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales (2017, 05 de Diciembre) I Pleno Jurisdiccional 2017. Acuerdo Plenario N°02-2017- SPN (Utilización de la declaración del colaborador eficaz).

Recuperado de: <https://plataformaanticorruccion.pe/wp-content/uploads/2018/06/Acuerdo-Plenario-2-2017-SPN-Colaboracion-eficaz.pdf>

5. Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Colegiado A (2018, 07 de Febrero) EXP. N°00046-2017-1-5201-JR-PE-01 - Resolución N°03 (Sentencia de vista que se sigue contra Carlos Eugenio García Alcázar y otros por el delito de Tráficos de influencia y otros). Recuperado de: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/08/14201239/colegiado-a-resolucion-n-3.pdf>
6. Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A (2018, 07 de Febrero) EXP. 00046-2017-2-5201-JR-PE-01 - Resolución N°03 (Sentencia de vista de la investigación que se sigue contra Carlos Eugenio García Alcázar y otros, por el delito de Tráfico de Influencias y otros). Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/79976f80445ed09cb0a3fa01a4a5d4c4/Apelaci%C3%B3n+00046-2017-2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=79976f80445ed09cb0a3fa01a4a5d4c4>
7. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 14 de Junio) Casación N° 292-2019/LAMBAYEQUE (Prisión Preventiva y Sospechas Fundadas y Graves). Recuperado de: <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Cas.292-2019-Lambayeque-Edwin-Oviedo.pdf>
8. Tribunal Constitucional (2005, 8 de noviembre) Expediente N°5854-2005-PA/TC (caso Pedro Andrés Lizana Puelles). Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>

VII. ANEXOS

ANEXO 1

PROYECTO LEY

“Año de la Universalización de la Salud
Pública”

Proyecto Ley N°.....

SUMILLA: Proyecto Ley que modifica el artículo 476-A y deroga el artículo 481-A del Código Procesal Penal a fin de dotar de eficacia a la información obtenida de la declaración del colaborador eficaz.

Universidad Nacional del Santa, en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa prevista en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, se propone el siguiente Proyecto Ley.

Ley que modifica el artículo 476-A y deroga el artículo 481-A del Código Procesal Penal a fin de dotar de eficacia a la información obtenida de la declaración del colaborador eficaz

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La Presente ley tiene por objeto modificar el artículo 476-A y derogar el artículo 481-A del Código Procesal Penal con la finalidad de que la información obtenida de la declaración del colaborador eficaz pueda ser utilizada eficientemente dentro del proceso penal a fin de fortalecer la lucha contra la criminalidad organizada.

Artículo 3.- Modificación del Artículo 476-A del Código Procesal Penal

Modifíquese el artículo 476-A del Código Procesal penal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 476-A.- Eficacia de las diligencias de corroboración y su incorporación en otros procesos

3. Si de la información proporcionada por el colaborador eficaz en el Proceso de Colaboración Eficaz arroja indicios suficientes de participación delictiva de las personas sindicadas por éste o de otras personas naturales o jurídicas, **el fiscal podrá utilizar dicha información como noticia criminal para poder iniciar una investigación penal, para ello el acta que contiene la declaración del colaborador eficaz deberá ser acompañado con otros elementos de convicción de carácter objetivos obtenidos como resultados de las diligencias de corroboración en el Proceso de Colaboración Eficaz, que determinen la objetividad de la imputación realizada por el colaborador.**
4. Si de la información aportada por el colaborador eficaz en el Proceso de Colaboración Eficaz se advierte la presencia de hechos que ya están siendo investigados en un proceso o procesos ya iniciados, el fiscal decidirá si las diligencias objetivas e irrepetibles obtenidos en la carpeta fiscal de colaboración eficaz como resultados de la diligencias de corroboración será incorporado en todo o en parte al proceso o procesos correspondientes. **En ningún caso la declaración del colaborador eficaz podrá ser incorporado a un proceso ya iniciado.**
7. Si el Juez aprueba el Acuerdo y los procesos donde el colaborador es imputado se encuentran en investigación preparatoria, el Fiscal podrá no acusar al colaborador.
8. Si el Juez aprueba el Acuerdo y los procesos donde el colaborador es acusado se encuentran en juzgamiento, el Fiscal podrá retirar la acusación y en su caso, el Juez Penal Unipersonal o Colegiado estarán a lo resuelto en la sentencia por colaboración eficaz.

9. La sentencia de colaboración eficaz será oponible en cualquier estado del proceso, ante los órganos jurisdiccionales que son parte del Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz”.

Artículo 3.- Vigencia y Aplicación de la Ley

La presente Ley rige a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano”.

Artículo 4.- Derogación única

Deróguense el inciso 3 del artículo 476-A y el artículo 481-A del Código Procesal Penal, así como las todas demás normas contraria a la presente ley.

Chimbote,.... del mes de... del año....

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. ANTECEDENTES

La implementación del Código Procesal Penal del 2004 en el ordenamiento jurídico nacional trajo consigo la regulación del Proceso de Colaboración Eficaz como un proceso autónomo y distinto al proceso penal común, diferenciándolo de cualquier otra forma de justicia premial, esto con la finalidad de que pueda obtenerse información de respecto a organizaciones criminales o la realización de delitos complejos, que permitan la recopilación de medios probatorios a fin de obtener una decisión favorables en contra de esta forma de delincuencia.

Ahora bien, con fecha 30 de diciembre del 2016 se publicó del Decreto Legislativo N° 1301 “Decreto Legislativo que Modifica el Código Procesal Penal para dotar de Eficacia al Proceso Especial por Colaboración Eficaz”, el cual modificó los artículo 472, 473, 474, 475,476, 477, 478, 479, 480 y 481 del Código Procesal penal que regulan el Proceso de Colaboración Eficaz, esto con la finalidad de poder dotar de

eficacia a dicho proceso. Asimismo, incorporó al mencionado cuerpo legal el artículo 473-A, que permitía la participación del agraviado en el dicho proceso especial solo en lo que respecta a la reparación civil; y los artículos 476-A y 481-A, los cuales permitían al fiscal el poder incorporar y utilizar, en otros procesos penales, los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz así como la declaración del colaborador eficaz con la finalidad que puedan ser empleados como elementos de convicción para fundamentar una sentencia o la imposición de una medida cautelar.

Posteriormente, con fecha 30 de marzo del 2017 se publica el Decreto Supremo N°007-2017-JUS “Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1301, Decreto Legislativo que Modifica el Código Procesal Penal para dotar de Eficacia al Proceso Especial por Colaboración Eficaz” el cual reglamenta el Decreto Legislativo N° 1301, y determina el trámite que se debe de realizar en el Proceso de Colaboración Eficaz, los principios que se aplican y sujetos que interviene, las medidas que se pueden aplicar al colaborador y la eficacia de la información aportada por este.

Ahora bien, según la exposición de motivos del Decreto Supremo N°007-2017-JUS sostiene que el Decreto Legislativo N°1301 busca dotar de mayor operatividad al Proceso de Colaboración Eficaz, al convertirlo en una herramienta de investigación penal para la lucha contra de la criminalidad organizada y otros delitos considerados especialmente graves.

En ese sentido, se advierte que la finalidad del Decreto Legislativo N° 1301 con la incorporación de los artículos 476-A y 481-A al Código Procesal Penal, fue la de fortalecer la lucha del Estado contra la criminalidad organizada, esto al legitimar el traslado y utilización de los elementos de convicción recabados en el proceso de colaboración, pero sobre todo, de la declaración del colaborador eficaz, pues, constituye una

fuentes de información importante respecto de las organizaciones criminales.

Si bien la declaración del colaborador eficaz puede constituir un elemento de convicción importante en el proceso común, pues, permite determinar la existencia de un delito cometido por una organización criminal y la vinculación de sus miembros con dicho delito; no obstante, su utilización conforme se ha regulado en los 476-A y 481-A al Código Procesal Penal y reglamentado en el Decreto Supremo N°007-2017-JUS contraviene las normas del Código Procesal Penal y de la Constitución Política del Perú de 1993.

En primer lugar, la declaración del colaborador eficaz es obtenida sin la garantía de contradicción, por tal motivo no puede ser trasladado a otros procesos penales, toda vez, que de acuerdo al artículo 20 de la Ley N°30077 “Ley Contra el Crimen Organizado”, solo se permite el traslado de medios probatorios que han sido admitidos y actuados a nivel judicial, no de actos de investigación realizados de recabados de manera unilateral.

En segundo lugar, al incorporar la declaración del colaborador eficaz al proceso penal conexo o derivados al Proceso de Colaboración Eficaz, lo que se estaría incorporando no es la testimonial del colaborador como medio probatorio, sino el solo el acta que contiene su declaración el cual es una documental. En ese sentido, habría una alteración de la naturaleza de la declaración del colaborador eficaz, pues al presentarlo como una documental implica que el juicio oral se dé la lectura u oralización de su contenido mas no la actuación de la declaración, por lo que no habría un adecuado ejercicio del derecho de defensa y contradicción por parte del imputado.

Es así que, a la luz de la presunción de inocencia, la declaración del colaborador eficaz no puede ser considerada como medio probatorio

lícito, pues, tanto en su obtención como en su incorporación al proceso penal se vulnera Garantías Constitucionales.

Por lo tanto, su utilización en el proceso penal común es irregular, ya que, de lo contrario implicaría la violación al debido proceso y una clara limitación al derecho de defensa por actuarse y valorarse un material probatorio que no constituye medio prueba. Siendo este motivo por el cual tampoco se podría utilizar dicha declaración como elemento de convicción para requerir una medida coercitiva para requerir una medida coercitiva como la prisión preventiva.

En tal sentido, resulta conveniente el modificar las normas legales que fueron incorporados por el Decreto Legislativo N°1301 y que permitieron el poder utilizar la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción dentro del proceso penal común.

2. FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA

NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL

- Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Artículo 2, numeral 24, literal “d” y artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú de 1993.

MARCO LEGAL

- Código Procesal Penal.
- Artículo 20 de la Ley N°30077 “Ley contra el Crimen Organizado.

3. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA

La presente propuesta legislativa propone eliminar los conflictos existentes entre la utilización de la declaración del colaborador eficaz y la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Penal, puesto el empleo de dicha declaración, conforme se encuentra regulado actualmente en el Código Procesal Penal y el Decreto Supremo N°007-

2017-JUS, implica la vulneración de Garantías Constitucionales como es la presunción de inocencia y el debido proceso.

En efecto, los artículos 476-A, 481 y 481-A del Código Procesal Penal, que permiten la utilización de la declaración del Colaborador Eficaz en el proceso común tiene su base en el artículo 45 del Decreto Supremo N°007-2017-JUS el cual faculta al fiscal el poder trasladar los elementos de convicción obtenidos de las diligencias de corroboración del Proceso de Colaboración Eficaz –como prueba trasladada- a otros procesos conexos o derivados. Sin embargo realizando un análisis sistemático de dicha normatividad con el artículo 20 de la Ley 30077 el cual establece los presupuestos legales para el traslado de prueba, se puede observar que tal traslado no cumple con los presupuestos establecidos para el traslado de material probatorio, ya que solo se puede trasladar medios probatorios que han sido admitidos y actuados a nivel judicial; presupuesto que la declaración del colaborador eficaz no cumple debido ya que en dicho proceso no se admiten ni se actúan medios probatorio, solo se realizan actos de investigación unilaterales, por lo tanto su traslado e incorporación al proceso común no cumplen con las condiciones de prueba trasladada ocasionado con ello la vulneración de la presunción de inocencia y el debido proceso pues se estaría incorporando al proceso un material que carece de suficiencia probatoria.

En ese sentido se puede advertir la existencia de una contradicción jurídica entre estas normas jurídicas, situación que debe ser supera en razón al Principio de Coherencia Normativa el cual establece que no deben existir conflictos, contrariedad o antinomias entre normas jurídicas a fin de dotar de seguridad jurídica a nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, si bien se encuentra legitimado el empleo de la declaración del colaborador eficaz en razón a la lucha contra el crimen organizado al obtener medios probatorios conforme a la *Ratio Legis* de la norma; sin embargo dicha utilización no debe de ser contradictorio con el ordenamiento jurídico, sobre todo con la presunción de inocencia y el

debido proceso reconocidos en la Constitución Política del Perú, toda vez que atendiendo al Principio de Concordancia Práctica con la Constitución toda tensión entre disposiciones normativa debe ser resuelta sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos en la constitución, ya que, todo el precepto constitucional se encuentra reconducidos a la protección de los derechos fundamentales del principio de Dignidad Humana.

En ese sentido, debe de considerarse la relevancia de los daños que produce la utilización de la declaración del colaborador eficaz y su consecuencia con el ordenamiento internacional, pues el seguir reconociendo la legitimidad de su empleo en el proceso penal, produciría la emisión de decisiones ilegales y carentes de fundamento de derecho, lo cual implicaría la intervención de instancias internacionales.

Por lo tanto, con lo propuesto se pretende garantizar y reconocer la vigencia de las Garantías Constitucionales y a su vez otorgarle una utilización idónea a la información aportada por el colaborador eficaz dentro del proceso común a fin de que pueda cumplir su finalidad en la lucha contra el crimen organizado, esto de manera sistemática, en concordancia con la legislación nacional e internacional y atendiendo a los principios de Concordancia Práctica con la Constitución y Coherencia Normativa.

Se debe tener presente que la declaración del colaborador eficaz constituye una fuente de información importante en la lucha contra el crimen organizado, pues permite identificar a los integrantes de una organización criminal, así como las actividades delictivas que este realiza, la ubicación de los bienes delictivos y la localización de sus víctimas, así como prevenir la realización de futuros actos delictivos; no obstante, conforme se encuentra regulado actualmente dentro de nuestra legislación procesal, impide su utilización válida y lícita de la misma, por tal motivo es que resulta necesario una modificación en cuanto a su empleo.

Siendo esto así, resulta útil y pertinente el modificar el artículo 476-A del Código procesal Penal el cual permite la utilización como elemento de convicción de la declaración del colaborador eficaz dentro del proceso, a fin que establecerá que dicha declaración solo pueda ser utilizado como noticia criminal a fin de poder iniciar una investigación penal mas no ser incorporado como elemento de convicción en un proceso ya iniciado.

De la misma manera resulta útil y pertinente derogar el artículo 481-A del Código Procesal Penal, que permite su empleo como elemento de convicción para solicitar la prisión preventiva por ser contrario a las Garantías Constitucionales.

4. EFECTOS DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Conforme se advierte, la presente propuesta legislativa pretende establecer un marco legal adecuado para la utilización de la declaración del colaborador eficaz en el proceso penal, que no sea contrario a la Carta Magna, Código Procesal Penal y el artículo 20 de la Ley N°30077 “Ley contra el Crimen Organizado”, tomando en consideración su eficacia en la lucha contra el crimen organizado.

5. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La promulgación de la presente norma no implica costo al erario nacional puesto que solo se trata de la modificación de los artículos del Código Procesal Penal, esto con la finalidad de que la declaración del colaborador eficaz pueda ser utilizada de manera idónea en el proceso penal, toda vez, que su regulación actual genera la afectación de las garantías de presunción de inocencia y el debido proceso. De esta manera, evitara futuros gastos producidos por demandas internacionales contra el Estado Peruano por su uso irregular, sobre todo en la prisión preventiva, donde la libertad personal es restringida de manera excepcional.

ANEXO 2

CUADRO DE MATRIZ DE CONSISTENCIA LOGICA

LA IRREGULAR UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ COMO ELEMENTO DE CONVICCIÓN PARA SOLICITAR LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS PROCESOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA

ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPOSTESIS	MATERIALES Y MÉTODOS
<p>¿Vulnera Garantías Constitucionales la irregular utilización de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva en los procesos de Criminalidad Organizada?</p>	<p>Analizar la vulneración de Garantías Constitucionales al utilizar la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir la prisión preventiva en los procesos de Criminalidad Organizada.</p>	<p>a. Analizar el traslado de la declaración del colaborador eficaz y su incorporación a los procesos contra la criminalidad organizada. b. Analizar la prisión preventiva respecto al presupuesto de graves y fundados elemento de convicción. c. Evaluar las consecuencias del empleo de la declaración del colaborador eficaz en el proceso penal distinto del Proceso de Colaboración Eficaz. d. Estudiar la regulación del Proceso de Colaboración Eficaz en el Derecho</p>	<p>La utilización irregular de la declaración del colaborador eficaz como elemento de convicción para requerir de prisión preventiva en los Proceso de Criminalidad Organizada vulnera las Garantías Constitucionales de Presunción de Inocencia y Debido Proceso.</p>	<p>Tipo de investigación por su naturaleza a. Descriptiva</p> <p>Tipo de investigación por su aplicabilidad a. Básica</p> <p>Métodos de investigación Científica a. Inductivo-Deductivo b. Comparativo o analógico</p> <p>Método de investigación jurídico a. Dogmático</p>

		<p>Comparado, así como su empleo en la jurisprudencia nacional y comparada</p>		<p>Método de interpretación jurídica</p> <p>a. Interpretación Ratio Legis o Lógico</p> <p>b. Interpretación sistemático o Constructivo</p> <p>Diseño de la investigación Descriptivo-Propositivo</p> <p>Esquema:</p> <p>M → O → P</p> <p>Dónde: M: Muestra consistente en 4 jurisprudencias analizadas O: Observación de la problemática P: Propuesta legislativa</p> <p>Población Muestral</p> <ul style="list-style-type: none"> • Resolución N°07 - EXP. 09199-2018-92-1706-JR-PE-08 • Resolución N°12 - EXP. 00075-2017-3-5001-JR-PE-03 • Resolución N°03 - EXP. N°00046-2017-1-
--	--	--	--	--

				<p>5201-JR-PE-01</p> <ul style="list-style-type: none"> • Resolución N°03 - EXP. 00046-2017-2-5201-JR-PE-01 <p>Técnicas de Recolección de Datos</p> <ol style="list-style-type: none"> Fichaje Técnica de Estudio de Caso <p>Instrumentos de Recolección de Datos</p> <ol style="list-style-type: none"> Fichas Bibliográficas Fichas Textuales Fichas de Resumen Fichas de Comentario Fichas Mixtas Guía de Análisis de Caso <p>Técnicas de procesamiento y Análisis de datos</p> <ol style="list-style-type: none"> Palabras Claves en contexto Corte y Clasificación
--	--	--	--	---

ANEXO 3

FORMATO DE FICHA DE INVESTIGACIÓN

Tipo de ficha	Fecha de consulta
<p style="text-align: center;">Epígrafe (tema o título del contenido)</p> <p>Contenido:</p> <p>Autor, referencia de la obra, pagina (s) de donde se extrajo la información.</p>	
	Numero de ficha

ANEXO 4

FORMATO DE GUÍA DE ANÁLISIS DEL CASO

CASO:

I. DATOS GENERALES

- **EXPEDIENTE** :
- **RESOLUCIÓN** :
- **JUZGADO** :
- **JUECES** :
- **IMPUTADO** :
- **AGRAVIADO** :
- **DELITO** :
- **MATERIA** :

II. ANTECEDENTES

III. ARGUMENTOS TÉCNICOS DEL APELANTE

IV. FUNDAMENTOS DEL AUTO DE VISTA

V. PROBLEMA JURÍDICO DEL CASO

VI. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO Y POSICIÓN DEL INVESTIGADOR

VII. CONCLUSION

ANEXO 5

GUÍA DE ANÁLISIS DEL CASO

CASO: A

VIII. DATOS GENERALES:

- **EXPEDIENTE** : EXP. 09199-2018-92-1706-JR-PE-08
- **RESOLUCIÓN** : RESOLUCIÓN N°07
- **JUZGADO** : PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE
- **JUECES** : SALÉS DEL CASTILLO
ZAPATA CRUZ
VÁSQUEZ RUIZ
- **IMPUTADO** : EDWIN OVIEDO PICHOTITO
- **AGRAVIADO** : LA SOCIEDAD
PERCY FARRO WITTE
MANUEL RIMARACHIN CASCO
- **DELITO** : DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR
HOMICIDIO CALIFICADO
- **MATERIA** : APELACION DE AUTO DE PRISION PREVENTIVA

IX. ANTECEDENTES

En el año 2007 Edwin Oviedo Pichotito solicitó ante el Séptimo Juzgado Civil el nombramiento de Segundo Ordinola Zapata y de otros miembros de la organización como administradores judiciales de la empresa Tumán. A partir de dicha designación, Edwin Oviedo Pichotito empezó a realizar una serie de acciones ilícitas, lucro indebido, y conformar un grupo delictivo bajo el argumento que realizaba labores de seguridad dentro de la empresa, al cual le proveyó de armas y vehículos, esto con la finalidad de desarrollar acciones de amedrentamiento contra todo trabajador que cuestiona las decisiones de la empresa (opositores de la gestión de Oviedo), los cuales eran realizados a través de Ordinola Zapata quien es el segundo de la organización delictiva. Dichas acciones conllevaron a los homicidios de Percy Farro Witte, cuando perifoneaba contra la administración judicial, y de Manuel Rimarachin Casco, cuando repartía volantes contra la administración de la empresa.

Mediante Disposición N°8 de fecha 25 de enero de dos mil 2016, la Fiscalía Especializada contra el Crimen Organizado de Lambayeque dispone la Formalización de Investigación Preparatoria y Declaratoria de complejidad de la investigación contra Edwin Oviedo Pichotito por los delitos de Asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado, contra la vida el cuerpo y la salud y la salud en la modalidad de homicidio

calificado en agravio de Percy Farro Witte y Manuel Rimarachin Cascos, Fraude de la persona jurídica en agravio de la EAI Tumán, Delito de Cohecho Pasivo Propio, Delito de Peculado en agravio del Estado- Policía Nacional del Perú y delito contra la Administración de Justicia en la modalidad de encubrimiento real en agravio del Estado.

Mediante requerimiento fiscal, la Fiscalía Especializada contra el Crimen Organizado de Lambayeque solicita la prisión preventiva contra Edwin Oviedo Pichotito por los delitos de Asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado, contra la vida el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado en agravio de Percy Farro Witte y Manuel Rimarachin Cascos.

Con Resolución N°02 de fecha 06 de diciembre del 2018, el Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo declaró fundado en parte la prisión preventiva formulada por la Fiscalía Especializada Contra el Crimen Organizado contra Edwin Oviedo Pichotito por los delitos de Asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado, contra la vida el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado en agravio de Percy Farro Witte y Manuel Rimarachin Cascos, sosteniendo que se cumplen los presupuestos para dictar la prisión preventiva.

La defensa técnica del imputado interpone recurso de apelación elevándose el caso a la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

X. ARGUMENTOS TÉCNICOS DEL APELANTE

La defensa técnica de Edwin Oviedo Pichotito argumenta el recurso impugnatorio bajo los siguientes puntos:

- El presente caso se inició con el proceso N°2925-2015, el cual fue desacumulado, formándose los procesos N°9199-2018 por el delito de asociación ilícita, N°9204-2018 por el delito de homicidio calificado en agravio de Percy Farro Witte y N°9210-2018 por el delito de homicidio calificado en agravio de Manuel Rimarachin Cascos, sin embargo para el imputado el proceso no se desacumuló pues este aun pertenecía al proceso madre, en ese sentido, la prisión preventiva no se dictó en el proceso dónde está siendo procesado el imputado, sino, que se realiza en uno de los procesos desacumulados (Proceso N 9199-2018), donde el Ministerio Público hace una acumulación de facto de tres procesos.
- La imputación del Ministerio Público se basó solo en la declaración de tres colaboradores eficaces: Colaborador Eficaz N°02-2015, Colaborador Eficaz N°03-2017 y Colaborador Eficaz N°12-2015, los cuales no habrían sido corroborados, por lo que el uso de tales declaraciones es ilegal. Asimismo, la incorporación de las declaraciones de los colaboradores se realizó como documento y no como testimonial lo cual vulnera el derecho de defensa respecto al contrainterrogatorio,

esto al permitir la introducción de la declaración del Colaborador Eficaz N°012-2015 como prueba anticipada siendo utilizada como una transcripción (documento).

- Respecto a la pena probable, no se valoró la prueba concreta a imponerse sino la abstracta.
- Respecto al peligro procesal el juzgado no reconoce la existencia de un arraigo familiar, domiciliario y laboral de imputado y solo fundamenta su decisión en su capacidad económica, el cual no es suficiente para generar un peligro de fuga.

XI. FUNDAMENTOS DEL AUTO DE VISTA

La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque fundamenta el auto de vista, de la siguiente manera:

- La desacumulación no implica iniciar nuevos procesos, sino que se trata solo de una separación de Carpetas efectuadas a pedido del titular de la acción penal.
- El legislador peruano ha regulado el proceso de colaboración eficaz como una respuesta efectiva contra la criminalidad organizada a fin de poder asegurar la obtención de pruebas suficientes acerca de la existencia y autoría de los delitos cometido por las organizaciones criminales. Es así que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2. del Decreto Supremo N°007-2017-JUS el colaborador eficaz tiene la condición de imputado, siendo un arrepentido. En ese sentido, las declaraciones de los colaboradores eficaces en el presente caso mantiene su validez al haberse observado las formalidades que la norma procesal exige, esto es que hayan sido corroborados con elementos de convicción, correspondiendo a otro escenario distinto al debate de prisión preventiva el dilucidar la forma de incorporación del acta que contiene la declaración o testimonio del colaborador.
- El delito de Asociación Ilícita se castiga con una pena no menor de 8 años y de homicidio calificado con una pena no menor de 15 años por lo que la pena a imponerse supera los 4 años de pena privativa de libertad.
- El imputado no cuenta con arraigo laboral, ya que, por su trabajo en la Federación Peruana de Fútbol y atendiendo a su capacidad económica, existe la posibilidad de evadir la justicia.

XII. PROBLEMA JURÍDICO DEL CASO

¿La forma en cómo se incorpora la declaración del colaborador eficaz al proceso penal común es una condición necesaria para dotarle de suficiencia probatoria y poder dictar una prisión preventiva?

XIII. ANALISIS PROBLEMA JURÍDICO Y POSICIÓN DEL INVESTIGADOR

Para la Sala Penal el hecho de que las declaraciones de los colaboradores hayan sido corroboradas con otros elementos de convicción es razón suficiente para dotar de eficacia y validez a su utilización como elemento de convicción para el requerimiento de una prisión preventiva, pues la norma procesal (artículo 158 inciso 2 del Código Procesal Penal) solo exige que dicha declaración sea corroborado con otros elementos de convicción.

No obstante, discrepamos con tal razonamiento debido a que constituye una interpretación literal de la norma procesal por parte de la Sala Penal ya que no realizó un análisis en cuanto al traslado e incorporación de tales declaraciones al proceso penal común, lo cual es un requisito esencial antes de valorar el grado de sospecha que estos podrían aportar al proceso, pues, para que un elemento de convicción, como tal, pueda generar una sospecha grave, tiene que ser lícitos, es decir, que solo se podrá generar una sospecha grave aquellos elementos de convicción que hayan sido obtenidos o incorporados al proceso sin la vulneración de Derechos Fundamentales o Garantías Procesales, ya que de lo contrario los mismos no podrían ser valorados en el proceso y por ende no podrían generar algún tipo de sospecha.

En ese sentido, si la Sala Penal de Apelaciones hubiese realizado un análisis en cuanto a que las declaraciones de los colaboradores eficaces habrían sido trasladados del Proceso de Colaboración Eficaz (en el cual no existe contradictorio), además que, conforme señala la parte apelante, que su incorporación al proceso común se dio como un documento y como una testimonial, esto al introducir el acta que contiene la transcripción de las declaraciones de los colaboradores eficaces, advertirían que nos encontraríamos ante un medio probatorio que ha sido obtenido sin el ejercicio del contradictorio y que su incorporación al proceso no se realizó de la forma debida pues se estaría alterando la naturaleza de la fuente de prueba testifical. Por consiguiente dicha declaración no habría sido obtenida e incorporada al proceso penal respetando las Garantías Construccionales, careciendo de suficiencia probatoria para ser considerado como los graves y fundados elementos de convicción que permita sustentar una prisión preventiva en el presente caso.

En el presente caso, la Sala Penal sostuvo que en la Prisión Preventiva no se discute la validez de medios de pruebas, sino, la existencia de un peligro procesal que ponga en afecta el desarrollo del proceso penal, por lo que los cuestionamientos realizados por el apelante deberían de ventilarse en la etapa procesal correspondiente, esto haciendo referencia al juicio oral.

Conviene señalar, en virtud a este último párrafo, que si bien los cuestionamientos y tachas de medios probatorios se realizan en instancias determinadas (Audiencia de Acusación y/o Juicio Oral), no obstante, la pretensión de la defensa de Edwin Oviedo Pichotito, no está dirigido a que se excluya o se tache las declaraciones de los

colaboradores eficaces como medios de pruebas, sino, del análisis del caso se advierte que su pretensión era que dichas declaraciones no sean considerados como elementos de la convicción sobre el cual se sustente una prisión preventiva, debido a que su utilización en el proceso no es idónea. Dicha pretensión, contrario a los señalados por la Sala Penal, si podría haber sido ventilado en la audiencia de prisión preventiva ya que el juez antes de dictar la prisión preventiva tiene que analizar la validez de los elementos de convicción que sustentarán la aplicación de tal medida de coerción personal.

Por tal motivo discrepamos en parte el razonamiento adoptado en el presente caso, ya que, las declaraciones de los colaboradores eficaces (Colaborador Eficaz N°02-2015, Colaborador Eficaz N°03-2017 y Colaborador Eficaz N°12-2015) no cumplirían la condición de licitud que requieren los elementos de convicción para que puedan sustentar una prisión preventiva, no obstante, ello no quiere decir que la prisión preventiva no sea adoptada en el presente caso, toda vez, conforme se indica en la propia resolución analizada, no solo existen las declaraciones de los colaboradores, sino que además existen otros elementos de convicción los cuales son externos a las declaraciones de los colaboradores, es decir, que no fueron obtenidos en el Proceso de Colaboración Eficaz, sino, dentro de la propia investigación que se le sigue contra Edwin Oviedo Pichotito; en ese sentido, tales elementos de convicción pueden sustentar la sospecha grave del imputado como autor del delito imputado así como el peligro procesal, requisitos materiales para la prisión preventiva.

Ahora bien, otro punto a resalta es el hecho que la defensa técnica sostiene que la declaración del colaborador eficaz N°012-2015 habría sido reconocidos como prueba anticipada dentro del proceso que se le sigue contra Edwin Oviedo Pichotito, por tal motivo se utilizó el acta que contiene la transcripción de la declaración para sustentar la prisión preventiva.

En cuanto a ello, se debe advertir que la declaración del colaborador eficaz no puede ser incorporada a otros procesos penales como prueba anticipada, esto debido a que le estaría otorgando la condición de prueba a algo que no lo es, ya que, si bien una declaración de un testigo se podría actuar anticipadamente antes del juicio oral, debido al peligro de pérdida de la fuente de prueba, no obstante, dicha declaración tendría que actuarse dentro del proceso penal común y en el desarrollo de una audiencia especial (audiencia de prueba anticipada) en el cual se ejercerán las mismas garantías procesales que existe en el juicio oral, sobre todo la contradicción e inmediación. No obstante, además que el Proceso de Colaboración Eficaz se desarrolló en un proceso aparte al proceso penal, por ser independiente de este, el mismo no se desarrolló con el ejercicio de todas las garantías procesales, pues al ser reservado (participa solo el fiscal y el colaborador) no se ejercería el derecho de defensa ni mucho menos la garantía de procesal de la contradicción.

En ese sentido, no se podría otorgar la condición de prueba anticipada a la declaración del colaborador eficaz, pues el Proceso de Colaboración Eficaz no es equiparado a la audiencia de prueba anticipada. De esta manera, el hecho que le haya reconocido tal condición a la declaración del colaborador eficaz N°012-2015, implicaría que dicha declaración ya no sea actuada nuevamente en juicio oral, lo cual afectaría el derecho de defensa del Edwin Oviedo Pichotito. Siendo en consecuencia que su incorporación es irregular y por ende no podría ser considerado como un elemento de convicción lícito dentro del proceso que se sigue contra Edwin Oviedo Pichotito.

XIV. CONCLUSIÓN

Tras analizar el presente caso, observamos que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque se habría limitado a valorar la declaración de los colaboradores eficaz con base a lo regulado en el artículo 46 del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, en el cual permite su incorporación como prueba plenaria (documento) o como prueba anticipada, poniendo como requisito que los mismos sean corroborados con otros elementos de convicción para dotarle de eficacia probatoria a dichas declaraciones. No obstante, ello no resulta ser suficiente para su empleo en un proceso, puesto que para que un medio probatorio pueda ser empleado lícitamente en un proceso, el mismo tiene que haber sido incorporado con respeto a las normas procesales, Garantías Constitucionales y los Derechos Fundamentales. Situación que no se advierte en el presente caso, por lo cual discrepamos con el razonamiento de la Sala Penal respecto al empleo que se les dio a dichas declaraciones.

ANEXO 6

GUÍA DE ANÁLISIS DEL CASO

CASO: B

I. DATOS GENERALES:

- **EXPEDIENTE** : EXP. N°00046-2017-1-5201-JR-PE-0
- **RESOLUCIÓN** : RESOLUCIÓN N°03
- **JUZGADO** : SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COLEGIADO A
- **JUECES** : CASTAÑEDA OTSU
SALINAS SICCHA
GUILLERMO PISCOYA
- **IMPUTADO** : CARLOS EUGENIO GARCÍA ALCÁZAR
FÉLIX ERDULFO MÁLAGA TORRES
- **AGRAVIADO** : EL ESTADO
- **DELITO** : TRÁFICOS DE INFLUENCIA
LAVADO DE ACTIVOS
ORGANIZACIÓN CRIMINAL
- **MATERIA** : APELACION DE AUTO DE DETENCION PRELIMINAR

II. ANTECEDENTES

Entre los años los años 2011-2014, el investigado García Alcázar, en calidad de Asesor II del Despacho Viceministerial de Transporte y Comunicaciones, habría ofrecido a Rodolfo Edgardo Preilé de la Peña, quien actuaba como intermediario del grupo de representante de la empresas miembros de “El Club”, interceder ante funcionarios públicos del Ministerio de Transporte y Comunicaciones a cargo de los procesos de selección convocados por Provias Nacional, a cambio de recibir el 2,9% del Valor de la obra que fuera adjudicada. Asimismo, su accionar estuvo dirigido a construir empresas con apariencia de legalidad a partir de la utilización de personas jurídicas con supuesta actividad económica, tales como: Granja Juan Diego S.A.C. y Agronegocios Procam S.A.C., que habría servido como vehículo para hacer ingresar los montos ilícitamente pagados por la influencia en los procesos de licitación ante Provias Nacional. Mientras que, en relación al investigado Málaga Torres, quien en calidad de representante de Málaga Hermanos Constructora, habría determinado la resolución criminal de García Alcázar a interceder ante los Funcionarios públicos de Provias Nacional para la adjudicación de obras públicas.

Mediante requerimiento de fecha 26 de diciembre del 2017, la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios-Equipo Especial solicita se dicte detención preliminar por el plazo de 10 días contra Carlos Eugenio García Alcázar, Félix Erdulfo Málaga y otros, por los delitos de tráfico de influencias, Lavado de Activos y Organización Criminal.

Con Fecha 05 de enero del 2018, se emitió la resolución N°3 mediante la cual se declara fundado el requerimiento solicitado por el representante del Ministerio Público, dictándose mandato de detención preliminar por el plazo máximo de 10 días contra los investigados, toda vez, que existen diferentes elementos de convicción surgidos como consecuencias de la corroboración de la declaración del colaborador eficaz, los cuales señalan el modo y la forma en como los investigados habrían realizados los actos ilícitos que se investigan.

Contra dicha resolución la defensa técnica de los imputados Carlos Eugenio García Alcázar y Félix Erdulfo Málaga interponen recurso de apelación elevándose el caso a la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Colegiado A.

III. ARGUMENTOS TÉCNICOS DEL APELANTE

Las defensas técnicas de los imputados argumentan sus respectivos recursos impugnatorios bajo los siguientes puntos:

Defensa técnica de Carlos Eugenio García Alcázar

- Habría un error de motivación toda vez que no existe un peligro de fuga en el presente caso, ya que el imputado tiene arraigo familiar.
- El investigado no tenía conocimiento que le estaban investigado por los delitos imputados, por lo que resulta ilógico que sostener la posibilidad que se sustraiga de la investigación.

Defensa técnica de Félix Erdulfo Málaga Torres

- Se habría utilizado como una prueba irregular la declaración del Colaborador Eficaz N°06-2017 ya que no habría sido trasladado del Proceso Colaboración Eficaz a través del medio de prueba testifical, el cual, además, no fue corroborado con otros elementos de convicción.
- Para que proceda la detención preliminar se requiere sospecha grave, debido a que se está privado de la libertad personal; sin embargo en el presente caso, solo se tiene como único elemento de convicción a la declaración de un colaborador eficaz, el mismo que no es prueba toda vez que ha sido obtenido sin ejercicio de contradicción.

- No se ha aclarado si dicha declaración fue presentada como documento o testimonial, ya que, la fiscalía lo trata como un documento a la declaración del Colaborador Eficaz, lo cual es ilegal.

IV. FUNDAMENTOS DEL AUTO DE VISTA

La Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Colegiado A fundamenta el auto de vista de la siguiente manera:

- Nuestro sistema jurídico habilita al Ministerio Público el poder hacer uso, de todo o parte, de las declaraciones de los colaboradores eficaces así como los demás elementos de convicción recogidos como consecuencias de las diligencias de corroboración de la información brindada por el colaborador, a fin de solicitar medidas coercitivas. Siendo que las garantías del traslado y utilización de la declaración del colaborador serán de acuerdo a la etapa del proceso penal.
- Asimismo la detención preliminar requiere como primer presupuesto razones plausibles de la existencia de un delito, lo que lo diferencia de la prisión preventiva en donde requiere graves y fundados elementos de convicción que permitan determinar la realización del delito y la vinculación del imputado en él.
- El peligro de fuga en el presente caso es latente, por lo que resulta necesario la detención preliminar de los investigados a fin de poder llevar a cabo las diligencias urgentes e inaplazables y evitar la ocultación, destrucción o borrado de evidencias o elementos de convicción que permita al esclarecimiento de los hechos denunciados

V. PROBLEMA JURÍDICO DEL CASO

¿Es viable la utilización de la declaración para requerir el mandato de una medida coercitiva como la detención preliminar?

VI. ANALISIS CRITICO Y POSICIÓN DEL INVESTIGADOR

El presente caso si bien no trata respecto a la imposición de una prisión preventiva, no obstante, resulta importante analizarlo en la medida que se pone en cuestionamiento la eficacia que tiene la declaración del colaborador eficaz a efectos que poder dictar el mandato de detención preliminar contra una determinada persona, la cual, al igual que la prisión preventiva, es una medida coercitiva pero menos gravosa y por lo que no requiere los mismos presupuestos.

Al respecto, en el presente caso la Sala Penal no realiza una análisis a profundidad de los fundamentos sostenido por la defensa técnica en el cual hace notar la indebida introducción de la declaración de colaborador eficaz al proceso penal, pues, sostiene, que dicha declaración se incorporó como documento (medio probatorio documental) y no como una testimonial, lo cual es el medio probatorio idóneo. En ese sentido, nos

advierte que la utilización de la declaración del colaborador sería ilegal toda vez que se le estaría introduciendo a un proceso a través de un medio de prueba que no es idóneo.

Lo afirmado por la defensa técnica, se sintetiza en lo que se refiere a la introducción de las fuentes de pruebas, pues, una fuente de prueba es introducida a un proceso a través del medio de prueba que es el más adecuado de acuerdo a su naturaleza. En ese sentido, la incorporación de la fuente de prueba por un medio que no le es propio, tal como nos lo presenta la defensa técnica de Félix Erdulfo Málaga Torres, implicaría la afectación al derecho de defensa, pues, no permitiría un adecuado ejercicio del contradictorio.

Es así que, si bien lo afirmado por la defensa técnica tiene sustento legal, no obstante debemos advertir que dicha postura no ha valorado el momento procesal en el cual se emplea la declaración del colaborador eficaz y la forma en cómo se utilizó dentro del proceso penal para el requerimiento de detención preliminar, pues conforme se logra observar en los antecedentes del caso, se advierte que la declaración del colaborador eficaz fue utilizado como fuente de prueba del cual se ha obtenidos elementos de convicción que permitieron ordenar el mandato de detención preliminar contra los imputados, esto a inicios del proceso penal.

En ese sentido, se puede advertir que en el presente caso la declaración del colaborador eficaz no es empleado como un elemento de convicción para requerir la privación de la libertad de una determinada persona, sino que el mismo es utilizado como una noticia criminal que permitió iniciar una investigación. Por lo tanto su incorporación como documento no es contraria a las garantías constitucionales.

Entonces, es correcto el razonamiento del *Ad quem* en el presente caso al permitir su utilización en la detención preliminar ya que a diferencia de la prisión preventiva, el cual se requiere que los elementos de convicción generen una sospecha grave de que el imputado es autor o participe del delito que se le imputa, en la detención preliminar solo requiere razones plausibles para su imposición, en otras palabras, la detención preliminar operar ante la existencia de razones que permita inferir que se ha realizado un hecho delictivo y la identificación de su responsable. Por tal motivo dicha medida coercitiva puede dictarse incluso con la denuncia y demás elementos de convicción que lo acompaña y que lo dotan de cierta veracidad a su narración, siempre y cuando, permita dar razones plausibles de que una determinada persona ha cometido un hecho delictivo y exista el peligro de ausentarse de la investigación.

Por lo tanto, podemos inferir, que si la declaración del colaborador eficaz fuese introducida como una denuncia al proceso penal común, en consecuencia si podría sustentar una detención preliminar, toda vez, que al ser presentada como denuncia, acompañada con los elementos de convicción recabados en el Proceso de Colaboración Eficaz, le otorgaría cierta relevancia a los hechos que denuncia, los

cuales necesariamente tendrían ser investigados, por lo que el representante del Ministerio Público, quien tiene la carga de la prueba, tendría que realizar las diligencias urgentes e inaplazables para poder recabar elementos de convicción, siendo esto el fundamento de la detención preliminar como medida de coerción.

No obstante, diferente es el hecho de que la declaración del colaborador pueda ser utilizado para solicitar una prisión preventiva o una sentencia, toda vez, que su actuación en esas etapas del proceso penal implica la existencia, no de razones plausibles, sino, de una sospecha grave (prisión preventiva) o una certeza (sentencia) de la realización de los hecho y la actuación del imputado, los cuales solo pueden obtenerse a través medios de pruebas idóneos que tengan condiciones para que poder ser evaluadas en el juicio oral, condición que la declaración del colaborador no tiene pues para que genere algún grado de sospecha en contra del imputado en el proceso penal (sospecha grave o certeza) implicaría que el dicha declaración sea utilizado, ya no como noticia criminal, sino como medio probatorio testifical. Es así que incorporar la declaración del colaborador eficaz como medio probatorio documental al proceso penal común se estaría alterando su naturaleza testifical, siendo esto una incorporación ilegal conforme sostiene la defensa.

En ese sentido, debemos señalar que no se está cuestionando el razonamiento realizado por la defensa técnica respecto a la incorporación de la declaración del colaborador eficaz, toda vez que su posición, como bien se señaló, tiene sustento legal, no obstante, debido al tipo de medida coercitiva (el cual es menos gravosa que la prisión preventiva) y el momento procesal en el que se solicitó dicha declaración si pudo utilizarse. Por tal motivo, concordamos con el razonamiento realizado por la Sala Penal.

VII. CONCLUSIÓN

En conclusión del análisis del presente caso, se advierte que la utilización de la declaración del colaborador eficaz es válida en la medida que, como fuente de prueba, su declaración puede ser presentada como denuncia y de allí realizar actos de investigación urgentes e inaplazables a fin de salvaguardar otras fuentes de pruebas.

ANEXO 7

GUÍA DE ANÁLISIS DEL CASO

CASO: C

I. DATOS GENERALES:

- **EXPEDIENTE** : EXP. 00075-2017-3-5001-JR-PE-03
- **RESOLUCIÓN** : RESOLUCIÓN N°12
- **JUZGADO** : LA PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
- **JUEZ PONENTE** : TORRE MUÑOZ
CARCAUSTO CALLA
CONDORI FERNANDEZ
- **IMPUTADO** : FÉLIX MANUEL MORENO CABALLERO
- **AGRAVIADO** : EL ESTADO
- **DELITO** : LAVADO DE ACTIVOS
TRAFICO DE INFLUENCIAS
- **MATERIA** : APELACION DE AUTO DE PRISION PREVENTIVA

II. ANTECEDENTES

Entre los años 2012 al 2015, cuando Félix Manuel Moreno Caballero era presidente del Gobierno Regional del Callao, habría acordado con ejecutivos del Grupo ODEBRECHT beneficiar a la dicha empresa en la licitación de la obra “Construcción de la Vía Costa Verde-Tramo Callao”, esto al modificar las cláusula de las bases con la finalidad de restringir la participación de los competidores y así lograr la buena pro; solicitando a cambio un ventaja dineraria indebida ascendente a US\$. 4'000,000.00 dólares los cuales deberían ser repartidos en dos porcentajes, requiriendo para sí el 60% (US\$. 2'400,000.00 Dólares) y el 40% (US\$. 1'600,000.00 Dólares) deberían ser entregado a Gil Shavit, quien habría prestado colaboración necesaria para arribar en el acuerdo, así como abrir una cuenta en un paraíso fiscal de nombre de la empresa offshore Cardiff International Ltd. la cual fue constituida para dichos fines. Asimismo, Félix Moreno habría dirigido el dinero producto del acto de corrupción al pago de servicios de consultoría para su campaña política de reelección para el Gobierno Regional del Callao, la cual se realizó en forma de entrega en efectivo, sin utilizar el sistema financiero y sin haber declarado ante el jurado Nacional de Lecciones, evitando de esta manera la identificación del origen ilícito de los fondos recibidos producto de una actividad delictiva previa.

Es así que, mediante Resolución N° 03 de fecha 08 de abril del 2017 el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional declara fundado el requerimiento de Prisión Preventiva promovido por el representante del Ministerio Publico contra el

imputado Félix Manuel Moreno Caballero por el delito de Lavado de Activos y Tráfico de Influencia en agravio del Estado, debido a que se habría acreditado la existencia de graves y fundados elementos de convicción que vincularían al imputado con los delitos imputados y la existencia de un peligro de obstaculización debido a las amenazas que habría realizado el imputado en contra de los testigos.

Ante dicha resolución la defensa técnica del imputado Félix Manuel Moreno Caballero interpone recurso de apelación elevándose el caso a la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional.

III. ARGUMENTOS TÉCNICOS DEL APELANTE

La defensa técnica de Félix Manuel Moreno Caballero argumenta el recurso impugnatorio bajo los siguientes puntos:

- De los 34 elementos de convicción presentado por el Ministerio Público para requerir la prisión preventiva, solo dos tiene vinculación directa con los hechos objetos de investigación, siendo estos las declaraciones del Colaboradores Eficaces: N°03-2016 y Gil Shavit; los cuales no cumplirían el presupuesto de la prisión preventiva, además que los mismos tampoco fueron corroborados, no pudiendo ser corroborado la uno con la otra.
- El Ministerio Público omitió realizar ciertas diligencias necesarias para obtener elementos de descargos
- Se habría inobservado el procedimiento regulado en el Decreto Legislativo N°1301 y Decreto Supremo N°07-2017-JUS para la declaración del Colaborador Eficaz N°03-2016 y de Gil Shavit al no haber acompañado la decisión debidamente motivada mediante la cual se da inicio al Proceso de Colaboración Eficaz, ya que no se ha cumplido con el trámite previsto para la fase de calificación como es la asignación de clave para Gil Shavit, tampoco habría convenio preparatorio de colaboración eficaz para ambos mencionados pasando a abordar la fase de corroboración.
- No se ha cumplido con el requisito de peligro procesal ya no se determinó que Félix Manuel Moreno Caballero hubiere amenazado o intimidado a Gil Shavit o alguna otra persona en concreta.

IV. FUNDAMENTOS DEL AUTO DE VISTA

La Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional fundamenta el auto de vista de la siguiente manera:

- El fiscal habría presentado 34 elementos de convicción; sin embargo, si bien algunos de los mismos pueden constituir indicios en el presente caso, no obstante, no resultan ser suficientes para poder acreditar la prisión preventiva; siendo que las declaraciones de los colaboradores eficaz, para que puedan ser tomados en

consideración como graves y fundados elementos de convicción deberían ser corroborados con otros elementos de convicción; por lo que al no cumplir con tal requisito dichas declaraciones no tendrían suficiencia probatoria ni fiabilidad en el presente caso.

- Que estando a pocos meses de formalizada la investigación preparatoria la medida cautelar personal en cuestión es prematura por no existir elementos de convicción suficiente para limitar la libertad personal del imputado.
- Respecto al incumpliendo del procedimiento regulado en el Decreto Legislativo N°1301 y Decreto Supremo N°007-2017-JUS, advierte la Sala que si bien se habría formado dos Carpetas de Colaboración Eficaz (Colaborador N°03-2016 y Gil Shavit), los cuales aún no se encontrarían concluidos, no obstante según el Decreto Supremo N°007-2017-JUS, estos ya tendrían la condición de colaboradores eficaces, por tal motivo, conforme al Artículo 481-A del Código Procesal Penal, sus declaraciones puede ser utilizado en otro proceso, siempre que sea corroborado con otros elementos de convicción objetivos a fin de poder adoptar una medida coercitiva de carácter personal. Situación que el presente caso no ha cumplido el Ministerio Público, pues, no existen actos de investigación concretos que permita corroborar su información.
- Respecto al peligro procesal, no se encuentra acreditado que la persona quien haya enviado los mensajes amenazantes fue Félix Manuel Moreno Caballero o algún tercero por orden del antes mencionado.

V. PROBLEMA JURÍDICO DEL CASO

¿Tan solo basta que la declaración del colaborador eficaz sea corroborado con otros elementos de convicción para que pueda tener suficiencia probatoria en proceso penal común y poder dictar una prisión preventiva?

VI. ANALISIS CRITICO Y POSICION DEL INVESTIGADOR

En el presente caso, observamos que la jurisprudencia peruana sigue limitándose declarar la validez de la utilización de la declaración del colaborador eficaz con base a la corroboración que se ha realizado con otros elementos de convicción objetivos, toda vez que, en este caso, si bien observamos que la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional ha cuestionado la suficiencia probatoria las declaraciones de los Colaboradores Eficaces N°03-2016 y Gil Shavit a efectos de dictar la prisión preventiva, no obstante dicha conclusión se llegó debido a que la declaración del colaborador eficaz no habría sido debidamente corroborado.

Ahora bien, no negamos que la corroboración sea un requisito necesario e incluso podría decirse que vital para otorgar suficiencia probatoria a los medios probatorios de carácter personal como es el caso de las declaraciones en general (en el cual se incluye la declaración del colaborador eficaz), ya que, de no ser así, dichas

declaraciones devendrían solo en meras sindicaciones realizadas. No obstante, para que se pueda realizar dicha corroboración es necesario que el medio probatorio a corroborar (en este caso la declaración del colaborador eficaz), tiene que ser obtenido e incorporado en el proceso de forma lícita y regular, es decir, que en su incorporación se haya respetado la forma legal establecido y las garantías constitucionales, ya que, de lo contrario su utilización en el proceso sería irregular, afectando de esta manera todo el proceso penal desde el momento de su actuación, pues se estaría utilizado un medio probatorio que carecería de suficiencia probatoria.

En caso materia de estudio, la incorporación válida de la declaración del colaborador eficaz no ha sido evaluado, pues, la Sala Penal se limitó a legitimar su utilización de acuerdo a lo contenido en el artículo 481-A del Código Procesal Penal, en el cual permite al Fiscal el poder utilizar la declaración del colaborador a fin de solicitar la imposición de medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas (como es el caso de la prisión preventiva), es decir, que para la Sala Penal mientras dicha utilización se encuentre regulado en el Código Procesal Penal, el mismo es lícito y por ende legítima, requiriendo solo que la declaración sea corroborado con otros elementos de convicción a fin de dotarle se suficiencia probatoria conforme al artículo 158 inciso 2 del Código Procesal Penal.

Dicho razonamiento, si bien es válido, no obstante, no resulta ser suficiente; pues, para una figura procesal sea lícita y legítima, no solo basta su regulación en el Código Procesal Penal o cualquier otro cuerpo adjetivo (norma procesal), sino, lo que realmente resulta necesario es que dicha figura, al realizar una interpretación sistemática, su regulación no debe de contraponerse o colisionar con otras normas legales o constitucionales, pues de lo contrario existiría un conflicto de leyes.

Al respecto, la utilización de la declaración del colaborador eficaz, conforme se encuentra regulado en los artículo 476-A, 481 y 481-A del Código Procesal Penal, colisiona directamente con la Ley N°30077-Ley Contra el Crimen Organizado, pues dicha ley solo permite el traslado de medios probatorios que han sido admitidos y actuados a nivel judicial; sin embargo, la declaración del colaborador eficaz es obtenido dentro de un proceso en el cual no existe el contradictorio ni actuación de medios probatorios. Por lo tanto, conforme se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico la declaración del colaborador eficaz no puede ser trasladado; siendo su incorporación al proceso penal ilegítima por contradecir el ordenamiento jurídico, careciendo, por ende, de suficiencia probatoria para poder dictar una prisión preventiva pues el mismo no podría ser considerado como un elemento de convicción lícito.

En ese sentido, no solo basta que la declaración del colaborador eficaz sea corroborada con otros elementos de convicción para que pueda tener suficiencia probatoria en proceso penal común y poder dictar una prisión preventiva, sino que

también es necesario que su traslado e incorporación al proceso penal común no colisione con el ordenamiento jurídico esto con la finalidad de que pueda ser considerado como medio probatorio idóneo que permita generar una sospecha fuerte de que el imputado ha sido autor del delito imputado; condición que debió también ser evaluado por parte del por parte de la Sala al momento de emitir un pronunciamiento en cuanto a la prisión preventiva ya que como se advirtió anteriormente la declaración del colaborador eficaz no cumple con tal condición.

VII. CONCLUSIÓN

En conclusión, podemos sostener La Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional no debió solo de reconocer la suficiencia probatoria de los colaboradores eficaces con base a que los mismos hayan sido corroborados con otros elemento de convicción sino que debió de haber analizado que el traslado e incorporación de la declaración del colaborador eficaz respete el ordenamiento jurídico a fin de su incorporación sea lícita y regular, y por ende, poder ser utilizado dentro del proceso penal para poder requerir una prisión preventiva.

ANEXO 8

GUÍA DE ANÁLISIS DEL CASO

CASO: D

I. DATOS GENERALES

- **EXPEDIENTE** : EXP. 00046-2017-2-5201-JR-PE-01
- **RESOLUCIÓN** : RESOLUCIÓN N°03
- **JUZGADO** : SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS-COLEGIADO A
- **JUECES** : CASTAÑEDA OTSU
GUILLERMO PISCOYA
BURGA ZAMORA
- **IMPUTADO** : CARLOS EUGENIO GARCÍA ALCÁZAR
RODOLFO EDGARDO PRIALÉ DE LA PEÑA
ELARD PAUL ALEJANDRO TEJADA MOCOSO
FÉLIX ERDULFO MÁLAGA TORRES
GUILLERMO REYNOSO MEDINA
LUIS HUMBERTO PREVOO NEIRA
- **AGRAVIADO** : EL ESTADO
- **DELITO** : TRÁFICO DE INFLUENCIAS
LAVADO DE ACTIVOS
ORGANIZACIÓN CRIMINAL
- **MATERIA** : APELACION DE AUTO PRISION PREVENTIVA

II. ANTECEDENTES

El caso se encuentra vinculado con la declaración del colaborador eficaz ofrecida como elemento de convicción, el cual gira en tres núcleos facticos: I) la concertación al margen de la ley por parte de empresarios del sector construcción con la finalidad de lograr la adjudicación de la buen pro de obras de construcción civil lícitas por el estado, mediando el pago ilícito del 2.92% del valor de las obras; II) la participación de un intermediario para que interceda en la esfera del Estado; III) la participación de un funcionario público con capacidad de asegurar los acuerdos y las licitaciones.

Es así que, mediante Requerimiento de fecha 22 de enero del 2017, la Fiscalía Supranacional Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios-Equipo Especial, solicito se dicte prisión preventiva por el plazo de 18 meses contra Carlos Eugenio García Alcázar el delito de Tráfico de Influencia, Lavado de Activos y Organización Criminal todos en calidad de autor; Rodolfo Edgardo Prialé de la Peña el delito de Tráfico de Influencias en calidad de instigador, Lavado de Activos y

Organización Criminal en calidad de autor; Elard Paul Alejandro Tejada Mocosó y Félix Erdulfo Málaga Torres el delito de Tráfico de Influencias en calidad de instigadores y Organización Criminal en calidad de autores; y contra Guillermo Reynoso Medina y Luis Humberto Prevoo Neira el delito de Lavado de Activos en calidad de autores.

Con fecha 24 de enero del 2018, el Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria emitió la Resolución N°8 en el cual declara fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el representante del ministerio Público contra los respectivos imputados, ya que de los elementos de convicción ofrecidos por el representante del Ministerio público generan sospecha grave de que los imputados están vinculados con los delitos materia de investigación.

Ante dicha resolución, las defensas técnicas de los imputados interpusieron recursos de apelación con el fin de revocar la medida cautelar, siendo elevado el caso a la Sala Superior.

III. ARGUMENTOS TÉCNICOS DEL APELANTE

Las defensas técnicas de los imputados argumentan sus respectivos recursos impugnatorios bajo los siguientes puntos:

La defensa técnica de Rodolfo Prialé de la Peña y Humberto Prevoo Neira

- Se ha vulnerado el debido proceso por cuanto en la utilización de la declaración del colaborador eficaz N°006-2017 no se habría respetado las disposiciones relativas al Proceso de Colaboración Eficaz.
- Los elementos de convicción provienen del Proceso de Colaboración Eficaz habrían sido indebidamente trasladado, ya que, no se habría cumplido con el procedimiento de prueba trasladada.

La defensa Técnica de Carlos Eugenio García Alcázar

- No habría la existencia de graves y fundados elementos de convicción que permitan imponer la prisión preventiva, pues, la decisión de primera instancia se realizó basándose en las pruebas indiciarias que no fueron postulados por el Ministerio Público,
- No se habría respetado la aplicación temporal de la ley pena en cuanto al delito de organización criminal.

La defensa técnica de Rodolfo Prialé de la Peña

- La declaración del colaborador eficaz no habría sido corroborada en el Proceso de Colaboración Eficaz, por lo que no existen elementos de convicción que

establezca la relación del imputado con los hechos alegados por el Ministerio Público.

La defensa técnica de Luis Humberto Prevoo Neira

- Se habría vulnerado el Principio de imputación necesaria y defensa pues del relato fáctico del Ministerio Público no se advierte una vinculación directa entre el imputado con el delito de lavado de activo
- Respecto al peligro procesal, se ha acreditado el arraigo familiar y laboral por parte del imputado, demás el hecho de carecer de antecedentes penales y no existir una posibilidad de condena, implicaría que es no existe peligro procesal.

La defensa técnica de Elard Tejada Moscoso

- Cuestiona la existencia de graves y fundados elementos de convicción respecto a los delitos de tráfico de influencia y organización criminal.
- La prisión preventiva es completamente desproporcional.

La defensa técnica de Félix Erdulfo Málaga Torres

- La incorporación del colaborador eficaz se realizó sin respetar el procedimiento legalmente establecido para ello, pues no cumpliría los requisitos establecidos para la prueba trasladada conforme al artículo 64 del Código Procesal Penal y la Ley N°30077 en su artículo 20.
- El incorporar la declaración del colaborador mediante su transcripción en acta, lo que afectaría la presunción de inocencia, en tanto está conectada con la defensa eficaz y la prueba empleada en un proceso penal.

IV. FUNDAMENTOS DEL AUTO DE VISTA

La Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Colegiado A al advertir que las apelaciones se circunscribe en tres temas específicos, I) La posibilidad del uso de la información obtenida en el Proceso de Colaboración Eficaz para requerir medidas de coerción, II) El tratamiento de los indicios en medidas limitativas de derechos; y II) La alegada afectación del principio de legalidad penal en cuanto al delito de Organización Criminal, fundamento el auto de vista de la siguiente manera:

- En cuanto al uso de la información obtenida en el Proceso de Colaboración Eficaz, este se encuentra regulado tanto en el Código Procesal Penal (artículos 472 inciso 3, 476-A inciso 2 y 3, y 481-A) así como en el Decreto Supremo N°007-2017-JUS. Sin embargo, su utilización para fines cautelares solo se encuentra regulado en el 481-A del Código Procesal Penal y en el artículo 48 de Decreto citado. Siendo, que de tales dispositivos legales se advierte que, a) el uso de la información obtenido de dicho proceso esta ha potestad del fiscal el utilizarlo o no, b) es posible hacer

uso de las diligencias de corroboración y la declaración del colaborador, y c) se debe preservar la identidad del colaborador en caso que se decida hacer uso de su declaración. En ese sentido el uso de la información obtenida en el Proceso de Colaboración Eficaz no está sometido a exigencias preliminares o determinadas diligencias procedimentales tal como sostiene la defensa de los imputados.

- Respecto al tratamiento de los indicios en las medidas limitativas de derechos, la valoración de los hechos del proceso no constituye una vulneración a la congruencia procesal, conforme alegan los apelantes, pues, las partes introducen el hecho y explican su significado, correspondiendo al juez el valorarlo como indicios.
- Sobre la vulneración del Principio de legalidad penal respecto del delito de organización criminal, ello no es óbice para que no se evaluara los presupuestos de la prisión preventiva, pues, el artículo 317 del Código Penal hace referencia como conducta típica el “formar parte” o “integrar” una organización destinada en cometer delitos, conforme se aprecia de las modificaciones efectuada a tal artículo, durante los años 2007 y 2013, tiempo en que operaba la organización criminal.
- Existen elementos de convicción e indicios objetivos que vincularían a los imputados con los hechos que se le imputan; de esta manera descarta que la imposición de la prisión preventiva se base solamente en la declaración del colaborador eficaz.
- El peligro procesal se ha sustentado, no solo se basó en los movimientos migratorios de los imputados, sino, que además se valoró el débil arraigo que presentaría los imputados, así como su capacidad económica y el hecho de pertenecer a una organización criminal, los cuales habrían quedado acreditados con los elementos de convicción presentados el Ministerio Público.
- Respecto a imputación realizada contra Félix Erdulfo Málaga Torres, el Ministerio Público no ha corroborado la sindicación efectuada por el colaborador eficaz, toda vez, que no ha presentado elementos de convicción que permita establecer su vinculación con la Organización Criminal por lo cual se revoca la prisión preventiva en cuanto a su persona.

V. PROBLEMA JURÍDICO DEL CASO

¿Para la utilización de la declaración del colaborador eficaz en el proceso penal común se requiere el cumplimiento de una exigencia preliminar o procedimiento establecido?

VI. ANALISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO Y POSICIÓN DEL INVESTIGADOR

En cuanto a la problemática planteada debemos señalar, contrario a lo que sostiene la Sala Penal, que para la utilización de la declaración del colaborador eficaz en el proceso penal común si se requiere que dicha declaración cumpla con una exigencia preliminar o procedimiento establecido, esto es que cumpla con el procedimiento para

el traslado de pruebas, toda vez, que la declaración del colaborador eficaz se genera en el proceso de colaboración eficaz, el cual es un proceso autónomo al proceso común, por lo cual su incorporación tiene que cumplir con el procedimiento de traslado de medios probatorio de un proceso a otro.

Al respecto, tal como se refiere en los argumentos de la defensa técnica, el traslado de la declaración del colaborador eficaz N° 006-2017 no cumpliría con el procedimiento de establecido para el traslado de medios probatorios, conforme se encuentra regulado en el Artículo 20 de la Ley N°30077-Ley contra el Crimen Organizado. Esto es debido a que el artículo 20 de la Ley N° 30077 (el cual establece las pautas o requisitos para el traslado de pruebas) señala que solo se puede trasladar medios probatorios que haya sido admitido y actuado a nivel judicial, de esta manera se evitaría el traslado de cualquier material que no pudiera convertirse en prueba y de aquellos que podrían afectar el proceso penal.

Sin embargo, esta condición no cumple la declaración del colaborador eficaz pues en el Proceso de Colaboración Eficaz no se admiten, ni se actúan medios probatorios, sino lo que se realiza son actos de investigación destinados a corroborar si la información brindada por el colaborador es real o no, y con ello poder celebrar un acuerdo entre el colaborador y el fiscal de beneficio procesales o penitenciario, siendo que el dispositivo legal que regula la prueba trasladada (artículo 20 de la Ley N° 30077) no ha regulado el traslado de actos de investigación.

En ese sentido, al no encontrarse regulado el traslado de actos de investigación de un proceso penal a otro (pues no existe dispositivo legal que permite ello), hace que el traslado de la declaración del colaborador eficaz del Proceso de Colaboración Eficaz al proceso común, colisione con la normatividad que regula la institución de la prueba trasladada. Por lo que, tal como sostiene los apelantes en el presente caso, dicho traslado infringe el procedimiento de prueba trasladada, lo que implicaría que su incorporación al proceso penal común conlleve a la vulneración al debido proceso, ya que no se incorporó a través del procedimiento legal establecido y respetando las garantías constitucionales.

No obstante, la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A, desestima dichas alegaciones, sosteniendo que la utilización de la declaración del colaborador eficaz en el presente caso, como elemento de convicción presentado por el Ministerio Público para sustentar el requerimiento de Prisión Preventiva es válida, pues ello se encuentra regulado dentro del Código Procesal Penal (artículo 481-A) y el Decreto Supremo N°007-2017-JUS (artículo 48). En tal sentido, para la Sala Penal, debido a que su utilización se encuentra regulada dentro del código adjetivo, hace que el mismo sea válido y legal, y en consecuencia, ser valorado a fin de poder emitir un pronunciamiento respecto a la prisión preventiva; dejando sin relevancia los argumentos realizada por la defensa.

Al respecto, consideramos que la fundamentación realizada por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A constituye una falta al deber de motivación de las resoluciones judiciales, debido a que ha omitido pronunciarse respecto a las alegaciones realizadas por las partes en cuanto a la infracción del procedimiento de prueba trasladada, pues como se indicado en el párrafo anterior, la Sala Penal solo se limitó a señalar que al estar regulado la utilización de la declaración dentro del Código Procesal Penal, hace que su empleo sea válido. Sin embargo, no motivo las razones del porque la pretensiones de la defensa de los imputados deberían ser desestimado o por lo menos de porque el traslado de la declaración del colaborador eficaz no infringiría el procedimiento de prueba trasladada, a fin de poder dar respuesta a los argumentos de los imputados, y no solo limitarse a señalar la regulación procesal de tal utilización, máxime, si conforme hemos advertido, dichas alegaciones guarda tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, consideramos que la Sala no habría realizado una correcta apreciación a la normatividad actual, esto a través de una interpretación sistemática, a fin de poder utilizar como elemento de convicción a la declaración del colaborador eficaz, toda vez, que al no estar regulado el traslado de actos de investigación, en el cual se incluye la declaración del colaborador por ser una fuente de prueba, el mismo no podría ser trasladado y en consecuencia no constituir en un fundamento para dictar la prisión preventiva, tal como advierte la defensa técnica.

VII. CONCLUSIÓN

Es así que, de la resolución analizada se infiere que actualmente existe una práctica inquisitiva por parte de los órganos de justicia de nuestro país, pues, buscaría utilizar como elemento de convicción una fuente de prueba que es trasladado e introducido inadecuadamente al proceso penal común, sin importar que el mismo colisione con otras disposiciones legales como la Ley N°30077 y el propio Código Procesal Penal.

En tal sentido, existe la necesidad de establecer una entrada válida y legal de la declaración del colaborador eficaz al proceso común, esto con la finalidad de evitar cualquier vulneración o infracción normativa y con ello que su empleo sea legítimo y válido.

ANEXO 9

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES

EXPEDIENTE : 09199-2018-92-1706-JR-PE-08
IMPUTADO : OVIEDO PICCHOTITO, Edwin
DELITO : ASOCIACION ILICITA
AGRAVIADO : EL ESTADO PERUANO
DELITO : HOMICIDIO CALIFICADO
AGRAVIADO : FARRO WITTE, Percy Waldemar
RIMARACHIN CASCOS, MANUEL
ESP. DE SALA : CARMEN CARRION LARREATEGUI
ESP. DE Audiencia: Claudia Echeverry Castro

Resolución número: SIETE
Chiclayo, treinta y uno de diciembre del año
dos mil dieciocho.-

AUTOS y VISTOS, en audiencia pública; es objeto de apelación interpuesta por la defensa del imputado **EDWIN OVIEDO PICHOTITO**, la resolución número dos de seis de diciembre 2018, emitida por el Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo que declaró fundada en parte la solicitud de prisión preventiva formulada por el Ministerio Público - Fiscalía Especializada Contra el Crimen Organizado -, en el proceso que se sigue contra el apelante como presunto autor mediato de los delitos de homicidio calificado en agravio Percy Farro Witte y Manuel Rimarachin Cascos y de asociación ilícita en agravio del Estado

CONSIDERANDO:

UNDECIMO: RESPECTO AL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

11.1 Al respecto debe precisarse que el legislador peruano, impulsado por la necesidad de activar de manera efectiva la respuesta penal y procesal frente a complejas o “poco convencionales” formas de criminalidad, ha regulado el proceso especial de colaboración eficaz⁹, destinado a contribuir a “la eficacia de la justicia penal”; pues resulta necesario “*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*”

⁹ Inicialmente en la Ley 27378, luego en el Decreto Legislativo N°1301, del 29 de diciembre de 2016 que modifica el Código Procesal Penal (artículos 472 a 481 – A) y el Decreto Supremo N°007-2017-JUS que aprueba su reglamento.

*definitivamente estas acciones delictivas mediante el desmantelamiento o fin de la organización misma*¹⁰.

11.2 Conforme a lo dispuesto por el artículo 1.2. del Decreto Supremo N° 007- 2017-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N°1301, **colaborador eficaz**, es 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 éste para proporcionar información útil, procurando obtener beneficios premiales.

11.3 Asimismo, el indicado dispositivo establece que “*el solicitante podrá tener la calidad de procesado, no procesado o sentenciado, por los hechos objeto de delación, o por hechos distintos*” (Artículo 4.3).

11.4 Conforme al desarrollo doctrinario, el colaborador tiene la condición de imputado de un delito, siendo un arrepentido¹¹, el mismo que cuenta con las siguientes características¹²: a). Se encuentra imputado de un delito cometido por la organización criminal a la que pertenece; b). Brinda información sobre el delito y la organización criminal; c). La información que brinda debe ser significativa; d). La información tiene la finalidad de identificación de personas o secuestro de cosas; e). Se favorecerá con una reducción o exención de pena.

11.5 En este sentido el Colegiado observa que las declaraciones de los aspirantes a colaboradores eficaces, mantienen por hoy validez al haberse observado las formalidades que la norma procesal exige y que en todo caso, corresponde a otro escenario distinto del debate de un requerimiento de prisión preventiva, dilucidar la forma de incorporación del acta que contiene su declaración o de su testimonio, de ser el caso, en la etapa pertinente.

DUODECIMO: Sobre los GRAVES y FUNDADOS ELEMENTOS DE CONVICCION

12.1 De conformidad con lo que ordena la Casación 626-2013 Moquegua¹³ los graves y fundados elementos de convicción: “*...deben acreditarse mediante **datos objetivos obtenidos preliminarmente** y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación mantenga una probabilidad de ser cierta*”, debiendo para el efecto ser objeto de análisis tanto de modo individual como en su conjunto. –resaltado nuestro-

12.2 Debe indicarse además que, en la audiencia de apelación, el rubro sobre los graves y fundados elementos de convicción no fueron objeto de mayor cuestionamiento

¹⁰ López Yagües, Verónica. “Eficacia en el proceso penal de las declaraciones inculpativas vertidas en el procedimiento especial por colaboración eficaz, análisis y valoración crítica”. En Colaboración Eficaz, Prisión Preventiva y Prueba. 1ª Ed.2017. Ideas Solución Editorial S.A.C., pág.187.

¹¹ Cubas Villanueva, Víctor. El Proceso Penal Común. Aspectos teóricos y prácticos. Gaceta Jurídica. 2017. Pág.167

¹² Ob. Cit.pág.167

¹³ Casación 626-2013 Moquegua, de 30 de junio 2013, FJ 26, 28.

de parte de la defensa técnica del imputado, señalando que solo se contaría con la declaración de los colaboradores eficaces y “*que de no contarse con ellas la Fiscalía no tendría caso*”; sin embargo, contrario a esta posición, en consideración de este superior colegiado y como lo ha sostenido la señora Fiscal Superior, las imputaciones contra el investigado no descansan solo en las declaraciones de los aspirantes a colaboradores eficaces; por el contrario se cuenta con corroboraciones externas, suficientes en este estadio procesal para generar el nivel de **grave sospecha** a que alude la sentencia casatoria 1-2017,¹⁴ esto es : “*alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible*” como se precisa más adelante.

DECIMO TERCERO: ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE VINCULAN AL INVESTIGADO CON EL DELITO DE ASOCIACION ILICITA PARA DELINQUIR: Se cuenta con los siguientes, entre otros:

- Escrito de Fecha 16 de Abril del 2017 presentado por Edwin Oviedo Picchotito al Séptimo Juzgado Civil, en su condición de **sucesor procesal de la parte demandante**¹⁵ solicitando la Subrogación de los Administradores Judiciales y que en su reemplazo se designe a Segundo Ordinola Zapata, lo que demuestra en principio, los intereses económicos del imputado respecto de la empresa agro industrial Tumán.
- Partida Electrónica N° 11002177, en la que se verifica que la Administración Judicial propuesta por Edwin Oviedo Picchotito estuvo desde el año 2007 hasta el año 2015 y luego retorno en el año 2017.
- Escrito Presentado por la Administración Judicial de la Empresa Agroindustrial Tumán, representada por Marcelino Llontop a la que se adjunta un Informe del entonces Administrador Judicial Luna Conroy a la Gerencia Corporativa sobre temas de la Empresa, con el que se acredita que los mandos medios integrantes de la organización, hacían de conocimiento de Oviedo Pichotito todas sus actividades, así lo indica el texto: “.cc Edwin Oviedo Picchotito”.
- Informe Policial N° 054-2015-RPL/DIVINCRI-DEPLAC-SEC de **06 de agosto de 2015** que da cuenta de la existencia de la organización criminal “Los Wachiturros de Tumán”, su estructura y sus integrantes, advirtiéndose que ha sido después de esa fecha de emisión que se ha incorporado a Oviedo Pichotito en la investigación, por cuya razón en dicho informe no se le mencionaba aún¹⁶.

¹⁴ Sentencia Plenaria 1-2017 de 11 de octubre 2017

¹⁵ En el proceso civil 4430-2001 seguido por Tranportes Carranza hermanos SRL contra la Empresa Agroindustrial Tuman sobre indemnización, de fecha 16 de abril de 2007

¹⁶ Véase la Disposición de ampliación de formalización de la Investigación preparatoria número 8 de fecha 25 de enero 2016, que incluye a Oviedo Pichotito en la investigación

- La transcripción de la declaración del colaborador eficaz N° 12-2015 quien describe los atentados contra las **viviendas de dirigentes y opositores a la gestión administrativa de la Empresa Agroindustrial Tumán, del reglaje a los opositores, entre otros ilícitos** de los que daban cuenta a Víctor Rodríguez, ofreciendo además los pormenores de la intervención del jefe de seguridad Víctor Rodríguez, y los mandos medios de la organización, “Los Wachiturros” de Tumán.
- **Acta de transcripción de la declaración ampliatoria de colaborador eficaz CE 12-2015**, Con relación a la existencia de armas de fuego al interior de las instalaciones de la Empresa Agroindustrial Tumán, armas que, según indica el propio colaborador eficaz y lo corroboran otros testigos, se habrían utilizado para atentar contra la vida de los agraviados y otros opositores a la administración del Grupo Oviedo en la empresa Tumán, el colaborador ofreció detalles de la cantidad y calidad de armas de fuego con que cuenta la empresa, bajo la responsabilidad del imputado Víctor Rodríguez, afirmando que llegó a trabajar en seguridad el señor Werner Iglesias “... **por disposición del número uno, me refiero que fue por orden de EDWIN OVIEDO**”.

Este colaborador eficaz ha brindado información del rol que ejercía algunos efectivos de la policía y el apoyo logístico que recibían para cometer **atentados con bombas lacrimógenas** y apoyo policial para cometer y encubrir actos ilícitos.

Adicionalmente informa sobre **la práctica de tiro de los potenciales sicarios a los que se** preparaba en el manejo de armas, dentro de uno de los ambientes de la empresa agroindustrial Tumán.

Ha narrado en su declaración ampliatoria la forma como se hizo entrega de dinero a los Congresistas Javier Velásquez Quesquen y Marisol Espinoza, por el apoyo político a la organización que darían en la promulgación de una ley que favorecía los intereses del líder.

- Declaración del Colaborador Eficaz N° 13-2015, indicando el **modus operandi** de la Organización Criminal y los antecedentes del ataque mortal a Farro Witte.
- Declaraciones testimoniales de trabajadores campo de la empresa Tumán Carlos Alfonso Gálvez Gómez, Cesar Roberto Valdivieso Jiménez, Alejandro Nunton Chavesta, Alex Antonio Salcedo Purizaca, Walter Medina Lara, Eleuterio Moreno Esquivez, que confirman la existencia de un grupo de personas a quienes se denominaban “los Wachiturros de Tumán” que frecuentemente hacían rondas al campo en motocicletas lineales de propiedad de la empresa ; además de que los integrantes de esta organización dependían directamente del departamento de Seguridad de la EAI Tumán a cargo de Víctor Rodríguez Ortiz al que llamaban “El Comisario”; que se les otorgaban armas de fuego, retrocargas y revólveres para el

cumplimiento de su labor, que han tomado conocimiento del atentado al dirigente del Sindicato de trabajadores Walter Cieza **quien era opositor al grupo Oviedo y de otros opositores a esta administración.**

- Testimonio de Werner Alfonso Iglesias Plasencia, quien ha referido que era de público conocimiento que había un grupo de unas 29 personas entrenadas para lo que él denomina: “tareas poco ortodoxas”, que no figuraban en planillas, que diariamente observaba que esas personas conocidos como “los Wachituros” paraban en la Oficina de Rodríguez Ortiz y da cuenta de la instalación de un centro de capacitación y entrenamiento de personal para seguridad externa, en un deposito antiguo de fertilizantes.
- Acta de Visualización de Memoria USB Amarillo marca Kington, con la que se acredita que el Administrador Judicial ordenaba a los miembros de la organización que le informara sobre cualquier protesta por parte de los Trabajadores Sindicalizados.
- Oficio N° 1337-2017-RDC-CSJL/PJ, sustenta que algunos de los ejecutores materiales registran antecedentes penales.
- Oficio N° 00740-2015-73-1706-JR-PE-01/NCPP, cuyo aporte es que la Presidencia de Corte informa a la Fiscalía sobre el proceso 740- 2015 seguido, justamente contra varios miembros de la organización.
- Relación de Unidades Móviles de Propiedad de la Empresa Agroindustrial Tumán, que coinciden con los empleados en los ilícitos cometidos por parte de los Wachituros.
- Testimonio de Justo Chacón Marroquin, quien señala que fue Oviedo Pichotito quien autorizó su contratación para la empresa Tumán con quien llegó a tener amistad, y que ha participado en algunas reuniones de Directorio a las que acudía el imputado Oviedo, quien daba opiniones para mejorar los logros de la empresa, y felicitaba a los Gerentes que participaban de la reunión, además que el hermano de la Congresista Marisol Espinoza Cruz, Jorge Espinoza Cruz laboró en la Empresa Agroindustrial Tumán.
- Acta de transcripción de la declaración Ampliatoria del Colaborador Eficaz N° 12-2015, quien confirma el liderazgo que ejercía Edwin Oviedo Picchotito, a quien los gerentes rendían cuenta por teléfono de las labores cotidianas y las novedades en sus áreas.
- Testimonial de Wigberto Cabrejos Flores, quien señala que a Edwin Oviedo Picchotito siempre lo veía por la Empresa.

- Testimonial de Luis German Castillo Gayoso, quien relata persecución legal por parte de Edwin Oviedo Picchotito, por las denuncias que formuló a través de la revista llamada “la Tribuna Azucarera”.
- Testimonial de Brayan Rimarachin Vera, hijo del occiso Manuel Rimarachin quien narra lo que ocurrió tras el ataque que costó la vida a su padre y ratifica el liderazgo de Edwin Oviedo Picchotito, con quien habló por teléfono que le proporciono Ana María Yesquen Puican a quien le dijo había mandado como su representante para brindarle todo el apoyo necesario, además de ofrecerle un puesto de trabajo estable en la empresa y señala como el motivo de la muerte de su progenitor : “su oposición a los administradores de Tumán”.
- Testimonial de Ana María Yesquen Puican, que revela el apoyo económico a favor de Brayan Rimarachin y su señora madre.
- Testimonial de oficial de policía Luis Alberto Cotrina Quiñonez, quien declara que conoce al acusado Edwin Oviedo Picchotito porque estuvo en una fiesta de fin de año, y además lo vio al costado de la Empresa Agroindustrial Tumán.
- Testimonial de Walter Cieza Díaz, por sostener que ha sufrido un atentado en el año 2012 al haber sacado su pronunciamiento sobre el saqueo que venía cometiendo la Administración Judicial de Segundo Ordinola Zapata.
- Testimonial de Segundo Humberto Hidalgo Hurtado, con la que acredita la existencia de un grupo de personas desconocidas que se encargaban de atemorizar a todos los trabajadores de campo.
- Testimonial de German Gonzales Vilcabamba, brinda información del área de Fertilizantes que Víctor Rodríguez Ortiz conjuntamente con los vigilantes realizaban prácticas de tiro.
- Acta de Descerraje - Allanamiento y Verificación de Oficina del 28 de agosto de 2015, en la que se encontró un folder y se detalla todo el armamento que poseía la Empresa Agroindustrial Tumán y que coincide con la descripción formulada por el colaborador eficaz.
- Copia del Acta de Apertura, que evidencia que en el interior de la Empresa Agroindustrial Tumán, al abrirse una caja de cartón se encontró 13 revólveres y 02 armas de fuego más.
- Oficio N° 4587-2015-SUCAMEC-CSSP, mediante el cual se informa que la Empresa Agroindustrial Tumán no se encontraba registrada como Empresa de

Servicios de Seguridad Privada, por lo tanto no tenían licencia para portar armas de fuego.

- Solicitud de Garantías personales presentada al Gobernador de Chiclayo, constituyendo un elemento que acredita hechos violentos perpetrados por el personal contratado por la Administración Judicial del Grupo Oviedo.
- Certificado Médico Legal N° 001383-1, de Manuel Cascos Rimarachin, con el que se acredita que fue agredido el 3 de febrero de 2010 agresión por parte de **sujetos conocidos**, con puñadas patadas y arma blanca.
- Testimonial de Marcelino Llontop Suyon, elemento que confirma la declaración de los Colaboradores Eficaces, sobre las actividades de los wachiturros además sostuvo que de la muerte de Manuel Rimarachin son responsables los Administradores Judiciales de la Empresa Agroindustrial Tumán.
- Testimonial de Pablo Niño Santisteban, en cuanto sostiene haber sido víctima de amanezcas por realizar una huelga en el año 2011 contra la Empresa Agroindustrial Tumán.
- Acta de Hallazgo y Recojo del 26-01-2011 en el Local Inti ubicado en el Distrito de Tumán, la que acredita la existencia de una bomba lacrimógena explotada, refiriendo a que la Institución Policial es la única que utiliza este tipo de explosivos.
- Testimonial de Mariano Coronel Llatas del 11-09-2013, sobre las amenazas que ha recibido por parte de los Wachiturros.

DECIMO CUARTO: GRAVES Y FUNDADOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN DEL DELITO DE HOMICIDIO CALIFICADO EN AGRAVIO DE MANUEL RIMARACHIN CASCOS.

Se considera como tales los siguientes:

- Copias de la partida electrónica N° 11002177, elemento con la que identifica que la Administración Judicial propuesta por Oviedo estuvo desde el año 2007 al 2015 y retorno el 2017, mostrando así su interés económico en la marcha de la empresa Tumán.
- Escrito de respuesta al oficio 382-2018-MP-FECOR-CH/JMCM, del 03 de abril de 2018, acredita que el investigado Edwin Oviedo Picchotito estuvo desde el mes de octubre a noviembre del 2012 hospedado en el Hotel Winmeir, desde donde impartía órdenes.

- Declaración testimonial de Segundo Humberto Hidalgo Hurtado, quien da a conocer la existencia del grupo los Wachiturros, que se encargaban de atemorizar a los trabajadores para impedir que participaran en paros y protestas contra la administración judicial que **encabeza Edwin Oviedo Pichotito**, Segundo Ordinola Zapata y el cuarto directorio.
- Declaración del aspirante a Colaborador Eficaz N° 12-2015, narra las circunstancias como se planificó la muerte de Manuel Rimarachin Cascos, así como señala a los autores materiales
- Declaración de Manuel Rimarachin Cascos, de fecha 05 de febrero del 2010, elemento de convicción que sustenta la férrea oposición a la Administración Judicial que fue designada a propuesta de Oviedo, solicitando el cese de dicha administración judicial, haciendo referencia a su petición de garantías policiales.
- Certificado médico 1383, acredita la agresión que recibe Manuel Rimarachin por sujetos conocidos con la finalidad de ser acallado.
- Declaración de Brayan Rimarachin Vera, de fecha 18 de enero del 2016, elemento que vincula al investigado Edwin Oviedo, quien a través de Ana María Yesquén Puican buscaba darle apoyo económico con la finalidad de acallarlo y de impedir se vinculara al Grupo Oviedo con la muerte de su padre.
- Declaración de Mercedes Rosalía Vera Cajusol, de fecha 17 de diciembre del 2015, esposa del occiso, que acredita quiénes fueron los ejecutores directos del homicidio de Manuel Rimarachin.
- Declaración de Ana María Yesquén Puican, que acredita que en la fecha que ocurrió el homicidio de Manuel Rimarachin, está se encontraba en la ciudad de Tumán prestando apoyo a la familia del asesinado Rimarachin.
- Declaración del agraviado Marcelino Llontop Suyon, elemento que sirve para acreditar los autores intelectuales y materiales de los atentados a los distintos dirigentes de la azucarera Tumán.
- Declaración de Juana Martha Paredes Cajusol, de fecha 14 de febrero del 2018, que acredita que personas vinculadas a la empresa Tumán –Cecilia Limo Rojas- ingresan a la vivienda del occiso a pintar la casa por órdenes de su jefe Edwin Oviedo, que otros sujetos antes buscaron entre sus cosas una computadora.
- Ampliación de declaración de Miguel Ángel Morrow Amaya, cuyo aporte es haber presenciado el asesinato de Manuel Rimarachin.

- Declaración de Juan Manuel Córdor Idrogo realizada el 4 de abril del 2017, que acredita que los Wachiturros estaban bajo la orden de Edwin Oviedo.
- Declaración de Luis Alberto Cotrina Quiñones (Comisario de Tumán) de fecha 12 de enero de 2017, elemento que acredita la presencia física de Edwin Oviedo Picchotito en la Empresa Agroindustrial Tumán.
- Copias Certificadas del Expediente Judicial N° 208-2015-32-1714-JM- CI-01, sobre Acción de Amparo, remitido por el Juez Civil de José Leonardo Ortiz de Chiclayo, elemento que permite inferir que el móvil del asesinato de Manuel Rimarachín Cascos era evitar que este convocara a una nueva paralización.

DECIMO QUINTO: GRAVES Y FUNDADOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN HOMICIDIO CALIFICADO DE PERCY WALDEMAR FARRO WITTE:

- La Declaración del aspirante a Colaborador Eficaz N° 12-2015, de fecha 12 de junio del 2015, elemento que revela la forma y circunstancia del homicidio contra Percy Waldemar Farro Witte.
- La declaración ampliatoria del colaborador eficaz n° 12-2015, de fecha 15 de junio del 2015, elemento que relaciona a Víctor Rodríguez con la muerte de Percy Farro Witte.
- Continuación de la Declaración del aspirante a colaborador eficaz N° 03- 2017, del 10 de febrero de 2017, elemento que acredita los hechos precedentes concomitante y posteriores al homicidio de Percy Farro Witte.
- Declaración del testigo clave 19-2015, de fecha 19 de mayo del 2015, elemento con el que se establece a los autores del asesinato de Percy Farro Witte, además revela que no es la primera vez que el jefe de seguridad ordena matar a personas que están **contra la administración judicial de la empresa Tumán.**
- Declaración DE CARMEN JULIA NIÑO DÍAZ, **conviviente del occiso**, de fecha 18 de mayo del 2015, elemento que sindic a los mandos medios como responsables de la muerte de Percy Farro Witte, asesinado el día 13 de mayo cuando perifoneaba la convocatoria a la gran marcha de protesta contra el Directorio de la Empresa Tumán para el día 14 de mayo por los abusos y atropellos que se venían cometiendo contra los trabajadores; quien refiere además que dos semanas antes de su muerte, los dirigentes de la Empresa agroindustrial Tumán le habían enviado un sobre cerrado con una fuerte suma de dinero para que deje de encabezar las protestas, pero se había negado a recibirlo y les había mandado decir que seguiría liderando las protestas.

- Declaración de JOSÉ SANTOS FARRO WITTE, de fecha 19 de mayo del 2015, elemento que acredita el interés que tenía la Administración Judicial del grupo Oviedo, de acallar a su hermano Percy Farro Witte en sus protestas pacíficas contra dicha administración, afirmando que sabía que “le habían puesto precio a su cabeza y la de su hermano”.
- Acta DE RECEPCIÓN DE CD, de fecha 14 de Mayo del 2015, elemento que acredita que el día del homicidio de Percy Farro Witte, este se encontraba convocando a la población de Tumán para una marcha, según el texto de la grabación.
- Un CD- R 700MB/80 Min CD Recordable marca “PRINCO”, que entregó Aníbal Cruz Benites, elemento que acredita que el día del homicidio de Percy Farro Witte, este se encontraba convocando a la población de Tumán para una marcha.
- Acta de Novedad de SERVICIO, de fecha 13 de mayo del 2015, elemento que acredita el móvil del asesinato de Percy Farro Witte, fueron las protestas que realizó contra la Administración Judicial.
- Informe N° 132-2015-REGPOL-LAMB-DIVIVAJ/DEPINCRI, de fecha 19 de mayo del 2015, elemento que vincula a uno de los mandos medios, Víctor Rodríguez quien envió a un emisario con dinero para el occiso, quien posteriormente fue ejecutado “por protestar contra los directivos de la actual administración de la empresa Tumán”
- Acta de Entrevista Personal, de fecha 13 de mayo del 2015, elemento que corrobora el móvil del asesinato de Percy Farro Witte fueron las protestas que realizaba en contra de la Administración Judicial, el texto que se perifoneaba concluía “Afuera Oviedo”.
- Nota de Información N° 2165-2015-P6K4, de fecha 18 de Mayo del 2015, elemento que acredita que fue Feljud Castro Banda fue el ejecutor del homicidio de Percy Farro Witte.
- Declaración de Testigo Clave TE-15-2015, el 15 de abril de 2015, elemento con el que se acredita que vio en actitud sospechosa a las personas de Feljud Castro Banda y Roberto Campos Effio –wachiturros- por la vivienda de Percy Farro Witte y después se enteró que había sido asesinado.
- Declaración de Pablo Niño Santisteban, de fecha 07 de julio de 2015, elemento que sirve para corroborar lo dicho por los colaboradores eficaces, del pedido que recibió de los administradores de la empresa para que abandone la huelga, que le iban a pagar los días, como se negó la gente de seguridad echo gasolina en su

vivienda y en otra ocasión durante una asamblea en local INTI lanzaron una **bomba lacrimógena**, archivándose las dos denuncias.

- Declaración de ANIBAL CRUZ BENITES, persona que se constituye en testigo presencial de los hechos, y de las protestas del agraviado y otros jóvenes contra las irregularidades del Grupo Oviedo
- Copias Certificadas del Expediente Judicial N° 208-2015-32-1714-JM-CI- 01; remitido por el Juez Civil de José Leonardo Ortiz de Chiclayo, con la que se acredita el asesinato de Percy Farro Witte era con la finalidad de evitar que se convoque a una paralización.
- Declaración Testimonial de Ramiro Lavrenti Coronel Camino, de fecha 10 de noviembre del 2017, elemento que señala el día de la muerte de Percy Farro Witte, este se encontraba convocando a la población para una paralización en contra de la Administración Judicial.

Los elementos descritos configuran el primer presupuesto a que hace mención el Art.268 del Código Procesal Penal pues determinan la existencia de graves y fundados elementos de convicción que acreditan los hechos punibles objeto de investigación y su vinculación con el investigado Edwin Oviedo Picchotito.

DECIMO SEXTO: PROGNOSIS DE PENA:

Atendiendo a los delitos que se le imputan, en calidad de supuesto autor mediato, y no habiéndose invocado la existencia de causales que circunstancias atenuantes específicas que permitan la reducción de la pena por debajo del mínimo legal, debe considerarse que el delito de Asociación Ilícita está sancionado con una pena no menor de 8 años y los delitos de homicidio calificado con pena no menor de quince años de pena privativa de libertad, por tanto, en caso de ser encontrado responsable la pena a imponerse supera ampliamente los cuatro años de pena privativa de libertad que exige el artículo 268 del Código Procesal Penal.

DECIMO SETIMO: DEL PELIGRO PROCESAL

17.1 Se trata del elemento más importante de la medida cautelar y la razón por la que se dicta. Se divide en dos presupuestos: a) Peligro de fuga. b) Peligro de Obstaculización. A efectos de reconocer este peligro, el artículo doscientos sesenta y nueve (269) del Código procesal Penal establece criterios que debe evaluar el juez para determinar que existe la probabilidad que el imputado se sustraiga del proceso: i) El arraigo; ii) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. iii) la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. iv) 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. v) La **pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.**¹⁷

17.2 La Corte Suprema¹⁸ en lo referente a este presupuesto ha establecido que "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 no puede afirmarse con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso en concreto (...) el arraigo debe ser entendido como 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 acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar, es claro que esta circunstancia de arraigo de presentarse desincentiva la fuga del imputado".

17.3 Debe precisarse en cuanto al arraigo, como concepto jurídico, tiene que ver con la permanencia de un imputado en un lugar determinado, por lo que, ello está sujeto a la valoración que genera esa permanencia, por tanto, no resulta correcto afirmar o negar su existencia, sino calificar la misma en grados: alta, mediana y baja; por ello, se tiene que analizar los supuestos del artículo 269 del Código Procesal Penal y reseñados por la Corte Suprema, es decir: domicilio o residencia habitual (posesión), arraigo familiar y negocios o trabajo.

17.4 Al respecto se considera que si bien podría afirmarse que tiene arraigo familiar y domiciliario, no se ha probado que cuente con arraigo laboral que lo afinke en la ciudad o en el país, pues como lo hizo saber su defensor ya no trabaja para la Federación Peruana de Fútbol, y en cuanto al argumento de haber retornado al país después de sus viajes al extranjero, es de considerar que se encontraba suspendida en su favor toda acción penal desde el 11 de junio de 2018, a través del concesorio de la medida cautelar dispuesta en el Expediente 6127-2018-16 emitida por el Primer Juzgado constitucional

¹⁷ Circular sobre Prisión Preventiva Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, fundamento décimo: "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 Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia 14/09/2011 02:24:04 p.m. Página 5 Actualizado al: 25/08/11 probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera). 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"

¹⁸ Casación N° 631-2015-Arequipa, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Transitorio de la Corte Superior de Lima, al amparo de la cual bien podía salir y retornar al país sin limitación, pues la revocatoria de la medida y con ella la prosecución del proceso penal, recién tuvo lugar el 14 de setiembre de 2018; a ello hay que sumar que si bien su capacidad económica como tal no puede sustentar el peligro procesal de fuga por sí sola, también lo es que se trata de un elemento a considerar frente a la posibilidad de evadirse de la justicia, en atención a la gravedad de la pena que podría serle impuesta y la falta de arraigo laboral a que ha hecho alusión.

17.5 Sobre el peligro de obstaculización debe considerarse que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 270 del Código Procesal Penal, *“para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:*

1. *Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.*
2. *Influirá para que co imputados, testigos o perito informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.*
3. *Inducirá a otros a realizar tales comportamientos”.*

17.6 El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **EXP. N.º 04163- 2014-PHC/TC, Moquegua, en relación al peligro de obstaculización, ha señalado que** *“...se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria respecto del resultado del proceso, lo que puede manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios...”* (F.J.10)

17.6 Al respecto debe considerarse que, entre los graves y fundados elementos de convicción que vinculan a Oviedo Pichotito con los delitos investigados, figura el acercamiento de sus allegados a los testigos y familiares de los agraviados, lo que deja invicta la posibilidad de influir en un comportamiento desleal o reticente con la justicia o motivar un testimonio falso.

17.7 Tampoco puede dejar de advertirse que el encausado se encuentra igualmente investigado, con mandato de comparecencia con restricciones, en el proceso penal iniciado en la ciudad de Lima, por el caso que se ha denominado “los cuellos blancos del puerto”, en el que se le vincula con el ex juez supremo Cesar Hinostroza Pariachi a quien se tiene por presunto líder de la organización criminal, y de quien habría obtenido favores judiciales, uno de ellos justamente perennizado en la dación de la resolución expedida en el Expediente 6127- 2018-16 por el Primer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima que, como ya se ha indicado declaró fundada la medida cautelar presentada por el recurrente, la que permitió suspender la investigación penal en su contra, derivada del presente expediente 2925-2015-5, lo que implicó una clara obstaculización de la investigación, puesto que con fecha 14 de setiembre del año en curso, la Primera Sala Constitucional de Lima revocó la medida cautelar declarándola infundada, igualmente se ha emitido sentencia en primera instancia con fecha 3 de octubre del año en curso,

declarando IMPROCEDENTE la demanda de Acción de Amparo, resolución de conocimiento de dos de las integrantes de esta superior Sala de Apelaciones en su condición de demandadas, lo que pondría en evidencia una maliciosa actuación procesal.

DECIMO OCTAVO: SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

18.1 Respetto al Test de proporcionalidad para determinar si la medida aplicada al procesado resulta legítima.

18.1.1 En relación a la idoneidad, que implica que la medida restrictiva del derecho fundamental debe ser adecuada para la realización del fin propuesto, se determina que la prisión preventiva resulta la más eficaz para garantizar la presencia del imputado en juicio, además la ejecución de la pena en caso de una sentencia condenatoria, dado que el Tribunal Constitucional ha establecido que la finalidad de la medida coercitiva de prisión preventiva es “asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria”¹⁹.

18.1.2 Con respecto a la **necesidad**, supone que la medida adoptada por el legislador, para ser constitucional, deberá ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, siendo así, luego de analizar lo previsto por el artículo 269° del Código Procesal Penal,- frente a un imputado que cuenta con peligro de fuga y de obstaculización como se ha señalado, y ante la imputación de hechos tan graves, se concluye que por ahora no existe la posibilidad de imponer al investigado una medida menos gravosa con la misma eficacia que la prisión preventiva.

18.1.3 Finalmente con relación al sub principio de **proporcionalidad** propiamente dicho, si bien se puede sostener que el derecho de libertad del imputado con la medida de prisión preventiva redundaría en una afectación grave. Sin embargo los beneficios que se obtienen con la persecución penal oportuna por parte del Estado también es alta, por la grave connotación penal de los hechos que se le atribuyen, los elementos de convicción que respaldan la tesis inculpativa del representante del Ministerio Público, por tanto, la intervención temporal de la libertad del imputado se justifica, por resultar razonable dada la naturaleza de los delitos que se investigan y las dificultades propias de una investigación compleja.

DECIMO NOVENO: CONCLUSION

La Sala considera que, se cumplen los presupuestos para dictar el mandato de prisión preventiva contra el investigado Oviedo Pichotito por tanto no puede ampararse la apelación interpuesta, debiendo confirmarse, en consecuencia, la venida en grado.

Por las razones expuestas y las normas legales invocadas, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, resuelve:

¹⁹ Exp. 2915-2004 – HC/TC.F.J 8

1. **CONFIRMAR** la resolución número dos, de fecha seis de diciembre del dos mil dieciocho, que declaró FUNDADO en parte el requerimiento de prisión preventiva formulado por la Fiscalía Especializada contra el Crimen Organizado, contra el investigado EDWIN OVIEDO PICCHOTITO, por el plazo de DIECIOCHO MESES, como presunto autor mediato de los delitos de HOMICIDIO CALIFICADO en agravio de Manuel Rimarachín Cascos y Percy Waldemar Farro Witte, y por el delito de Asociación Ilícita en agravio del Estado.
2. Disponer se agregue los actuados del presente cuaderno al expediente 2925-2015.
3. Devuélvase la carpeta de apelación.

Sras.

SALÉS DEL CASTILLO

ZAPATA CRUZ

VÁSQUEZ RUIZ

ANEXO 10

SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COLEGIADOS A

Expediente	: 00046-2017-1-5201-JR-PE-01
Jueces Superiores	: Castañeda Otsu/ Salinas Siccha/ Guillermo Piscoya
Ministerio Público	: Primera Fiscalía Superior Nacional Especializada
Investigado(s)	: Carlos Eugenio García Alcázar y otro
Delito(s)	: Tráfico de influencias y otros
Agraviado	: El Estado
Especialista Judicial	: Miriam Ruth Llamacuri Lermo
Materia	: Apelación de auto – Detención Preliminar

RESOLUCIÓN N°03

Lima, dieciocho de enero
De dos mil dieciocho

AUTO Y OÍDOS.- En audiencia pública, los recursos de apelación interpuestos por las defensas técnicas de los investigados Carlos Eugenio García Alcázar y Félix Erdulfo Málaga Torres contra la Resolución N° 3, del cinco de enero del presente año, emitida por la jueza del Primer Juzgado Nacional Investigación Preparatoria, mediante la cual resolvió declarar **FUNDADO** el requerimiento de detención preliminar por el plazo máximo de **diez días** contra los citados investigados, en la investigación preliminar que se tramita en contra de Carlos Eugenio García Alcázar y otros por la presunta comisión de los delitos de Tráfico de influencias y otros en agravio del Estado. Interviene en calidad de ponente, el juez superior **SALINAS SICCHA**; y **ATENDIENDO**:

VII. FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO

7.1. En primer término, debe quedar establecido que estamos ante la apelación de un auto que dispone la detención preliminar judicial de investigados y no de prisión preventiva². Los presupuestos son diferentes en ambas medidas coercitivas de carácter personal. En efecto, en lo que corresponde, el artículo 261.1 del CPP de 2004, precisa que el Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquel, dictará mandato de detención preliminar, cuando entre otros supuestos: a) No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionada con pena privativa de libertad

² En consecuencia, el pronunciamiento de la Corte Interamericana respecto de los presupuestos de la prisión preventiva, no resultan aplicable en este caso.

superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad.

7.2. Al respecto, el Juez Supremo y profesor Cesar San Martin Castro³ señala que una nota característica común –o dicho con mayor precisión, presupuesto material– de toda medida de detención preliminar judicial tiene que ver con los requisitos de urgencia y peligro en la demora, traducido este último como *periculum libertatis*. La urgencia significa la obligación apremiante, en atención a las circunstancias del hecho y necesidades de la investigación iniciadas o por iniciarse, de limitar el derecho a la libertad personal para asegurar a la persona del imputado, pues de otro modo se imposibilitaría su aseguramiento y con ellos se perjudicaría su puesta a disposición judicial. El *periculum libertatis*, bajo ese mismo objeto traduce la necesidad de privar de la libertad a un imputado, dado que si no se hace, existe una sospecha fundada de que hará mal uso de su libertad alejándose del lugar de los hechos y ocultándose de la autoridad, frustrando de ese modo puestas a disposición judicial.

7.3. Así también, es necesario precisar que conforme lo dispone el artículo 253.1 del CPP, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, como la libertad solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella. Esto es importante tenerlo en cuenta debido que el abogado defensor del investigado Málaga Torres en plena audiencia ha deslizado la idea que las diligencias preliminares no forman parte del proceso penal y por tanto, se habría decidido la detención de su patrimonio fuera de proceso. Argumento que no es de recibo, toda vez que el artículo 377.2 del CPP taxativamente que las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria, por lo que se puede concluir que la privación de la libertad de los investigados se ha impuesto al interior de un proceso penal.

7.4. De modo que aquí solo cabe determinar si la recurrida ha sido emitida de acuerdo a ley como sostiene La Fiscalía o en su caso, ha sido emitida sin motivación razonable y violando garantías constitucionales como alegan los abogados defensores. En consecuencia, en estricta aplicación del citado artículo 261.1 del CP, primero cabe determinar si en el presente caso existe razones plausible para considerar que los investigados han participado en la comisión de los delitos de tráfico influencia y asociación ilícita para delinquir y además en cuanto al investigado García Alcázar el delito de lavado de activo como se sostiene en la recurrida. Esto es importante ponerlo de relieve, pues aquí como primer presupuesto, se necesitan solo razones plausible en cambio se trata de prisión preventiva, el artículo 268 del CPP exige grave y fundados elementos de convicción.

7.5. Para tal efecto, de la recurrida aparece que existen razones plausibles para privar de la libertad a los investigados por breve término. En efecto allí se precisa que de los hechos que expone el Ministerio Público en su respectivo requerimiento,

³ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*, Volumen II, Griley, p.1108.

se advierte que en relación al investigado García alcázar, quien en calidad de Asesor II del Despacho Viceministerial de transporte del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, habría ofrecido al investigado Rodolfo Edgardo Preialé de la Peña, quien actuaba como intermediario del grupo de representantes de las empresas miembros de “El Club”, interceder ante funcionarios públicos del Ministerio de Transporte y Comunicaciones a cargo de los procesos de selección convocados por PROVIAS NACIONAL, a cambio de recibir el 2.9% del valor de la obra que fuera adjudicada; lo que habría sucedido entre los años 2011-2014. Además, sus accionar estuvo dirigido a constituir empresas con apariencia de legalidad a partir de la utilización de personas jurídicas con supuestas actividad económica, tales como: Granja Juan Diego SAC. y Agronegocios Procam SAC., que habrían servido como vehículo para hacer ingresar los montos ilícitamente pagados por la influencia en los procesos de licitación ante PROVIAS NACIONAL. Mientras que, en relación al investigado Málaga Torres, quien en calidad de Representante de Málaga Hermanos Constructoras, habría determinado la resolución criminal de García Alcázar a interceder ante los funcionarios públicos de PROVIAS NACIONAL, para la adjudicación de obras públicas. Los hechos así presentados preliminarmente sin duda, evidencian la comisión de delitos graves.

7.6. Así mismo, del contenido de la recurrida aparecen razones plausibles, como datos objetivos que evidenciarían la participación de los investigados en la comisión de delitos en perjuicio del Estado. Así se da cuenta que el titular de la acción penal tiene información brindada por un colaborador eficaz N°06-2017, así como información de corroboración recabadas sobre reuniones sostenidas entre el investigado Rodolfo Edgardo Preialé de la Peña y los demás miembros de “El Club de la Construcción” en los ambientes del Swissotel, las visitas registradas en la oficina de asesoría en el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, y las comunicaciones telefónicas que corroborarían las llamadas realizadas por Preialé de la Peña a García Alcázar y otros miembros de “El Club”. En cuanto, a los elementos de convicción para el investigado Málaga Torres se cuenta con comunicaciones telefónicas que corroborarían las llamadas realizadas entre este y Preialé de la Peña, a fin de repartirse las licitaciones de obras públicas. De este modo, tal como se señala en la recurrida, en el presente incidente existen razones plausibles que evidencian preliminarmente la posible comisión de graves delitos perjuicio del estado, así como evidencian la participación de los investigados en la comisión de los mismos.

7.7. Este primer presupuesto legal para la procedencia de la detención preliminar judicial, el abogado defensor del investigado García alcázar no ha cuestionado. En cambio el abogado de Málaga Torres, ha señalado que la utilización de la declaración del colaborador eficaz para sustentar el pedido de detención preliminar es ilegal al haberse trasladado del procedimiento de colaboración eficaz a la investigación preliminar, a través del medio de prueba testimonial; y que incluso – afirma el abogado defensor- que esos dichos no estarían corroborados. Argumento que no puede ampararse debido que en nuestro sistema jurídico se habilita al titular

de la acción penal hacer uso de las declaraciones de los colaborador eficaces para solicitar medidas coercitivas como lo es la detención preliminar judicial. En efecto, en el artículo 476-A del CPP numeral 2, modificado por el decreto legislativo N°1301, se prevé la posibilidad de que el fiscal pueda incorporar la declaración del colaborador eficaz, de todo o parte, en un proceso penal. Incluso tal como la referido el Fiscal en esta audiencia, el Decreto Supremo N°007-3017-JUZ que reglamenta el decreto legislativo N°1301 respecto del proceso de colaboración eficaz, en sus artículos 45 y 46 establecen que el fiscal decide si incorpora o no la declaración del delator a un a investigación en curso. Su eso no fuera suficiente, cabe invocar el artículo 48 del citado reglamento, en el cual se habilita al fiscal no solo a utilizar los elementos recogidos como consecuencia de las diligencias de corroboración de la información brindada por el colaborador, sino también la declaración del colaborador transcrita solo firmada por el fiscal, para solicitar medidas de coerción personal, como ha ocurrido en este caso. Y por supuesto, las garantías de traslado y utilización de la declaración del colaborador será de acuerdo a la etapa del proceso penal. Sin duda para utilizarlo en la etapa estelar del proceso penal como es el juicio oral, se exigirán mayores ganancias. Por lo demás, el argumento que los dichos del colaborador no estarían corroborados carece de sustento por lo precisado en la recurrida.

7.8. El otro elemento es que el ***delito sea sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años***. Los hechos materia de investigación, son calificados por el Ministerio Público, como delito de Corrupción de Funcionarios, en la modalidad de tráfico de influencias, previsto en el primer y segundo parrado del artículo 400 del Código Penal, que sanciona este comportamiento con una pena no menor de cuatro ni mayor de ocho años de pena privativa de la libertad. Y el delito de lavado de activo, a tenor del artículo 1 del Decreto Legislativo N°1106 que modifica la Ley N°27765 tiene una pena conminada de ocho a quince años. También el delito de organización criminal, de conformidad con el artículo 317 del Código Penal, cuya pena es no menor de ocho ni mayor de quince años. Por lo que el segundo presupuesto estaría superado debido que estaríamos en un concurso real de delitos en el cual, según nuestro sistema jurídico vigente, las penas suman.

7.9. El otro presupuesto para la procedencia de la detención preliminar es que ***por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga o de obstaculización***. Este presupuesto ha sido atacado por ambos abogados defensores afirmado que no se daría este presupuesto, sin embargo, el colegiado sostiene que si se tiene en cuenta la finalidad de la detención preliminar judicial que no es otra que asegurar la presencia del imputado ante la autoridad competente y la efectividad de los actos de investigación urgente⁴, se tiene que el peligro de fuga es latente así como el peligro de obstaculización. En efecto, el fiscal ha sostenido en audiencia ye se requiere a los investigados detenidos por diez días debido que aparte de su declaración que deben brindar para esclarecer los hechos, es

⁴ Cfr. ORE GUARDIA, Derecho Procesal Penal Peruano, Gaceta Jurídica, T.II, 2016. P.100. En Parecido sentido GALVEZ VILLEGAS, Medidas de coerción Personales y reales en el proceso penal, Ideas, 2017, p.329.

necesario hacer determinadas diligencias con los imputados como es deslazar, en su presencia, toda la información recabada en las diligencias de allanamiento realizadas en la investigación preliminar que se viene efectuando. Así mismo, se pretende evitar que los investigados en libertad dificulten la acción de la justicia ocultando, destruyendo o borrando las evidencias o los elementos de convicción, o puedan proceder a amenazar, presionar, o confabularse con los testigos⁵ o demás personas que pudieran dar información o elementos probatorios para el esclarecimiento de los hechos graves que se vienen investigado. Incluso en este caso, el hecho que el investigado García alcázar haya venido utilizado una línea telefónica que no es a su nombre es un indicio de querer obstaculizar la acción de la justicia.

7.10. Otro agravio es que la resolución objeto de apelación no reuniría los estándares de motivación que exige el debido proceso. Al respecto como se viene argumentando, este Colegiado considera que la tratarse de una medida de detención preliminar judicial, la resolución cuestionada ha sido fundamentada de acuerdo a ley y por tanto, debe ser confirmada en todos sus extremos impugnados.

VIII. DECISIÓN

por los fundamentos facticos y jurídicos antes expuestos, los jueces superiores integrantes del colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelación Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación del artículo 267.2 del CPP.

RESUELVE:

CONFIRMAR la Resolución N°3, del cinco de enero del presente año emitida por a la jueza del Primer Juzgado Nacional Investigación Preparatoria mediante la cual resolvió declarar **FUNDADO** el requerimiento de detención preliminar por el plazo máximo de **diez días** contra los investigados Carlos Eugenio García Alcázar y Félix Erdulfo Málaga Torres, en la investigación preliminar que se tramita en su contra y otros por la presunta comisión de los delitos de Tráfico de Influencias y otros en agravio del Estado. Interviene a especialista que suscribe por licencia del especialista José Humberto Ruiz Riquero. **Notifíquese con arreglo a ley y devuélvase.-**

⁵ Cfr. Neyra Flores, citado por GALVEZ VILLEGAS, Ob. Cit., 2017, p.329.

ANEXO 11

PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL

EXPEDIENTE N° 00075-2017-3-5001-JR-PE-03

ESPECIALISTA : Edith Rosario Suasnábar Ponce.

IMPUTADO : FELIX MANUEL MORENO CABALLERO.

DELITOS : LAVADO DE ACTIVOS y OTRO.

AGRAVIADO : EL ESTADO.

Resolución Número: DOCE

Lima, diecinueve de Mayo
del año dos mil diecisiete.-

VISTOS Y OIDOS; Y CONSIDERANDO:

III. ANALISIS DEL CASO:

3.1. Para los fines de resolver la alzada, deviene en relevante hacer hincapié lo previsto por el artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, mediante el cual se precisa la competencia del Tribunal Revisor, en los siguientes términos:

“1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, (...)”

3.2. De la impugnación del Ministerio Público formulada contra el investigado Félix Manuel Moreno Caballero.-

3.2.1. *En cuanto al delito de tráfico de influencias:*

- a) Se atribuye a Félix Manuel Moreno Caballero, que entre los años dos mil doce al dos mil quince, cuando era presidente del Gobierno Regional del Callao habría acordado con ejecutivos del Grupo ODEBRECHT beneficiar a la citada empresa en la licitación¹, modificando las cláusulas de las bases con la finalidad de restringir la participación de los competidores y así lograr la buena pro; solicitando a cambio el mencionado imputado, una ventaja dineraria indebida ascendente a US\$ 4'000,000.00 de dólares, a ser

¹ El 4 de julio de 2013, el Gobierno Regional del Callao habría convocado a proceso de selección (licitación pública N° 09-2013 “Construcción de la Vía Costa Verde – tramo Callao”, a través del portal web del SEACE. El 23 de abril de 2014, el Comité Especial otorgo la buena pro al consorcio “Vía Costa Verde Callao” conformado por las empresas Constructora Norberto Odebrecht S.A. sucursal Perú y Odebrecht Perú ingeniería y Construcción S.A.C; es así como el 19 de mayo de 2014, el Gerente Regional al infraestructura en representación del Gobierno Regional del Callao firmó con el antes mencionado Consorcio, el contrato N° 007-2014-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, por S/. 313'755,404.46 nuevos soles.

repartidos en porcentuales solicitando para sí el sesenta por ciento (US\$ 2'400,000.00 de dólares) y el cuarenta por ciento (US\$1'600,000.00 de dólares) a ser entregado para Gil Shavit², quien habría prestado colaboración necesaria no solo para arribar al acuerdo sino también para abrir una cuenta en un “paraíso fiscal” a nombre de la empresa offshore Cargiff International Ltd. constituida para dichos fines.

- b) Que los presuntos pagos ilícitos al funcionario Félix Moreno se realizaron en cuotas de US\$4'00,000.00 dólares americanos, los cuales debían dirigirse a Luis Favre³ por concepto de servicios de consultoría en compañía electoral del año dos mil trece, constatándose – dentro de la información facilitada por la empresa ODEBRECT a la Fiscalía- el último pago del mes de marzo del dos mil quince, a favor de *codime* “Taca” utilizada en referencia a Luis Favre y relacionada al documento de oficina operaciones estructuradas⁴ donde obra consignado “Consta Verde Callao”⁵.

3.2.2. Sobre el delito de Lavado de Activos:

- a) Se postula que Félix Moreno habría dirigido el dinero producto del acto de corrupción al pago de servicios de consultoría para su campaña política de reelección para el Gobierno Regional del Callao, la cual debería haberse realizado en forma de entrega en efectivo, sin utilizar el sistema financiero y sin haber declarado ante el Jurando Nacional de Elecciones; evitando de esta manera la identificación del origen ilícito de los fondos recibidos los cuales eran producto –según el Ministerio Público- de una actividad delictiva previa.
- b) Que el imputado Moreno Caballero habría tenido el dominio del hecho al haber realizado acciones tendientes a que el dinero a recibir, producto del

² Empresario Israelí

³ En la Disposición N°02, la fiscalía asevera que según versión del colaborador N°03-2016; habría recibido en caso de Gil Shavit, las bases del proyecto y demás material preliminar de la licitación a fin de que sea evaluado por la empresa, la cual consideró que el proyecto era inviable por lo cual en abril de dos mil trece, el colaborador antes citado habría pactado una tercera reunión con Félix Moreno Solicitándole se realicen correcciones al citado proyecto, en cuanto a: i) Las cantidades de rocas de la defensa marítima; y ii) Las distancias de las canteras; empero, el imputado manifestó no ser posible efectuar los cambios propuestos por cuanto ya se había aprobado el valor referencial; *comprometiéndose* a realizarlos con posterioridad mediante adendas al contrato; además indico que permitiría incluir requisitos para limitar el número de empresas a participar, tales como: i) Elevar el nivel de experiencia previa exigida a las empresas en obras urbanas y costeras; y ii) Aumentar la necesidad de calificación técnica exigida a los profesionales que trabajarían en la ejecución de la obra. El 25 de junio de 201, el Gobierno Regional del Callao emitió la Resolución Gerencial General Regional N° 750-2013, que dispuso aprobar el expediente técnico y el de contratación para la ejecución del proyecto “Construcción de la vía Costa Verde – tramo Callao” (L.P. 009-2013/Región Callao).

⁴ En junio del Año 2015, al producirse la detención de Marcelo Odebrecht, dueño del consorcio Odebrecht, los pagos signados de “corruptos” habrían dejado de realizarse según la fiscalía, recibiendo Favre solo una parte del dinero solicitado presuntamente por Félix Moreno ascendente a US\$ 2'000,000.00 de dólares. (ver fojas 1222 – Tomo III).

⁵ Ficha de Proyecto N° 48520

acto de corrupción, sería ingresado al círculo económico legal mediante el pago de su campaña política de reelecciones; dejando precisado el Ministerio Público que la recepción del dinero por Valdemir Garrera⁶ y el pago por el servicio de consultoría constituyen dos acontecimientos independientes, pues el real beneficiario del dinero habría sido Félix Moreno –quien recibe el dinero-, y luego con el mismo se habría realizado el pago de consultoría.

3.3. Del derecho en el cual se sustenta la prisión preventiva.-

3.3.1. Qué; la restricción de un derecho fundamental requerirá 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, aunado a ello sólo tendrá lugar cuando fuera indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario para prevenir según los casos, los riesgos de fuga, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva; parámetros determinados expresamente por el legislador en el artículo doscientos cincuentitres – numerales segundo y tercero del Código Procesal Penal es así como fundado en ello, se ha previsto la concurrencia de presupuestos legales para poder disponer la privación de la libertad por la autoridad judicial competente, establecidos enunciativamente en el artículo doscientos sesentiocho del cuerpo normativo antes invocado, modificado por la ley treinta mil setentiseis, los cuales deben converger de manera copulativa para dictar la medida cautelar personal en comento.

3.3.2. Teniendo en cuenta lo enunciado en el considerando precedente, este Tribunal coteja ante la precisión enfática efectuada por la defensa del impugnante en acto oral, público y contradictorio, el *circunscribirse los cuestionamientos al mérito otorgado por el A Quo al primer y tercer presupuestos materiales previstos para dictar la medida cautelar personal en cuestión*, mientras el representante del Ministerio Público circunscribe sus alegaciones a favor de la decisión del Juzgado de garantías; siendo esto así, deviene en evidente *no ser materia de controversia el segundo presupuesto material.-*

3.4. Verificación sobre la concurrencia del Primer Presupuesto Material.-

⁶ ODEBRECHT habría gestionado el pago ilícito a favor de Félix moreno y Gil Shavit, a través de la División de Operaciones Estructuradas, la cual estuvo a cargo de Fernando Migliaccio Da Silva, quien tenía el *Codinome* de "WATERLOO"; persona esta última que habría materializado las entregas en efectivos a Valdemir Garreta (publicista y miembro del partido de los trabajadores en Brasil), quien se habría presentado como la persona a cargo de recibir el dinero que Félix moreno quería presuntamente destinar para Luis Favre el colaborador N°03-2016.

- 3.4.1.** El presupuesto argüido contenido en el literal a) del artículo doscientos sesentiocho del Código Procesal Penal, alude a la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo.
- 3.4.2.** Ante lo expuesto es menester en primer orden ilustrar a qué se denominan “elemento de Convicción”, para a la luz de ello poder determinar si lo actuado durante el despliegue investigatorio, ofrecido y valorado por el Juez de primera instancia, tiene tal condición para su mérito; pues bien, amerita señalar que lo anotado implica el ***acopio de datos o indicios lícitos de que el encartado se encuentra involucrado en el hecho materia de imputación, a nivel de alta probabilidad real***⁷.
- 3.4.3.** Estando a lo anotado en el ítem precedente, es de tener en cuenta cardinalmente como materia de controversia a fin de verificar si concurre o no – en este caso – el primer presupuesto material argüido, los siguientes temas: **a) Sobre valoración: Inobservancia del artículo ciento cincuentiocho – inciso segundo del Código Procesal Penal y Casación N°626-2013; b) De los elementos de convicción ofrecidos por el Ministerio Público, las declaraciones del colaborador eficaz 03-2016 y de Gil Shavit, tendrían únicamente relación directa con la imputación empero no habrían sido corroboradas; c) Sobre la investigación: Presunta inactividad fiscal; y d) Del Procedimiento regulado por el Decreto Legislativo N°1301 y Decreto Supremo N°07-2017-JUS para la declaración del Colaborador Eficaz N°03-2016 y de Gil Shavit, correspondiendo evaluar los actuados así como lo razonado por el Juez de origen.**
- 3.4.4.** Es menester acotar que los alcances de *estimación razonable*, a la cual se alude, para este Tribunal conlleva considerar como alto grado de “probabilidad” implica en el ligazón exigible entre el sujeto agente y los eventos delictivos imputados para imponer una medida cautelar personal; deviniendo así en pertinente interpretar con coherencia la regulación de la apariencia de buen derecho aludida por la norma adjetiva penal aplicable, importado ello la existencia de un juicio asentado en criterios objetivos que permitan identificar los elementos conducentes a una razonada atribución de los hechos punibles postulados por el Ministerio Público.
- 3.4.5. Sobre Valoración: Inobservancia del artículo 158° - inciso segundo del Código Procesal Penal y Casación N°626-2013.**

⁷ Vigésimo Séptimo considerando de la Casación N°626-2013 – Moquegua, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 27 de febrero de 2016 (doctrina jurisprudencial Vinculante)

3.4.5.1. Considera este Tribunal indispensable evaluar el tópico enunciado en el epígrafe, recurriendo a lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe No. 86/09 – caso 12.553, sobre Jorge, José y Dante Peirano Basso contra la República Oriental de Uruguay, su fecha seis de agosto de dos mil nueve, en cuya consideración 90, señala:

“(…) Por su parte, la Corte ha sido más categórica al enfatizar ‘la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurren en este, (…).’”

Aunado a lo señalado en la glosa, es de discurrir que al operador judicial corresponde emitir sus decisión es sustentado en el orden jurídico nacional, cautelando en todo momento el respeto a los derechos de los involucrados; rechazándose de esta forma cualquier insinuación que se pueda efectuar, como el deslizado por la defensa en el acto oral, refiriendo a que pudiera darse intromisión de “medios” en la expedición de la decisión judicial.

3.4.5.2. Qué; si bien se ha postulado por el impugnante haberse contrariado el artículo ciento cincuenta y ocho - inciso segundo del Código Adjetivo; evidenciado estar dirigido al mérito otorgado a la declaración de los colaboradores en el submateria; sin embargo, la lectura de dicho extremo del dispositivo invocado debe efectuarse en forma sistemática con el artículo ciento cincuenta y siete del mismo cuerpo normativo, en cuyo inciso primero se establece que los hechos objetos de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio permitido por la ley y excepcionalmente utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como la facultades de los sujetos procesales; en ese orden de ideas el artículo ciento cincuenta y ocho - inciso tercero del Código Procesal considera a la vez, la prueba por indicios, la cual no solo por su necesidad sino por su propia eficacia es válida a promover convicción para emitir una decisión judicial sobre determinado caso, siendo esto así el valor de la prueba indirecta (indicios) goza de similar peso que la prueba directa, siempre y cuando reúna las condiciones establecidas por el artículo 158° - inciso tercero de la norma procesal.

3.4.5.3. Amerita tener en cuenta por su parte que en esa línea, al vigésimo octavo considerando de la Casación N° 626-2013-Moquegua, exige que sobre los actos de investigación se deba realizar un análisis de suficiencia, “similar” al que corresponde efectuar en la etapa intermedia del nuevo proceso penal; implicante a señalar que la *similitud* requerida no trasunta en

establecer *igualdad* al de la fase enunciada, empero lógicamente corresponde extraer su fiabilidad y aporte.

3.4.5.4. Es de tener presente que en cuanto a los elementos de convicción tributados, no conlleva a que linde en residenciar convicción en términos de certeza sino únicamente de alta *probabilidad* entre la afirmación y el hecho presuntamente acaecido, correspondiendo esto último ser medido en términos de verosimilitud de la afirmación en relación con el hecho que constituye su fundamento⁸.

3.4.5.5. Planteado así este extremo, se verifica que el juez de origen al emitir la Resolución N° 3 ha cumplido durante el despliegue de su particular razonamiento en justificar el sentido de su decisión aunque no con plena objetividad y rigurosidad en la valoración de los elementos de convicción, extrayendo su real estado de fiabilidad y aporte como para imponer la medida cautelar personal en cuestión.

3.4.6. *De los elementos de convicción ofrecidos por el Ministerio Público, las declaraciones del colaborador eficaz 03-2016 y de Gil Shavit tendrían únicamente relación directa con la imputación, empero no habría sido corroboradas.-*

3.4.6.1. El letrado en audiencia resaltó haber sido treinticuatro los elementos de convicción ofrecidos por el Ministerio Público para requerir prisión preventiva, lo cual efectivamente concuerda con el requerimiento fiscal de la medida en comento; sin embargo, son solo los dos de estos – las declaraciones del colaborador eficaz 03-2016 y de Gil Shavit – los que guardarían relación directa con los hechos objeto de imputación expresamente formulados en la Disposición de Formalización de la investigación Preparatoria ⁹ aludido en el ítem 3.2. de la presente resolución; siendo que el juez en la apelada al analizar los considerados *pertinentes*, procedió a otorgar mérito a los que a continuación se detallan:

I) Resolución N°5002-A-2010-JNE del veintitrés de diciembre de dos mil diez¹⁰, con el cual se da por concluido el proceso de Elección Regionales del año del dos mil diez, teniéndose como Presidente Regional del Callao al impugnante; ostentando de esta manera la calidad de funcionario público.

⁸ Asencio Mellado, José María. La Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso Penal. Primera Edición. Fondo Editorial INPECC. 2008. Lima – Perú. p.2.

⁹ Ver de fojas 1215 a 1249 (Tomo III).

¹⁰ Ver de fojas

- II) Acuerdo de Consejo Regional N°000062 del veintiocho de mayo de dos mil catorce¹¹, mediante el cual se concede licencia sin goce de haber del seis de junio al seis de octubre de dos mil catorce, al ciudadano Félix Manuel Moreno Caballero – Presidente del Gobierno Regional del Callao, con el propósito de que pueda participar como candidato en las Elecciones Regionales convocadas para el citado año.
- III) Resolución Gerencia General Regional N° 750-2013¹² del veinticinco de junio del dos mil trece; mediante la cual se aprueba el expediente técnico y expediente de contratación para la ejecución de la obra “Construcción de la Vía Costa Verde – tramo Callao” por el valor referencial total de S/. 313’155,462.27 incluido IGV con precios al mes de abril de dos mil trece y un plazo de ejecución de cuatrocientos veinte días calendarios, a convocarse por proceso de selección de licitación pública bajo el sistema a precios unitarios.
- IV) Actas de búsqueda de información ante el Sistema Electrónico de Contrataciones de Estado (SEACE) del nueve de marzo de dos mil diecisiete¹³ relacionada a la Licitación Pública N°0009-2013/Región Callao con sus anexos relativos a bases administrativas y Acta de otorgamiento de Buena Pro, entre otros; concordando con el periodo de tiempo en el cual ha sido comprendida parte de la imputación fiscal; resaltando según el acta de lectura de evaluación de propuesta técnica, apertura de propuesta económica y otorgamiento del Buena Pro¹⁴, como Consorcio ganador a “Consorcio Vía Costa Verde Callao (Constructora Norberto Odebrecht S.A Sucursal Perú – Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C)” por el monto de su propuesta ascendente a S/. 302’755,404.46 incluido los impuestos de ley; aunado a ello se tomó en cuenta el Contrato N° 007-2014-Gobierno Regional del Callao de fecha diecinueve de mayo de dos mil catorce¹⁵, suscrito ente el Gobierno Regional mencionado debidamente representado por el Gerente Regional de Infraestructura, quien actuó acorde a las atribuciones conferidas por Resolución Ejecutiva Regional 200 del veintinueve de abril del dos mil nueve y de otra parte el Consorcio argüido.

¹¹ Ver de fs. 55 a 57.

¹² Ver de fojas 120 a 123

¹³ Ver de fojas 124 a 190

¹⁴ Ver fojas 132.

¹⁵ Ver de fojas 139 a 142.

- V) Formato SNIP-03 con código N° 48520: Ficha de Registro-Banco de Proyectos¹⁶, con la cual se evidenciaría que el quince de agosto de dos mil doce cuando Félix Moreno tenía el cargo de Presidente de Gobierno Regional del Callao se declaró la viabilidad del Proyecto de inversión pública de la obra materia de estos actuados, donde se consigna como persona responsable de la unidad ejecutora al antes indicado.
- VI) Traducción oficial del Acta de Colaboración N° 2 de María Lucía Guimaraes Tavares, de fecha uno de marzo de dos mil dieciséis¹⁷, quien habría laborado en el área de operaciones estructuradas de Odebrecht, teniendo como labor del día iniciar sesión en un sistema llamado MyWebDay, de donde se extraía una hoja de cálculo semanal conteniendo las programaciones de pago, donde se consignaba el nombre de la obra, los nombres en clave de los beneficiarios, los montos, la fecha de cuando debían ser entregados y el número de requerimiento; delimitando que luego de realizar el cierre de los montos totales avisaba a Fernando Migliaccio a través del sistema Drousys sobre cuanto era necesario tener a disposición en recursos en cada ciudad; a la vez informó que cada empleado tenía un usuario en el sistema, es así como la citada deponente era “Tulia”, Fernando Migliaccio era “Waterloo”, Luis Eduardo era “Tushio”, entre otros, con la acotación de que Migliaccio era a quien correspondía realizar los requerimientos de pago y determinar la manera en qué debían efectuarse.
- VII) Acta de fecha uno de febrero de dos mil diecisiete, denominada “Acta Fiscal de Recepción de documentos”¹⁸, a cuya virtud se aportan indicios sobre aparentes aprobación de pagos por Odebrecht, contándose para ello con; i) impresión de correo electrónico del siete de noviembre de dos mil catorce de Waterloo a Tumaine¹⁹ con copias a Tulia en el cual se hace referencia a la aprobación del pago total de US\$ 2'000,000.00 dividido en cinco armadas de US\$ 400,000.00 dólares cada una; y ii) impresión de correo electrónico de fecha once de marzo de dos mil catorce de Tsarina a Warteloo²⁰, en el que se hace referencia a US\$200,000.00 dólares a ser pagados el 06 y 07/11, *indicándose en estos dos correos tener como “asunto” o “tema” (Subject) a “Taca”, que según el CE 03-2016 sería el condinome de Luis Favre.*

¹⁶ Ver de fojas 64 a 71.

¹⁷ Ver Acta de fojas 191 a 196 (Tomo I)

¹⁸ Ver de fojas 200 a 206

¹⁹ Ver fs. 205.

²⁰ Ver fojas 204.

VIII) Acta de búsqueda de información en YouTube sobre la participación del señor Luis Favre en el Perú²¹, donde aparecerían treintun spots publicitarios, entre los cuales obra el “Video Clip Félix- Presidente Regional del Callo” donde al minuto 01:08 se menciona “Y ahora viene Costa Verde” (link: https://www.youtube.com/watch?v=A-oyVfkyWY&index=31&list=PLqlqUiqeAqSVgR53rw5khUej_Gv0HC_0).

IX) Acta de búsqueda de información sobre nota de prensa, su fecha cuatro de abril de dos mil diecisiete²² mediante la cual se advierte que ingresando a la cuenta de la red social de twitter correspondiente al usuario Luis Favre (<https://twitter.com/Blogdofavre>), aparece la publicación del documento titulado “Nota de Prensa”, el cual se encuentra suscrito por Luis Favre con fecha tres de abril de dos mil diecisiete, donde el referido ha consignado:

“En relación a la noticia publicada en la prensa peruana referente a la campaña de Félix Moreno en el 2014, cabe el siguiente esclarecimiento:
Trabajé en el marketing electoral de dicha campaña, contratado por FX Comicação Global (...)”

La glosa según el juez pondría de manifiesto que Luis Favre habría participado en la Campaña de Félix moreno, lo cual no implica necesariamente que mediara en el relación proceder ilícito.

3.4.6.2. Quepa destacar también como elementos de convicción valorados por el operador judicial, los siguientes:

a) La declaración de Colaborador Eficaz 03-2016; quien según el acta de fojas treintacuatro, aseveró:

*“(…), en el primer trimestre de 2013 fue agendada una reunión **en la residencia de GIL SHAVIT**, localizada en el distrito de Barranco, (...). En esa ocasión, GIL SHAVIT y FELIX MORENO afirmaron que los podían favorecer a la Empresa en la licitación del Proyecto Costa Verde Callao, (...) Dicho favorecimiento consistía en beneficios para la Empresa en la licitación, con la posibilidad de modificar cláusulas de la bases con la finalidad de restringir la participación de los competidores.*

²¹ Ver Fojas 115.

²² Ver de fojas 562 a 564.

A cambio de dicho favorecimiento, FELIX MORENO Y GIL SHAVIT solicitaron pagos indebidos por el valor de US\$ 4 millones de dólares, quien serian dividíós de la siguiente forma: 60% para FÉLIX MORENO y 4% para GIL SHAVIT.

Se dijo también en esta reunión que las cantidades a ser pagadas a FELIX MORENO, es decir, US\$ 2 millones de dólares, deberían ser transferidas directamente a LUIS FAVRE, (...), por servicios que serían proporcionados en la coordinación de la campaña electoral de 2014 de FELIX MORENO para su reelección al Gobierno de la Provincia del Callao.

(...)

(...), alrededor de abril de 2013, el colaborador de clave CE 03-2016 agendó una nueva reunión con FELIX MORENO, nuevamente en la residencia de GIL SHAVIT, en la que se sugirió que el proyecto fuese revisado para corregir las cantidades de rocas de la defensa marítima y las distancias de las canteras (...); sin embargo, FELIX MORENO le informó que no sería posible realizar los cambios en ese momento, ya que el valor de referencia había sido aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

(...). Después de la victoria de la empresa en la licitación, el colaborador de clave CE 03-2016 se reunió en la oficina de la Empresa en Sao Paulo-Brasil, ocasión en obtuvo la autorización para realizar los pagos acordados. En relación con los US\$2 millones de dólares que deberían ser pagados a LUIS FAVRE, en 2014, el COLABORADOR DE CLAVE CE 03-2016 recibió una llamada de VALDEMIR GARRETA, (...), se presentó como representante de LUIS FAVRE, informando que sería responsable por recibir los valeres, (...).

Fueron pagadas 5 cuotas de US\$400 mil en efectivo con los recursos no contabilizados que manejaba la División de Operación Estructuradas, habiendo sido coordinadas las entregas directamente entre FERNADO MIGLIACCIO y VLADEMIR GARRETA, entre el segundo semestre de 2014 y marzo de 2015. El nombre en clave para los pagos de esos valores fe "TACA" (trofeo), en referencia a Luis Favre.

(...)

Después de firmado el contrato, el Gobernador FELIX MORENO atendió la solicitud del colaborador de clave CE 03-2016 y ajustó las cantidades reales necesarias de roca excavación y relleno que efectivamente, serian necesarias para la ejecución de las obras, por medio de adendas contractuales.”

Al preguntársele si existió algún contrato que justifique o respalde la transferencia realizada a Luis Favre por el monto de US\$ 2 millones de dólares, respondió:

“No tengo conocimiento de ello, (...) creo que fue en efectivo pero no puedo asegurarlo, (...)”.

Al preguntársele si existió alguna negociación ilícita posterior, en relación con las adendas que se suscribieron en el proyecto, respondió:

“No, no existió ninguna negociación ilícita después de la licitación, las adendas tiene cada una su justificativo técnico, (...), Contraloría verificó cada una de las adendas, como es exigido por ley.

(....)

Asimismo al ser preguntado a qué responde el compromiso de pago a favor de GIL SHAVIT efectivizado en parte por la suma de US\$350 mil dólares, respondió:

“Esto fue un pedido de Félix Moreno para que parte de lo acordado fuera entregado a Shavit, desconozco la finalidad, pero entiendo que es por haber intermediado en la negociación. Félix Moreno Pidió que el 40% de los cuatro millones sean para Shavit”.

También al preguntársele si solicitó alguna confirmación o corroboró el vínculo entre Garreta y Luis Favre, dado que aquel se presentó como representante de éste, para la materialización de los pagos sostuvo:

“Sí, lo confirmé con Migliaccio.”

El referido colaborador entregó a la fiscalía sobre la información brindada, correos electrónicos internos y planillas, que constan en el sistema del área de operaciones estructuradas.

- b) La declaración de GIL SHAVIT; quien según acta de fojas seiscientos cuatro a seiscientos diez afirmó conocer a Félix Moreno Caballero desde cuando era Alcalde del Callao en el año dos mil nueve, habiendo indicado relación amical y comunicación; es más, habría sido el de la iniciativa de impulsar el proyecto no materializado de conectar Lima hasta la Punta (Callao), por ende habrían tomado la decisión de buscar empresas que pudieran desarrollar el citado proyecto, llegando a relacionarse con ODEBRECHT; de esta manera afirmó:

“Por tal motivo en el año 2012 contacté a RAYMUNDO TRINDADE SERRA, me reuní con él, le explique sobre el proyecto y le dije que también tenía buenas relaciones con FELIX MORENO (...) me dijo que le interesaba mucho el proyecto, y que generara un reunión con FÉLIX MORENO.

Luego, no mucho tiempo después, se dio esa reunión en mi oficina de San Martín N°514, Barranco, en la cual estuvimos en un primer momento RICARDO BOLEIRA, al cual lo veía por primera vez, REYMUNDO TRINDADE SERRA y yo, conversamos del proyecto y de mi intervención (...). Les dije que tenía expectativas económicas, además (...)

(...) me preguntaron qué recibiría FELIX MORENO. Yo les dije que no era problemas de ellos, que yo era su socio (...) y que las conversaciones deberían ser conmigo.

Luego de media hora, llegó Félix Moreno, los presente (...)

Luego (...), abordamos el tema del proyecto de la Costa Verde, (...) los representantes de Odebrecht, hicieron referencia a que ellos eran la mejor opción para realizar el proyecto (...).

Félix Moreno, luego de escuchar, manifestó que la idea era interesante, y que verificaría (...).

Pasaron un par de semanas, (...) y tuvimos una reunión los cuatro en mi oficina, (...) para afinar algunas cuestiones, (...). En la reunión se llegó a la conclusión que la iniciativa privada no era la mejor opción, y tenía que salir por Proceso de Selección, recuerdo que Félix Moreno, indico que existían algunos antecedentes de un proyecto de Costa Verde, que podía servir como base para el proyecto, y se lo ofreció a Odebrecht para que lo revisara, los ejecutivos de Odebrecht, indicaron que la

persona que va a tomar control era IGOR VASCONCELOS CRUZ, además me indicaron que con él tenía que hablar mi tema económico.

Luego yo tuve varias reuniones con IGOR VASCONCELOS, para hablar de cómo podía participar en el proyecto (...) **yo fui de la idea**, trabajé más de tres años en el proyecto (...), invertí dinero y tiempo, además de presentarles a Félix Moreno, así que solicite el 10% de los ingresos, esto no fue aceptado, y luego de algunas conversaciones quedamos alrededor de 6% (...).

En una reunión con IGOR VASCONCELOS, (...) precisó que no era posible pagar algo a Félix Moreno, dijeron también que (...) estaba en compañía política y que necesitaba la plata, y quería que le adelantaran el dinero, porque él no podía esperar (...).

Por estas diferencias, (...) se programó una reunión entre FELIX MORENO, IGOR VASCONCELOS y yo, donde se acordó que de ese 6% de los ingresos, se iba a dividir en 2.4 % para mí y 3,6% para Félix Moreno; (...).

El día del primer pago para Odebrecht, debía coincidir con mi primer pago, pero esos no sucedió (...), reclamé mi pago, y me dijeron que no podían realizarlo, porque el pago total acordaron y más, se lo dieron a Félix Moreno, para su compañía a la reelección en el Gobierno del Callao. Esto generó un malestar, dado que Félix Moreno estaba utilizando mi dinero para su campaña, sin mi permiso.

Esto último me fue confirmado por Félix Moreno en un evento social en el que coincidimos (...); nuestra conversación fue un poco tensa, él me dijo que necesitaba la plata para su campaña, me mencionó que estaba trabajando con LUIS FAVRE como asesor de su campaña política, y que necesitaba el dinero, (...). Luego de ello no hablamos por mucho tiempo.”

Al ser preguntado sobre el motivo del pago que recibiría ascendente al 24% del 6%; respondió:

“Me pagaron por mi proyecto, me pagaron por reunir a Odebrecht con Félix Moreno y para sacar el adelante el proyecto Costa Verde.”

Por otro lado, al ser preguntado sobre el motivo del pago a Félix Moreno, dijo:

“Por el apoyo para que Odebrecht ganara el proyecto de Costa Verde –Tramo Callao.”

Seguidamente se preguntó al deponente si escucho en algún momento de los ejecutivos de Odebrecht el seudónimo “ESTRELLA” o “TACA”, respondiendo:

“No”.

3.4.6.3. Además de los elementos de convicción aludidos procedentes, afianzan a los indicados en el Ítem 3.4.6.1. Ofrecidos a su vez por la fiscalía en su requerimiento de prisión:

a) La Resolución N°3801-2014-JNE del veintinueve de diciembre de dos mil catorce²³, mediante la cual se declara concluido el proceso de Elecciones Regionales 20154, teniéndose como presidente regional del Callao para el periodo 2015-2018 a Félix Manuel Moreno Caballero, que complementa al Acuerdo de Consejo Regional indicado en el literal b), del Ítem 3.4.6.1.

b) Acta de Búsqueda de Información en Google²⁴, sobre los “Tuits de Favre” del cinco de octubre de dos mil catorce, obrando uno donde Favre hace público su logro profesional en marketing político luego de que Félix Moreno saliera electo en el proceso electoral del dos mil catorce, lo cual a entender de la fiscalía confirmaría que el aludido fue publicista del imputado en comento; elemento que consolida al aludido en el literal i) del ítem 3.4.6.1.

3.4.6.4. En ese contexto, no solo para emitir pronunciamiento en esta instancia es menester verificar aquellos elementos de convicción a los cuales ha recurrido el juez de garantías al expedir la apelada, sino también a los que habiendo sido ofrecidos por el Ministerio Público en su requerimiento de prisión coadyuvan a asumir posición sobre el tema en controversia, teniendo en cuenta que dicha solicitud fiscal es de pleno conocimiento de la defensa, obrando aparejado en estos actuados oportuna y debidamente incorporados; más aún su conforme lo establece la doctrina jurisprudencial vinculante recaída en la Casación N°626-2013-Moquegua, en su fundamento vigésimo séptimo:

²³ Ver de fs. 58 a 63.

²⁴ Ver fs. 118 y 119.

*“Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza de la imputación solo que exista un alto grado de probabilidad (...). **Valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).**”*

3.4.6.5. Ante lo argüido, en este caso se cuenta además como ofrecido y acopiados hasta el momento en que se solicitó la medida cautelar personal, la prelación a enunciar:

- a) Partida registral N°49059192 del inmueble ubicado en Avenida San Martín –Barranco, Asiento C00004, obrante a fojas noventiuno, donde consta registrado un fideicomiso, a resultas de que los propietarios del inmueble GIL SHAVIT y su cónyuge DAFNA IVCHER DE SAHAVIT, en su calidad de fideicomitentes, transfirieron en dominio fiduciario el inmueble mencionado a favor de la Corporación Financiera de Desarrollo S.A – COFIDE; interviniendo también en el mencionado contrato, la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO Y AGUAS DEL CALLAO S.A.C; y en calidad de fideicomisario la CAJA MUNICIPAL DE CREDITO POPULAR DE LIMA Y AGUAS DEL CALLAO S.A.C, con título presentado el uno de julio de dos mil diez así como con escritura pública del dieciséis de marzo del citado año; lo cual *trasluce el vínculo existente entre los investigado Gil Shavit y Félix Moreno*, teniendo en cuenta que este último en aquel entonces habría sido alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao; elemento este que juntamente con la declaración del señor Gil Shavit evidencia haber existido entre ambos co-imputados cercana relación.
- b) Acta de Allanamiento, descerraje, registro domiciliario e incautación del dos de abril de dos mil diecisiete desarrollado en el inmueble sitio en calle Jacarandá N°180-Urbanización Camacho-LA Molina²⁵, del cual el Ministerio Público destacó una fotografía donde aparecen Félix Moreno y Gil Shavit compartieron una reunión al lado de Baruch Ivacher así como fotografías de una agenda donde a manuscrito obra escrito “almuerzo con Gil” y en la segunda, “reunión con Gil”, denotando la relación amical existente entre los investigados del presente caso; de igual manera se halló dinero en efectivo tanto en moneda nacional e internacional, lo cual según el detalle de folios cuatrocientos sesenticinco, consistieron en: US\$1,500 dólares; S/ 13,000 Soles; US\$1,900 dólares; US\$4,000 dólares; S/10,000 soles; S/.20,000 soles; S/.1,800 soles; 05 billetes (2 reales c/u); 01 billetes (05 reales); 03 billetes (20 reales); 08 billetes (50

²⁵ Ver de fs. 451 a 476.

reales); y 03 billetes (100 coronas checas c/u); lo cual ha entender del titular de la acción penal al ser distintas monedas y de diferente denominación pondría en relieve haber ostentado “gran dinámica económica”, la cual construiría indicio – a su parecer – para el delito de lavado de activos sindicado.

3.4.6.6. La prelación de elementos de convicción expresada, nos permite aseverar como sigue:

- a) Encontrarse acreditado en este estadio de investigación que el imputado tendría la calidad de Presidente del Gobierno Regional del Callao a la fecha de la presunta comisión de los delitos que se le atribuyen para lo cual habría desplegado campaña electoral, contando con la colaboración para ello del señor Luis Favre, manteniendo en simultaneo relación amical con Gil Shavit incluso desde tiempo atrás a los periodos en que liderara el Gobierno Regional mencionado, es decir, desde cuando se habría desempeñado como Alcalde del Callao.
- b) Qué, en el primer periodo del Gobierno Regional del imputado, se declaró la viabilidad del proyecto de inversión pública de la obra materia de cuestionamiento; mientras en su segundo periodo se aprobó el expediente técnico y expediente de contratación para la ejecución de la obra “Construcción de la Vía Costera Verde – Tramo Callao”, instándose así la Licitación Publica N°0009-2013/Región Callao, teniéndose como ganador de la misma a “Consortio Vía Costa Verde Callao (Constructora Norberto Odebrecht S.A. sucursal Perú – Odebrecht Perú ingeniería y Construcción S.A.C)”;
- c) Qué, María Lucía Guimaraes Tavares; quien habría laborado en el área de operaciones estructuradas de Odebrecht, precisó sobre el movimiento interno en la citada área, donde podían verificarse los requerimientos de pago, nombre de la obra, nombre en clave de los beneficiarios y montos que debían ser entregados; no habiendo aludido en el detalle brindado a alguna persona con el *codinome* de “Taca” tampoco el de “Tsarina”; sin embargo, si aludió a “Waterloo” y “Tulia”, siendo estos Fernando Migliaccio y la citada declarante, respectivamente; enfatizando al respecto, pues los correos electrónicos entregados por el CE 03-2016, habrían sido enviados de “Tsarina” a “Waterloo”²⁶ y de “Waterloo” a “Tulia”²⁷, que aludirían a pagos dinerarios,

²⁶ Ver fojas 204.

²⁷ Ver fojas 205.

teniendo como asunto a “Taca” quien según el Colaborador Eficaz señalado líneas arriba sería Luis Favre; sin embargo, *esto último no habría sido corroborado aun.*

- 3.4.6.7.** Si a los elementos de convicción señalados los consideramos indicios, corresponde remitirnos a la pautas contenidas en el Recurso de Nulidad número 1912-2005-Piura de seis de setiembre de dos mil cinco, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, en su fundamento cuarto; en ese sentido encontramos que estos no son concomitantes al hecho que correspondería vincular como es la participación de Moreno Caballero en las reunión presuntamente acaecidas con ejecutivos del Grupo ODEBRECHT y Gil Shavit a fin de beneficiar a la citada empresa en la Licitación Pública N° 0009-2013/Región Callao y así lograr la buena pro a cambio de ventaja dineraria indebida; menos aun mínimamente que el dinero producto del citado acto hubiere sido utilizado en el pago de servicios de consultoría para su campaña política de reelección al Gobierno Regional del Callao, ya que solo se encontrarían interrelacionados aunque al margen de lo requerido aquellos con el significado anotado en los literales a) y b) del ítem precedente, mas no estos con el c).
- 3.4.6.8.** Por otra parte, *las declaraciones de los colaboradores 03-2016 y Gil Shavit, ameritan ser sometidas a juicio de fiabilidad*, pues el artículo 158° - inciso segundo del Código Adjetivo prevé su corroboración; no satisfaciendo tal exigencia *los elementos anteriormente enunciados luego de someterlos a análisis racional al no contribuir en vincular al impugnante con los eventos delictivos arrojados por el Ministerio Público a razón de los hechos afirmados por el antes mencionados*; más aún si el propio Gil Shavit en su declaraciones del cinco de abril de dos mil diecisiete denota haber asumido una posición de iniciativa para contactar a Odebrecht así como de impulsor sobre la conveniencia del proyecto “Consta Verde – Callo”, incluso anteponiéndose frente los funcionarios de la citada empresa, al aseverar: “yo era su socio (refiriéndose a Odebrecht) y (...) las conversaciones deberían ser conmigo”; en ese orden de ideas concretado el análisis de suficiencia y control de fiabilidad, este resulta ser negativo respecto a las declaraciones señaladas.
- 3.4.6.9.** Se considera necesario por otro lado, contrastar la **correlación de temporalidad** entre el decurso del proyecto de inversión pública “Construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao” frente a los actos de contenido ilícito señalados por los colaboradores:

Obra: Construcción de la Vía Consta Verde- Tramo Callao	Aseveraciones de los colaboradores
<p>1. 15 de agosto de 2012, se declaró la viabilidad del proyecto de inversión pública en mención²⁸.</p>	<p>1. Según CE 03-2016, la <u>primera reunión</u> se habría desarrollado el <i>primer trimestre del año 2013</i>, en la cual Gil Shavit y Félix Moreno habrían afirmado poder favorecer a la empresa Odebrecht.</p>
<p>2. El 20 de junio del 2013, el Gerente Regional de Infraestructura remite el formato SNIP 15 del PIP “Construcción de la Vía Consta Verde – Tramo Callado” así como el sustento de la modificación de la fase de inversión para el registro en el Sistema de Inversión Pública²⁹.</p>	<p>2. Alrededor de abril de 2013, según CE 03-2016, se habría desarrollado una <u>segunda reunión</u> con Félix Moreno, donde éste presuntamente habría informado que no sería posible realizar cambios al proyecto, pues el valor de referencia <i>había sido aprobados por el Ministerio de Economías y Finanzas</i>.</p>
<p>3. Mediante memorándum N° 1459-2013-GRC/GRPPAT del 21 de junio de 2013, el Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial, expidió la correspondiente certificación de crédito presupuestario para la ejecución de la obra “Construcción de la Vía Consta Verde –Tramo Callao”³⁰.</p>	
<p>4. Qué, mediante Resolución Gerencial General Regional N° 750-2013-Gobierno Regional del Callao–GGR, del 25 de junio de 2013 se aprueba el expediente técnico y el expediente de</p>	

²⁸ Ver fojas 120.

²⁹ Ver fojas 120.

³⁰ Ver fojas 120.

contratación para la ejecución de la obra señalada ³¹ .	
5. Evaluación de propuesta técnicas, realizado el 22 de abril de 2014 ³² .	
6. Lectura de Evaluación de propuestas económicas y otorgamiento de la buena pro, realizado el 23 de abril de 2014 ³³ .	
7. El contrato N° 007-2014-Gobierno Regional del Callao, de fecha 19 de mayo de 2014 ³⁴ , fue suscrito entre el Gobierno Regional mencionado, debidamente representado por el Gerente Regional de Infraestructura y por la otra parte el Consorcio argüido.	3. Con Posterioridad a la Firma del contrato se habrían obtenido la autorización de la empresa en Sao Paulo- Brasil para realizar los pagos ilícitos presuntamente acordados.

De la información contenida en el cuadro comparativo antelado, estando a los elementos de convicción aportados, solo tendrían en parte correlato la alusión al pago que se consigna en los correos electrónicos de fojas doscientos cuatro y doscientos cinco, siendo el último remitido el siete de noviembre de dos mil catorce, esto es, con posterioridad a la firma del contrato, *empero sin contar con elemento que vincule a Moreno Caballero*; de igual forma el extracto bancario de folios doscientos seis donde se alude a “Costa Verde Callao”, pieza última que podría llevarnos a múltiples conjeturas o elucubraciones, inviable el utilizarlas para dictar prisión preventiva, al exigir esta medida elementos objetivos y concretos de vínculo; es más, la instrumental como tal *podría* estar relacionada a otras personas concernidas con el proyecto o que les sea de interés.

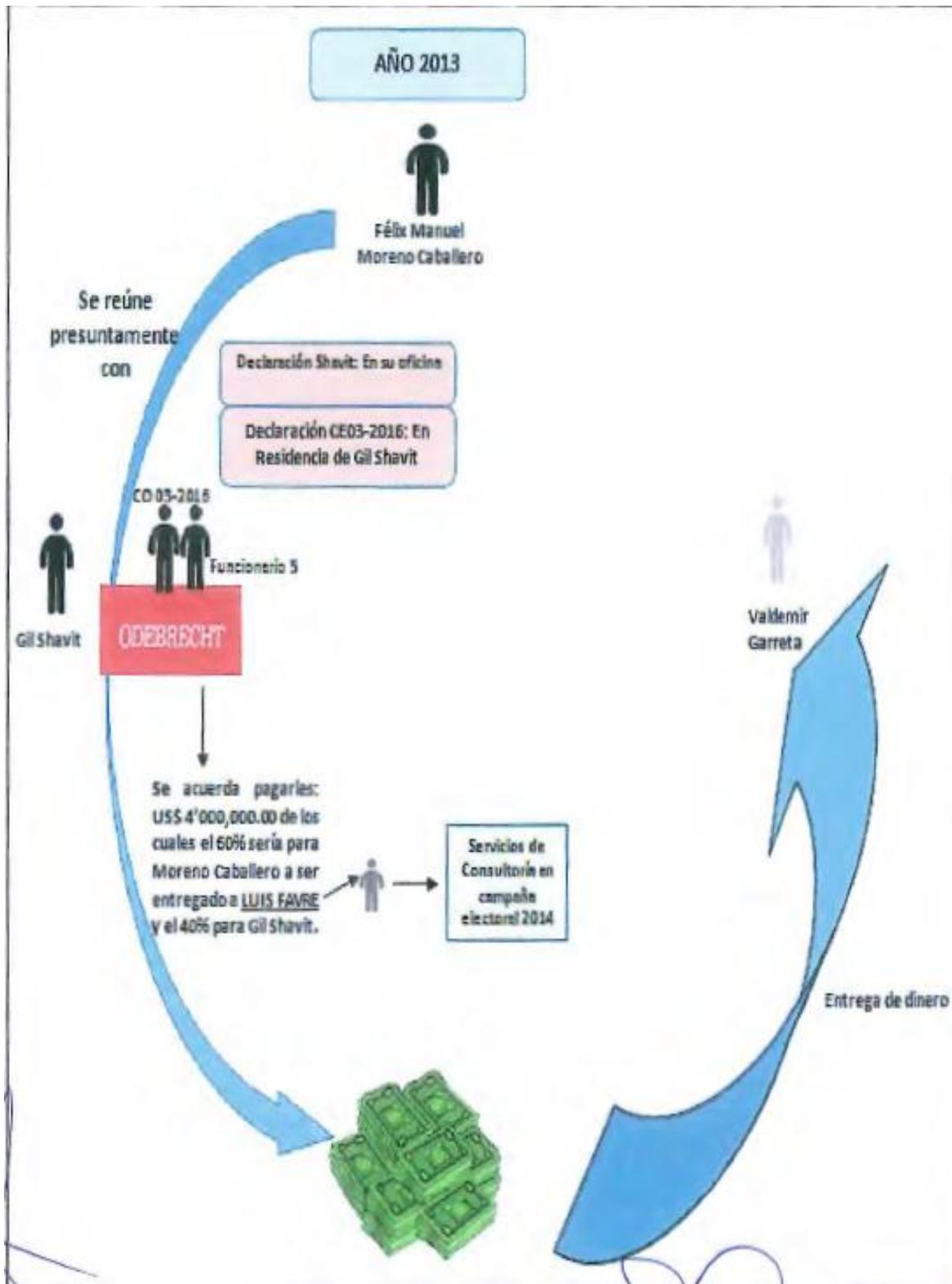
Sin perjuicio de lo anotado, trasunta en relevante presentar el siguiente ***escenario de hechos supuestamente acaecidos según los Colaboradores Eficaces en comento, empero aún no corroborado:***

³¹ Ver fojas 120 a 123

³² Ver fs. 133

³³ Ver fojas 132.

³⁴ Ver de fojas 139 a 142.



3.4.7. Sobre la Investigación: Presunta Inactividad fiscal.-

- 3.4.7.1.** El artículo 159° de la Constitución del Estado peruano, ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte; facultad discrecional que por ser un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, su despliegue debe ejercerse acorde a los principios y valores que emergen de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático.
- 3.4.7.2.** Cabe indicar que, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto comportan eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal; en tal sentido, se puede señalar que este Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por tener que limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares³⁵.
- 3.4.7.3.** Armonizando lo expuesto, amerita tener presente como otro de los deberes del ente fiscal, el proclamado en el inciso cuatro del dispositivo constitucional antes invocado, como es el de conducir desde su inicio la investigación del delito concordante con el artículo IV - inciso primero del Título Preliminar del Código Procesal Penal, donde además de establecerse que **corresponda al Ministerio Público actuar desde su inicio, decidida y proactivamente**, en forma expresa se le asigna la **carga de la prueba**.
- 3.4.7.4.** Ante tal importante rol de la fiscalía, en lo que respecta a este caso de trascendencia, correctamente se decidió someterlo a investigación, emitiendo la Disposición N°02 contra Félix Manuel Moreno Caballero y Gil Shavit, el primero por la presunta comisión del delito de Tráfico de influencias y Lavado de Activos; mientras que al segundo en calidad de cómplice del delito de Tráfico de Influencias y por el delito de Lavado de Activos; **planteándose como objetivo**, según informa el numeral 92 de la citada Disposición Fiscal.

“(…) reunir elementos que los hechos que se investigan es una manifestación de la Organización Criminal formada dentro del Estado, por funcionarios peruanos que habrían tenido participación en el Proyecto “Construcción de la Coste dentro de la Licitación “Construcción de la Vía Consta Verde-Tramo Callao”

³⁵ Sentencia recaída en el Exp. N° 6204-2006-PHC/TC-Loreto del 09 de Agosto de 2006, Fundamento 7 y 8.

3.4.7.5. Qué; si bien el propósito trazado resulta válido y expectante; *contando sólo con los elementos de convicción enumerados en el ítem 3.4.6. en cuanto a Moreno Caballero*, el seis de abril de dos mil diecisiete **se ingresa el requerimiento de prisión preventiva para éste**; mientras que mediante la Disposición acotada – entre otros -**recién se ordenaba lo siguiente:**

- a) “Oficiar a la Contraloría General de la Republica para que realice una acción de control de proceso de Licitación Publico N°0009-2013.”
- b) “Oficiar al Jurando Nacional de Elecciones para que informe las acciones que tomó contra Alianza Electoral “Chim Pun Callao” y/o Félix Moreno Caballero por no presentar si rendición de cuentas específicamente de la campaña electoral 2014.”
- c) “Solicitar el Levantamiento del Secreto Bancario de los procesados Félix Moreno Caballero y Gil Shavit.”
- d) “Recibir las declaraciones voluntarias de los imputados, de acuerdo con la estrategia y agenda fiscales, una vez recabados los elementos de convicción necesarios.”
- e) “Las demás diligencias pertinentes y necesarias con el fin de procurar el esclarecimiento de los hechos.”

3.4.7.6. Ante tal escenario, la defensa legítimamente cuestiona “omisión” de actuación de diligencias que atribuye como relevante en atención a la imputación formulada contra el encartado, tales como referidas en los literales c), e) y f) del ítem 2.1.1. de la presente resolución, exceptuando lo que atañe a la “oficia” aludida por GIL SHAVIT donde supuestamente se habrían desarrollado las reuniones entre el citado, dos funcionarios de ODEBRECHT y el impugnante, ya que según pieza inserta de folios quinientos treinta a quinientos treinticinco, se desarrolló la diligencias de Descerraje, Allanamiento y Registro Domiciliario en el inmueble ubicado en la Avenida San Martin N°154 – Barranco; sin embargo *el investigado deberá esclarecer si este sería el mismo lugar aludido por el Colaborador 03-2016 o las reuniones señaladas por este último se habrían dado en otro inmueble de Barranco, que habría sido “residencia” de GIL SHAVIT.*

3.4.7.7. Estando a lo verificado, es de recordar encontramos a pocos meses de formalizada la investigación preparatoria; por ende el Ministerio Público se encuentra en ejercicio de sus facultades prevista por el artículo 337° - inciso primero del Código Procesal Penal, es decir, *su intervención trasunta en regular para la actuación investigativa, más no para haber solicitado la medida cautelar personal en cuestión, sobreviniendo así este en*

prematureo al no contarse con suficientes elementos de convicción como para procurar se prive preventivamente de la libertad a Moreno Caballero.

- 3.4.7.8.** Es de resultar según fojas setecientos veintiséis - manifiesta se le cite a cuanta diligencia se estime necesaria o se le requiera la entrega de información y/o documentación -, setecientos cuarenticinco – solicita se le reciba su declaración-, setecientos cuarentiseis – solicita inspección fiscal -, setecientos cuarentisiete – solicita declaración del Colaborador 03-2016 y del “Funcionario 5”- , setecientos cuarentiocho – solicita levantamiento del secreto de las comunicaciones de GIL SHAVIT y del propio Moreno Caballero-, setecientos cuarentinueve – solicita exhibición de documentos – y mil ciento treinticinco – pide se programe declaraciones testimoniales de los miembros del comité de selección de la obra cuestionada-, que *la defensa viene coadyuvando con la función fiscal al haber solicitado la actuación de diligencias, lo cual de modo alguno puede considerarse obstruccionista*, pues se encuentra dentro de las prerrogativas otorgadas por el legislador según el artículo 337° inciso cuatro del Código adjetivo Penal, que a la letra dice:

“Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos (...)”.

Tal aporte normativo, tiene su base en el artículo 139° - inciso catorce de la Constitución Política del Perú y concuerda con el artículo IX - inciso primero del Título Preliminar de la norma procesal invocada que preceptúa:

“Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto (...), a utilizar los medios de pruebas pertinentes (...)”.

- 3.4.8. Del procedimiento regulado por el Decreto Legislativo N°1301 y Decreto Supremo N°07-20107-JUS para la declaración del Colaborador Eficaz N°03-2016 y de Gil Shavit.-**

- 3.4.8.1.** La colaboración eficaz instituye un componente de la justicia penal negociado, incardinada en el signado “Derecho Penal Premial”³⁶ ante la figura de *un arrepentido, quien puede encontrarse o no sometido a un proceso penal incluso con quien haya sido sentenciado*, según lo tiene autorizado el artículo 472° - inciso primero del Código Adjetivo, cuyo ámbito de procedencia del beneficio según la modificatoria expeditada por el Decreto Legislativo N° 1301, resultará aplicable cuando la persona haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, admitiendo o no

³⁶ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Primera Edición. Jurista Editores. Noviembre de 2015. Lima – Perú. p.871.

contradecir, libre y expresamente, los hechos en que ha intervenido o se le imputen, aunado a presentarse ante el Fiscal mostrando disposición de proporcionar información eficaz³⁷.

- 3.4.8.2.** En el presente caso, se advierte de la información consignada por el juez de investigación Preparatoria en el rubro 3.2.4. de la apelada, haberse formado dos carpetas, una de GIL SHAVIT y otra del denominado CO 03-2016, cuyos procedimientos aún no se encontrarían concluidos; no obstante, según el artículo primero – numeral segundo del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N°007-2017-JUS, **éstos ya ostentarían la denominación formal de Colaboradores Eficaces**, independientemente – como lo señala el Juez – de si se aprueba o no (desaprueba) el Acuerdo de Colaboración Eficaz³⁸.
- 3.4.8.3.** Es de tener presente que le proceso especial por colaboración eficaz, es **autónomo**, conforme lo establece el artículo 472° - inciso tercero del Código Procesal Penal; por ende *sólo podrá ser controlado en el mismo* mas no vía el cuaderno judicial de prisión preventiva forjado para el proceso común como se pretendería por la defensa en el sub materia; acorde permite dilucidar el artículo treintiuno y siguientes del Reglamento aludido.
- 3.4.8.4.** Complementando lo explicado, el **artículo 481° - A del Código Procesal Penal**, autoriza que para requerir medidas coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz:

“(…)
La declaración del colaborador también podría ser empleada para dichos efectos, (...) En estos casos deberá acompañarse de otros elementos de convicción rigiendo el numeral 2 del artículo 158.”³⁹

Interpretando sistemáticamente el dispositivo legal glosado con el artículo 157° del ordenamiento adjetivo, encontramos coherencia en la autorización legal a razón del *principio de libertad de prueba*, el cual se sustenta en el criterio de que todo se puede probar y por cualquier medio⁴⁰, con la acotación – en este caso – que al versar sobre medida restrictiva de la libertad, se **exige expresamente** según el mandato normativo, **corroborarse los dichos de los colaboradores con otros elementos**

³⁷ Revisar art. 474° - inciso primero del CPP, antes y después de su modificatoria por el D. Leg. 1301.

³⁸ Ver acápite 3.2.3 del Auto Apelado.

³⁹ Lo resaltado es nuestro.

⁴⁰ Talavera Elguera, Pablo. La Prueba en el nuevo Proceso Penal. AMAG. 2009. Lima-Perú. p.54.

para poder imponer al imputado una medida coercitiva. 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 agente externo de presión psicológica que puedan presentarse.*

3.4.9. Quepa formular inclusivamente las siguientes interrogantes u sus respuestas a fin de prescribir el diagnóstico sobre el situación entrada en torno al primer presupuesto material en ciernes:

- I) ¿Se habrían apartado 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 tendió asignado un *Codinome*? **NO.**
- III) ¿Se ha corroborado que Luis Favre fuera quien tuviere asignado el *Codinome* de “TACA”? **NO.**
- IV) ¿Obra evidenciado por la Fiscalía que “TACA hubiere recibido el dinero presuntamente solicitado por Félix Moreno? **NO.**
- V) ¿Quién sería el encargado de recibir el dinero, según CE 03-2016, que correspondiera entregar a “TACA”? **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 Republica, antes de requerirse prisión preventiva para Moreno Caballero? **NO.**

IX) ¿Se ha corroborado que el dinero encontrado en la Residencia del investigado Moreno Caballero está vinculado al presuntamente dirigido por su campaña de reelección al Gobierno Regional del Callao? **NO**.

3.4.10. Subsecuentemente, es de colegir para los fines del Sub Materia, no haber cumplido aún el Ministerio Público con la exigencia que presupone un cierto grado de desarrollo de la imputación mediante actos de investigación concretos acorde informa el vigésimo séptimo considerando de la Casación N°626-2013-Moquegua, establecido como doctrina jurisprudencial vinculante; incluso al respecto el magistrado supremo César San Martín Cuatro puntualiza en su obra “Derecho Procesal Pena”⁴¹, como sigue: “(...) debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de punibilidad y de la responsabilidad [Roxin]; probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria. No basta una mera conjetura, la probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria. No basta una mera conjetura, la probabilidad de condena se debe fundamentar en indicios de lo que quepa deducir razonablemente la responsabilidad del sujeto [Nieva].”, lo cual hasta este estadio de lo actuado, formalmente, no se vislumbra; permitiendo sólo señalar que si bien a razón de la declaración de los Colaboradores Eficaces, **podría existir posibilidad** de que los hechos hayan acontecido como se ha narrado; **sin embargo no clasifican estos alto nivel de probabilidad**, implicarte a señalar advertirse de la información acopiada, **fluir como fundados mas no como graves** – de mayor convicción por su fiabilidad al haber sido corroborados – **elementos de convicción** que vinculen al investigado Moreno Caballero como presunto autor de los delitos atribuidos por el persecutor penal; por consiguiente, deviene en indubitable no presentarse el primer presupuesto material.

3.5. Verificación sobre la concurrencia del Tercer Presupuesto Material: Peligro Procesal.-

3.5.1. Amerita ocuparnos del tercer presupuesto previsto por el artículo doscientos sesentiocho del Código Procesal Penal, materia del contradictorio; por ende corresponde plantear al peligro procesal en sus dos vertientes *disyuntivamente*: “peligro de fuga” o “Peligro de obstaculización”, como incluso lo prevé la doctrina jurisprudencial vinculante recaída en la casación número 626-2013-Moquegua – trigésimo tercer considerando - expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; no obstante, **el juez de origen en la impugnada ha ponderado** ambas

⁴¹ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Primera Edición. Jurista Editores. Noviembre de 2015. Lima – Perú. p.478.

manifestaciones, de cuyo razonamiento trasluce **no haber encontrado que exista peligro de fuga del imputado**, afirmado en sentido contrario sobre peligro de obstaculización; siendo esto así, en cuanto a lo primero aludido, este Tribunal se encuentra imposibilitado de revisarlo y establecer en contrario, de conformidad con el artículo 409° - inciso tercero – ultima parte del Código Procesal Penal, teniendo en cuenta que el Ministerio Público no lo apeló, sino sólo el imputado la imposición de la medida personal, no permitiéndose legalmente modificación en su perjuicio.

3.5.2. Considerando los lineamientos antes expuestos, se verifica que en la resolución número tres, se estableció por el Juez de Garantías, la posibilidad de que ocurra el segundo indicador previsto por el artículo 270° del Código Procesal Penal – **peligro de obstaculización**-, al *presumir* que los funcionarios de la Dirección Regional de Callao: Antero, Milian Díaz, Alexis Carnero Alvinagorta y Nancy Milagro Suito Meza – Comité Especial – serían influenciados por el investigado – no obstante no haber presentado reclamo en ese sentido-, al ser su jefe o máxima autoridad del acotado Gobierno Regional; de igual forma se recurrió a la expresión enviada por facebook al co-investigado GIL SHAVIT que dice: “eres gil y morías gil”⁴², sin embargo la fiscalía no ha acreditado que haya sido enviado por Félix Manuel Moreno Caballero o por tercero pero por orden del aludido.

3.5.3. Según el Tribunal Constitucional⁴³, el peligro de obstaculización, debe ser apreciado por el Juez en cada caso concreto, dejando entrever el deberse contar con indicios fundados de su concurrencia⁴⁴; sin embargo de ambas situaciones fijadas en el rubro precedente no se cuenta con elementos indicadores de ello, al constatar no haberse justificado ni siquiera mínimamente por la fiscalía que el autor de la expresión glosada fuere el beneficiario del recurso o un tercero comisionado por el citado o en su defecto de que tuviere una auténtica voluntad y capacidad de influir directamente o por medio de otros en cada uno de los miembros del comité aludido logrando que falten a la verdad de los hechos; pues el operador judicial debe llegar a tener convicción de su ocurrencia.

3.5.4. Estando a como se encuentran los actuados de investigación fiscal sobre el impúgnate, no existe evidencia que pueda coadyuvar a establecer acontezca peligro de obstaculización; más aún si tenemos en cuenta que ante el hecho denotado en el ítem 3.5.2. – expresión vía facebook: “Eres Gil y morirás Gil”- el propio Moreno Caballero interpuso denuncia ante el Ministerio Público contra

⁴² Ver Acta de entrevista de fojas 1131, su fecha 06 de abril de 2017.

⁴³ Exp. N°01555-2012-PHC/TC del 19 de marzo de 2013, fundamento 6.

⁴⁴ Del Rio Labarthe, Gonzalo. Prisión Preventiva y Medidas Alternativas. Primera Edición. Pacífico Editores S.A.C. 2016. Lima-Perú. p.229.

los que resulten responsables –Ingreso N°305-2017- por la presunta comisión del delito de coacción, en agravio de Gil Shavit; sin embargo, la fiscalía con fecha diecinueve de abril de dos mil diecisiete⁴⁵, declaró “no haber mérito para formalizar denuncia penal”, disponiéndose el archivo liminar definitivo de los actuados, en el entendido por la Fiscalía competente, de que “(...) el mensaje que habría recibido Gil Shavit, no constituye una amenaza que le haya producido temor o compulsión (...)”; en ese orden de ideas corresponde interpretar restrictivamente en favor de la libertad del investigado, observando lo preceptuado por el artículo VII – inciso tercero del Título Preliminar del Código Procesal Penal, teniendo en cuenta que los oficios e informe presentados⁴⁶ en audiencia por el Ministerio Público sobre presuntas amenazas que pondría a conocimiento la Fiscal Provincial Vanessa Milagros Días Ramos, no guardarían relación con el presente caos materia de pronunciamiento; por consiguiente no se muestra palmaria la confluencia del tercer presupuesto material para dictar el mandato apelado.

3.6. Es de recordar que entre otro es principio informado de la prisión provisional: *la excepcionalidad*, teniendo en cuenta que la *libertad* como derecho fundamental de rango constitucional – artículo 2° inciso 24 de la Constitución Política del Estado -, constituye la regla durante la tramitación de un proceso penal en tanto el sujeto sometido al mismo, aunque imputado, está protegido por el también fundamental derecho a la presunción de inocencia – artículo 2° inciso 24, literal e) de la Constitución Política del Estado -; en ese sentido se entiende como excluidos y prohibidos criterios – artículo 2° inciso 24 de la Constitución Política del Estado- que insten a aplicar de modo automático la prisión provisional o que impliquen estándares tan amplios que, en el fondo, autoricen la privación de la libertad ante la visión de situaciones fácticas o jurídicas que impliquen presunciones legales o elucubraciones y que por tanto no exijan una constatación individual⁴⁷.- Al respecto la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 631-2015-Arequioa, su fecha veintiuno de diciembre de dos mil quince, ilustró:

“(…), la prisión preventiva es una medida excepcional, frente a la situación normal de esperar el juicio en estado de libertad, o en su caso mediante la restricción de la libertad en cualquiera de sus manifestaciones que no comporte la privación de la misma (...)
(...) la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general y aplicarse cuando no cabe otra opción

⁴⁵ Ver de fojas 1434 a 1436.

⁴⁶ Ver de fojas 1417 a 1429.

⁴⁷ Asencio Mellado, José María. Derecho Procesal Penal – Estudios Fundamentales. Primera Edición INPECCP/Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas Políticas y sociales. 2016. Lima-Peru. p.834.

para el cumplimiento de los fines que la justifican; y (...) la subsidiaridad, que obliga al órgano jurisdiccional a examinar, no sólo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existen alguna otra alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad que, asegurando el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, ello no obstante, no suponga el sacrificio de aquel derecho fundamental (...)"

3.7. Abona a lo expuesto al examinar el *principio de proporcionalidad* en el escenario presentado en este particular caso, el cual asigna límites a la intervención del Estado en procura de un equilibrio entre los intereses generales que se persiguen y los derechos fundamentales del individuo que puede ser afectado, no resultar idóneo para conseguir el fin constitucional pretendido como sería la persecución penal la prisión provisional dictada en la apelada, ni necesaria menos aun proporcional en sentido estricto⁴⁸ con el grado de realización del fin acotado; pues según juicio ponderativo con vista del catálogo de medidas establecidas en nuestro ordenamiento procesal, la imposición de una menos gravosa resulta óptimo en este estadio de la investigación penal, como la prevista en el artículo 287° del Código Adjetivo complementada preventivamente con las restricciones facultativas por el artículo 288° del mismo cuerpo normativo; ameritando por tanto revocar la recurrida, al ser evidente no concurrir simultáneamente los tres presupuestos establecidos por el legislador para dictar prisión preventiva, deviniendo así en arbitraria la impuesta, materia de pronunciamiento.

3.8. Es de anotar lo aportado en la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Yvon Neptune vs Haití, del seis de mayo de dos mil ocho, fundamento 96.

“(...) el artículo 7.2. de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, haría que esa privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana (...)"

3.9. Estando a lo discernido y tomando en consideración la trascendencia de la decisión asumida al versar sobre quien estado a cargo del Gobierno Regional del Callao; *por transparencia* lo resuelto amerita ser publicado en la página web de este poder del Estado, de conformidad con la Ley N°27806.

⁴⁸ Del Rio Labarthe, Gonzalo. Prisión Preventiva y Medidas Alternativas. Primera Edición. Pacífico Editores S.A.C. 2016. Lima-Perú. Pp.43-51.

IV. DECISIÓN:

Por las consideraciones antes expuestas, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional por mayoría, con el voto singular del Juez Superior Carcausto Calla y el Voto en Discordia de la Juez Superior Condori Fernández **RESUELVE:**

- A) REVOCAR** la resolución número tres de fecha ocho de abril de dos mil diecisiete, mediante la cual el Juez del Tercer Juzgado de investigación Preparatoria Nacional, declara fundado el requerimiento de prisión preventiva promovido por el representante del Ministerio Público contra Félix Manuel Moreno Caballero, con motivo de la investigación que se le sigue por la presunta comisión del delito de Lavado de Activos y otro, en agravio del Estado; por consiguiente **REFORMÁDOLO** díctese al imputado **FELIX MANUEL MORENO CABALLERO** mandato de **COMPARECENCIA RESTRICTIVA**, sujeto a las siguientes reglas de conducta:
- a) Obligación de no ausentarse de la localidad donde reside.
 - b) Presentarse a la autoridad fiscal y/o judicial en cuanto sea requerido.
 - c) Prohibición de comunicarse con los ciudadanos Gil Shavit, Antero Milian Díaz, Alexis Carnero Alvinagorta y Nancy milagros Suito Meza.
 - d) Comparecer cada treinta días a informar sobre sus actividades ante el Tercer juzgado de Investigación Preparatoria Nacional.
 - e) Abonar como caución económica la suma de cien mil soles, la cual deberá ser depositada en el Banco de la Nación a nombre del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, dentro del plazo de siete días hábiles; bajo apercibimiento en caso de inobservancia a cualquiera de las reglas de conductas impuesta, el quedar expedita la prerrogativa de revocarse la medida y dictarse prisión preventiva, previo el requerimiento respectivo.
- B) PÓNGASE** en libertad al investigado Félix Manual moreno Caballero oficiándose a quienes correspondan para su excarcelación, siempre y cuando no registre otra mandato de prisión preventiva o detención dictado contra el mencionado, por autoridad competente.
- C) NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE** en la página web del Poder Judicial para lo cual deberá oficiarse a la Coordinación de esta sede nacional,
- D) DEVUELVA** los actuados al Juzgado de origen.

SS.

TORRES MUÑOZ

CARCAUSTO CALLA

Expediente 0075-2017-

VOTO SINGULAR EMITIDO POR EL MAGISTRADO RÓMULO CARCAUSTO CALLA.

Lima, 19 de mayo de 2017.

Estando conforme con los fundamentos en el decidido por el Colegio Superior, considero pertinente señalar además lo que sigue:

1. Formalizada la Investigación Preparatoria, concluyen las diligencias preliminares en relación con los hechos ilícitos ya formalizados, toda vez que no se admite la *coexistencia entre la investigación Preparatoria y las diligencias preliminares sobre los mismos hechos*; es más, la Investigación Preparatoria radica competencia del Órgano Jurisdiccional, quien asumirá en adelante el control jurisdiccional sobre el proceso, erigiéndose como Juez de Garantías. En tal sentido, es posible que el Órgano persecutor del delito –el Ministerio Público- pueda solicitar mediante cautela personal –como la prisión preventiva- contra uno o todos los investigados, fundamentando el cumplimiento de los presupuestos materiales señalados en la ley.
2. Ante la existencia de concurso real de delitos, como en el presente caso –entre los delitos de tráfico de influencia y Lavado de activos-, la imputación fáctica propuesta por el Ministerio Público en el requerimiento de prisión preventiva debe plantearse en forma detallada sobre cada uno de ellos; asimismo, su base probatoria -es decir, los elementos de convicción- debe estar claramente delimitada, de manera que permita certificarse lo afirmado por el Ministerio Público o la defensa del imputado.
3. La verificación de los elementos de convicción con relación a la imputación fáctica tienen incidencia en la prognosis de la pena, en tanto el ordenamiento jurídico penal nacional, respecto de la graduación de pena, asume la *teoría de acumulación jurídica de penas* –en donde se suman las penas concretas-, de manera que la existencia de fundados y graves elementos de convicción –fuerza imputativa intensa- cumpla con el primer presupuesto material de la prisión preventiva y esta, a su vez, permita pronosticar provisionalmente una pena privativa de la libertad superior a los cuatro años, cumpliendo así con el segundo presupuesto material de la referida medida cautelar personal.
4. En el caso concreto, existen elementos de convicción con relación al delito de tráfico de influencias estimables, pertinentes –fundados-; sin embargo, estos no tienen la intensidad vinculante –grave- en relación con el impugnante. En referencia al delito de Lavado de activos, una vez revisado el requerimiento y la resolución apelada, se constata la existencia de afirmaciones fácticas que no

indican su base probatoria – elementos de convicción-, que permitan sostener inicialmente la existencia del evento y la participación del investigado en el mismo.

5. La probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado no se sustenta solamente con la parte narrativa o propuesta fáctica de la imputación sino, centralmente, en los elementos de convicción –fundados y graves- que demuestran su fuerza acreditativa para sustentar y fundamental una medida cautelar personal como la prisión preventiva.
6. En la resolución de prisión preventiva impugnada, el elemento determinante fue la existencia de amenaza en contra del colaborador, lo que fue objeto de análisis en el ítem referido al peligro de obstaculización. Sin embargo, la amenaza sostenida por el Ministerio Público y por el Juez no ha sido incorporada formalmente como un elemento del peligro procesal – obstaculización-, es decir, el requerimiento de prisión preventiva no ha indicado los argumentos y la base probatoria que los sustente.

Si bien es cierto que pudo haberse debatido por las partes en la audiencia sin embargo, ello no sustituye la necesidad del conocimiento de los elementos de convicción inculpativos y el plazo razonable para poder contradecirlos. En el caso concreto, el elemento o circunstancia “amenaza” ha sido denunciado formalmente para efectos de investigarse por la autoridad competente, no obstante, el Ministerio Público ha dictado un pronunciamiento fiscal desestimatorio de iniciar investigación.

En consecuencia, si el elemento determinante de la prisión preventiva ha sido el elemento “amenaza” y este se desvanece, no existe una razón sostenible del peligro de obstaculización.

7. Para dictar prisión preventiva contra cualquier investigado debe cumplirse en forma copulativa los presupuestos materiales señalados en el artículo 268° del Código Procesal Penal, y la ausencia de uno de ellos conlleva a que se desestime la medida cautelar. En el caso concreto, luego de la revisión de la impugnada, no se verifican los presupuestos de suficiencia probatoria – fundados y graves elementos de convicción- ni el peligro procesal, en tal sentido el Colegio cumple con dar respuesta al objeto de impugnación dentro de los límites de la apelación admitida –principio de limitación de la impugnación-.

SS.

CARCAUSTO CALLA

VOTO DISCORDANTE DE LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR CONDORI FERNÁNDEZ

Lima, 06 de junio 2017.

LA SUSCRITA DISCREPO DE LA RESOLUCIÓN EN MAYORÍA POR LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES:

PRIMERO.-

1.1 El Ministerio Público ofreció como elementos de convicción la declaración del C.E. 03-2016 quien señaló desear aportar información de su llegada al Perú para la empresa ODEBRECHT. Indica que vino al Perú en enero del año 2013 y permaneció en la empresa hasta diciembre de 2016. Refiere sobre la obra Costa Verde- Tramo Callao que tuvo reunión con sus subordinado el funcionario 5 en la oficina de la empresa donde este último le informo que a finales de 2012 tuvo una reunión con Gil Shavit quien se presentaba como una persona bien relacionada con el gobierno Regional del Callao exponiéndole que se realizaría una licitación de una carretera en la provincia de Callao, preguntándole si la empresa estaría interesada en participar en dicho evento. Luego refiere que en el primer trimestre de 2013 fue agendada una reunión en la residencia de Gil Shavit, localizada en el distrito de Barranco en la cual participaron el funcionario 5, Gil Shavit y Félix Moreno y otro, afirmando Félix Moreno y Gil Shavit que podrían favorecer a la empresa en la licitación de dicho proyecto a cambio de cuatro millones de dólares que serían divididos 60% para Félix Moreno y 40% para Gil Shavit y que dos millones de dólares que le correspondían a Félix Moreno deberían ser transferidas directamente a Luis Favre por servicios que serían proporcionados para la coordinación de la campaña electoral de 2014 al Gobierno Regional del Callao.

Asimismo señala este colaborador que luego de la reunión como parte del acuerdo celebrado recibió en la casa de Gil Shavit por un portador que no puede identificar un sobre sellado conteniendo el material preliminar de la licitación, incluyendo el proyecto de las bases, antes de su publicación, que al ser revisada considero que era inviable por lo que agendo una reunión en abril del 2013 con Félix Moreno y Gil Shavit informándole Félix Moreno que no se podrían realizar modificaciones ya que el valor de referencia habría sido aprobado por el Ministerio de Económica y Finanzas.

Refiere también que al no ser aceptada sus sugerencias, incluyo algunos requisitos de calificación técnica y económica financiera para limitar el número de empresas que podrían estar habilitadas para participar en la licitación, para finalmente ganar la misma, habiéndose inscrito para participar 45 empresas de la cuales solo seis consiguieron ser precalificadas. Refiere que el contrato se firmó el 19 de mayo de 2014.

También señala que luego de esta victoria se reunió en la oficina de la empresa en Sao Paulo-Brasil ocasión en la que obtuvo la autorización para realizar los pagos acordados.

Señala que en relación a los dos millones que serían entregados a Favre en el año 2014 lo llamo Valdemir Garreta para decirle que recibiría los valores en representación de Favre, respondiéndole que serían pagados en cinco cuotas y que buscara a Fernando Migliaccio para dicho pagos, para cuyo efecto recuerda haberlo llamado para decirle que Garreta se contratara para realizar tales pagos.

Sostiene también que fueron pagados cinco cuotas de \$400,000 mil cada uno con los recursos no contabilizados que manejaba la División de Operaciones Estructuradas siendo coordinadas tales entregas directamente entre Fernando Migliaccio y Valdemir Garreta entre el segundo semestre de 2014 y marzo de 2015. El nombre en clave utilizado para los pagos de esos valores fue "TACA" [trofeo] en referencia a Luis Favre. Además fueron pagados con recursos no contabilizados a Gil Shavit mediante transferencia bancaria en el exterior para la cuenta en nombre de la empresa Cardiff International Ltd, la cual fue realizada por el equipo del área de operaciones estructuradas. Los Datos para realizar estos pagos fueron enviados a Fernando Migliaccio. El nombre clave vinculado a ese pago sería "ESTRELLA" que identificaba a Shavit y que esos codinomes se pueden identificar en el sistema WyWebDay y los correos electrónicos y que el funcionario 5 trabaja en el área de comunicaciones.

Refiere que confirmo el vínculo entre Garreta y Luis Favre con Migliaccio y que los datos de identificación de la cuenta de Shavit para la materialización de la transferencia se le entrego Shavit derivándolo luego a Migliaccio y que no fueron realizados otros pagos.

1.2 Por su parte Gil Shavit dio la siguiente versión: Que conoció a Félix Moreno cuando este era Alcalde del Callao a quien le presentó un proyecto de tratamiento de agua firmándose el contrato de concesión el año 2009 y que como garantía para el crédito obtenido para este proyecto de parte de la Caja Metropolitana de Lima constituyo un fideicomiso sobre *el inmueble sitio en San Martin N°154 Barrando* y a que partir de ello se inició una amistad la cual se mantuvo aun cuando se inició su gestión en el Gobierno Regional.

Sobre la obra de la Costa verde refiere que se interesó en dicho proyecto para lo cual acudió a la empresa Camargo y Correa y luego a una empresa Española sin que ello prosperara, para después proponerla ante la empresa Odebrecht contractándose en el año 2012 con Raymundo Trindade Serra a quien le explico sobre dicho proyecto y de su cercanía a Félix Moreno, reuniéndose en un primer momento con este y Ricardo Boleira en su oficina de San Martin 154-Barranco, a cuya reunión llego luego Félix Moreno y que después de dos semanas o más tuvieron una reunión los cuatro en su oficina para afinar algunas cuestiones llegándose a la conclusión que la iniciativa privada no era lo mejor sino mediante proceso de selección, que el control del proyecto lo tendría Igor Vancocelos Cruz al igual que el tema económico y que posteriormente se reunión con este y le pidió el 10% de los ingresos, pero que quedaron alrededor de 6% y que sus pagos serian escalonados en el tiempo que corresponderían a los pagos que ellos a su vez recibirían y

que al estar en desacuerdo el investigado Félix Moreno sobre el porcentaje y requerimiento de entrega de dinero por parte de la empresa al mismo para su campaña electoral que el manifestará Igor Vasconcelo, programó una reunión con Félix Moreno, Igor Vasconcelos donde se acordó que del seis por ciento correspondería 3,6,% para Félix Moreno y 2.4.% para Gil Shavit.

Refiere que el día del primer pago para Odebrecht que debía coincidir con sus pagos no le fue entregado dinero alguno y que fue Igor o Theodorico Sobral de Freitas a quien le reclamara por ello quien le manifestó que no podía, porque el pago total acordado y más se lo dieron a Félix Moreno para su campaña de reelección en el Gobierno regional del Callao, pero que después de tanto reclamo facilito la cuenta de Cardif International en la CBH BAHAMAS donde recibió el pago de \$350,000 dólares el 15 de julio de 2014.

1.3 Ahora bien resultan relevante estas dos declaraciones en cuanto ambos manifiestan que hubo reuniones entre Félix Moreno, Gil Shavit, Funcionario 5 y el colaborador eficaz 03-2016, refiriendo el colaborador que fue en el *distrito de Barranco*, lugar al que también hace mención Gil Shavit cuando dice que las reuniones fueron en su oficina de San Martín 154 del distrito de Barranco, para el otorgamiento de la licitación de la obra vía Costa Verde y donde se produjo el acuerdo sobre entrega de dinero para Félix Moreno y Gil Shavit.

1.4 Entonces pasaremos a evaluar si lo vertido tiene relación con los demás elementos de convicción presentados por el Ministerio Público al solicitar prisión preventiva:

1.4.1 Según consta del acta de recepción de fecha 01 de febrero de 2017 la empresa Odebrecht entregó:

Impresión de correo electrónico de fecha 11-3-2014 dice Subjeto: RES: **Taca** de "Tsarina" a "Waterloo" donde hace referencia de \$200,000 dólares de la planillas 1 y 2; y el pago a ser realizado uno el día 6 y el otro el 7 de noviembre. En el correo siguiente de "Waterloo" a Tsa se hace referencia una tasa de 2,45 para los \$200,000.

Impresión de Correo electrónico de "Waterloo" a "Tumaine" copia a "Tulia", .En el "Waterloo" informa a Ángela que Boleiraha aprobado un pago total de \$2, 000,000 dólares dividido en cinco armadas de \$400,000 c/u e indica que Boleira aprueba el pago de \$400,000 dólares en el mes de julio.

Extracto bancario de la cuenta Paulista del periodo 01/01/2015 al 9/06/2015. En el rubro obra se destaca dos registros 07100014 Costa Verde Callao, el primero de fecha 26 del 03-2015, mov. 409580 por RS 644,000 y el de fecha 27-3-2015, mov. 409581 por RS 644,000.

1.4.2 Ahora bien María Lucia Guimaraes Tavares, trabajadora del área de Operaciones estructuradas de la empresa Odebrecht ha referido respecto a su trabajo que inicia sus labores abriendo su correo electrónico, luego inicia la sesión en el sistema MyWebDay de Odebrecht que era utilizado solo por el área de operaciones estructuradas, que extraía del sistema una hoja de cálculo con los requerimientos de pago, conteniendo el nombre de la obra, los nombre en clave, los montos y la fecha de entrega, los nombres en clave de los beneficiarios, el número de requerimiento y que teniendo la hoja de cálculo en su poder, sumaba los montos que debían ser entregados en cada uno de los lugares indicados en la hoja de cálculo a fin de verificar cuanto sería necesario tener disponible en tales ciudades para honrar los requerimiento de pago, que realizado el cierre de los montos totales avisaba a Fernando Migliaccio a través del sistema Drousys. Refiere que este sistema era una computadora aparte ubicada en su mesa de trabajo de Odebrecht y que Luis Eduardo, Fernando, Ángela, Hilberto y la declarante tenían acceso a dicho sistema. Asimismo refiere que cada empleado de esta oficina tenía un usuario el de ella era "TULIA" Fernando Migliaccio "Waterloo", Luis Eduardo "Tushio", Ángela "Tumaine" y Hilberto como "Charlie" y que los proveedores también tenían usuarios en el sistema Drousys.

1.4.3 Lo dicho por María Lucia Guimaraes Tavares resultaba en cuanto los correos entregados por la empresa Odebrecht y que fueron detallados anteriormente hacen mención a operaciones de pago a realizarse 06 y 07 de noviembre del 2014, aprobación de un pago de dos millones de dólares dividido en cinco armadas de cuatrocientos mil dólares cada una y otro que aprobaría el pago de cuatrocientos mil dólares en el mes de julio, los mismos que fueron enviados por "Tsarina" a "Waterloo" a "Tumaine" con copia a "Tulia", cuyos usuarios conforme señala la testigo antes mencionada le corresponde a ella como "Tulia", a Fernando Migliaccio como "Waterloo" y Ángela como "Tumaine" trabajadores de la empresa Odebrecht, teniendo significancia que expresamente **el extracto bancario de fecha 01/01/2015 a 09/06/2015 consiga dos registro de dinero a nombre de la obra Costa Verde Callao con fechas 26 de marzo dos mil quince y veintisiete de marzo del mismo año por seiscientos cuarenta y cuatro mil reales cada uno.**

1.4.4 Asimismo según acta fiscal de fecha 16 de marzo de 2017 la empresa Odebrecht hizo entrega entre otros la impresión del correo electrónico de "Waterloo" [María Lucia Grimaraes lo identifica como Fernando Migliaccio] para "tsarina" fecha 18 de marzo 2015; Asunto Programación 23 a 27 de marzo **asunto Taca** (Perú) \$ 400 mil a Taca de 3,22 sendo: 26 abr R\$ 644,000,000 Confianca, 27 Abr R\$ 644,000 Amizade, aliviado **que "Taca" según el colaborador eficaz 03-2016** era el nombre clave utilizado para los pagos a Luis Favre, el mismo que también aparece en el correo de **fecha 11 de marzo 2014**. De igual forma aparece consignado la operación de envió de 01.07.14 por el valor de \$350, 000,00 a favor de Cardif International LTD, cuyo monto habría sido recepcionado por Gil Shavit.

1.4.5 Es necesario señalar que según la declaración del colaborador eficaz 03-2016 y Gil Shavit el dinero que correspondería a Félix Moreno sería entregado a Luis Favre [identificado como Taca por el CE 03-2016], quien sería su asesor de campaña para el Gobierno Regional del Callao, lo cual tiene relación con el Acta de Búsqueda en Youtube de 17 de marzo 2017 en el cual aparece el spot publicitario sobre Félix Moreno-presidente Regional del Callao y se menciona “Ahora viene Costa Verde” Conforme al Link https://www.youtube.com/watch?v=A-oyVfkyWY&index=31&list=PLqIqUigeAqSVgR53rw5khUej_Gv0HC_0, la cual estaría vinculada con el canal de Luis Favre según parece en el video Clip “Perú Campañas Electorales Luis Favre” publicada el 21/08/2014, conforme al Link https://www.youtube.com/playlist?list=PLqIqUigeAqSVgR5KhUej_Gv0C_0, aunado a ello Luis Favre público en su red social de Twiter que trabajo en el marketing electoral de la campaña de Favre público en su red social de Twiter que trabajo en el marketing electoral de la campaña de Félix Moreno de 2014 contratado por FX Comunicacao Global, según se aprecia del acta de Búsqueda de información sobre nota de prensa de fecha 04 de abril 2017.

1.4.6 Todo lo cual aunado a la Resolución Gerencial General Regional N°750-2013-Gobierno Regional del Callao-GGR de fecha 25 de junio de 2013 de fojas 120 a 123 mediante la cual se aprueba el Expediente Técnico y el Expediente de Contratación para la ejecución de la Obra “Construcción de la Vía Costa Verde, Tramo Callao” por el valor referencial total de S/. 313’155,462.27 y Acta de Lectura de Evaluación de Propuesta Técnica, Apertura de Propuesta Económica y Otorgamiento de la Buena Pro – Licitación Publica N°0009-2013-Region Callao, de fecha 23 de abril de 2014, de fojas 132 y 133, y el Contrato de Obra: Construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao de fecha 19 de mayo de 2014 de fojas 139 al 142; según los cuales el Gobierno Regional del Callao Otorga la Buena Pro – Licitación Publica N°0009-2013-Region 2013-Region Callao, de fecha 23 de abril de 2014, de fojas 132 y 133, y el Contrato de Obra: Construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao de fecha 19 de mayo de 2014 de fojas 139 al 142; según los cuales el Gobierno Regional del Callao otorga la Buena Pro a CONSORCIO VIA COSTA VERDE CALLAO (CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL PERÚ – ODEBRECHT PERU INGENIERIA CONSTRUCCION S.A.C.) por el monto de S/. 302’755,404.46, así como que se pactan las obligaciones entre los contratantes, devienen en suficientes para estimar cumplirse el primer presupuesto para el dictado de la prisión preventiva, atendiendo que ellas constituirían fundados y graves elementos de convicción de su vinculación a los delitos materia de imputación por el Ministerio Público.

SEGUNDO.-

2.1 Ahora bien sobre el peligro procesal la resolución de primera instancia ha sido sustentada bajo el argumento que existe peligro de obstaculización dado que Gil Shavit habría sido amenazado mediante su teléfono celular con la expresión “eres gil y morirás

gil”. Añade de otro lado que siendo la máxima autoridad del Gobierno Regional existiría la posibilidad de que podría influenciar en las personas que participaron del comité de Otorgamiento de la buena pro.

2.2 Este argumento resultaría ser plausible a la luz del acta de entrevista de fecha 6 de abril del 2017 que obra a fs. 711 y placa de fs. 713 donde el investigado Gil Shavit muestra su celular en el cual aparece a horas 10:40 aproximadamente el texto CAMARA MECANICA “Eres Gil y morirías como Gil”, lo cual debe considerarse cómo un indicador grave, habida cuenta que este inicialmente señaló no haber sido amenazado, pero la amenaza precisamente ocurrió cuando este habría planteado someterse al procedimiento por colaboración eficaz en los hechos denunciados contra Félix Moreno, señalando incluso dicho investigado en tal declaración que su preocupación sería respecto de la gente que vivía a expensas del antes mencionado Gobernador Regional. Asimismo es altamente probable que influiría en los miembros del comité de otorgamiento de la buena pro de la obra citada y ello a la postre dificultaría el normal desarrollo de la investigación.

En consecuencia, resulta procedente la medida cautelar personal de prisión preventiva contra FELIX MANUEL MORENO CABALLERO por la presunta comisión de los delitos de Lavado de Activos y Tráfico de Influencias, en agravio del Estado por el Plazo de dieciocho meses; por los fundados y graves elementos de convicción antes descritos, por haberse dado cumplimiento a los requisitos exigidos para tal efecto, y porque resulta que existe el peligro procesal en su vertiente de obstaculización de la averiguación de la verdad.

Por estas consideraciones

MI VOTO:

Es porque se CONFIRME la Resolución N°3 de fecha 08 de abril de 2017 que resolvió DECLARAR FUNDADO el requerimiento de prisión preventiva contra FELIX MANUEL MORENO CABALLERO por la presunta comisión de los delitos de Lavado de Activos y Trafico de Influencias en agravio del Estado por el plazo de dieciocho meses. Notifíquese

PROFIRIA EDITA CONDORI FERNANDEZ

Juez Superior

ANEXO 12

SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COLEGIADO A

Expediente : 00046-2017-2-5201-JR-PE-01
Jueces superiores : Castañeda Otsu /Guillermo Piscoya /Burga Zamora
Ministerio Público : Primera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de
Corrupción de Funcionarios
Imputados : Carlos Eugenio García Alcázar y otros
Delitos : Tráfico de influencias y otros
Especialista judicial : Julio Augusto Yauri Medina
Materia : Apelación de auto de prisión preventiva

Resolución N° 03

Lima, siete de febrero
de dos mil dieciocho

AUTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, la apelación de las defensas técnicas de los imputados Carlos Eugenio García Alcázar, Rodolfo Edgardo Prialé de la Perla, Elard Paul Alejandro Tejeda Moscoso, Félix Erdulfo Málaga Torres y Luis Humberto Prevoo Neira contra la Resolución N° 08, de fecha veinticuatro de enero de dos mil dieciocho, emitida por la Jueza María de los Ángeles Álvarez Camacho, jueza titular del Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante la cual resolvió declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Equipo Especial, y dictó mandato de prisión preventiva por el plazo de dieciocho meses contra los mencionados imputados por los delitos que se les imputan. Interviene en calidad de ponente el juez superior Oscar Manuel Burga Zamora, y **ATENDIENDO:**

CUARTO: USO DE INFORMACIÓN OBTENIDA EN EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ PARA REQUERIR MEDIDAS DE COERCIÓN

33. En nuestro sistema normativo, es posible que la información obtenida en un proceso de colaboración eficaz sea usada en otras investigaciones, y sean preexistentes o derivadas. Este tema ha sido abordado legislativamente por los artículos 472, inciso 3²; 746-A³, inciso 2 y 3; y 481-A del CPP. A su vez, se encuentra

²Art. "3. El proceso especial de colaboración eficaz es autónomo y puede comprender información de interés para una o varias investigación a cargo de otros fiscales. La Fiscalía de la Nación dictara las instrucciones en relación con la forma en que dicha información deber ser compartida. La sentencia de colaboración eficaz es oponible a todos los procesos que se tallan en el Acuerdo de Beneficios y colaboración ".

³ "2. El fiscal decide si lo actuado en las carpeta fiscal de colaboración eficaz será incorporado en todo o en parte al proceso o procesos correspondientes, debiendo cautelar la identidad del declarante

reglamentada por el DS N°007-2017-Jus, que contiene el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1301 (en adelante, Reglamento), que se refiere al tema en el artículo 48⁴.

Del contenido de los dispositivos legales antes mencionados, se logra determinar que el uso de dicha información para fines cautelares ha sido tratado en forma independiente. En efecto, es el artículo 481-A CPP el que regula este tema, mientras que el Reglamento reservó el artículo 48 para tal fin. Es decir, el legislador ha efectuado un tratamiento diferenciado del uso de información para efectos de medias coercitivas y para otros supuestos en proceso derivado o preexistente.

34. De los citados dispositivos se extraen las siguientes reglas: a) el uso de la información en estos supuestos –como en los demás- ha sido dejado a la potestad del fiscal como titular de la acción persecutoria penal, b) es posible hacer uso de los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración y la declaración, c) se ha impuesto una sola obligación legal en el caso de que se use la información referida, esto es, preservar de la identidad del Colaborador, cuando se decide usar su testimonio o su declaración.

Conforme al contenido de las normas indicadas, el uso de información obtenida en el proceso de colaboración eficaz, para medidas de coerción procesal de procesos derivados no está sujeto a las exigencias procedimentales que reclaman las defensas de Prevo y Neira y Málaga Torres, es decir, a un avance determinado del proceso de colaboración eficaz, como reclama el primero, o a determinadas exigencias procedimentales, como reclama la defensa del segundo. Por tanto, los agravios expresados sobre este tema son de recibo.

QUINTO: TRATAMIENTO DE LOS INDICIOS EN LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

35. Los indicios, en tanto hechos conocidos de los cuales se puede inferir el conocimiento de otros hechos, constituyen una fuente de conocimiento procesal y sirven para formar convicción en un juez en la toma de decisiones. Para ello, obviamente, se requiere del razonamiento inferencial correspondiente: hechos bases o conocido, proceso inferencial mediante el uso de las reglas de la ciencia o experiencia, y determinación del hecho presunto.

“3. EL Fiscal, de conformidad con el artículo 65 decidirá si aporta el testimonio del colaborador a juicio. Si existiere riesgo para su vida, se reservará su identidad. El Juez valorará su declaración de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 158”.

⁴ Artículo 48.- Uso de los elementos de convicción para requerir medidas limitativas de derechos y medidas de coerción
“1. Los elementos de convicción recogidos como consecuencias de las diligencias de corroboración de la información proporcionada por el Colaborador, podrán ser utilizados en el proceso derivado 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”.

“2. También podría 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.”

“3. La transcripción de la declaración del Colaborador, solo estará suscrita por el Fiscal-

36. El mérito que los indicios pueden generar en la toma de decisiones de un juez depende por un lado de su calidad y, por otro, del procedimiento inferencial que se realice. Tal situaciones ha llevado a diferenciar, por ejemplo, entre indicios necesario e indicios contingente, o único o plural. El primero poseería eficacia probatoria independiente, mientras que el segundo requeriría de una valoración conjunta y estaría sujeto a la evolución de los contraindicios.

37. No existe duda –y así lo ha reconocido algunos de los impugnantes en audiencia– de que los indicios como fuente de conocimiento judicial, bajo el proceso inferencial que da lugar a la denominada prueba indiciaria, puede servir para decidir la responsabilidad penal de una persona, es decir, para desvirtuar su presunción de inocencia, así como para resolver medidas cautelares dentro del trámite de un proceso determinado. Sin embargo, se ha puesto en debate si esta puede ser tomada en cuenta por el juez sin que haya sido invocada por las partes. La dilucidación depende, sin duda, de la naturaleza jurídica que se postule de la denominada prueba indiciaria.

38. El debate generado, tanto en la doctrina nacional como en la doctrina extranjera, es si la denominada prueba indiciaria es un medio de prueba o simplemente una actividad intelectual racional que surge a partir del conocimiento cierto de un hecho o indicio. La importancia de asumir una de las tesis enunciadas tiene efecto en el procedimiento judicial porque, si se concibe que es un medio de prueba, no solo correspondería invocarlo a las partes, sino además trasladarles la obligación de aportarla como medio de prueba. En contraste, si se asume la segunda tesis, la obligación de las partes consistirá simplemente en aportar los indicios, porque el proceso inferencial puede ser realizado por el juez como parte de su función en la valoración de los hechos probados o elementos de convicción para tomar una decisión interlocutoria.

En la doctrina extranjera, como muy bien precisa Córdón Aguilar⁵, la primera tesis ha sido asumida por algunos autores, dentro de ellos el profesor Devis Echéndia, mientras que la segunda tesis tiene como defensores a los españoles Manuel Serra Domínguez y Manuel Miranda Estrampes⁶. En nuestro país, la segunda oposición ha sido asumida por el profesor César San Martín Castro⁷.

39. Por nuestra parte, asumimos la tesis de que la prueba indiciaria no constituye un medio de prueba, sino una “actividad intelectual del Juzgado presidida por las reglas

⁵ CORDÓN AGUILAR, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián: 2012, p.51 y siguientes.

⁶ Señala el citado autor que: “su plena admisión en el proceso penal al mismo nivel que la denominada prueba directa vendrá dada cuando consideremos a la prueba indiciaria no como un concreto medio de prueba junto con los demás previsto legalmente, sino como una institución probatoria que presenta una estructura idéntica a la presunción judicial y, por tanto, como elemento útil y adecuado para la formación de la convicción judicial...”. *Mínima actividad Probatoria en el proceso penal*. Bosch, Madrid, 2000, p.225.

⁷ Señala el citado profesor que “la prueba por indicios forma parte el juicio de hecho, pero no como medio de prueba, que es valorado, sino como una operación mental (técnica de prueba), por lo que es propio de la fase de valoración de la prueba”. SAN MARTÍN, César. *Prueba por indicios*. Publicación web a la que puede acceder a través del siguiente enlace: «https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/SEDCE/s_sedcf/as_notas/as_articulos/». Fecha de acceso: 06/02/2018.

de la lógica y de la experiencia”⁸; por tanto, lo que corresponde a las partes es acreditar el indicio o hecho base como elemento inicial para la realización del proceso inferencial que permita realizar la conexión o enlace lógico con el hecho inferido.

Ello no enerva el hecho de que son las partes que tienen el deber de sustentar sus pretensiones. Cuando este sustento incluya prueba indiciaria, se espera que quien lo alegue, que será casi siempre el Ministerio Público, no solo plantee el hecho inicial, sino todo el proceso inferencial propio de la prueba indiciaria. El no hacerlo generaría un vacío argumentativo que debilitaría la pretensión tarida a audiencia. Sin embargo, no puede concluirse de ello que la valoración que el juez realiza de los hechos presentados implique una suplantación de las partes, pues, así como es deber de estar sustentar su pretensión, es deber del juez valorar los hechos que se le presenten. También es cierto que la presentación del razonamiento indicio completo y anunciado garantiza con mayor intensidad el contradictorio, y facilita el debate, pero tampoco puede colegirse de su ausencia que la contraparte se encuentre en indefensión, pues al plantearse los hechos, una defensa técnica profesional está en condiciones de rebatirlo, cuestionar las conclusiones que presenten extraerse de ellos e incluso presentar hechos conducentes a su propia pretensión.

40. Por lo tanto, la valoración de los hechos traídos al proceso no constituye una violación de la congruencia procesal. Las partes introducen hechos al proceso, alegan su existencia, y explican cuál es su significado. Que no se los anuncie como indicios no impide a la contraparte el cuestionar el hecho ni el valor probatorio que se le atribuye, ni al juez, valorarlos como indicios.

Asumiendo que los indicios presentados son valorables como tales, corresponderá luego determinar el valor y significado que se asigne a cada uno. Ello solo puede hacerse con un análisis individualizado y conjunto de todos ellos.

SEXTO: SOBRE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL RESPECTO DEL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

41. El Decreto Legislativo N°1244, Decreto Legislativo que fortalece lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas, publicado en el diario oficial el 29 de octubre de 2016, a través de su artículo 2, modificó la descripción típica del artículo 317 del Código Penal (en adelante, CP), reemplazado el *momen iuris* de asociación ilícita por el de organización criminal. En consecuencia, es a partir del 30 de octubre de 2016 que entra en vigencia la nueva descripción típica del artículo 317 bajo el rotulo de Organización Criminal. Desde la entra en vigor del CP, el tipo penal contenido en el artículo 3317 ha sufriendo hasta cinco modificaciones, conforme se aprecia en el cuadro siguiente:

⁸ *Ibidem.* p. 229.

Ley/ D. Leg.	Ley 28355	D. Leg. 982	Ley 30077	D. Leg. 1181	D. Leg 1244
Fecha de publicación en el diario oficial	06.10.2004	22.07.2007	28.08.2013	27.07-2015	29.10.2016

42. La Fiscalía a través de la Disposición N°5 les imputa a los investigados Carlos Eugenio García Alcázar, Rodolfo Prialé, Elard Paúl Alejandro Tejeda Moscoso y Félix Málaga Torres el delito de organización criminal, prevista en el artículo 317 del CP, de acuerdo con la modificatoria del artículo 2 del Decreto Legislativo N°1244. Tal pretensión, en efecto, no puede ser admitida porque vulneraría el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal, si se tiene en cuenta, que, según la venida en grado, el Ministerio Público, bajo la tesis de la declaración del Colaborador, sostiene la existencia del Club como una organización criminal que habría operado entre los años 2011 a 2014.

Sin embargo, ello no impide que este Colegiado Superior, en su rol de garante de la legalidad y respetando el marco de imputación formulado por el Ministerio Público, evalué los presupuestos de la prisión preventiva por el delito previsto en el artículo 317 del CP, bajo la descripción típica que estuvo vigente, ante de la modificación legislativa aludida- y cuyo *nomen iuris* era el de asociación ilícita. La conducta de “formar parte” o integrar” una “organización destinada a cometer delitos” siempre ha sido una modalidad típica del delito de asociación ilícita, tal como se puede apreciar de las modificaciones efectuadas al artículo 317 del CP, específicamente la de los años 2007 y 2013, que corresponden al marco temporal en que habrían operado dicha organización criminal.

43. Ahora bien, dada la naturaleza del delito⁹, en su momento, de ser el caso, el órgano jurisdiccional deberá resolver el conflicto de normas penales en el tiempo que se puede presentar, a fin de terminar cual es la ley penal que resultaría más favorables a los imputados, conforme a lo prescrito en el artículo 139.11 de la Constitución Política del Estado.

SÉPTIMO: HECHOS CORROBORADOS

44. Este Colegiado considera pertinente, antes del análisis de los elementos de convicción, precisar que la evolución y valoración que se haga de estos y de sus aporte al proceso de cognición fáctico deben entenderse no de manera individual y aislada, sino atendiendo al conjunto ordenado de estos, cuyo sentido viene dado por la imputación, en la medida en que se trataría de conductas concertadas entre diversos sujetos integrantes de una organización debidamente estructurada. Esto a su vez debe

⁹ Delito que, según la Corte Suprema, es uno de naturaleza permanente conforme al R.N. N°4104-2010-Lim (S.P.P). Caso Grupo Colina.

conectarse con su capacidad para corroborar o no la declaración del Colaborador traída a este proceso.

45. Durante los actos de corroboración, se pudo acreditar, sin cuestionamiento de las partes, que las empresas identificadas por el Colaborador existen, especialmente las que tienen relación con la presente decisión: Constructora Málaga Hermanos SA y Obras de Ingeniería SA¹⁰. Incluso, se ha logrado obtener, con las consultas RUC que obran a folios 988 y 990, sus respectivos números de RUC. A la primera de las nombradas corresponde el registro N°20102297581, y a la segunda, el N°20501439020.

Además, se ha establecido que el imputado Félix Erdulfo Málaga Torres es representante de la empresa Málaga SA, y Paul Elard Tejeda Moscoso, de Obraina. Igualmente, se ha determinado que las empresas que conformarían el club especialmente Málaga SA y Obraina, han participado en las licitaciones públicas de Provías Nacional.

46. En el caso de Obraina, se ha determinado que participó, independientemente o de forma consorciada, de un total de 10 licitaciones de Provías Nacional entre los años 2011 y 2016. Son particularmente relevantes en el marco de la imputación, especialmente por tráfico de influencias, las siguientes licitaciones: 002-2011-MTC/20, contrato suscrito el 23/11/2011 (como parte del consorcio Integración); 006-2012-MTC/24, contrato suscrito el 20/08/2012 (como parte del consorcio Gestiones Viales del Norte); 024-2012-MTC/20, contrato suscrito el 18/04/2013 (como parte del consorcio Vial Quilca Matarani); 040-2013-MTC/20, contrato suscrito el 12/07/2013; y 033-2012-MTC/20, contrato suscrito el 22/07/2013 (como parte del consorcio Vial San Marcos).

47. En el caso de Málaga SA, esta empresa participó como integrante en 4 licitaciones públicas. De ellas, tres son las más relevantes para la imputación por tráfico de influencias, por estar dentro del periodo de imputación: 008-2011-MTC/20, contrato suscrito el 15/05/2012 (como parte del consorcio Juanjui III); 013-2011-MTC/20 contrato suscrito el 28/05/2012 (como parte del consorcio Mala II); y el 007-2012-MTC/20, contrato suscrito con fecha 06/12/2012 (como parte del consorcio Kishuara III).

48. Otro hecho corroborado es que las licitaciones se habrían efectuado por un precio superior al valor de referencia de las obras en caso todos los casos. El precio alcanzaba el 109% del valor de referencia. Al respecto, si bien las defensas de los imputados Tejeda Mocosco y Málaga Torres han sostenido que le otorgamiento de la bueno por se habría realizado dentro del marco permitido por la Ley de Contrataciones del Estado, lo que debe desatarse es que se verídica la versión del Colaborador de que el valor de los obras era incrementado para financiar los acuerdos ilícitos.

49. En ese sentido, no se está cuestionado que objetivamente se haya licitado por montos fuera del marco de la ley, sino que la constante licitación por encima de los

¹⁰ Elemento de convicción N° 35 y 59.

montos de valor de referencia afectaría la posibilidad de que el Estado licite la obra por un monto menor. No es adecuado sostener, como sostuvieron las defensas, que, en estos procesos, en los que existirían acuerdos previos para asegurar las licitaciones, se otorguen estas por encima de lo permitido legalmente, cuando se esperaría que el monto concertado esté dentro del marco legal, pues, si se excediera este 10% los acuerdos ilegales, se detectarían fácilmente. Estos montos sobre el 100% al valor de referencia, dotaría de sentido a la información proporcionada por el Colaborador respecto a que las empresas integrantes del Club debieron pagar el 2.92% del valor de la obra.

50. Es necesario reconocer que, en los procesos de licitación de obras de ingeniería civil, como los que se vinculan a la presente investigación, las especificaciones técnicas de las obras ya que se encuentran establecidas en las bases, por lo que los aspectos de contratación que son objeto de competencia entre las empresas son sumamente limitados. El más importante de ellos es el precio, en los hechos que nos ocupan, se mantiene, constantemente, por encima del valor de referencia de la obra.

51. Está también debidamente corroborada la existencia de los diferentes lugares donde se habrían renunciado los empresarios integrantes del Club, esto es, el café Balthazar, el Swissotel y las instalaciones de Capeco, aun cuando este último lugar de reunión haya sido preliminarmente desestimado, ello con independencia del valor que se le puede asignar en el análisis pormenorizado de la vinculación que pudieran guardar con cada uno de los imputados.

52. Es relevante, dentro de la información proporcionada por el Colaborador, la identificación que realiza del supuesto intermediario entre constructoras y funcionarios públicos, Prialé de la Peña. Este imputado no es gerente o socio de una empresa constructora que contrate con el Estado ni pertenece a alguna otra empresa conocida, por lo que reconocerlo como intermediario en este caso reviste una especial trascendencia en la valoración de lo indicado por el Colaborador, mientras existan hechos que respaldan esta identificación.

OCTAVO: CON RELACIÓN A LOS AGRAVIOS EXPRESADOS POR LA DEFENSA DE CARLOS EUGENIO GARCÍA ALCÁZAR

53. Uno de los primeros agravios que sustentó la defensa es que el órgano jurisdiccional de primera instancia se ha pronunciado con base en prueba indiciaria sin que esta haya sido postulada por el Ministerio Público, y que, al respecto, no se habrían respetado los lineamientos de la casación 626-2013-Moquegua.

Al respecto, como ya fue señalado líneas arriba, no constituye afectación al principio de congruencia la valoración de los hechos presentados por el Ministerio Público como prueba indiciaria, a pesar de que no fueron señalados como tales explícitamente. El órgano jurisdiccional, al emitir su decisión, no está sustituyendo en modo alguno al Ministerio Público, sino que está cumpliendo con su rol de valorar los hechos introducidos por la Fiscalía al proceso. La defensa, al haber sido notificada con el requerimiento de prisión preventiva, pudo advertir, por sus conocimientos técnicos,

que el fiscal estaba pretendiendo sustentar su requerimiento en los indicios con el que contaba el Ministerio Público respecto de esta investigación.

54. El segundo agravio sustentado en audiencia es que no se habrían tomado en cuenta los contraindicios (que García Alcázar nunca se hospedó en el Swissotel, desde el 2011 al 2014; que nunca habría participado de las reuniones entre empresarios en el café Baltazar, el Swissotel o Capeco; y que no ha sido trabajador o consultor de alguna de las empresas del Club) que podrían en tela de juicio los cuatro datos introducidos por el Colaborador para sustentar la existencia del delito de tráfico de influencias: la existencia de una presunta organización; reuniones de la misma para acordar prelación de adjudicación de las buenas pro a cambio del 2.92% del valor de la obra; reuniones en el café Balthazar, Swissotel y Capeco; y el marco temporal de operaciones de la supuesta organización criminal que sería desde el 2011 al 2014.

Sobre el particular, se debe señalar que, conforme al requerimiento fiscal, no se advierte que la tesis del Ministerio Público esté sustentada en los indicios que la defensa intenta rebatir. Es decir, no se le imputa haber participado de las reuniones o haberse hospedado en el Swissotel, ni haber trabajado para las empresas integrantes del Club. Lo que se atribuye a García Alcázar es haber ejercido influencias sobre funcionarios de Provias Nacional a fin de que se otorgue la buena pro a las empresas del Club, y de que su participación se habría logrado gracias a la influencia ejercida por Rodolfo Prialé de la Peña, es decir, una instigación indirecta por parte de los empresarios integrantes del Club. Así, la omisión en la valoración de los contraindicios antes precisados carece de todo sustento. Como ha señalado el Ministerio Público, estaríamos ante una falacia de conclusión inatingente, en la medida en que se introducen datos equívocos con relación al objeto de discusión¹¹.

55. Lo mismo sucede con los otros contraindicios a que hace referencia, que son los siguientes: que no fueron parte de los Comités Especiales de las licitaciones, que tampoco nombró a sus miembros, y que las licitaciones sería del año 2002 y 2003, porque estos temas tampoco han sido objeto de imputación. Las situaciones posteriores antes y después de que ejerciera el cargo público en Provias no constituye contraindicios, porque, si bien los hechos han sido enunciados por la Fiscalía, no se ha precisado que sirvan de sustento para el delito de tráfico de influencias.

56. Especial atención merece el cuestionamiento respecto de la inferencia que se podría estar realizado en relación con la amistad entre García Alcázar y su coimputado Prialé de la Peña. La defensa precisa que esta relación entre ambos ha sido utilizada como base sobre la cual se habría inferido la participación de García Alcázar en actividades delictivas. Al respecto, cabe indicar que, de la revisión de la recurrida, este Colegiado no advierte que la base de la conclusión a la que llegó la jueza haya estado en la simple relación amical existente entre los imputado, sino en el presunto aprovechamiento de este vínculo para la relación de los actos criminales imputado,

¹¹ “La falacia de *ignoratio elenchio* de conclusión inatingente se comete cuando un argumento que permite establecer una conclusión en articular se dirige a probar una conclusión diferente. La falacia se realiza porque la conclusión se sale del tema.” CÁRDENAS GARCÍA, Jaime. *Los Argumentos Jurídicos y las Falacias*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, p. 196.

dado su condición de Asesor II del Despacho Viceministerial de Transportes del MTC. Dicha condición implicaba suficiente dominio e influencia sobre los funcionarios y servidores públicos de Provías Nacional a cargo de los procesos de selección convocados por la entidad en los que participaban las empresas del Club. Además, debe tenerse en cuenta que a estas personas no solo se les atribuye el delito de tráfico de influencia, sino también el de lavado de activos, lo que evidenciaría, según la tesis fiscal, los pagos que habrían realizado las empresas del Club como consecuencia del tráfico de influencias.

57. A lo anterior es necesario agregar que García Alcázar ha sido sindicado directamente por el Colaborador como el funcionario público con el que se habría entendido el intermediario de las empresas del Club. En tal sentido, el vínculo que se ha advertido entre ambos no es la base de la imputación, sino una corroboración de lo declarado por el Colaborador.

58. Con relación al agravio formulado respecto a la imputación del delito de organización criminal, este punto ya ha sido dilucidado en el considerando sexto. Por ello, carece objeto mayor pronunciamiento al respecto.

59. Además, respecto del delito de lavado de activos, la defensa ha precisado que la valoración de los indicios vinculados con este delito ha sido errónea. Específicamente, se pronuncia respecto de las adquisiciones de dos vehículos, las cuales habrían tenido lugar antes del periodo de imputación sobre el delito de tráfico de influencias. Además, se refirió a las empresas del imputado, Granja Juan Diego Vasco SAC y Agronegocios Procam SAC, indicado que estas no habrían contratado entre ellas o con las empresas miembros del Club.

Con relación al delito de lavado de activos, el Colegiado aprecia que la afirmación realizada respecto de los actos de transferencia vehicular no es del todo certera. Ello es así en tanto, si bien el vehículo marca Honda de placa A5B-166 fue adquirido por Lual Contratista Generales SAC el 21 de mayo de 2020 (fecha que estaría fuera del marco temporal de la imputación por tráfico de influencia), la adquisición por parte del imputado es de 24 de agosto de 2011, fecha que se encuentra dentro del marco de imputación. Resulta relevante reconocer, además, que el vehículo fue adquirido en, aproximadamente, cincuenta mil dólares, y vendido, quince meses después, a tan solo tres mil quinientos dólares, sin que exista justificación alguna para la diferencia abismal entre ambos precios. Se debe valorar también que la adquisición es precisamente a Luan Contratistas Generales SAC, empresa vinculada a su coimputado Prialé de la Peña, con Diego Vasco SAC, y es sindicado como el lobista del Club. Respecto a que esta empresa Agro negocios Procam SAC, no habrían contratado entre ellas o con las empresas miembros del Club; debe señalarse, entonces, que no constituye objeto de imputación por el Ministerio Público y que resulta impertinente al objeto de discusión.

60. Otro de los agravios presentado por el imputado García Alcázar, aunque no fue alegado por su defensor técnico en audiencia, sino en todo caso señalado por él mismo en su intervención en audiencia, fue el vinculado a la valoración del peligro

procesal. Señaló el imputado que no posee capacidad económica y que tiene arraigo familiar, el cual se manifiesta en su esposa e hijos, los cuales, además, presentan necesidades médicas especiales.

Este Colegiado reconoce que, respecto del peligro de fuga, el legislador ha establecido en el artículo 269 del CPP, una serie de criterios que deben ser tomados en cuenta por el juez para evaluar la probabilidad de que el imputado se sustraiga del proceso. Estos son los siguientes: arraigo; gravedad de la pena que se espera como resultado del proceso; magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria de repararlo, el comportamiento del imputado durante el proceso u otro, en la medida en que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y su pertenencia a un organización criminal. Todo ello ha sido precisado en la casación 626-2013-Moquegua. La referida disposición, con relación al arraigo, establece que este deberá ser determinado en función del domicilio, residencia habitual, asiento de familia y de sus negocios o trabajo, así como las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. Es decir, el análisis pasa por determinación de permanencia o no de una persona en virtud de la vinculación a personas y cosas.

61. Otro aspecto que es necesario resaltar es que la existencia de un arraigo que subvierta la previsión de que el imputado rehuirá a la acción de la justicia se debe determinar no solo con la presencia de un núcleo familiar o un domicilio conocido, sino que lo que debe fijarse es la intensidad con la que estos elementos materiales y personales atan al procesado a permanecer en un lugar determinado y someterse a la investigación; por tanto, se requiere de una valoración conjunta de estos criterios, para determinar la calidad del arraigo.

62. En el presente caso, las razones que ha sustentado la jueza de primera instancia no han sido rebatidas de modo alguno en el recurso de apelación o en las audiencias de su propósito. En efecto, la magistrada basó su decisión en la existencia de arraigos de baja calidad y el peligro de fuga, los cuales se sustentan en datos objetivos y particulares al caso que nos ocupa. En tal sentido, subsisten sus viajes constantes al extranjero, los cuales están acreditados a través de su movimiento migratorio. Allí, se parecía una clara facilidad para abandonar el país. El mismo imputado, en la audiencia, señaló que los viajes habrían sido realizados con su familia, lo cual genera mayor convicción en este Colegiado de que la valoración realizada respecto de existirá una facilidad para el imputado de abandonar el país fue correcta.

Con relación a sus arraigos, es verdad que el imputado ha acreditado formar parte de un núcleo familiar; sin embargo, como se aprecia claramente de los elementos de convicción incorporados al proceso, el 26 de abril de 2017 realizó la venta del inmueble que ocupaba con su familia. Esto fue considerado por la jueza como una clara reducción de la intensidad de su arraigo, no solo porque se habría perdido el domicilio familiar estable, sino que, además, le generó liquidez al imputado, con la cual le sería más sencillo abandonar el país o permanecer oculto. En consecuencia, este Colegiado considera los datos objetivos de la venta, la cual fue realizada por un precio de más de un cuarto de millón de dólares (más del doble del valor de compra), por lo que la valoración realizada por la jueza ha sido pertinente respecto de este extremo.

Por todas las razones expuestas, sus agravios deben ser desestimados.

NOVENO: AGRAVIOS PRESENTADOS POR LA DEFENSA RODOLFO PRIALÉ DE LA PEÑA

63. Este Colegiado observa que, en audiencia, la defensa técnica de Prialé de la Peña optó por no sustentar su pretensión de nulidad. Ello, aunado al hecho de que lo alegado por esta al respecto, vinculado a una indebida incorporación de la declaración del Colaborador y los elementos de corroboración, ya ha sido debidamente respondido previamente, hace que no tenga mayor pronunciamiento sobre dicha pretensión.

64. En cambio, si fueron objeto de cuestionamiento en audiencia diferentes elementos de convicción y su aporte para la convicción formada por la jueza de primera instancia. El primero de los elementos cuestionados fue el dato del alojamiento del imputado Prialé de la Peña en el Swissotel. La defensa alegó dos puntos: en primer lugar, que los alojamientos no tienen cercanía con las fechas de las coincidencias señaladas por el Ministerio Público entre reuniones de los empresarios del Club con la convocatoria de obras públicas de Provías Nacional; en segundo lugar, que dichos alojamientos, considerados sospechosos en tanto Prialé de la Peña tiene domicilio en Lima, habrían sido con su esposa.

65. Con relación al primer punto, cabe indicar que la fecha de los alojamientos ajada temporalmente de las coincidencias no dice mucho. Como se aprecia del requerimiento fiscal, el valor que se asignó a los alojamientos en el Swissotel surge del hecho de que este es uno de los lugares identificados por el Colaborador como de reunión para los empresarios del Club. Ello, aunado al hecho de que Prialé de la Peña domiciliaba en Lima, convertía dichos alojamientos en sospechosos, no su cercanía con alguna convocatoria a licitación.

66. En lo relacionado con el segundo punto, respecto de que se alojaba en dicho hotel con su esposa, este Colegiado observa que su mención en audiencia ha sido la primera vez que la defensa alega este dato. En audiencia de primera instancia, y su requerimiento escrito, no realizó ninguna precisión en este sentido. Además, dicha aseveración no está documentada o respaldada de ninguna manera. Finalmente, también es necesario anotar que este indicio debe valorarse en conjunto con todos los demás. Resulta resaltante que, aun si se asumiera la tesis del alojamiento del Prialé de la Peña y su esposa, existiendo tanto posibles hoteles para que Prialé de la Peña y su esposa se hospedaran, en dos oportunidades, en años diferentes, lo hicieran en el mismo hotel señalado por el Colaborador eficaz como lugar de reunión de las empresas del Club de cuales Prialé sería intermediario.

67. Además de lo ya señalado, merece especial atención por parte de este Colegiado un elemento de convicción aportado por el Ministerio Público, introducido al debate de la prisión preventiva y tomado en cuenta por la jueza en la resolución impugnada, que además no ha sido cuestionado en modo alguno por la defensa de Prialé de la Peña: la agenda-Calendario recuperada en el allanamiento del inmueble sitio en calle Las Ágatas 175, departamento 507, Club El Golf Los Incas. Las anotaciones más

relevantes, para los fines que nos ocupa, serían las que corresponden a los meses de enero de 2012, en el que se observa “Odebrecht Milton pago \$10 000 Carlos García”; marzo “\$10 000 Punta Sal García Alcázar, día viernes 3000 Reynoso”; abril “\$10 000 García”; mayo, “García 2 000”; 19 de mayo, “5000Garcia Nostre”; 12 de junio, “200 García”; 25 de junio, “García S/. 15000”. Estas anotaciones vincularían de una manera más notoria al imputado con García Alcázar y las anotaciones vincularían de una manera más notoria al imputado con García Alcázar y las empresas miembros del Club. Esta agenda atribuida a Prialé de la Peña no ha sido objeto de cuestionamiento por la defensa en el recurso de apelación, por lo que el razonamiento de la jueza para la vinculación establecida en primera instancia mantiene su mérito.

68. Con relación a la indebida apreciación del vínculo existente entre el imputado Prialé de la Peña con García Alcázar, este Colegiado se remite a lo ya señalado al respecto con relación a los agravios de este. Además de ello, corresponde, anotar una inconsistencia en lo reclamado por la defensa. Señala que no se habría acreditado reuniones o llamadas que lo vinculen de forma irregular con García Alcázar. Sin embargo, al mismo tiempo, reconoce que ambos vivieron como vecino de mismo condominio, cercanía que haría absolutamente innecesaria una comunicación telefónica o una reunión en otro espacio como las reclamadas por la defensa, para realizar las gestiones ilícitas que se le imputan.

Por lo demás, no habiéndose cuestionado el peligro procesal ni el resto de los presupuestos de la prisión preventiva en el recurso admitido a esta segunda instancia corresponde desestimar la impugnación.

DECIMO: AGRAVIOS DE LA DEFENSA DE TEJEDA MOSCOSO

69. La defensa del imputado Tejeda Moscoso ha señalado, en primer lugar, que los elementos de convicción utilizados para generar la convicción de la comisión de los delitos que se le imputan han sido indebidamente valorados por ser pocos, periféricos e insipientes, con lo cual estaríamos ante una motivación insuficiente en la recurrida.

El Colegiado no comparte la tesis de la defensa, en tanto que respecto a este imputado existen elementos de convicción fuertes que lo vinculan con los hechos materia de investigación. En efecto, el imputado Tejeda Mocosos resulta ser representante de la empresa Obrainsa, hecho admitido y de fácil comprobación a través de la información pública (contenida en los registros públicos), debidamente verificada por el Ministerio Público (contenida en los registros públicos), debidamente verificada por el Ministerio Público, conforme a los elementos de convicción que sustentan el requerimiento¹². Otro hecho cierto es que esta empresa se consorcio con la empresa Odebrecht para participar en la licitación pública N°06-2012-MTC/20, suceso que permite inferir que el Colaborador tenía un conocimiento más directo e inequívoco de este imputado; y es en estas condiciones en que lo consigna como uno de los partícipes del Club, en calidad de representante de la empresa Obrainsa.

¹² Elemento de Convicción N° 35.

70. La defensa ha pretendido cuestionar la vinculación realizada por el Ministerio Público con los hechos atribuidos, al señalar que el estatus de representante que ostenta Tejada Moscoso constituiría un indicio equivoco, en la medida en que existen otros representantes de Obrainsa, lo cual también se aprecia de la información registral correspondiente. Ello, *prima facie*, podría llevar a dudar de si podrían ser los otros representantes quienes participaran de las licitaciones directamente. Sin embargo, se puede apreciar, en el contrato de ejecución de obra correspondiente a la licitación N° 75-2013-MTC/20, que este fue suscrito por el imputado¹³, lo cual lo convierte en un representante no solo de Obrainsa, sino también un corepresentante del consorcio al cual se adjudicó dicha obra. Ello implica que tuvo una participación directa en las licitaciones en las que participó la empresa que representaba.

En tal sentido, el alegato de la defensa, respecto a que el elemento de convicción consistente en la ficha registral del Obrainsa no tendría ningún valor, pierde fuerza. Mientras se considere en conjunto con los contratos presentados, así como con los otros elementos de convicción, como las reuniones (reconocidas por la misma defensa, y sobre las cuales ya se hizo mención en el considerando cuarto de esta resolución), este Colegiado estima que el valor de dicho indicio sí aporta a la generación de la convicción que funda a la decisión recurrida.

71. La defensa también se pronunció sobre las llamadas acreditadas salientes del teléfono de Prialé de Peña hacia la línea de Tejada Moscoso, señalado que estas se produjeron en noviembre y diciembre de 2014, fecha para la cual su coimputado García Alcázar ya no detentaba cargo público. Al respecto, cabe señalar que, el contrato de ejecución de obra N° 75-2013-MTC/20 tenía un plazo de ejecución de 720 días en ejecución. Ello resta importancia al momento específico, pues es razonable que se mantengan las comunicaciones mientras existan contratos en ejecución.

72. También ha hecho mención la defensa a la coincidencia consignada respecto de los consumos en el Swissotel y las convocatorias a licitación públicas de las obras a cargo de Provías Nacional, señalado que la convocatoria es solo un acto al interior de un proceso de contratación pública, el cual empieza mucho antes de esta. Al respecto, este Colegiado debe resaltar la especial relevancia que tiene la convocatoria dentro del proceso de licitación, pues no se trata de un simple acto administrativo, sino que es el más importante dentro de dicho proceso. En tal sentido, no puede darse valor a este argumento.

73. La defensa ha cuestionado también la inferencia lógica realizada por la jueza de primera instancia respecto a la constante contratación de las obras por encima de valor referencial, al indicar que ello estaba legalmente habilitado y no era irregular. Al respecto, este Colegiado ya se ha pronunciado previamente, en el considerando séptimo, por lo que no corresponde mayor desarrollo en este punto.

Con relación al peligro de fuga, la defensa ha señalado que los arraigos del imputado estarían debidamente acreditados; que el movimiento migratorio no aporta al juicio de

¹³ Contenido en el elemento de convicción 42.

determinación del peligro procesal, en tanto que la simple facilidad de salir del país no puede ser considerada como un factor de peligro, especialmente teniendo en cuenta que el imputado siempre ha regresado al país; y que sus viajes eran breves y relacionados a su trabajo. También ha señalado que, en la recurrida, se asignaría ilegítimamente una consecuencia negativa al ejercicio regular de un derecho (puesto que rehuir la propia detención es una conducta amparada por la ley) al haber determinado que tendría capacidad de ocultamiento, en tanto que estar “no habido” sería lo mismo que estar oculto”.

74. Al respecto, dicho argumento debe ser rechazado, porque del ejercicio legítimo de un derecho sí se pueden establecer factores que determinen la existencia de peligro procesal. El carecer de arraigo, la capacidad acreditada de ocultamiento o la facilidad para abandonar definitivamente el país –elementos recogidos normativamente como configuradores del peligro procesal, por ejemplo-, no revisten ningún tipo de ilegalidad. El Código Penal no permite la persecución por el rechazamiento de la propia detención, pero el hecho de que una conducta no está criminalizada no impide que pueda generar consecuencias no deseadas para quien las realiza. Aquí, corresponde destacar lo afirmado por el fiscal superior en audiencia, en el sentido que debe diferenciarse el aspecto sustantivo (es decir, la naturaleza criminal o no de un acto) y el procesal (vinculado a la valoración de la conducta desplegada con relación a los presupuestos procesales de la medida cautelar). En efecto, no es el hecho de evitar la detención lo que se valora (como una conducta procesal negativa), sino el hecho de que el sujeto todavía no puede ser ubicado (como capacidad de permanecer oculto). Esta conclusión encuentra sustento normativo en el artículo 269 del CPP, en cuyos incisos 1 se mencionan “facilidades para permanecer oculto”. En tal sentido, el agravio no puede ser atendido.

75. Respecto del movimiento migratorio, debe señalarse que, aunque es cierto que el imputado ha salido y regresado al país, y que no sería su intención permanecer en el extranjero, consideramos que el criterio definitivo que aporta el peligro de fuga es la capacidad de salida del país una vez que se verifique peligro de perder su libertad ambulatoria. Por tanto, tampoco es relevante la naturaleza laboral o familiar de los viajes.

76. La defensa también alega que no se ha valorado la fianza y la caución entregadas de forma voluntaria, precisando que demuestran un interés de someterse al proceso penal. Este colegiado estima que, no solo es verdad lo indicado por la magistrada en primera instancia, respecto a que el monto y la fianza real ha sido entregados sin mediar resolución judicial, de forma unilateral, sino que además revelan una capacidad de disposición económica significativa de parte del imputado. Por otro lado, dado el peligro procesal que fue hallado en primera instancia, el ofrecimiento de una caución es impertinente, en tanto el grado de necesidad determinado por la jueza supera el que sustentaría la imposición de una caución. En tal sentido, al entender que era necesaria la prisión preventiva, no corresponde sino rechazar el ofrecimiento de someterse a una medida de menor intensidad.

77. Con respecto a la falta de antecedentes, este es, en efecto, un hecho cierto. Sin embargo, existen otros factores, además de los ya señalados, previstos en la norma procesal que aportan a la valoración del peligro de fuga, y que en el presente caso no abonan en favor del imputado. La gravedad de la pena probable a imponerse sería sumamente elevada, puesto que se trataría de un concurso de delitos. Fue también observado y valorado por la jueza de primera instancia el hecho de que se le atribuye al imputado y valorado por la jueza de primera instancia el hecho de que se le atribuye al imputado Tejeda Mocosó el pertenecer a una organización criminal, criterio también reconocido legalmente como configurador del peligro procesal.

Tampoco abonan a su favor la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria para repararlo, en tanto que las obras adjudicadas a Obrainsa, solo en el periodo comprendido entre 2011 y 2014, llegan a alcanzar un valor aproximado de mil quinientos millones de soles. Si se tienen en cuenta el 2.92% que se estaría pagando a los operadores de los acuerdos ilícitos, se obtiene un monto de 43 millones y medio de soles. Esta cifra sería un favor clave en la determinación del perjuicio causado.

En conclusión, los elementos de convicción valorados en su conjunto configuran, a criterio de la jueza y de este Colegiado, razones válidas para sostener que existen peligro de fuga.

78. Finalmente, la defensa se ha referido a una ausencia de proporcionalidad en la medida impuesta. Al respecto, señala que no se habría motivado debidamente los aspectos relativos a la idoneidad de la medida ni a su necesidad. En lo que respecta a la idoneidad, el Colegiado considera que no requiere mayor argumentación, en tanto, al exigir este subprincipio, por un lado, que la medida de intervención de los derechos fundamentales tenga un fin constitucionalmente legítimo, y, por otro, que sea idónea para lograr este fin, ambos aspectos se verifican en una prisión preventiva. Lo anterior se desprende de que la finalidad de esta medida es el aseguramiento del imputado respecto a la ejecución de la pretensión punitiva, fin que resulta legítimo, en tanto el Estado tienen legitimidad (e, incluso, la responsabilidad) de perseguir y sancionar delitos. Ello en tanto es una función del Estado, de conformidad con el artículo 44 de nuestra Constitución, no solo garantizar la vigencia de los derechos ciudadanos, sino también proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación. Una de las manifestaciones de esta función es la persecución de conductas que menoscaban bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. A su vez, tampoco puede ponerse en tela de juicio que la medida permite mantener al imputado sometido al proceso.

79. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el subprincipio de necesidad implica que toda medida de intervención de los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma

idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto¹⁴. Este principio implica la comparación del posible uso de medidas previstas por la norma –en este caso, medidas coercitivas– a fin de determinar cuál es la menos gravosa pero que pueda asegurar el cumplimiento de los fines perseguidos.

Al respecto, corresponde indicar que nuestra norma procesal penal ha establecido más de una medida coercitiva para asegurar el sometimiento de un imputado al proceso. En el presente caso, si bien es cierto la defensa reclama el uso de una medida de comparecencia con restricciones, habiendo incluso consignado una caución económica y carta de fianza, debe atenderse a los factores que sirven para configurar el peligro de fuga ya expuestos, por lo que este Colegiado considera que la prisión preventiva dictada en primera instancia es necesaria, ya que permitiría asegurar el sometimiento del imputado a este proceso. Por ello, este agravio debe ser desestimado.

DÉCIMO PRIMERO: RESPECTO A LOS AGRAVIOS DE LA DEFENSA DEL IMPUTADO MÁLAGA TORRES

80. En su recurso de apelación, la defensa manifestó agravios relacionados a diversos errores de la recurrida. Entre ellos, la admisión de la declaración del Colaborador y de los actos de corroboración realizados por el Fiscalía. Asimismo, la valoración del estándar probatorio de sospecha grave, el juicio de probabilidad calificada de peligro procesal y la falta de determinación de la razonabilidad de la medida impuesta. En audiencia la defensa dio prioridad a los tres últimos puntos. El primero de ellos se encuentra relacionado con los elementos de convicción; el segundo, al peligro procesal; y el tercero, a la razonabilidad de la medida. Estos agravios se analizarán en este orden, y se deja constancia de que la defensa tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de los dos primeros puntos en la estación de réplicas.

81. En cuanto al primero tema objeto de análisis, la defensa sostuvo que el conocimiento del Colaborador respecto a que el imputado era representante de Málaga SA era un indicio equívoco, en tanto dicho conocimiento podría haber sido adquirido por ser miembro del Club, o por su pertenencia al rubro de la construcción. Por ello, señala que la inferencia no puede establecerse de forma certera. Al respecto, cabe indicar que el Ministerio Público precisó que el señalamiento no era como representante de Málaga SA, sino como representante de esta empresa dentro del Club; si ello es así, es respecto de esta sindicación que deben evaluarse los elementos de convicción ofrecidos. En esa línea de razonamiento, con relación a este punto, se verifica de la transcripción de la declaración del Colaborador que este señaló a Félix Málaga Torres como representante de la empresa Hermanos Málaga Constructores SA, al igual que lo hizo respecto de otros trece representantes, entre ellos, su coimputados Paul Tejada Moscoso. Motivos por lo cual se desestima este agravio.

¹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003, p.374.

82. La defensa también alegó inexistencia de irregularidades en las tres obras adjudicadas a Málaga SA en el periodo materia de imputación, lo cual vendría corroborados por la falta de informes de control emitidos por los organismos competentes. Al respecto, este Colegiado estima pertinente resaltar que nos encontramos en una etapa inicial del proceso en que las pericias o informes no siempre se logran obtener, y por tanto la decisión judicial debe tomarse sobre la base de “los primeros recaudos” que contempla el artículo 268 del CPP. Con relación a la contratación de obras por encima de su valor referencial, este Colegiado ya se ha pronunciado sobre la validez de la inferencia realizada por la jueza en primera instancia, por lo que carece de objeto emitir nuevos pronunciamiento.

83. Asimismo, la defensa aludió a la posible existencia de una colusión horizontal entre empresas del sector construcción, señalado que este sería un caso de prácticas anticompetitivas, lo que sería un “hecho institucional”, que solo podría probarse a través de una resolución de Indecopi, por ser la entidad competente. Este argumento no es de recibo por cuanto ello significaría admitir que, en todos los supuestos de responsabilidad penal en el ámbito de la administración pública, no podría investigarse a una persona si no existe una decisión administrativa que determine algún tipo de responsabilidad o una práctica administrativa ilícita. Si bien es cierto que la resolución de Indecopi es requisito indispensable para la imposición de una sanción por la comisión de una infracción administrativa, esta es independiente de los fines que se persiguen en el proceso penal. Por el contrario, se estaría estableciendo una cuestión previa no contemplada en la ley. Lo objetivo en este extremo es que las obras se adjudicaron, y la jueza extrajo una inferencia razonable de que la competencia en el sector construcción pareciera reducida. Por las razones expuestas, los dos agravios analizados se desestiman.

84. Por otro lado, la defensa refiere que de las coincidencias legadas por el Ministerio Público entre consumo y reuniones en el Swissotel y el café Balthazar, ninguna de ellas está relacionada con su patrocinado o con la empresa Málaga SA. El Ministerio Público respondió que este indicio sí debía considerarse, en tanto se trata de una imputación por organización criminal. Sobre este punto, el Colegiado ha verificado que, en efecto, no se han aportado como elemento de convicción documentos o comprobantes de pagos (boleta o facturas) que vinculen al imputado Málaga Torres con reuniones que habrían tenido lugar en dichos lugares. Si bien no deja de ser razonable que los indicios presentados respecto de una organización criminal afectan la pluralidad de sus miembros, esta afectación no es igual para todos ellos. Es decir, las inferencias que pueden extraerse razonablemente de los hechos que afectan a unos sujetos de la supuesto organización criminal, no puede extenderse de forma general a todos ellos.

85. Efectuadas estas precisiones, se advierte, conforme a la imputación fiscal y a los elementos de convicción presentados, que la empresa Málaga SA ha participado en el periodo de imputación en tres obras. En ese orden, el indicio general de que diversas empresas, entre ellas Málaga SA, contrataron con Provías Nacional entre los años 2011 y 2014, se encontraría acreditado. Sin embargo, al no haberse aportado elementos que acrediten la presencia de Málaga Torres en las reuniones objeto de

imputación, no podría, por ahora, vincularse ninguna de las convocatorias de las obras adjudicadas a Málaga SA con las reuniones a que alude el colaborador, a diferencia de lo que sí ocurre con su coimputados Tejada Moscoso, respecto de quien sí se aporta, como elemento de convicción un comprobante de pago de consumo del café Balthazar. Estando a lo anotado, este argumento de la defensa es de recibo por el Colegiado.

86. En relación con el indicio consistente en una llamada telefónica efectuada entre Málaga Torres y Prialé de la Peña en setiembre de 2014, la defensa sostiene que no debe ser tenida en cuenta ya que se dio fuera del periodo en el que García Alcázar ejerció cargo público en Provías Nacional. Sobre este punto, el Colegiado no parecía de la recurrida, que se haya establecido con los actos de corroboración realizados hasta el momento, una vinculación de esta llamada con algún proceso de ejecución de las tres obras adjudicadas a Málaga SA, lo que se corrobora con los dos contratos de ejecución de obras aportados por el Ministerio Público que datan del año 2012. Se precisa que el periodo de ejecución de obra, en un caso es de trescientos sesenta días (LP N° 0013-2011-MTC/20), y en otro de quinientos cuarenta días (LP N° 008-2011-MTC/20), lo cual evidencia que a la fecha de llamadas habría vencido el plazo de ejecución dichos contratos. A esto se debe agregar que verificados dichos contratos, estos no han sido suscritos por el imputado Félix Málaga Torres. Esta situación difiere de la del imputado Tejada Moscoso, respecto de quien se han presentado elementos de convicción que acreditarían llamadas telefónicas con su coimputados Prialé de la Peña durante el periodo de ejecución de la obra que se le atribuye a la empresa que representaba (Obrainsa), en cuyo contrato este imputado sí aparece firmado como representante de esta. En consecuencia, el proceso comunicativo que se atribuye a Málaga Torres y Prialé de la Peña no puede ser valorado como un elemento de convicción que crédito la sospecha grave que se requiere para la privación de libertad, por lo que se estima este agravio.

87. En este extremo, es necesario anotar que, en la audiencia de apelación, el fiscal superior, al amparo de la casación N° 216-2016-Santa del 12 de agosto de 2016, solicitó introducir un elemento de convicción relacionado con esta llamada, consiste en la anotación hallada en la agenda del imputado Prialé de la Peña, específicamente al lado izquierdo del ordinal 15 del mes de octubre del año 2012, en la que figuraba el nombre “Félix” y a continuación el número telefónico “995644242” el cual se le atribuye al imputado Félix Málaga Torres, a fin de que se sometiera a un mínimo de contradicción. La defensa del imputado Málaga Torres se opuso al pedido del representante del Ministerio Público, aduciendo que dicho elemento de convicción no fue ofrecido en el requerimiento de prisión preventiva ni fue objeto de debate en la audiencia de su propósito.

En ese escenario y sobre la base de la preguntas que se le formulara al Fiscal Superior, este indicó que el acta de deslacrado de especies del imputado Rodolfo Edgardo Prialé de la Peña se habría realizado el 16 de enero de 2018, es decir, en fecha anterior a la realización de la audiencia de prisión preventiva que se llevó a cabo el día veinticuatro de enero de dos mil ocho. Esto evidencia que el Ministerio Público pese a contar con dicho elementos de convicción no lo ofreció oportunamente ni en su

requerimiento ni menos e debatió en la audiencia de prisión preventiva. Por esta razón no se admitió su actuación en sede de apelación.

88. De otro lado, el fiscal superior pretendió justificar dicha incorporación sobre la base del hecho de que dicho elemento de convicción sí había sido evaluado en el fundamento 21 del considerando tercero, sin embargo, tanto de la resolución impugnada como de la escucha de los audios correspondientes no se aprecia ninguna información ni debate relacionados con la anotación del nombre “Félix” y del número telefónico “995644242” que el Ministerio Público le atribuye al imputado Málaga Torres.

Esa es la razón por la cual este Colegiado no admitió la pretensión del Ministerio, debiendo precisarse que la Casación N° 216-2018-Santa solo asume la posibilidad de que en sede de apelación se introduzcan actos de investigación actuado con posterioridad al auto de prisión preventiva emitido por el juez de primera instancia, situación que no ocurrió en el presente caso. Sin embargo, debe quedar claro que esto no significa que el Ministerio Público en el decurso de su investigación realice actos de investigación relacionados con dicho elementos de convicción.

89. Como balance de lo señalado en los fundamentos 84 a 88, este Colegiado no afirma que la declaración del Colaborador sea falsa, sino que el Ministerio Público, hasta el momento no habría cumplido con presentar elementos que lo corroboren suficientemente como para tenerse por cumplido el presupuesto que el artículo 268, inciso 1, del CPP exige. En tal sentido, siendo copulativo los presupuestos de la prisión preventiva, no corresponde hacer uso de esta, sino de una medida diferente prevista en la norma procesal penal. En consecuencia, consideramos innecesario pronunciarse sobre la proporcionalidad de la prisión preventiva impuesta en primera instancia.

90. Esta Sala, sin embargo, al tener que determinar cuál sería la medida a imponer en el caso concreto –evaluando la alternativa entre comparecía simple o restringida– estima necesario evaluar el peligro de fuga. Por ello, resulta pertinente emitir pronunciamiento con respecto a la ausencia de peligro de fuga que alega la defensa bajo el argumento de que la resistencia a la detención constituye el ejercicio legítimo de un derecho, y, por ende, no puede generar una consecuencia negativa como la imposición de una medida de prisión preventiva. Al respecto nos remitimos al fundamento 74, en el cual se establecen precisiones en relación a la distinción entre el derecho a la resistencia frente a la detención, y la posibilidad de ocultamiento como manifestación del peligro procesal.

En ese sentido, debe agregarse que los demás factores de peligro procesal señalados por la jueza de primera instancia para amparar el requerimiento de prisión preventiva, tales como la gravedad de la pena y la facilidad para abandonar el país, subsisten. Sin embargo, al no haberse satisfecho cabalmente las exigencias del artículo 268, inciso 1 del CPP, la medida razonable y proporcional es al de comparecencia con restricciones de acuerdo con el artículo 287 del CPP.

91. Entre las restricciones a imponer consideramos la obligación de dar cuenta periódica de sus actividades cada quince días, los días 15 y 30 de cada mes. Asimismo, atendiendo al estado de la investigación y a la presunta existencia de una organización criminal, se justifica adoptar las medidas para que la actividad investigativa y probatoria, se realice sin ningún tipo de perturbaciones. Por ello, se hace necesario imponer la prohibición de comunicación con sus coimputados por este delito y todas las personas que de una u otra manera estén involucradas con la presente investigación. Además, es pertinente fijar la prohibición de concurrir a los locales de las empresas que serían integrantes del Club, así como de los domicilios de sus representantes. Es igualmente importante reducir la posibilidad de que el imputado abandone el país atendiendo a las facilidades que tiene para ello, por lo que esta Sala estima necesario la restricción de la imposición del impedimento de ausentarse de la localidad en la que reside sin previa autorización judicial. Toda ellas bajo apercibimiento de aplicarse el artículo 287 del CPP, que establece la imposición de la prisión preventiva en caso de su incumplimiento.

92. Finalmente, para el aseguramiento de las restricciones impuesta, esta Sala estima necesario fijar una caución económica para cuyo efecto debe tenerse en cuenta la naturaleza de los delitos imputados, la capacidad económica del imputado, quien es titular de inmueble de gran valor y ha sido representante legal de una empresa de construcción conocida, a la cual se le han adjudicado importantes obras públicas; y la gravedad del daño que se habría causado al Estado. En ese sentido, corresponde la imposición de una caución ascendente a un millón de soles, que debe pagarse dentro de un plazo de siete días naturales de notificada la presente resolución, bajo apercibimiento de revocarse la medida de comparecencia restringida e imponerse la prisión preventiva.

DÉCIMO SEGUNDO: SOBRE LOS AGRAVIOS DE LA DEFENSA DE HUMBERTO PREVOO NEIRA

94. Tal como se precisó en la parte expositiva, la defensa del imputado Prevoo Neira cuestiona la existencia de graves y fundados elementos de convicción del delito imputado, la prognosis de pena, el peligro procesal, proporcionalidad de la medida y duración de esta, por lo que serán estos los aspectos objeto de análisis.

95. En cuanto a los graves y fundados elementos de convicción, la defensa alega que se habrían vulnerado el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa del imputado, porque del relato fáctico de los hechos que realiza el Ministerio Público no se advierte una vinculación con el delito de lavado de activos, sino una sospecha respaldada por información pública, referida a operaciones comerciales de carácter legal. Este argumento no puede ser compartido por el Colegiado, porque el delito de lavado de activos que se atribuye se sustenta en la utilización de las empresas Triple P Agraria SAC, Lual Contratistas Generales SAC y Terrapuerto Plaza Wari SAC, con la finalidad de hacer ingresar al sistema económico los efectos del delito de tráfico de influencias, dándoles la apariencia de legalidad a través de una supuesta actividad económica de las citadas empresas. Igualmente, sostiene que no existe evidencia para atribuirle la comisión del delito de lavado de activos, porque los diez elementos

de convicción que ha presentado la Fiscalía constituyen información pública que no sirve para vincularlo con este delito.

96. Al respecto, debe tenerse en cuenta también que en los esquemas de blanqueo de capital se hace uso de mecanismos legales; por lo tanto, es también natural que los contratos de los que los blanqueadores hacen uso, estén contenidos en documentos privados y públicos. Esto es precisamente lo que logra la finalidad criminal de dar apariencia de legalidad a los activos de origen delictivo. En tal sentido, las transacciones y la gestión de empresas, especialmente, tienen carácter público pero ello no reduce en lo absoluto su capacidad para vincularlo con el delito de lavado de activos, si dichos actos no se justifican fácticamente.

97. La defensa cuestiona, de manera genérica, la vinculación que se habría establecido entre Prevoo Neira y operaciones de lavado de activos, al afirmar que no se habrían verificado las operaciones de intercalación continua y diversificada de bienes ya sometidos a una primera modificación cualitativa, por lo que no se configuraría el tipo objetivo de delito. Señala, además, al respecto, que el fiscal incurre en incongruencia al sostener que las empresas Terrapuerto Wari SAC y Lual Contratistas Generales SAC fueron constituidas como empresas de fachada para ocultar y lavar dinero, al haberse constituido las mismas con anterioridad a la formación del Club.

98. Sobre este agravio, el Colegiado no puede amparar el razonamiento planteado por la defensa, en tanto ha quedado acreditado, y señalado en la recurrida, que existe una vinculación comercial bastante clara entre Prialé de la Peña y Prevoo Neira, la que tiene relación con las empresas antes señaladas, de las cuales Prevoo es socio, y gerente general de una de ellas, especialmente cuestionada, Lual Contratistas SAC. Esta empresa habría realizado actos comerciales, al menos con Casper Equities SA, ambas bajo control de Prialé de la Peña, habiéndose logrado obtener como medios de convicción actos de transferencia que generan una alta sospecha de los delitos imputados, como : la compra del vehículo de placa C9K-377, de marca BMW, adquiriendo en \$115 000.00, en agosto de 2012, y transferido en abril de 2014 a Casper Equities por \$60 000.00 (poco más de la mitad del valor de la venta); así como la venta del vehículo de placa A5B-166, de marca Honda, a García Alcázar, por el precio de \$3 500.00, en agosto de 2011, que habría sido adquirido 15 meses antes en \$49 940.00; asimismo, la venta efectuada el 30 de setiembre de 2011, de otro vehículo de marca BMW, de placa B9Y-177, al precio de \$17 000.00, A Alejandra del Pilar Prialé Flores (hija del imputado Prialé de la Peña), que habría sido adquirido 8 meses antes por la suma de \$36 000.00, con una diferencia. Lual Contratistas Generales, además, vende, el 20 de noviembre de 2014, el inmueble ubicado en San Borja Sur 208 a la empresa Gasper Equities, que la defensa asumió en audiencia de primera instancia como manejada por Prialé de la Peña.

99. Estas trasferencias realizadas entre las empresas, los imputados (y uno de sus familiares), a precios de compra y venta marcadamente diferente, constituyen una base razonable para sostener la imputación del Ministerio Público respecto al lavado de activos. En todo caso, cabe señalar que la constitución de las empresas, que fue

previa al año 2011, no es el centro de la imputación por lavado de activos, sino bien cómo fueron utilizadas las empresas. Así, no puede admitirse la tesis de que la imputación sea genérica o carente de sustancia.

100. Asimismo, conforme se advierte del acta de primera instancia, corroborada con la escucha de los audios correspondientes, el representante del Ministerio Público formuló imputación respecto de Prevoo Naira, y señaló que la empresa de la cual era gerente general y representante, Lual Contratista Generales SAC, habría suscrito un contrato ficticio con la empresa integrante del Club Queiroz Galvao, de fecha 20 de agosto de 2013. Dicho contrato, que obra a folios 1897, hace referencia a las facturas obrantes a folios 1916, 1917 y 1921, por \$ 139 500.00 cada una, y tiene relación con el contrato de ejecución de obra N° 46-2013-MTC/20, "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Yauri-Negromayo-Imata Tramo DV. Imata-Oscollo-Negromayo". Esta imputación no ha sido rebatida por la defensa técnica, y debe relacionarse con la otra formulada por el Ministerio Público respecto de que la empresa Lual Contratistas Generales SAC, era utilizada para recibir los pagos que habría acordado el Club para el aseguramiento del otorgamiento de la buena pro de las obras.

Es de resaltar, en este caso, que la atribución de una naturaleza ficticia del referido contrato está reforzada por el hecho de que Lual tienen un capital social de S/ 10 000.00, y, sin embargo, realizó un contrato por \$1 357 390.00 respecto de una obra, adjudicada por Provías Nacional y que es objeto de investigación en la presente causa; y con una empresa vinculada al Club. Además, tanto la fecha de suscripción del contrato como la emisión de las facturas corresponden al periodo de imputación del delito de tráfico de influencias.

101. No está de más anotar que el delito de lavado de activos es un delito autónomo, y que en este caso concreto, la conducta atribuida al imputado Prevoo Neira resultaría sumamente reprochable, teniendo en cuenta que era la empresa que servía, según el Ministerio Público, de fechada para lavar los activos provenientes de millonarios contratos ilícitamente adjudicados a las empresas del Club.

102. En lo relacionado con la prognosis de la pena, arguye que al no existir elementos de convicción graves y fundados que vinculen a su patrocinado con el delito de lavado de activos que se le atribuye, no puede sostenerse que se le va a imponer una pena, por tanto, no se cumpliría este requisito. Al respecto, el argumento no puede admitirse en tanto el examen de prognosis de pena depende de la previa corroboración del primer presupuesto de la prisión preventiva, referido a la existencia de elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito que le atribuye el Ministerio Público. Estos elementos, como ya se señaló precedentemente, existen, y han sido debidamente apreciados en primera instancia.

103. Sobre el peligro procesal, señala haber presentado documentación que acreditaría su arraigo de calidad, debiendo tenerse en cuenta las obligaciones adquiridas en sus relaciones privadas, familiares y laborales. Señala también que carece de antecedentes, por lo que no es una persona con inclinaciones delictivas. Asimismo, alega que no puede ser considerada para este fin la gravedad de la pena,

porque con los elementos de prueba presentados por el Ministerio Público no existe probabilidad de una condena, sino de una absolución. Tampoco puede considerarse el daño causado, porque el fiscal ha efectuado una argumentación genérica, sin precisar si el daño es de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Igual sucedería con la vinculación a una organización criminal, porque al respecto existe evidente contradicción, al no atribuírsele ser parte de la organización criminal. Finalmente, alega que de su condición de “no habido”, no puede establecerse peligro procesal.

104. Al respecto, este Colegiado observa que, en la recurrida, se valora el contrato de arrendamiento presentado por la defensa como elemento que acreditaría su arraigo, señalándose que este, por el contrario, demostraría un arraigo débil, al tratarse de un simple arrendamiento, no habría acreditado convivir en una unidad familiar, y tampoco habría acreditado más relaciones laborales que aquellas establecidas con las empresas cuestionadas. Igualmente, se aprecia que el imputado permanece todavía oculto, siendo aplicable el mismo razonamiento antes expuesto por este Colegiado, respecto de sus coimputados que han efectuado la misma alegación. La probabilidad de la pena también abona a la existencia de peligro de fuga, en tanto que, si bien solo se le atribuye un delito, este tiene como extremo mínimo la pena de 8 años.

105. Con relación a la proporcionalidad de la medida, arguye que la prisión preventiva es completamente desproporcional, porque en tal condición no podría contribuir activamente en el esclarecimiento de los hechos y vulneraría la prohibición en exceso, sobre todo si existe una evidente ausencia de suficientes y graves elementos de convicción. Este Colegiado tampoco encuentra sustento en los argumentos de la defensa, en tanto que la medida es sin duda idónea (por los argumentos señalados con anterioridad), y, ante la falta de arraigo, la gravedad de la pena y la capacidad de ocultamiento del imputado, la necesidad también habría quedado acreditada. El extremo del cuestionamiento respecto de la proporcionalidad y el plazo que realiza la defensa descansa sobre la base de que los elementos de convicción sería escasos y de baja intensidad, lo cual ya ha sido debidamente respondido en la recurrida, respuesta que este Colegiado estima no rebatida.

Por todo lo anterior, esta Sala considera que la impugnación interpuesta debe ser desestimada.

DÉCIMO TERCERO: CONCLUSIÓN

Conforme el análisis realizado, esta Superior Sala llega a la conclusión de que deben desestimarse los recursos de apelación presentados por Carlos Eugenio García Alcázar, Rodolfo Edgardo Priale de la Peña, Elard Paul Tejeda Moscoso y Humberto Prevoo Neira, y, en consecuencia, confirmar, en este extremo, la resolución venida en grado, sin que resulte necesario dar respuesta a otras alegaciones por condenar este Colegiado que las mismas se encuentran ya enervadas con análisis realizado,

De otro lado, con relación al imputado Félix Erdulfo Málaga Torres, este Colegiado ha llegado a la conclusión de que, al no haberse satisfecho el primer presupuesto previsto en el inciso 1 del artículo 268 del CPP, corresponde amparar el recurso y, en

consecuencia, dictarse una medida de comparecía con restricciones, conforme a las razones expuesta en esta resolución.

DECISIÓN

Por los fundamentos antes expuestos, los Jueces Superiores integrantes del Colegiado A de esta Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación de los alcances del artículo 420 y siguientes del Condigo Procesal Penal, **RESUELVE:**

1. **DECLARAR INFUNDADAS** las pretensiones de nulidad formuladas por las defensas de los imputados Rodolfo Edgardo Prialé de la Peña y Luis Humberto Prevoo Neira.
2. **CONFIRMAR** la Resolución N° 08, emitida en audiencia de fecha 25 de enero de 2018 por el Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delito de Corrupción de Funcionarios, que declara fundado el requerimiento de prisión preventiva por el plazo de 18 meses contra los imputados Carlos Eugenio García Alcázar, Rodolfo Edgardo Prialé de la Peña, Elard Paul Tejada Moscoso y Humberto Prevoo Neira.
3. **REVOCAR** la mencionada resolución, en el extremo en que declara fundado el requerimiento fiscal en relación con el imputado Félix Erdulfo Málaga Torres; en consecuencia, **REFORMAR** dicho extremo, declarando **INFUNDADO** el requerimiento de prisión preventiva contra el citado imputado. En tal sentido se **IMPONE** a Félix Málaga Torres la medida de comparecencia con restricciones, al amparo de los articulo 287 y 288 del Código Procesal Penal, debiendo cumplir estrictamente las siguientes reglas de conducta: a) la obligación de presentarse cada quince días antes el Juez que conoce el proceso penal que se le sigue, a fin de informar de sus actividades; esta obligación deberá cumplirse en un plazo de 03 días luego de ser notificado con la presente resolución y todos los días 15 y 30 de cada mes; b) la obligación de no ausentarse de la localidad en la que reside, sin previa autorización de la autoridad judicial; c) la prohibición de concurrir a cualquier local de las empresas vinculadas a sus coimputados en la investigación que se le sigue por organización criminal y tráfico de influencias, así como a los domicilios de sus representantes; d) la prohibición de comunicarse con cualquiera de sus coimputados, o cualquier otra persona vinculada a la presente investigación, por cualquier medio; y e) la obligación de pagar una caución económica a favor del Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, ascendente a la suma de S/ 1 000 000.00 (un millón de soles), a través de depósito judicial en el Banco de la Nación; obligación deberá cumplirse en el plazo de siete días naturales de notificada la presente resolución. Todo lo anterior bajo apercibimiento de aplicarse el artículo 287, inciso 3, del Código Procesal Penal; esto es, revocarse la medida de comparecencia con restricciones e imponerse mandato

de prisión preventiva; DISPUSIERON se levanten las ordenes de ubicación y captura giradas en su contra.

Notifíquese y devuélvase al juzgado de origen.

Srs.

CASTAÑEDA OTSU

GUILLERMO PISCOYA

PURGA AZAMORA