



Estudio Sousa & Nakazaki

Abogados

(020)

César A. Nakazaki Servigón
Victor Rolando Sousa H. (L)

Adolfo Pinedo Rojas
Gladys Vallejo Santa María
César Pérez Escobar
Exson Moleverez Ato
Erick Córdova Hinojosa
Leonardo Latinez Ansaldo
Renzo Miranda León
(L) (Con licencia desde el 10-04-2005)



Av. Manuel Olgún 501 - Of. 403
Santiago de Surco, Lima 33 - Perú
Central Telefónica: (51-1) 4354455
Fax: (51-1) 4371410
www.snakazaki.com
E-mail: nakazaki@snakazaki.com

Expediente Judicial:	29-2017
Expediente Fiscal:	22-2017.
Fiscal a cargo:	Hamilton Jhon Montoro Salazar.
Escrito N°:	1.
Referencia:	Tutela de derecho a realización de acto de investigación de defensa.

SEÑOR JUEZ DE GARANTIA (TERCER JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS).

ESTUDIO SOUSA & NAKAZAKI, a través del abogado Cesar Augusto Nakazaki Servigón, defensores colectivos del imputado **Richard James Martin Tirado**, en la etapa de investigación preparatoria del proceso penal que se le sigue, junto a otros, por la supuesta comisión de los delitos de asociación ilícita para delinquir, cohecho pasivo específico, y lavado de activos en la modalidad de actos de conversión y transferencia, previstos en los tipos penales del artículo 317 y 395 Código Penal, y del artículo 1 del Decreto Legislativo 1106, en agravio de la Sociedad y el Estado; a usted nos presentamos y respetuosamente decimos:

I.- Petitorio.



- 1°. Solicitamos tutela específica de derecho del imputado a realización de actos de investigación de defensa, conforme al artículo 337, incisos 4 y 5 del Código Procesal Penal del 2004, violado por Fiscalía con la Providencia N° 867 de fecha 26 de noviembre del 2019 por la que no se admite: la declaración del testigo colaborador eficaz N° 14-2017.

- 2°. Pretendemos que el Juez declare fundada la tutela disponiendo que la Fiscalía señale día y hora para que se actúe la testimonial del colaborador con intervención de la defensa.

II.- Fundamento legal de tutela específica del derecho al ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de actos de investigación de la defensa.

- 1) El artículo 337, inciso 4 del Código Procesal Penal establece que en la investigación preparatoria el imputado puede solicitar al fiscal la realización de actos de investigación que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos.

- 2) El artículo 337 inciso 5 del Código Procesal Penal establece que el imputado puede “solicitar el control de la inadmisión de diligencias sumariales desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”.

- 3) El derecho cuya tutela se solicita se encuentra reconocido expresamente en el artículo 8 numeral 2 parágrafo f) de la Convención Americana del Derechos Humanos; en el artículo 14 numeral 3 parágrafo e) del Pacto Internacional de



Derechos Civiles y Políticos; y en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

- 4) El Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre del 2010, expresamente reconoce la procedencia del control de diligencias sumariales en la investigación preparatoria. (fundamento 13)

III.- Verificación de la vulneración del derecho a la realización del acto de investigación consistente en el testimonio del colaborador N° 14-2017 a través de la Providencia N° 867.

- 1- Mediante Escrito N° 49 de fecha 22 de noviembre del 2018 solicitamos el testimonio del colaborador eficaz N° 14-2017 para que brinde información sobre los supuestos sobornos que entregó a nuestro defendido en diversos procesos arbitrales; necesidad de la defensa que surge al haber sido el testimonio del colaborador elemento de convicción central de la prisión preventiva que sufre el imputado. *(Anexo A)*

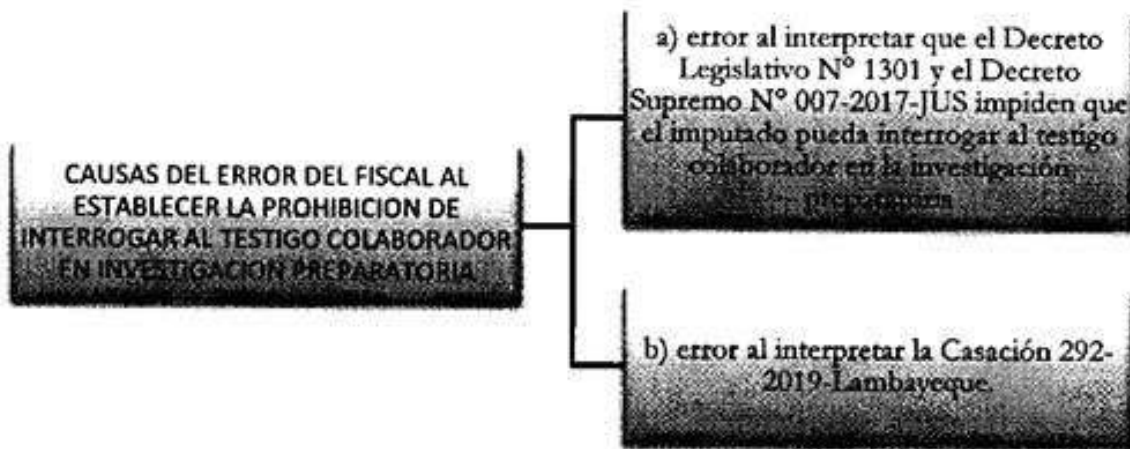
- 2- Mediante Providencia N° 867 de fecha 26 de noviembre del 2019, fiscalía rechaza el pedido de declaración del colaborador eficaz N° 14-2017 argumentando: *(Anexo B)*

“ ...al respecto, en referencia a la citada Casación 292-2019-Lambayeque, no es así como trata de hacerlo ver el recurrente, dado a que conforme así lo establece el Decreto Legislativo N° 1301 (Ley que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por Colaboración Eficaz), y Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, en concordancia con el principio de legalidad, ha establecido que el proceso de colaboración eficaz es



reservado y autónomo; a su vez, es el fiscal, quien decide si aporta el testimonio del colaborador al juicio, con la finalidad de que esta pueda aplicarse el contradictorio”

- 3- Fiscalía incurre en error al considerar que no es legal que la defensa interroge al testigo colaborador en la investigación preparatoria.

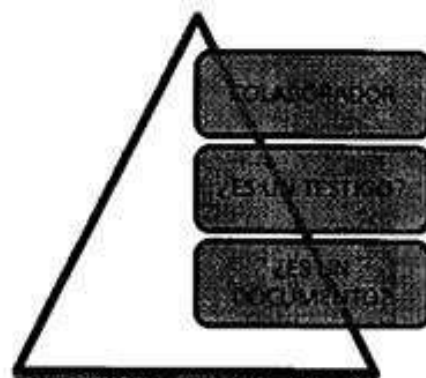


- 4- Si testimonio del colaborador fue utilizado como elemento de convicción en el proceso cautelar de prisión preventiva, en la investigación preparatoria se tiene derecho a interrogarlo sobre los supuestos pagos ilegales que habría recibido el imputado Richard James Martín Tirado en su condición de árbitro para que emita laudos favorables a la empresa Odebrecht.

III.I.- Legalidad del interrogatorio del testigo colaborador en la investigación preparatoria.

III.I.I) El colaborador es fuente de investigación o prueba personal: el medio de investigación o prueba previsto en la ley para su incorporación es el testimonial, no el documental.

- 1 ¿El colaborador es testigo o documento?



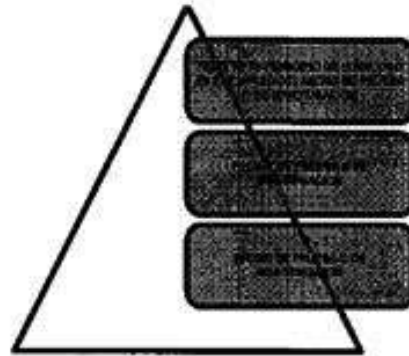
- 2 Los actos de investigación y los actos de prueba exigen observar ciertas limitaciones que impone el principio de legalidad, su violación es causa de inutilización de un acto de investigación o prueba.^{1 2 3}
- 3 El respeto al principio de legalidad necesita diferenciar fuente y medio de investigación o prueba.⁴

¹ Pablo TALAVERA ELGUERA, La prueba penal, Página 43, Instituto Pacífico, Lima, 2017.

² Marcelo Sebastián MIDON, Principios, Máximas y Sistemas Probatorios, en Tratado de la Prueba, Página 105, Librería de la Paz, Córdoba, Argentina, 2008.

³ Rubén A. CHAIA, La prueba en el proceso penal, Página 117, Hammurabi, Buenos Aires Argentina 2010.

⁴ Francisco ALONSO PÉREZ, Medios de Investigación en el Proceso Penal, 2º edición, Página 31 y siguientes, Dykinson, Madrid, España, 2003.



4 Si bien es cierto que en el proceso penal existe libertad probatoria o investigativa; en cuanto a la utilización de los medios de prueba o de investigación, hay una precisión: los hechos objeto del proceso pueden establecerse con cualquier medio de prueba o de investigación, pero no mediante cualquier procedimiento, “libertad de medios no implica libertad de procedimiento”; lo contrario significaría arbitrariedad judicial y afectación de las garantías procesales constitucionales de las partes.^{5 6}

5 El maestro argentino José **CAFFERATA NORES** afirma que la libertad de medios de prueba “no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues a éste se le concibe como una forma de asegurar y controlar la autenticidad, la seriedad y la eficacia de la prueba y los derechos de las partes.”⁷

8

6 El colaborador no es un documento, es un testigo; se trata de una fuente de información o prueba personal.

⁵ César Augusto Nakazaki Servigón, La prueba de los hechos institucionales en el proceso penal, en Derecho Penal y Procesal Penal, Páginas 622 y 623, Primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2017.

⁶ César SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal, Tomo II, Página 813, 2º edición, Grijley, Lima, 2003.

⁷ César Augusto Nakazaki Servigón, Obra citada, Páginas 622 y 623.

⁸ José Ignacio CAFFERATA NORES, La Prueba en el Proceso Penal, 4º edición, Página 32, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.



- 7 La declaración del colaborador no es un documento, lo que se entiende distinguiendo; el acto de prueba o investigación documental y el acto de investigación o prueba documentado.
- 8 Los documentos que son objeto de acto de investigación y posteriormente de prueba están regulados en los artículos 184, 185, 187 y 383 del Código Procesal Penal.
- 9 Actos de investigación documentados o actos de prueba documentados (la prueba documentada), son las actuaciones que se realizan en la investigación preliminar o en el proceso, que se documentan a través de actas o grabaciones. Las actuaciones documentadas no son documentos, no se incorporan a la investigación preliminar o proceso a través del medio de prueba documental.⁹



⁹ Virginia PARDO IRANZO, La prueba documental en el proceso penal, Páginas 84 a 88, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008.

- 10 El acta de la declaración de un testigo es un acto de investigación documentado, el acta del testimonio; no es un documento; no se incorpora a las diligencias preliminares o al proceso a través del medio de investigación o prueba documental, sino testifical.¹⁰



- 11 En la Casación 292-2019/Lambayeque la Sala Penal Permanente, en el considerando octavo, página 10, reconoce que el acta con la transcripción de la parte de la declaración del colaborador que elabora el fiscal, es un “medio de investigación documentado” y no un documento. Correctamente diferencia un acto de investigación documental de un acto de investigación documentado.

~~∞ Lo que se traslada es el acta de declaración del aspirante a colaborador, como documental pública (o medio de investigación documentado) -la fe pública, en este supuesto, queda radicada en la Fiscalía-~~

- 12 En el procedimiento de colaboración eficaz regulado en la Sección VI del Libro Quinto Los Procesos Especiales del Código del 2004, ningún artículo establece que la declaración del colaborador sea un documento, por el contrario, y como no puede ser de otro modo, el artículo 476 A inciso 3, y el artículo 481 A inciso 2 reconocen que el colaborador es un testigo.

¹⁰ *Ibíd*em, Páginas 88 y 89.



13 En el mismo sentido el artículo 46 del Decreto Supremo 007-2016-MINJUS, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1301 que modificó el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial de colaboración eficaz, **reconoce que es colaborador es un testigo.**

14 La medida de protección de identidad del testimonio del colaborador eficaz sólo afecta que la defensa interroge al testigo sin saber quien es; jamás impide el interrogatorio.

III.II) Error en la interpretación del Decreto Legislativo N° 1301: no prohíbe el interrogatorio del testigo colaborador en la investigación preparatoria.

1°. El punto de partida de la interpretación jurídica es establecer si su objeto es la determinación del alcance de un derecho fundamental, en este caso, el derecho del imputado a interrogar a un testigo.

2°. El Decreto Legislativo N° 1301 modificó los artículos 472 a 481 del Código Procesal Penal, el procedimiento especial de colaboración eficaz.

3°. Las reglas del procedimiento de colaboración eficaz tienen que interpretarse siguiendo las Normas VII inciso 3 y IX del Título Preliminar para no afectar derecho del imputado a interrogar testigos, salvo limitación expresa en la ley; y en concordancia con los artículos 162 a 171 que regulan el acto de investigación testimonial.



4°. El Decreto Legislativo N° 1301 incorpora los artículos 476 A y 481 A; en el primero se señala expresamente que colaborador es testigo; en el segundo al referirse a su utilidad para la adopción de medidas cautelares en procesos penales conexos o derivados, con la una exigencia: “se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación”.

5°. El Decreto Legislativo N° 1301 no contiene ninguna prohibición al derecho a interrogar al testigo colaborador, solamente que en la actuación del testimonio se proteja la identidad del testigo.

III.I.III) Error en interpretación del Decreto Supremo 007-2016-MINIUS: no prohíbe interrogar al testigo colaborador en investigación preparatoria.

1) El artículo 48 inciso 2 del Reglamento incorpora una regla sobre el uso del testimonio del colaborador en los proceso de coerción procesal; con “copia certificada del testimonio en sus partes pertinentes”, como ha dicho la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación 292-2019/Lambayeque, página 11:

~~juicio de la investigación preparatoria. Frente a la transcripción –será mejor entenderla como copia certificada del testimonio en sus partes pertinentes– el~~

2) La Corte Suprema reconoce que es un testimonio, no un documento, un testimonio documentado con acta de transcripción de partes pertinentes que hace el fiscal.



- 3) El Reglamento habilita a que el testimonio del colaborador sea utilizado en los procesos cautelares penales con el acta que fiscalía elabora de las partes que a su criterio son pertinentes.
- 4) El Decreto Supremo 007-2016-MINJUS prevé un medio probatorio¹¹ para incorporar al testimonio del colaborador al proceso cautelar penal, copia certificada de las partes pertinentes del testimonio (prueba documentada), contrario al establecido en el Código Procesal Penal, pues en éste la fuente de prueba personal se incorpora al proceso penal, por tanto a los cautelares, a través de la prueba testifical.
- 5) Existe un conflicto normativo entre el Código Procesal Penal y el Decreto Supremo N° 007-2016-MINJUS.
- 6) La regla de jerarquía normativa debería solucionar el conflicto; el Código Procesal esta por encima del Decreto Supremo.
- 7) Si se pretende mantener la regla de uso de testimonio de colaborador del Reglamento, a fin de no afectar el derecho fundamental a interrogar a testigos que garantizan el artículo 8 inciso 2 párrafo f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 inciso 3 párrafo e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; corresponde una interpretación restringida del artículo 48.

¹¹ La libertad probatoria rige para las fuentes de prueba o fuentes de investigación; el principio de legalidad para los medios de prueba o de investigación, esto es, el procedimiento de incorporación de las fuentes de información al proceso es el previsto en la ley, no en una norma administrativa; esta no puede establecer los medios de prueba o investigación y menos hacerlo en forma contraria al Código Procesal Penal.



- 8) La interpretación restringida del artículo 48, que exige la Norma VII numeral 3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, significa limitar el uso del testimonio de colaborador con copia certificada de partes pertinentes al proceso cautelar penal; no extenderla a la etapa de investigación preparatoria del proceso penal.

III.IV) Error en la interpretación de la Casación 292-2019-Lambayeque: reconoce el derecho del imputado a interrogar al testigo colaborador en la investigación preparatoria.

1. En el considerando octavo de la casación, páginas 11 y 12, se establecen precisiones para que el uso del testigo colaborador a través de prueba documentada del artículo 48 del Reglamento no afecte la garantía constitucional de la defensa.
2. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema busca **compensar** la afectación al derecho a la defensa que significa aceptar la regla del artículo 48 sin enfrentar el conflicto con el Código Procesal; limitándose a señalar, lo que ya dice el artículo 158 numeral 2, que el testigo colaborador no basta para alcanzar el estándar probatorio de culpable más allá de toda duda razonable, pero sin explicar por qué, si para establecer sospecha fuerte a pesar de tratarse del testigo sospechoso que exige el máximo nivel de corroboración, por ser un testigo delincuente, anónimo y sin posibilidad de contradicción.
3. La medida de compensación es la de limitar la aplicación del uso del testimonio del colaborador con prueba documentada al proceso cautelar penal, reconociéndose en la casación que el imputado tiene derecho a interrogar al



aspirante a colaborador eficaz en la etapa de investigación preparatoria del proceso penal. Párrafo final del considerando octavo página 12.

4. Fiscalía sin argumentación desconoce la medida de compensación que establece la Sala Penal Permanente en la Casación 292-2019.

Por lo expuesto:

Pedimos a usted, Señor Juez de Garantía, admita la petición del control de inadmisión de testimonial, señale día y hora para la audiencia y la declare fundada, acogiendo la pretensión formulada.

Primer otrosí decimos: Fijamos como domicilio procesal la Casilla Electrónica N° 12435. Alternativamente en Avenida Manuel Olguín N° 501, Oficina 403, Santiago de Surco; así como las direcciones electrónicas nakazaki@snakazaki.com y/o evilcherrez@snakazaki.com, donde solicitamos ser notificados de todos los actos derivados de esta acción de garantía.

Segundo otrosí decimos: Adjuntamos copia del Escrito N° 49 (*Anexo A*) y de la Providencia N° 867 (*Anexo B*)

Exxon Alexander Vilcherrez Ato
ABOGADO
C.A.L. N° 69355

Lima, 06 de enero del 2020.

César Augusto Nakazaki Servigón
ABOGADO
C.A.LAM. N° 1067
C.A.L. N° 29886