

Expediente N° 003-2017-42-5002-JR-PE-02
Escrito N° 13
Sumilla: Interponemos recurso de Casación.

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS

JEFFERSON GERARDO MORENO NIEVES abogado defensor de **Nadine Heredia Alarcón**, imputada, en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de Colusión, ilícito penal previsto y penado en el artículo 384° del Código Penal de 1991, ante usted, respetuosamente, nos presentamos y decimos:

I. OBJETO.

Que en ejercicio de la garantía procesal constitucional de defensa eficaz¹, el derecho a recurrir², cumpliendo con los requisitos formales establecidos en los artículos 404° y 405°, así como desarrollando las causales de procedencia de los artículos 427° inciso 4° y 429° inciso 1°, y en el plazo establecido por el artículo 414° inciso 1° literal a) del Código Procesal Penal, *interponemos recurso de casación* contra la resolución N° 07, de fecha 15 de septiembre del 2020, que resolvió revocar en parte la resolución N° 23 de fecha 07 de agosto del 2020 emitida por el Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios, en el extremo que

¹ Reconocido en los artículos 11 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14, inciso 3, párrafo d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8, inciso 2, párrafo d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 139, inciso 14 de la Constitución Política de 1993.

² Reconocido en el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 2° inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 25 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva contra Nadine Heredia, y reformándola se impuso la medida de detención domiciliaria.

Sostenemos cumplir con los requisitos de admisibilidad y procedencia, así como, cumplir con especificar la causal invocada que exige el artículo 429° del Código Procesal Penal. Como brevemente se resume en el siguiente cuadro:

ADMISIBILIDAD (Art. 404, 405, 414 del CPP)	PROCEDENCIA (Art. 427 inciso 4 del CPP)	CAUSAL (Art. 429 inciso 1 del CPP)
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Con legitimidad. ▪ En el plazo legal. ▪ Con precisión de puntos a que los que se refiere la impugnación. 	<p>Los temas que desarrollamos como parte de casación extraordinaria, se detallan</p> <p style="text-align: center;"><i>Sobre la petición de desarrollo de doctrina jurisprudencial propiamente dicha:</i></p> <p>1. No se debe permitir la corroboración entre testigos sospechosos. <i>No se respeta la regla de corroboración del artículo 158° inciso 2° cuando la corroboración se pretende realizar entre colaboradores eficaces, testigos de referencia o testigos protegidos. Se requiere actos de corroboración externa a estos supuestos, ya que cada uno de estos testigos sospechosos también requieren corroboración.</i></p> <p>2. Testigos doblemente sospechosos requieren de un estándar más alto de corroboración. <i>La declaración de un colaborador eficaz que al mismo tiempo brinda una versión de referencia, exige el respeto de la regla de testigos de referencia, esto es, acudir al testigo fuente para la obtención de información. Al verificarse en un testigo colaborador, al mismo tiempo la característica de testigo de referencia se debe exigir un alto estándar de corroboración.</i></p> <p>3. La ausencia de contradicción a la declaración del colaborador eficaz, exige verificar la ausencia de vicios de legalidad. <i>Verificar vicios de legalidad en la declaración de un colaborador eficaz, a quien no se permitió contradicción, no la invalida, pero la convierte en sospechosa y de débil generación de sospecha fuerte. El fiscal, como defensor de legalidad, no puede permitir vicios de arbitrariedad, frente a la ausencia de la defensa técnica en la realización de la declaración de un colaborador eficaz.</i></p>	<p>En cuanto al artículo 429° inciso 1° del Código Procesal Penal, sostenemos:</p> <p>a) Lesión de la garantía de motivación de resoluciones judiciales.</p> <p>b) Lesión de la garantía de legalidad procesal penal.</p> <p>c) Lesión del derecho a la defensa.</p>

	<p><i>Sobre la existencia de una línea jurisprudencial de la Corte Suprema que ha sido contradicha por un tribunal inferior:</i></p> <p>4. La determinación del peligro de obstaculización sobre la base de las máximas de la experiencia exige la individualización y fundamentación de la misma. <i>No es válido sostener de manera abstracta que una máxima de la experiencia sostiene el peligro de obstaculización, se requiere explicar en específico cual máxima de la experiencia es la alegada y que sustenta el razonamiento judicial.</i></p> <p>5. El respeto a los criterios de determinación del peligro de obstaculización establecidos por el Acuerdo Plenario N° 01-2019. <i>El sustento de la prisión en el peligro de obstaculización requiere análisis de: a) el tiempo de duración de la investigación, b) la existencia de comportamiento previo, c) capacidad razonable de influencia en testigos, d) la posibilidad de aseguramiento de las fuentes de prueba.</i></p>	
--	---	--

II. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA.

A. Legitimidad para recurrir.

- 1°. Quien interpone el recurso extraordinario de casación es la propia imputada Nadine Heredia Alarcón y su defensa técnica debidamente acreditada.

- 2°. En este mismo acto y con la presentación de este escrito, la recurrente reafirma su defensa técnica en favor del letrado Jefferson Gerardo Moreno Nieves, identificado con Registro ICAA N° 2935.

B. Interposición de recurso de casación en el plazo legal.

- 1°. La resolución N° 07, objeto de impugnación, que fuera emitida por la Primera Sala Penal De Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos De Corrupción de Funcionarios, consigna fecha de emisión el día 15 de septiembre del 2020.
- 2°. Dicha resolución fue notificada a la casilla electrónica consignada en autos, el día **viernes 18 de septiembre**. A partir de este momento se conocieron los fundamentos que permiten un análisis profundo para la interposición de un recurso de casación.
- 3°. El artículo 414° inciso 1° parágrafo a) del Código Procesal Penal, establece que el plazo para la interposición del recurso de casación es de 10 días.
- 4°. El escrito que sustenta el recurso de casación está siendo presentado al **décimo (10) día hábil** de notificada la resolución.

C. Procedencia: Temas de interés casacional (artículo 427 inciso 4).

- 1°. Por su propia naturaleza, la Casación resulta ser un recurso excepcional. Es decir, los supuestos de procedencia regulados en el artículo 427° incisos 1°, 2°, 3°, y 4° del Código Procesal Penal del 2004, tienen la misma característica.
- 2°. Sin embargo, la invocación del artículo 427°, específicamente en su inciso 4°, en palabras de la propia Corte Suprema: *“es sui generis y requiere de una rigurosidad*

*formal y material, cuya omisión tendrá como consecuencia su inadmisibilidad (...)*³. Es decir, este supuesto de procedencia resulta siendo, doblemente excepcional.

- 3°. El artículo 427° en su inciso 4° señala: *“Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en **casos distintos de los arriba mencionados**, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el **desarrollo de la doctrina jurisprudencial**”*
- 4°. Sobre esta causal de procedencia, la Corte Suprema ha establecido en reiteradas oportunidades que el recurso de casación extraordinaria debe solicitarse cuando se amerite un desarrollo necesario más allá de caso en concreto.
- 5°. Así, por ejemplo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ha emitido la Queja N° 66-2009-La Libertad de fecha 12 febrero del 2010, estableciendo que: *“(...) en los supuestos de la llamada casación excepcional cabe exigir que el impugnante consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. La valoración que ha de realizar la Sala de casación más allá de su carácter discrecional ha de circunscribirse a la presencia de un verdadero interés casacional (...)*”
- 6°. El mismo fundamento, de un necesario planteamiento de cuestiones jurídicas que trasciendan al caso en concreto, se ha expresado por la Corte Suprema, en la Casación N° 633-2014/Lima Sur⁴; Casación N° 159-2011/Huaura⁶;

³ Casación N° 740-2017/Lima, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 25 de agosto del 2017. Fundamento 13.

⁴ Casación N° 633-2014/Lima Sur, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 17 de abril del 2015. Fundamento cuarto.

Casación N° 740-2017/Lima⁷; Casación N° 791-2016/Lima⁸; Casación N° 875- 2017/Lima⁹; y Casación N° 845-2015/Ica¹⁰.

7°. Sin ser los únicos pronunciamientos que han desarrollado la suma excepcionalidad de la necesidad del desarrollo de doctrina jurisprudencial, en estos pronunciamientos y específicamente en la Queja N° 66-2009/La Libertad, la Corte Suprema estableció cuales podrían ser los supuestos en los que se presentaría el interés requerido para la admisibilidad del recurso:



⁶ Casación N° 159-2011/Huaura, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 22 de mayo del 2012. Fundamento 2.8.

⁷ Casación N° 740-2017/Lima, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 25 de agosto del 2017. Fundamento 10.

⁸ Casación N° 791-2016/Lima, Auto de calificación del recurso de casación, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 06 de febrero del 2017. Fundamento 1.5 y 1.6.

⁹ Casación N° 875-2017/Lima. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 29 de setiembre del 2017. Fundamento noveno.

¹⁰ Casación N° 845-2015/Ica, Auto de calificación del recurso de casación, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 22 de abril del 2016. Fundamento 3.

8°. Para el recurso que presentamos en este acto, sostenemos que el caso puesto en conocimiento permite el desarrollo de un tema que trasciende a su propia existencia y resolución. Sostenemos que genera el interés de un desarrollo de doctrina jurisprudencial. Así, invocamos específicamente: *“la exigencia ineludible, por sus características generales, más allá del interés del recurrente, de obtener una interpretación correcta de específicas normas de derecho penal o procesal penal”*.

9°. Asimismo, sostenemos que la Sala de Apelación no ha respetado los criterios vinculantes establecidos por la Corte Suprema en temas de prisión preventiva, de ahí que, estando permitido vía casación excepcional, presentar la contradicción a la existencia de línea jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema, es decir: *“la afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial de la máxima instancia frente a decisiones contrapuestas por tribunales inferiores”*.

10°. En cumplimiento del artículo 427° inciso 4°⁵ postulamos que, en el caso de Nadine Heredia Alarcón, **existe interés casacional por necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial** de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de los siguientes temas:

- **No se debe permitir la corroboración entre testigos sospechosos.**
No se respeta la regla de corroboración del artículo 158° inciso 2° cuando la corroboración se pretende realizar entre colaboradores eficaces, testigos de referencia o testigos protegidos. Se requiere actos de corroboración externa a estos supuestos, ya que cada uno de estos testigos sospechosos también requieren corroboración.
- **Testigos doblemente sospechosos requieren de un estándar más alto de corroboración.**
La declaración de un colaborador eficaz que al mismo tiempo brinda una versión de referencia, exige el respeto de la regla de testigos de referencia, esto es, acudir al

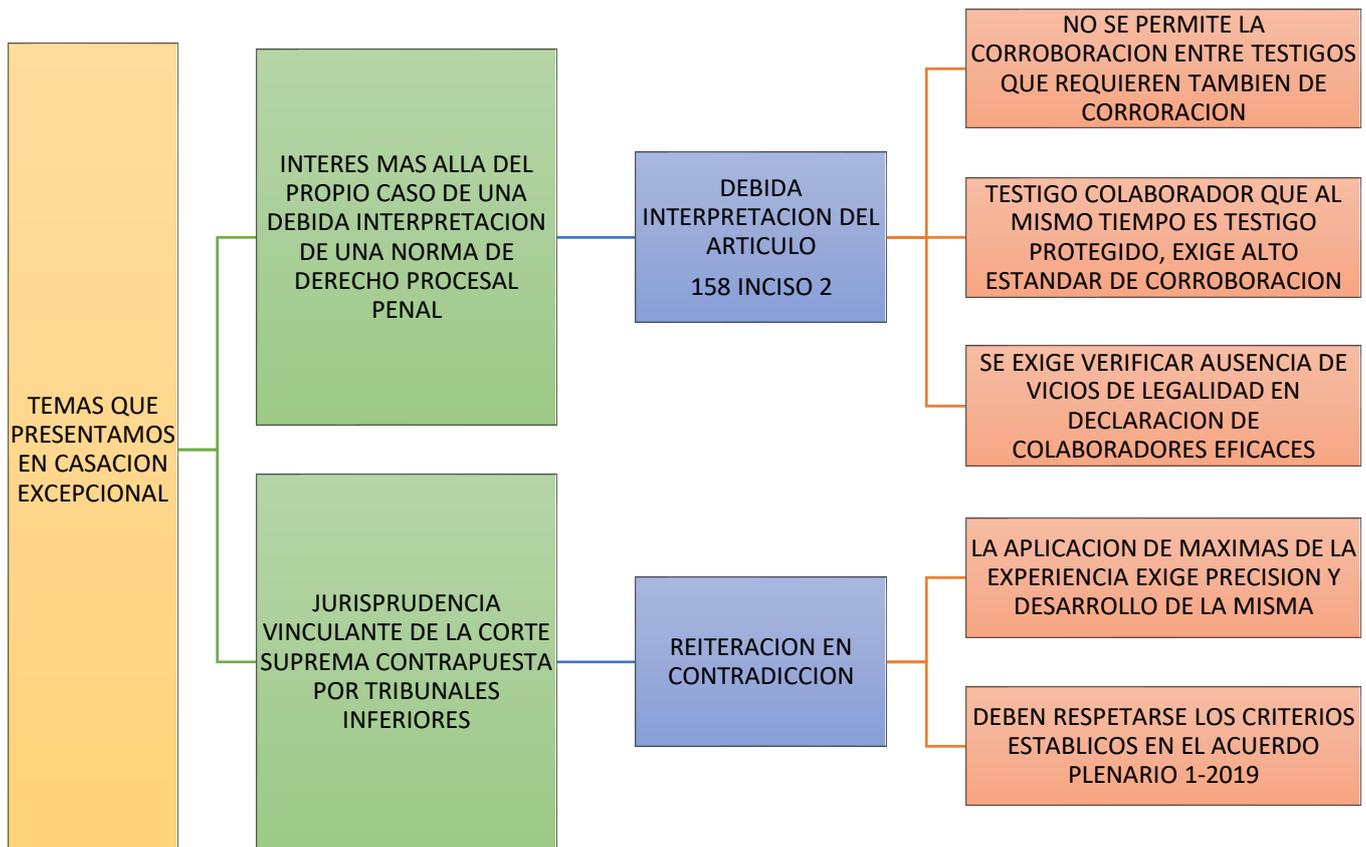
⁵ Para el caso que presentamos no requerimos el cumplimiento de los presupuestos de procedencia establecidos en el inciso 2° del artículo 427°, ya que el inciso 4°, que alegamos como causal de procedencia, reconoce un supuesto independiente: “Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”.

testigo fuente para la obtención de información. Al verificarse en un testigo colaborador, al mismo tiempo la característica de testigo de referencia se debe exigir un alto estándar de corroboración.

- **La ausencia de contradicción a la declaración del colaborador eficaz, exige verificar la ausencia de vicios de legalidad.**
Verificar vicios de legalidad en la declaración de un colaborador eficaz, a quien no se permitió contradicción, no la invalida, pero la convierte en sospechosa y de débil generación de sospecha fuerte. El fiscal, como defensor de legalidad, no puede permitir vicios de arbitrariedad, frente a la ausencia de la defensa técnica en la realización de la declaración de un colaborador eficaz.

- **La determinación del peligro de obstaculización sobre la base de las máximas de la experiencia exige la individualización y fundamentación de la misma.**
No es válido sostener de manera abstracta que una máxima de la experiencia sostiene el peligro de obstaculización, se requiere explicar en específico cual máxima de la experiencia es la alegada y que sustenta el razonamiento judicial.

- **El respeto a los criterios de determinación del peligro de obstaculización establecidos por el Acuerdo Plenario N° 01-2019.**
El sustento de la prisión en el peligro de obstaculización requiere análisis de: a) el tiempo de duración de la investigación, b) la existencia de comportamiento previo, c) capacidad razonable de influencia en testigos, d) la posibilidad de aseguramiento de las fuentes de prueba



D. Causas de la interposición del recurso de casación extraordinario.

- 1°. Los temas que postulamos con interés casatorio responden a errores que presenta la resolución de Sala que impugnamos, que configuran los motivos previstos en el artículo 429° inciso 1°: *“El auto ha sido expedida con inobservancia de garantías constitucionales”*.
- 2°. Sostenemos lesión a la lesión de la garantía de motivación de resoluciones judiciales prevista en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política de 1993.
- 3°. Asimismo, sostenemos lesión de la garantía de legalidad procesal penal, reconocida en los artículos 138° y 139° numeral 3 de la Constitución Política del Perú.

III. TEMAS EN LOS QUE SOLICITAMOS DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: Debida interpretación del artículo 158 inciso 2 en su concepto de corroboración.

Queda claro que el artículo 158 inciso 2 del Código Procesal Penal, exige que la declaración de un colaborador debe ser debidamente corroborada para la adopción de una medida de coerción, sin embargo, nunca se ha desarrollado con qué debe corroborarse esa versión, o más específicamente, si es posible corroborarla con la versión de otro colaborador eficaz.

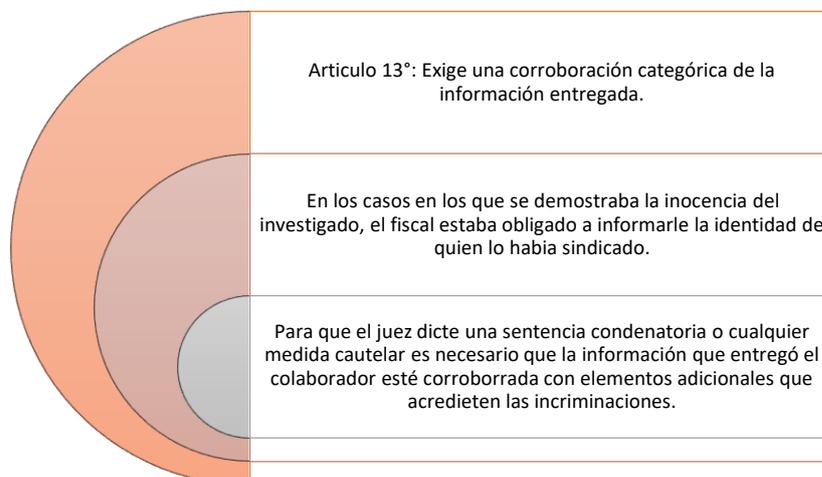
Sostenemos que la declaración de un colaborador eficaz no puede ser corroborada con la versión de otro testigo sospechoso, como son, los testigos de referencias, testigos

protegidos, arrepentidos, u otros colaboradores eficaces, se requiere de elementos exentos de sospecha.

En esa misma línea, si la declaración de un colaborador eficaz al mismo tiempo resulta ser una declaración de referencia, la sospecha se incrementa y su nivel de corroboración debe ser más estricto.

1. La colaboración eficaz y su estándar de corroboración reconocida en el artículo 158 inciso 2 del Código Procesal Penal.

1°. El proceso especial de colaboración eficaz cuenta con un antecedente legislativo que data desde 1991, sin embargo, el reconocimiento anterior a la legislación actual, es del 21 de diciembre de 2000 con la Ley N° 27278, Ley que establece los beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, que se aplica a distintos de delitos perpetrados por la pluralidad de personas pertenecientes a la organización. Hay tres aspectos resaltantes que se desprenden de esta ley:⁶



⁶ TALAVERA ELGUERA, Pablo, Colaboración Eficaz, Editorial Ideas, marzo 2018, Lima, Perú, pg. 242.

2°. El Código Procesal Penal del 2004, inicialmente, reguló el proceso de colaboración eficaz en los artículos 472° hasta 481°, estableciendo aspectos importantes como:

- a) Amplía su aplicación a una variedad de delitos.
- b) En la etapa de corroboración el fiscal, dispone que la policía realizara los actos de investigación para establecer la eficacia de la información entregada por el colaborador y después elevara un informe.
- c) El estándar exigido para la corroboración es que la información arrojará suficientes indicios.
- d) Si se negaba el acuerdo de colaboración, las declaraciones, la prueba documental y los dictámenes periciales presentados durante la etapa de corroboración, mantenían su validez y podrían ser valoradas conforme su propio mérito.

3°. Posteriormente fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1301 que confiere un mayor alcance a las actuaciones probatorias del procedimiento de colaboración eficaz tanto para su uso en los procesos derivados como conexos al mismo.

4°. Reglamentado por el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS se desarrollan las fases del procedimiento de colaboración eficaz:



5°. Este singular procedimiento, exponente de una nueva categoría de instrumentos premiales⁷, permite la obtención de información referida a la existencia de uno o más hechos delictivos, suministrada por el llamado “colaborador o arrepentido”.

⁷ SANCHÉZ VELARDE, Pablo, El procedimiento de colaboración eficaz, Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, Lima Perú, pg. 39.

6°. Nuestro Código Procesal Penal contempla en su artículo 158°, inciso 2, lo siguiente:

En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o **colaboradores** y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que **corrobo**ren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

7°. Podemos ver que nuestro Código Procesal Penal, nos señala como aspecto fundamental de la declaración de colaboradores eficaces o “arrepentidos”, a la “corroboración”, si se pretende utilizarla en la adopción de una medida de coerción o una sentencia condenatoria.

8°. Este procedimiento también está revestido por los siguientes principios:

Eficacia

• Los elementos que entregue el colaborador deben ser novedosos y útiles para la investigación sino carecerán de eficacia.

Oportunidad

• La información debe ser alcanzada en forma oportuna para que genera algún beneficio.

Proporcionalidad

• El beneficio que se solicita y que se otorga debe medirse en atención a la colaboración oportuna y eficaz del peticionante.

Comprobación

• Toda información obtenida del colaborador debe ser objeto de verificación por la autoridad fiscal.

Formalidad

• El procedimiento debe darse de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1301 y su reglamento.

9°. Respecto a la comprobación, cabe decir que, un colaborador es en esencia un coimputado, por lo que ha tenido un rol dentro de la comisión de un ilícito penal junto a otras personas.

- 10°. Como primer punto tenemos que, la corroboración externa de la declaración de un colaborador eficaz no puede ni debe ser corroborada con otras “pruebas sospechosas”. Debe ser corroborada con elementos ajenos a la sospecha, es decir, elementos distintos a declaraciones sospechosas.
- 11°. Por “prueba sospechosa” debemos entender, en armonía con la jurisprudencia internacional, aquella que se obtiene con la vulneración del derecho a la defensa o contradicción o aquella que por su contenido no es fiable completamente ⁸.
- 12°. En ese sentido, tenemos por un lado al Coimputado – Testigo impropio o colaborador – Testigo Reservado; y por otro, al Testigo de Referencia.
- 13°. El legislador también ha reconocido el carácter impropio de estos sujetos por lo que señala se requiere de corroboración de otros elementos⁹.
- 14°. En ese sentido, que no se puede corroborar la declaración de un Colaborador Eficaz con la declaración de un Testigo Protegido debido a que en ambos casos la contradicción se encuentra suprimida, ergo, la compensación^{10 11 12} requerida cuando se utiliza ambos tipos de declaraciones no se haría efectiva por ninguno de los dos casos.

⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso Arner vs. Austria; Asch vs Austria; Barberá y otros vs España; Birutis y otros vs. Lituania; Cardot vs Francia; Idalov vs Rusia; Luca vs Italia; Pullar vs Reino Unido.

⁹ CÓDIGO PROCESAL PENAL, artículo 158°, inciso 2.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Norin Catriman vs. Chile.

¹¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso Al Khawaja y Tahery vs Reino Unido.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU, Recurso de Nulidad N° 420-2018-Cajamarca. En este caso la Corte Suprema recoge la doctrina desarrollada en el caso Al Khawaja vs Reino Unido.

15°. Como segundo punto, tenemos que la corroboración de un Colaborador con la declaración de un “Testigo de Oídas” o de referencia, no es admisible, toda vez que, un testigo de oídas es tratado con sumo cuidado y requiere necesariamente, para si quiera ser tomado en cuenta, elementos corroborativos que demuestren que el dicho es cierto¹³. En este caso la doctrina de compensación¹⁴ tampoco se vería satisfecha, pues se caería en un absurdo: el colaborador debe ser corroborado con otro elemento, si el otro elemento es un testimonio de oídas, dicho testimonio debe tener un dato objetivo corroborativo y la declaración de un colaborador por su naturaleza no lo es. Entonces ninguno puede ser base del otro.

16°. En ese sentido no se puede corroborar la declaración de un colaborador – coimputado con otro colaborador – coimputado, cabe añadir que los elementos que sirven para la corroboración no pueden ser de cualquier hecho o dato periférico, se exige que se trate de la confirmación de los hechos relatados por el colaborador respecto de la participación del sindicado.

17°. La corroboración legalmente exigible debe incidir no en cualquier punto, sino en relación concreta intervención del imputado en el delito.¹⁵ En consecuencia, no basta con que se acredite la participación del imputado en algún detalle del hecho atribuido, para que realmente este completa, una corroboración debe estar referida a los hechos principales de la imputación.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU, Recurso de Nulidad N° 73-2015-Lima. En esta jurisprudencia la Corte Suprema desarrolla el valor probatorio que se le debe dar al Testigo de Referencia

¹⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso Oddone y otro vs San Marino. La compensación se debe otorgar en los elementos corroborativos.

¹⁵ CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA, Sala Penal Permanente, RN N° 2138-2016-Lambayeque, de fecha 10 de febrero de 2017, fundamento décimo tercero.

18°. Al respecto la Corte Suprema ha desarrollado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	SOBRE LA CORROBORACIÓN
Casación N° 852-2016-Puno	DECIMOSÉTIMO. (...) La fase de comprobación de la información es la más importante , en tanto de ella depende que se llegue a un acuerdo y posteriormente el colaborador pueda ser sujeto de beneficio mediante sentencia dictada por juez competente. De ahí que la sola sindicación no es suficiente para concluir que la información sea veraz. Hace falta prueba de corroboración externa a la declaración incriminatoria , ello como exigencia derivada de la garantía constitucional a la presunción de inocencia; en la medida que el aspirante a colaborador puede brindar información escasamente fiable, por el solo interés de obtener beneficios. Por tanto, la corroboración ha de ser rigurosa , con el fin de llegar a la verdad de los hechos. ¹⁶
Recurso de Nulidad N° 2120-2017-Nacional	“La sola declaración de colaboradores o coimputados es insuficiente y requiere de prueba periférica, externa y objetiva, de corroboración fáctica”. ¹⁷
Recurso de Nulidad N° 2580-2017-Lima	(...) para que la información proporcionada por un colaborador eficaz sustente una condena debe estar corroborada con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las incriminaciones formuladas. ¹⁸
Recurso de Nulidad N° 852-2018-Puno	“la sola sindicación no es suficiente para concluir que la información sea veraz. Hace falta prueba de corroboración externa a la declaración incriminatoria , ello como exigencia derivada de la garantía constitucional a la presunción de inocencia; en la medida que el aspirante a colaborador puede brindar información escasamente fiable, por el solo interés de obtener beneficios. Por tanto, la corroboración ha de ser rigurosa, con el fin de llegar a la verdad de los hechos”. ¹⁹
Recurso de Nulidad N° 1885-2009-Callao	“El que exista una manifestación de varios acusados coincidentes en su contenido de imputación contra un tercero no evita la necesaria exigencia de corroboración procedente de un dato externo”. ²⁰
Recurso de Nulidad N° 2138-2016-	“La declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado, ni así sean dos coimputados que incriminen al recurrente, desde tales versiones no se alcanzan como datos objetivos que puedan validar la declaración de otro coacusado, de suerte que es necesaria la corroboración

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU, Sala Penal Transitoria, Casación N° 852-2016-PUNO, de fecha 11 de diciembre de 2018, fundamento jurídico décimosétimo.

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU, Recurso de Nulidad N° 2120-2017-Nacional, sentencia de fecha 05 de febrero del 2018, fundamento quinto.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 2580-2017-Lima, de fecha 21 de febrero de 2018, fundamento jurídico 3.12.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU, Casación N° 852-2018-Puno, sentencia de fecha 11 de diciembre del 2018, fundamento décimosétimo.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU, Recurso de Nulidad N° 1885-2009-Callao, sentencia de fecha 06 de octubre del 2010, fundamento sexto.

Lambayeque	mediante algún dato externo a dichas declaraciones, también en el supuesto de que haya una multiplicidad de coacusados”. ²¹
-------------------	--

19°. Como podemos ver, la Corte Suprema, establece que para que la información brindada por un colaborador eficaz sea sustento de una condena o decisión judicial debe estar debidamente corroborada; no obstante, la Corte ha omitido delimitar lo que debe de entenderse por “corroboración”, tampoco ha establecido límites a seguir, ni el nivel que debe de tenerse en cuenta para tener una declaración coherente y ajustada a derecho.

20°. El recurso de casación que presentamos trasciende al propio interés del recurrente, ya que es necesario que la Corte Suprema desarrolle los alcances del nivel de corroboración que se debe exigir, y mas en concreto, si esta corroboración puede realizarse con otros testigos sospechosos.

21°. También señala que la declaración debe tener un carácter de rigurosidad, debido a que el colaborador busca siempre un beneficio y en virtud de ello puede brindar información carente de veracidad; sin embargo, tampoco se ha conceptualizado esta característica.

22°. La falta de especificaciones en este extremo impide que pueda haber un lineamiento a seguir, es por ello que en muchas ocasiones se tiende a “corroborar” las declaraciones de colaboradores eficaces de tal manera que constituyen una vulneración a la legalidad procesal penal, pues, la mayor parte del tiempo se utilizan declaraciones de colaboradores “de oídas” o más

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU, Recurso de Nulidad N° 2138-2016-Lambayeque, sentencia de fecha 10 de febrero del 2017, fundamento décimo tercero.

conocidos como de referencia, que no llegan a ser coherentes ni veraces y pese a ello, son fundamento de sentencias o prisiones preventivas. Por ejemplo, Hernando y José son aspirantes a colaboradores eficaces y ambos brindan declaraciones sobre un hecho objeto de imputación:

HERNANDO	JOSÉ
<p>Primera situación. Dijo: “asegura que José le dijo que: “ En 2013, Jorge le dijo a José, que no se iba a ejecutar una garantía, debido a que Jorge había tenido reuniones con dos personas; y que estas dijeron que habían decidido hacer una nueva licitación”.</p>	<p>Primera situación. Dijo: Tal como dijo Jorge, en el año 2012, no puedo precisar fecha exacta, quién le dijo a José (habla en tercera persona por ser colaborador) en las oficinas de la empresa de Jorge que no se iba a ejecutar la garantía, pues había tenido reuniones con dos personas; en las que estos le manifestaron que se había decidido hacer una nueva licitación”.</p>
<p>Segunda Situación. En ese documento del 25 de junio de 2014, se llegó al acuerdo que la empresa de Jorge tendría 75%, empresa E 25% y que empresa G entraría después con el 20% que le transferiría la empresa de Jorge en la concesionaria y en la construcción sería 81% de la empresa de Jorge y 29% de la empresa G. Ese documento fue firmado finalmente el 30 de junio de 2014, fecha en que se dio la concesión.</p>	<p>Segunda Situación. Es necesario hacer mención que el 3 de mayo de 2014, la empresa de Jorge y la empresa E. firmaron un convenio de participación para la licitación con la participación de la empresa de Jorge 75% (del cual a la empresa G le correspondería 20%) y a la empresa E 25%. Sobre este tema, a través de Hernando, José tomó conocimiento que se firmó un documento con fecha 25 de junio de 2014 (contrato de transferencia de acciones y participaciones) en el que se establece que la empresa de Jorge tendría 75%, la empresa E. 25% y que la empresa G. entraría después con el 20%, mediante una compra futura de acciones a la empresa de Jorge.</p>

23°. Entonces, del ejemplo antes visto podemos notar que existen inconsistencias en ambas declaraciones, ello nos permite concluir que; primero, la declaración de un colaborador en calidad de coimputado no puede servir de base para otro de que posee la misma naturaleza. Enfrentamos una grave deficiencia de entendimiento de la “corroboración”, se necesita que se establezca un estándar o un desarrollo más profundo para poder entender este aspecto, una alternativa al problema de los testigos de referencia podría ser, que se exija que la información que se conoce a través de las declaraciones de los aspirantes a

colaboradores eficaces, en el supuesto de ser de “oídas” o de referencia, debe ser exacta, pues ello permitiría obtener un mayor grado de fiabilidad y de certeza.

2. Testigos doblemente sospechosos requieren de un estándar más alto de corroboración.

1°. El artículo 158°.2 del Código Procesal Penal, señala cuales son los supuestos de testigos sospechosos, en los que se deberá tener en cuenta determinadas reglas que estos requieren al momento de valorarlos.

2°. En estos casos especiales – testigos de referencia, declaración de colaboradores eficaces – el juez deberá considerar las reglas exigidas al momento de valorar estos testimonios sospechosos para garantizar el principio de presunción de inocencia.

3°. Iniciando con los **testigos de referencia u oídas, debemos señalar que tienen un carácter supletorio y un peso más relativizado, respecto del juicio de credibilidad, que el testigo fuente o presencial porque no tienen una relación directa con los hechos;** de ahí que siempre se requiere que se revele la identidad de este último y que se agoten los medios para que aquél preste su **testimonio.**²²

4°. Las declaraciones de los testigos de referencia se constituyen como una prueba excepcional, ante la ausencia del testimonio directo, ello significa que de

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ, Sala Penal Transitoria, Casación N° 173-2012-Cajamarca, de fecha 22 de enero del 2013, Fundamento tercero.

presentarse en el proceso, no poseerá valor de prueba suficiente para emitir un fallo condenatorio, si no se encuentra corroborada con otros medios de prueba que confirmen la versión inculpativa, por ende, si esta declaración es la única que se tiene en contra del acusado, no será capaz por sí misma de desvirtuar la presunción de inocencia²³.

5°. Por tales consideraciones se tiene que la prueba testifical referencial es una prueba excepcional y supletoria.²⁴

EXCEPCIONAL

- Por cuanto su actuación debe tener lugar cuando el testimonio fuente no puede ser examinado por el tribunal, ni controlado por las partes procesales, por cualquier tipo de impedimento material o jurídico.

SUPLETORIA

- Puesto que esta prueba substituye a la no realizada por los impedimentos antes señalados, es decir, ante la imposibilidad del testigo directo o fuente, la prueba referencial suple o substituye a la prueba directa.

6°. Se trata de un testimonio que atenta contra los principios claves del proceso como es la inmediación, contradicción y oralidad y referido al problema de valoración, estamos ante un testigo que no ha estado en una relación directa con los hechos investigados, por lo que para su efectiva valoración se requiere la concurrencia de otras pruebas, siempre y cuando el testigo fuente no pueda concurrir al proceso penal.²⁵

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ, Segunda Sala Penal Transitoria, Casación N° 158-2016-Huaura, de fecha 10 de agosto del 2017, fundamento vigésimo cuarto.

²⁴ PANTA CUEVA, D. La Prueba Testifical referencial u de Oídas en el NCPP - Propuesta de Lege Ferenda en torno a su admisión y Valoración. AEQUITAS Revista de la Corte Superior de Justicia de Piura, Piura, Perú, Pg. 174.

²⁵ PANTA CUEVA, D. La Prueba Testifical referencial u de Oídas en el NCPP - Propuesta de Lege Ferenda en torno a su admisión y Valoración. AEQUITAS Revista de la Corte Superior de Justicia de Piura, Piura, Perú, Pg. 185.

- 7°. Por ese motivo, no es correcto que de plano y sin ningún tipo de control, el testimonio de oídas deba ser admitido con su simple ofrecimiento de alguna de las partes. Basta con entender que estamos ante un testigo fuente que no ha podido ni podrá ser examinado por el juzgador y controlado por las partes, para colegir que su admisibilidad debe ser discrecional y no general.²⁶
- 8°. La prueba referencial es admisible siempre y cuando se cuente con una imposibilidad material y jurídica del testimonio fuente,²⁷ es decir, debido a situaciones de imposibilidad real y efectiva, no se pueda obtener la declaración del testigo directo (fallecimiento, enfermedad grave, paradero desconocido, etc.)²⁸
- 9°. Recordemos también que uno de los principios originales de la prueba judicial es el de su **originalidad**, es decir, que, en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, porque si apenas se refiere a hechos que, a su vez, sirven para establecer aquél – el caso de los testigos de referencia – se tratará de prueba de otra prueba, que, lógicamente, no produce la misma convicción y encierra, en cambio, el riesgo de conducir a conclusiones equivocadas.²⁹
- 10°. Otra razón esencial para rechazar la validez de las declaraciones de los testigos de referencia – como únicos elementos o medios probatorios – es el principio

²⁶ PANTA CUEVA, D. La Prueba Testifical referencial u de Oídas en el NCPP - Propuesta de Lege Ferenda en torno a su admisión y Valoración. AEQUITAS Revista de la Corte Superior de Justicia de Piura, Piura, Perú, Pg. 177 – 178.

²⁷ Tribunal Supremo Español en la STS de fecha 30 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4505)

²⁸ TALAVERA ELGUERA, P. La prueba penal. Instituto Pacífico, Lima, Perú, Pg. 200.

²⁹ PANTA CUEVA, D. La Prueba Testifical referencial u de Oídas en el NCPP - Propuesta de Lege Ferenda en torno a su admisión y Valoración. AEQUITAS Revista de la Corte Superior de Justicia de Piura, Piura, Perú, Pg. 174.

de intermediación, es en el supuesto del interrogatorio de una persona en lugar del testigo principal no permitiría apreciar la credibilidad de la versión ofrecida toda vez que, aunque el testigo de referencia pudiera estar manifestando los hechos tal y como le fueron transmitidos, el testigo principal pudo haberle referido una narración falsa de los acontecimientos.³⁰ Es en ese sentido que se vuelve vital contar con la declaración del testigo fuente.

11°. Es preciso concluir el carácter restrictivo y excepcional con el que debe ser admitida la posibilidad de valoración de la prueba de testigos cuando éstos lo son únicamente de referencia. Ahora bien, el que haya que aplicar en estos casos limitaciones cuyo origen radica en los principios y derechos arriba mencionados, ello no nos debe llevar a la conclusión de que tal prueba por testigos mediatos haya de ser prohibida en todo caso, sino que debe ser siempre con ciertas precauciones, pero, eso sí, nunca en sustitución del testigo principal cuando éste es accesible.³¹

12°. En cuanto al segundo supuesto, **colaboradores eficaces**, se trata de declaraciones intrínsecamente sospechosas, debido a que su testimonio – de escasa credibilidad – son brindados por los arrepentidos en búsqueda de beneficios, por lo tanto, deben extremarse las precauciones para poder aceptar sus versiones.

³⁰ ASENCIO MELLADO, J. Prueba Prohibida y Prueba Pre Constituida en el Proceso Penal, INPECCP, Lima, Perú, Pg. 20.

³¹ ASENCIO MELLADO, J. Prueba Prohibida y Prueba Pre Constituida en el Proceso Penal, INPECCP, Lima, Perú, Pg. 23 y 24.

- 13°. En ese sentido, su sola sindicación no es suficiente para concluir que el inculcado cometió la conducta delictiva atribuida. Hace falta especialmente prueba de corroboración externa a esos testimonios – otros elementos o medios de prueba – como exigencia derivada de la garantía de presunción de inocencia.³²
- 14°. Si además del testimonio no se tiene cuenta con ningún dato objetivo, periférico, externo al testimonio, no se podrá sostenerse la verosimilitud de la declaración.
- 15°. Ahora bien, es preciso señalar que ambos supuestos – testigo de referencia, colaborador eficaz – son señalados taxativa y diferenciadamente por cuanto importan y requieren tratamientos específicos para su correcta valoración.
- 16°. Tal es así que, reiterando lo antes desarrollado, para considerar el valor de la declaración del testigo de referencia se siempre deberá acudir al testigo fuente, mientras que, para considerar la declaración del colaborador eficaz se deberá acudir a otros elementos periféricos que deberán maximizar corroborar la inculcación.
- 17°. Por lo tanto, si en un testigo concurren ambas calidades – de referencia y colaborador eficaz – se deberá de considerar ambas reglas exigidas maximizando el estándar de corroboración.

³²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 99-2017-Nacional, de fecha 19 de septiembre de 2017, fundamento 7 y 8.

3. La exigencia de verificar la ausencia de vicios de legalidad.

- 1°. El artículo 323° del Código Procesal Penal señala que al Juez de Investigación Preparatoria le corresponde realizar los actos procesales que autoriza el Código a pedido de una de las partes y además desarrolla a modo de ejemplo algunas de las funciones específicas que tiene el Juez de Investigación, una de estas es la de pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos, como la Prisión Preventiva³³.
- 2°. Por supuesto que estos pronunciamiento o decisiones – por mandato constitucional – deben observar al Debido Proceso³⁴. Una de las manifestaciones del este macro derecho es el Derecho a la Obtención de una Resolución Fundada en Derecho y consiste en la garantía de que “la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las normas vigentes, válidas y pertinentes del ordenamiento jurídico” para dar solución a un caso³⁵.
- 3°. En este contexto, el juzgador está en la obligación de valorar aquellos actos de prueba (elementos de convicción) que respeten la Legalidad Procesal Penal y los Derechos Fundamentales³⁶.
- 4°. Algunas de estas situaciones son por ejemplo la Declaración del Coimputado, de la Víctima, del Colaborador Eficaz y del Testigo Protegido. Cada una de estas

³³ CÓDIGO PROCESAL PENAL, libro tercero, sección I, título I, “Normas Generales”, artículo 323°

³⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, artículo 139° inciso 3).

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 3238-2013-PA/TC, “Caso Municipalidad Distrital de Chorrillos”, de fecha 23 de junio de 2014, fundamento 5.3.1.

³⁶ CÓDIGO PROCESAL PENAL, Título Preliminar, artículos VII y X.

con sus razones específicas van a limitar el ejercicio del derecho a la defensa para proteger derechos e intereses de mayor valor.

- 5°. Es en estos casos donde no puede participar la defensa, la exigencia de respetar la Legalidad Procesal y los Derechos Fundamentales cobra una especial y muy importante relevancia: al no estar presente una de las partes del proceso penal, se le debe otorgar las garantías suficientes que garanticen un proceso justo.
- 6°. Evidentemente estas garantías empiezan con que el Fiscal realice su actividad investigativa dentro del marco del código procesal penal y de la Constitución. Al ser el único presente en la diligencia, va a ser el único que podrá controlar esa legalidad procesal y respeto a los derechos fundamentales.
- 7°. Aquí, como ya hemos mencionado, también va a entrar el juez, esta vez otorgando una medida de contrapeso que logre compensar la situación de desventaja en la que se encuentra la defensa al no poder participar en las diligencias. El juez, para poder usar un elemento de convicción debe verificar que efectivamente una diligencia ha sido llevada a cabo siguiendo las reglas del código procesal penal (legalidad procesal) y sin vulnerar o menoscabar los derechos reconocidos a las personas en nuestra constitución (derechos fundamentales).
- 8°. Esto significa, por ultimo y como es obvio, que el juez ante la identificación de un elemento de convicción que ha sido recabado u obtenido vulnerando cualquier de los dos preceptos ya mencionados no podrá utilizar dicho elemento de convicción y solo quedaría expectorarlos del proceso.

9°. Un elemento de convicción que presente vicios de legalidad no podría generar sospecha fuerte. Por ejemplo, si se verifica en un caso concreto que las declaraciones de dos colaboradores eficaces son una copia del otro, se debe dudar de la legitimidad, y por tanto del control que debe realizar el fiscal a cargo de la investigación y por tanto de la declaración, diligencia en la cual, no participa la defensa.

IV. TEMAS EN LOS QUE SOLICITAMOS DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: Respeto a los criterios establecidos por la Corte Suprema para la verificación del peligro procesal.

La Corte Suprema de Justicia de nuestro país, en reiteradas oportunidades, y conociendo vía casación, casos derivados del mismo tribunal inferior, ha establecido que cuando se sustente el peligro procesal sobre la base de alguna máxima de la experiencia, esta debe ser precisada en específico respecto de cual sería esa máxima, asimismo ha establecido que se debe realizar una debida fundamentación en la construcción de estas ideas.

Del mismo modo ha establecido criterios que permiten concluir la existencia de un peligro procesal concreto de obstaculización, estos deben ser respetados en la adopción de todas las decisiones de tribunales inferiores.

1. La determinación del peligro de obstaculización sobre la base de las máximas de la experiencia exige la individualización y fundamentación de la misma.

- 1°. Hay casos en los que para sostener la existencia de un peligro de obstaculización es necesario muchas veces utilizar máximas de la experiencia³⁷. Y es que las máximas de la experiencia, entendidas como aquel conocimiento o regla que establece el único resultado posible al que se puede llegar partiendo de un evento bajo circunstancias determinadas y/o específicas³⁸, son utilizadas como premisas mayores para inferir o deducir que en un caso en concreto también se llegará a un mismo resultado³⁹.

- 2°. Nuestro Código Procesal Penal reconoce que las máximas de la experiencia no son objeto de la prueba⁴⁰. Esto implica que las máximas de la experiencia van a servir para realizar el control de fiabilidad (el Juez estima la eficacia probatoria de la prueba) a los elementos de convicción al momento de la valoración⁴¹, de ahí a que nuestro código también reconozca que se deben de respetar las máximas de la experiencia al momento de valorar⁴².

- 3°. Estando, así las cosas, el maestro alemán **FRIEDRICH STEIN** es quien mejor desarrollado y trabajado las máximas de la experiencia para un correcto uso y aplicación⁴³.

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ, Sala Penal Permanente, Casación N° 353-2019-Lima, de fecha 19 de diciembre de 2019, fundamento sexto.

³⁸ ROSAS YATACO, Jorge, “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal”. Volumen 1, ediciones legales EIRL, Perú, 2016, página 71 a 73.

³⁹ STEIN, Friedrich, “El Conocimiento Privado del Juez”, Editorial Temis, Colombia, 1999, página 27.

⁴⁰ CÓDIGO PROCESAL PENAL, libro Segundo, Sección II, Título I, “Preceptos Generales”, artículo 156.2°.

⁴¹ GASCÓN INCHAUSTEGUI, Fernando, “El Control de la Fiabilidad Probatoria: “Prueba sobre la Prueba” en el Proceso Penal”, Ediciones Revista General del Derecho, España, 1999, página 25 y 29

⁴² CÓDIGO PROCESAL PENAL, libro Tercero, sección III, título VI, “La Deliberación y Sentencia”, artículo 393.2.

⁴³ GASCÓN INCHAUSTEGUI, Fernando, “El Control de la Fiabilidad Probatoria: “Prueba sobre la Prueba” en el Proceso Penal”, Ediciones Revista General del Derecho, España, 1999, página 17.

- 4°. Las máximas de la experiencia van a tener dos dimensiones: como **juicios lógicos** y como **examen de las situaciones procesales** en un caso en concreto. El primero servirá para darle contenido a la máxima de experiencia y diferenciarlo del hecho concreto de un caso; el segundo servirá para analizar la postura (análisis) tomada respecto a dicha máxima⁴⁴.
- 5°. Desde la perspectiva del juicio lógico, las máximas jamás van a ser juicios sensoriales: no son perceptibles por los sentidos por lo que no se puede dar la categoría de máxima a una percepción del juez⁴⁵.
- 6°. Siguiendo dentro del juicio lógico, se identifican también dos clases de máximas⁴⁶:

Definiciones

- Se trata de las acepciones que van a componer una palabra o un concepto hasta sus elementos básicos o constitutivos. Aquí entra el uso específico del lenguaje ya sea de manera general, en un ambiente más específico (profesión) o delimitados por un lugar o dialecto específico.

Tesis Hipotéticas

- Van a expresar el resultado que ha de esperarse a partir de la concurrencia de ciertos presupuestos. La idea central es que bajo determinadas condiciones, se repiten como consecuencia los mismos fenómenos. Se utiliza la inducción para concluir de que es posible prever un resultado.

- 7°. Las dos clases de máximas cumplen con ciertas reglas. Así, tenemos que resulta erróneo darle la categoría de máxima de la experiencia a una pluralidad de casos con un resultado igual. Solo será de tal grado cuando exista un elemento externo

⁴⁴ STEIN, Friedrich, “El Conocimiento Privado del Juez”, Editorial Temis, Colombia, 1999, página 23.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Ibidem, página 24.

e independiente a todos esos casos que permita deducir que aquellos casos futuros (que todavía no se conocen) también tendrán el mismo resultado⁴⁷.

8°. La máxima de la experiencia siempre va a ser la premisa mayor, de la cual se va a inferir o deducir una premisa menor (el caso concreto), de ahí es que su naturaleza y uso responde a cuestiones puramente lógicas⁴⁸.

9°. Desde la perspectiva del examen de las situaciones procesales, las máximas de la experiencia van a servir ya sea para valorar los medios probatorios como también los indicios⁴⁹. Para ambos casos lo que generalmente se hace es una subsunción de la máxima de la experiencia con el caso en concreto, ello porque se llega a una conclusión a partir de la máxima de la experiencia respetando las reglas del juicio lógico⁵⁰.

10°. Nuestra Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre el uso de las máximas de la experiencia para deducir un peligro de obstaculización.

11°. En ese sentido, en diciembre de 2019, en un primer caso la Corte Suprema estableció que los argumentos utilizados por el Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios⁵¹ para desvirtuar el arraigo laboral eran errados. Se estableció que si se quiere utilizar máximas de la experiencia se debe especificar cuál es la

⁴⁷ Ibidem, página 25.

⁴⁸ Ibidem, página 27 y 29.

⁴⁹ Ibidem, página 41 al 47.

⁵⁰ Ibidem, página 57 y 58.

⁵¹ Expediente N° 2015-2015-19, resolución N° 5, de fecha 18 de enero de 2019.

máxima utilizada y esgrimirse algún razonamiento tendiente a acreditar que un hecho concreto puede ser subsumido en una máxima de la experiencia⁵².

12°. Dos meses después, febrero de 2020, la Corte Suprema, nuevamente le estaría diciendo a la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (formado por dos de los magistrados del colegiado “A” del caso anterior) que había aplicado de manera errada una máxima de la experiencia⁵³. Así, en ese caso la Corte Suprema dijo que la sala incurría en error al asumir que por el simple hecho de percibir un haber mensual producto del trabajo el investigado podría huir, calificando de abstracta, genérica, de un alcance lejano, no próximo ni grave a esta máxima utilizada por el colegiado⁵⁴.

13°. No ha sido una, sino dos veces en las cuales nuestra Corte Suprema ha tenido que decirles a dos magistrados de la Sala de Apelaciones Especializada en Corrupción de Funcionarios, que no pueden utilizar máximas de la experiencia sin respetar las reglas del juicio lógico para una correcta aplicación en el caso en concreto.

CASO	SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS	SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ
Exp: 215-2015-19 Cas: 353-2019-Lima	5.17: “En cuanto al arraigo laboral que se pretende acreditar con la constitución de la empresa Blu Productora S.A., consideramos que dicha alegación no es de recibo, pues el hecho de que sea socio de la misma no vincula al imputado Delgado Scheelje con la realización de una actividad conocida y permanente, más aún si el objeto de la empresa es la organización de eventos que, por máximas de la experiencia, eventualmente se presentan”.	8.2: “Se desvirtuó el arraigo laboral y, para ello, se adujo que, por “máximas de la experiencia”, las actividades realizadas por la empresa constituida por el acusado Alvaro Delgado Scheelje eran “eventuales”. A juicio de este Tribunal Supremo, tal aseveración resulta sesgada. No se especificó la “máxima de la experiencia” aplicada”.

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ, Sala Penal Permanente, Casación N° 353-2019-Lima, de fecha 19 de diciembre de 2019, fundamento 8.2.

⁵³ Expediente N° 35-2017-32, resolución N° 6, de fecha 05 de agosto de 2019.

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ, Sala Penal Permanente, Casación N° 1640-2019, de fecha 05 de febrero de 2020, fundamento sexto.

<p>Exp: 35-2017-32</p> <p>Cas: 1640-2019-Nacional</p>	<p>Centésimo Trigésimo Segundo: “(...) En suma se verifica que el investigado habría tenido, en algunos meses del año, ingresos superiores a su remuneración informada por el Gobierno Regional del Callao, circunstancia que se toma en cuenta para determinar que efectivamente tiene capacidad económica”.</p>	<p>Sexto: “Que el citado encausado reciba un haber mensual por su trabajo público en modo alguno significa que a partir del mismo podrá huir y/o mantenerse en la clandestinidad. Se trata de un riesgo abstracto basado en una máxima de experiencia genérica y de un alcance lejano, no próximo o grave. No necesariamente todo aquel que tenga un determinado ingreso, por ese solo hecho, huirá y permanecerá oculto de la autoridad.</p>
---	--	---

14°. En el caso que presentamos en casación, nuevamente, la Sala de Apelaciones ha recurrido al uso de las máximas de la experiencia, precisando ahora que: *“Finalmente, es de precisar que, por reglas de experiencia se sabe que la defensa técnica no realiza labores de obstrucción a la justicia sin conocimiento ni asentimiento de la procesada, que en el caso en concreto es la investigada Heredia Alarcón”*⁵⁵.

15°. No existe una explicación del como se llega a esta conclusión, menos fundamentación de las situaciones que acrediten esta máxima de la experiencia; es decir, una vez más, la Sala de Apelaciones, no ha respetado una decisión judicial de la Suprema Corte del Perú.

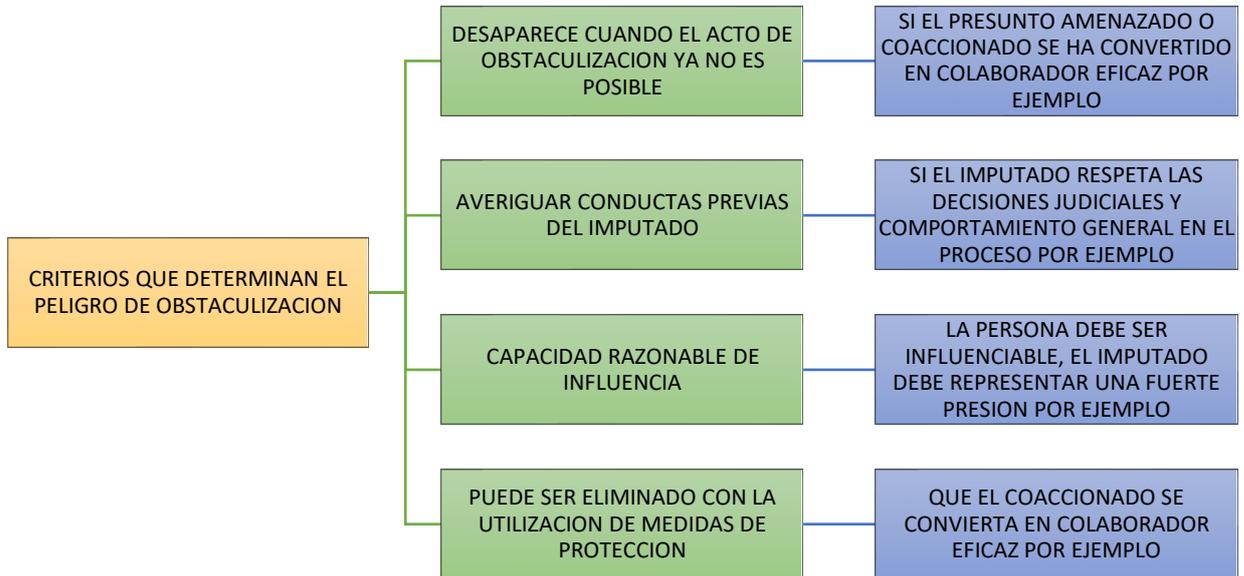
2. Inaplicación de los criterios establecidos en el acuerdo plenario N° 01-2019.

1°. Luego de un arduo debate, la Corte Suprema, con fecha 10 de septiembre del 2019, emitió el acuerdo plenario N° 01-2019.

2°. Entre otros aspectos de relevancia, la Corte Suprema preciso algunos criterios que deben analizarse cuando de peligro de obstaculización se trate.

⁵⁵ Fundamento 8.59, página 82 de la resolución recurrida.

3°. En el afán de respeto al criterio de objetividad del peligro procesal, la Corte Suprema, preciso un catalogo de criterios abiertos que deben ser tenidos en cuenta por el juzgador para la determinación concreta del peligro de obstaculización en un caso. Así tenemos:



4°. Para el caso que presentamos en casación, ninguno de los criterios ha sido analizados, es decir, no se ha respetado lo señalado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 01-2019.

5°. Respecto de los **comportamientos previos de la imputada**, la Sala, pese a reconocer que la imputada, como es de publico conocimiento siempre ha respetado las decisiones judiciales, esta no es tenida en cuenta. La Sala pese a reconocer que la imputada siempre ha participado de todos los actos de investigación, esto ha sido analizado como corresponde al peligro de obstaculización. La Sala pese a reconocer que la imputada siempre a colaborado

con las diligencias y peticiones fiscales, no analiza este aspecto para descartar el peligro de obstaculización.

- 6°. Respecto de la **eliminación del peligro de obstaculización a través de la adopción de medidas de protección**, la sala no analiza este aspecto, y obvia que la persona supuestamente coaccionada para declarar, actualmente y como es de publico conocimiento tiene la calidad de colaborador eficaz, hecho que, pese a que la Corte Suprema ha precisado, debe ser analizado, tampoco es realizado por la Sala de Apelaciones.
- 7°. Constituye este riesgo, de naturaleza cautelar, un importante motivo de contornos amplios, pero definidos perfectamente por la ley y la jurisprudencia. El art. 270 CPP desarrolla el llamado peligro de obstaculización regulando de forma muy determinada los supuestos o situaciones que pueden revelar su existencia y las consecuencias que deben evitarse.
- 8°. El mencionado precepto dispone la procedencia de la prisión preventiva cuando coincida en el caso concreto un riesgo cierto de alteración material de la prueba documental o de influencia decisiva en cualquier prueba personal, coimputados, testigos o peritos, bien de forma directa o bien por medio de tercera persona.
- 9°. En todo caso, la norma exige, como es adecuado al principio de necesidad, que el peligro sea concreto, no meramente abstracto o inferido sin atención a su real existencia, que consista, cuando afecte a declaraciones personales, en una real intimidación, no una simple comunicación o, incluso, intento de convencimiento, que se contraste con los datos obrantes en la causa, especialmente con la conducta mantenida por el investigado, que sea efectivo, es

decir, no meramente hipotético o, lo que es lo mismo, que la influencia, aun existiendo, pueda causar un real daño, pues si los actos ya han sido practicados en todo o en parte, la afectación de esa intervención es mínima o inexistente, no pudiendo adoptarse una resolución como la prisión preventiva sin que la misma prevenga riesgo alguno.

10°. El Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, de 10 de septiembre de 2019, resumiendo la doctrina jurisprudencial pacífica y unánime anterior, ha establecido, concretándolas, las exigencias de este presupuesto previsto, de forma muy minuciosa, por el art. 270 CPP, precepto que la Sala de Apelaciones desatiende de manera evidente en este asunto.

11°. El Acuerdo Plenario, en sus fundamentos 47 a 55, concluye, resumidamente, las siguientes condiciones que ya estaban presentes con anterioridad, pero que resume de forma pedagógica:

- Se trata de un motivo que pretende evitar que la libertad del sujeto sea aprovechada para obstruir la investigación mediante actos fraudulentos sobre la prueba.
- Lo que se ha de impedir es el conjunto de conductas que el precepto, art. 270 CPP, contempla, las tres que menciona: destrucción o alteración de elementos de prueba material; influencia ilícita en pruebas personales; e, inducción a terceros para que realicen tales actos.
- Se exige, como es normal en toda actividad cautelar, un peligro concreto, definido, una sospecha con base fáctica determinada, no siendo legítima para limitar la libertad la mera deducción automática de la posibilidad teórica de una afectación de la prueba. Se impone, por tanto, un análisis del caso concreto, un peligro efectivo que vaya más allá del riesgo enunciado e individualizado, pues debe extenderse a la capacidad misma del sujeto de incurrir en las conductas lesivas de la necesidad de aseguramiento. No cabe amparar un riesgo sobre la base de considerar su mera posibilidad. No existe el riesgo cero.
- Se ha de tratar de fuentes de prueba relevantes para el proceso, de modo que deben ser identificadas y evaluada su importancia e incidencia en la sentencia. No basta, pues, con actos que se dirijan a mermar pruebas si éstas no son determinantes o relevantes para la decisión del caso. Se busca garantizar el proceso, no la actividad probatoria o de investigación en abstracto. La regla de la proporcionalidad de los sacrificios impone este reparto de cargas. La motivación del peligro es determinante, siendo ineficaz una referencia a un riesgo genérico.
- Se deben asegurar o evitar conductas concretas y futuras, no acordar la prisión preventiva sobre la base de anteriores comportamientos, incluso cuando éstos estuvieran acreditados. Las medidas cautelares no sancionan actitudes pasadas, sino que previenen las futuras y previsibles concretadas en actos individualizados. No es la prisión preventiva una sanción, sino instrumento de garantía del proceso.
- No puede la libertad ser privada por esta causa cuando los actos del imputado sean o constituyan ejercicio del derecho de defensa, límite éste que impone una sensibilidad propia

de un sistema democrático por su trascendencia. No se debe olvidar, se apunta por quien suscribe, que la defensa es un derecho fundamental, mientras que la investigación de los delitos no tiene ningún correlativo similar.

- El peligro que el art. 270 CPP contempla se diluye o debilita con el transcurso de la investigación, pues se entiende que la misma va concluyendo su función a la par que se practican los actos de investigación y pruebas oportunos. Especialmente sucede en los casos en los que las pruebas personales, los interrogatorios, se van practicando o cuando se atribuye a ciertos testigos el estatuto de protegidos, es decir, cuando la prueba se ejecuta o se asegura. En todo caso, es evidente que compete a la autoridad judicial un deber de aseguramiento cuyo incumplimiento no puede generar un daño en la esfera de libertad del imputado. Y ese deber es prioritario y preferente a la privación de libertad.
- Se ha de identificar una conducta propia del imputado, es decir, el daño que se quiere evitar debe ser originado o atribuido al imputado. Por tanto, debe constar la capacidad del imputado para influir en la prueba directa o indirectamente. Una capacidad real, no teórica. Y, además, que la prisión es un instrumento imprescindible para evitar esa conducta, pues si la privación de libertad no evitara el riesgo, tampoco sería procedente.

12°. Estos precedentes como hemos analizado, no han sido respetados en la resolución impugnada.

V. CAUSAL: LESIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

1. La lesión de la garantía de legalidad procesal penal.

1°. Los artículos 138° y 139° numeral 3 de la Constitución Política del Perú reconocen el derecho a la legalidad procesal penal, o también llamado derecho al proceso predeterminado por la ley.

2°. El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la legalidad procesal penal tiene como manifestaciones fundamentales que la jurisdicción, la competencia y el procedimiento al que se somete a una persona, deben estar previamente establecidos en la ley.

3°. Así se ha reconocido en la STC del 06 de enero del 2003, expedida en el proceso de habeas corpus por el “Caso Eduardo Calmell del Solar Díaz contra el Juez del

Cuarto Juzgado Especial Anticorrupción”, fundamento jurídico 8⁵⁶; STC de fecha 04 de octubre del 2004, expedida en el proceso de habeas corpus por el “Caso Ricardo Gómez Paquiyauri” fundamento jurídico 5⁵⁷; STC del 29 de abril del 2005, expedida en el “Caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte contra los vocales del Colegiado “B” de la Sala Especializada Anticorrupción”, fundamento jurídicos 45⁵⁸; y STC del 05 de julio del 2011, expedida en el proceso de amparo por el “Caso Benedicto Vera Sullayme contra los vocales de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima”, fundamento jurídico 12⁵⁹.

- 4°. El presidente de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema César **SAN MARTÍN CASTRO** señala que la garantía de la legalidad procesal penal tiene como contenido constitucional el **respeto por el rito, pasos o también (esto es, el procedimiento)**, y por los **derechos y garantías de las partes procesales. Trata de las etapas, los términos y plazos, incoación, ejercicio y desarrollo de la acción penal, órganos competentes, oportunidades, medidas provisionales e instrumentales -limitativas de derecho- y decisiones**. Agrega que la legalidad formal indicada a su vez que se entronca con la legalidad material en orden al fin del proceso: efectividad del desarrollo material y con **las garantías y derechos que supone el proceso para que pueda reputarse como justo, legítimo y válido.**⁶⁰

⁵⁶ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp. N° 0290-2002-HC/TC.

⁵⁷ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp. N° 2555-2004-HC/TC.

⁵⁸ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp. N° 1805-2005-PHC/TC.

⁵⁹ PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp. N° 00813-2011-PA/TC.

⁶⁰ César SAN MARTÍN CASTRO, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Páginas 106 y 107, Jurista Editores e Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2015.

5°. El autor nacional resalta que se trata de una garantía que tiene base constitucional; para el jurista, el artículo 138° de la Constitución; el deber de sometimiento de los órganos jurisdiccionales a la Constitución y a la Ley.⁶¹

6°. En el caso que presentamos a casación, la legalidad viene determinada por el artículo 158 inciso 2 del Código Procesal Penal, que sostiene:

En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o **colaboradores** y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que **corrobo**ren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

7°. Para el caso, no se ha respetado la regla de corroboración de la declaración sospechosa de los colaboradores eficaces.

8°. Al solicitar el desarrollo de doctrina jurisprudencial, hemos precisado que la regla de corroboración debidamente interpretada y desarrollada, implica que la declaración de colaboradores eficaces no pueda ser corroborada con la declaración de otros colaboradores eficaces o testigos protegidos.

9°. La Sala de apelaciones, en la resolución que impugnamos, ha sostenido que:

la designación de Ramírez Cadenillas habría sido una decisión adoptada por la imputada Heredia Alarcón a partir de su capacidad de decisión y gestión dentro del gobierno central, hipótesis que tiene sustento a partir de lo declarado por los colaboradores eficaces 4-2019 y 5-2019. (fundamento 8.34)

(...)

Esta hipótesis fiscal, para esta Sala Superior, se encuentra corroborada con la declaración del aspirante a colaborador eficaz Jose Grana Miroquesada, quien ha referido que Barata le habría confesado que no se preocupara porque estaban realizando un pedido a Lula da Silva de un aporte importante a la campaña de Ollanta Humala y que la relación entre ellos era buena. Asimismo, afirma el colaborador que este le habría asegurado que no se iba a ejecutar la garantía de la empresa Kuntur y que se habría decidido

⁶¹ Ídem.

hacer una nueva licitación del Gasoducto basado en un esquema de seguridad energética. Manifestación que es reafirmada por la declaración del aspirante a colaborador Hernando Grana y el dato objetivo que la carta de garantía de la empresa Kuntur fue devuelta, así como el nombramiento del investigado Ramirez Cadenillas como presidente del Comité de Proseguridad Energética. (fundamento 8.34)

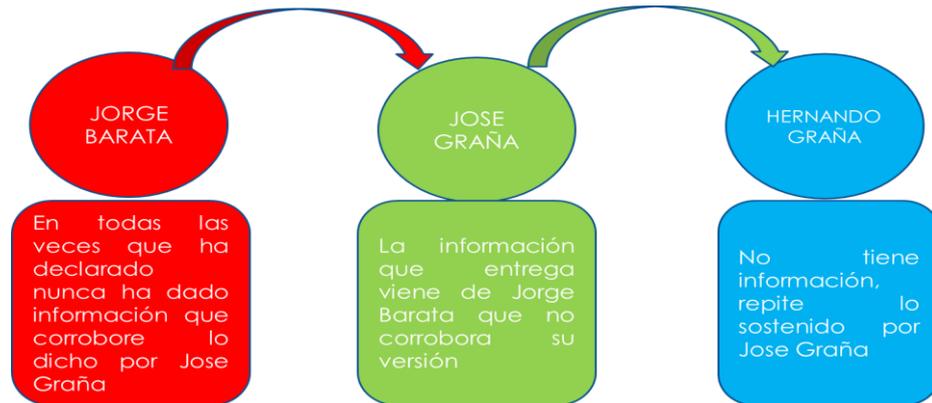
10°. Es decir, la Sala de apelaciones sostiene que la declaración de un colaborador eficaz, puede ser corroborada al mismo tiempo con la decisión de otro colaborador eficaz, lo que como hemos desarrollado no es posible.

11°. Del mismo modo, la Sala otorga valor a las declaraciones de colaboradores eficaces pese a que estos no solo son declaraciones sospechas por su calidad de colaboradores, sino que además al mismo tiempo son de referencia.

12°. En el caso concreto, las declaraciones de los colaboradores eficaces Hernando Graña y José Graña son de referencia en todas sus versiones brindadas:



13°. Cada una de estas declaraciones no solo son de colaboración, sino que **además son de referencia.**



14°. Esto quiere decir que se genera una suerte de corroboración del colaborador que necesita ser corroborado, pero que al mismo tiempo no tiene información propia, sino que la tiene de parte del otro colaborador.

15°. A esto se suma, **un vicio de legalidad** que la defensa no puede controlar, que sería la igualdad de declaraciones entre los colaboradores eficaces Hernando Graña y José Graña, es decir, se habría producido una copia y pega entre sus declaraciones.

16°. Inclusive se han realizado copias en las declaraciones, no solo entre las brindadas entre José Graña y Hernando Graña, sino que, al mismo tiempo, en las versiones que brinda el propio colaborador Hernando Graña se produce una copia en sus propias versiones, asimismo, en las versiones que brinda el colaborador José Graña, se produce una copia entre sus propias versiones.

<p>Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019</p>	<p>Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 23 de setiembre de 2019 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 22 de julio de 2019</p>
<p>A principios del año 2013, Jorge Barata le dijo a José Graña, quien luego le contó a Hernando Graña, que no se iba a ejecutar la garantía, que Jorge Barata había tenido reuniones con Ollanta Humala y Nadine Heredia; y que estos dijeron que había decidido haber una nueva licitación (denominada ahora GASODUCTO SUR PERUANO), basado en un esquema de seguridad energética, pero que no se preocupara porque el nuevo proyecto consideraba casi la misma ruta que Kuntur.</p> <p>Pg. 2</p>	<p>A principios del año 2013, Jorge Barata le dijo a José Graña, quien luego le contó a Hernando Graña, que no se iba a ejecutar la garantía, que Jorge Barata había tenido reuniones con Ollanta Humala y Nadine Heredia; y que estos dijeron que había decidido haber una nueva licitación (denominada ahora GASODUCTO SUR PERUANO), basado en un esquema de seguridad energética, pero que no se preocupara porque el nuevo proyecto consideraba casi la misma ruta que Kuntur.</p> <p>Pg. 1-2</p>

Hernando Graña Acuña
 vs
 Hernando Graña Acuña

<p>Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019</p>	<p>Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 23 de setiembre de 2019 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 22 de julio de 2019</p>
<p>El objetivo de incorporar a estas empresas brasileñas era consolidar el apoyo de Nadine Heredia, quien a decir de Jorge Barata tenía una buena relación con ellas.</p> <p>Pg. 2</p>	<p>El objetivo de incorporar a estas empresas brasileñas era consolidar el apoyo de Nadine Heredia, quien a decir de Jorge Barata tenía una buena relación con ellas.</p> <p>Pg. 2</p>

Hernando Graña Acuña
 vs
 Hernando Graña Acuña

<p>Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019</p>	<p>Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 23 de setiembre de 2019 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 22 de julio de 2019</p>
<p>Tal como había adelantado Jorge Barata, aproximadamente en el año 2012, no puedo precisar fecha exacta, le dijo a José Graña en las oficinas de Odebrecht, que no se iba a ejecutar la garantía, pues había tenido reuniones con Ollanta Humala y Nadine Heredia; en las que estos le manifestaron que se había decidido haber una nueva licitación del Gasoducto</p> <p>Pg. 2</p>	<p>Tal como había adelantado Jorge Barata, aproximadamente en el año 2012, no puedo precisar fecha exacta, le dijo a José Graña en las oficinas de Odebrecht, que no se iba a ejecutar la garantía, pues había tenido reuniones con Ollanta Humala y Nadine Heredia; en las que estos le manifestaron que se había decidido haber una nueva licitación del Gasoducto</p> <p>Pg. 1-2</p>

José Graña Acuña
 vs
 José Graña Acuña

<p>Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019</p>	<p>Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 23 de setiembre de 2019 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 22 de julio de 2019</p>
<p>Asimismo, a comienzos del 2014, Hernando Graña le contó a José Graña que Odebrecht había dicho que era indispensable incorporar al consorcio que postularía a la línea 2 a las empresas Andrade Gutiérrez y Queiroz Galvao y adicionalmente subcontratar a OAS, para consolidar el apoyo de Nadine Heredia,</p> <p>Pg. 2-3</p>	<p>Asimismo, a comienzos del 2014, Hernando Graña le contó a José Graña que Odebrecht había dicho que era indispensable incorporar al consorcio que postularía a la línea 2 a las empresas Andrade Gutiérrez y Queiroz Galvao y adicionalmente subcontratar a OAS, para consolidar el apoyo de Nadine Heredia,</p> <p>Pg. 2</p>

José Graña Acuña
 vs
 José Graña Acuña

17°. Verificada la copia entre las propias declaraciones de los colaboradores eficaces en diferentes fechas, también se puede verificar un cruce en las copias realizadas ya no solo en sus propias versiones, sino en la versión entre José Graña y Hernando Graña.

Hernando Graña Acuña	José Graña Acuña
Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019	Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019
José Graña le cuenta a Hernando Graña que antes de la firma del MOU - Memorandum de Entendimiento, en junio de 2011, le preguntó a Jorge Barata "como iba a resolver el tema de la garantía de 67 millones", pues había riesgo que G&M tuviera que asumir el 7,22% de la referida garantía.	Hubo una conversación entre José Graña y Jorge Barata en las oficinas de Odebrecht en junio de 2011, antes de la firma del MOU, en la que José Graña le preguntó directamente a Jorge Barata "como iba a resolver el tema de la garantía de 67 millones", pues había riesgo que G&M tuviera que asumir el 7,22% de la referida garantía.

Hernando Graña Acuña	José Graña Acuña
Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019	Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019
Pero Jorge Barata le indicó a José Graña que no se preocupara porque acababan de realizar a pedido de Lula un aporte importante a la compañía de Humala, la relación era muy buena con la pareja presidencial Ollanta Humala y Nadine Heredia, le habían asegurado que no se iba a ejecutar la garantía y además contaban con el apoyo de Lula.	Jorge Barata le indicó a José Graña que no se preocupara porque estaban realizando a pedido de Lula Da Silva (entonces ex Presidente de la República de Brasil) un aporte importante a la compañía de Humala, la relación era muy buena con Ollanta Humala y Nadine Heredia, a tal punto que le habían asegurado que no se iba a ejecutar la garantía y además contaban con el apoyo de Lula.

Hernando Graña Acuña	José Graña Acuña
Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019	Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019
Jorge Barata le dijo a José Graña, que no se iba a ejecutar la garantía, pues había tenido reuniones con Ollanta Humala y Nadine Heredia; en las que estos le manifestaron que se había decidido haber una nueva licitación (...)	Jorge Barata le dijo a José Graña, quien luego le contó a Hernando Graña, que no se iba a ejecutar la garantía, que Jorge Barata había tenido reuniones con Ollanta Humala y Nadine Heredia; y que estos dijeron que había decidido haber una nueva licitación (...)

Hernando Graña Acuña	José Graña Acuña
Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019	Acta de Transcripción de la parte pertinente de la declaración de CE de 12 de febrero de 2020 Que contiene la Transcripción de la parte pertinente de la Declaración de CE de 17 de julio de 2019
En enero de 2014, Odebrecht y G&M prepararon un CONVENIO de participación conjunta para participar en la Licitación del Gasoducto Sur Peruano (G&M 20%, Odebrecht 40% y un posible Operador Estratégico 40%).	En enero de 2014, Odebrecht y G&M prepararon un CONVENIO de participación conjunta para participar en la Licitación del Gasoducto Sur Peruano (G&M 20%, Odebrecht 40% y un posible Operador Estratégico 40%).

18°. Como se puede verificar, las declaraciones de los colaboradores Jose Graña y Hernando Graña no solo deben ser debidamente corroboradas por su calidad de testigo colaborador sospechoso, sino que además presenta vicios de legalidad, que en si misma no las invalida directamente, pero que no permitiría el alcanzar sospecha fuerte.

2. Lesión de la garantía de motivación de resoluciones judiciales.

1°. La garantía procesal de la motivación de las resoluciones judiciales se encuentra reconocida en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política de 1993.

2°. El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión.⁶²

3°. La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales como garantía del

⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente N° 01480-2006-AA/TC, sentencia del 27 de marzo de 2006.

debido proceso **adquiere mayor relevancia cuando estamos frente a un proceso penal** en el cual de por medio, está la decisión del encarcelamiento o no de un ser humano.⁶³

4°. El Tribunal Constitucional ha sostenido que la vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales queda fundamentada, entre otros, en los siguientes supuestos:⁶⁴

Motivación de las resoluciones judiciales

- ✓ Inexistencia de motivación o motivación aparente
- ✓ Falta de motivación interna del razonamiento
- ✓ Deficiencias en la motivación externa, justificación de las premisas
- ✓ La motivación insuficiente
- ✓ La motivación sustancialmente incongruente
- ✓ Motivaciones calificadas

5°. En lo que hemos desarrollado hasta aquí se presentan graves defectos de motivación en la resolución recurrida.

6°. En principio la Sala de Apelaciones, no responde a la argumentación de la defensa técnica, respecto de que no es posible corroborar la declaración de un testigo sospechoso con la declaración de otro testigo sospechoso.

7°. La Sala no motiva respecto de como es válido este tipo de corroboración entre

⁶³ Voto del Señor Juez Supremo Dirimente Baltazar Morales Parraguez, Recurso de Nulidad N° 3629-2012, de fecha 27 de septiembre de 2013.

⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, sentencia de fecha 13 de octubre de 2008.

testigos sospechosos.

- 8°. Por otro lado, la Sala tampoco se pronuncia sobre los vicios de legalidad en los que se habría incurrido en la toma de declaración de los colaboradores eficaces José Graña y Hernando Graña, imposibles de controlar por la defensa técnica, al tratarse de actuaciones reservadas y exentas de su control.
- 9°. La Sala también incurre en un defecto de motivación aparente al señalar que los abogados obstruyen con conocimiento de sus defendidos, sin explicar cuál será la base de experiencia en la que se sustenta, menos una mínima explicación respecto del porque arriba a esa conclusión.
- 10°. Al mismo tiempo la Sala incurre en un defecto de motivación al no pronunciarse respecto de los criterios que deben analizarse en la verificación de concurrencia del peligro de obstaculización.
- 11°. El peligro de obstaculización exige la concreción exacta de los riesgos que se quieren prevenir, sin que sea suficiente apuntar a uno genérico y abstracto. La motivación en este caso excede tal exigencia, pues constituye el hecho mismo que soporta el riesgo que se predica.
- 12°. Y, en todo caso, como mantiene la Corte Suprema y el TC, Exp. N° 2534-2019-PHC/TC, de 28 de noviembre, el riesgo, de existir, pierde valor a medida que van declarando los testigos y coimputados y avanza la investigación. Que haya declaraciones pendientes no significa, sostiene el TC, que se sustente un riesgo genérico, pues, además de tratarse de casos distintos al constatado, deben individualizarse y motivar el peligro real.

“Sin embargo, también acepta que conforme se va neutralizando el peligro de obstaculización a raíz de la imposición de la medida, esta va perdiendo su legitimidad de mantenerse y que, en tanto, se aseguren las fuentes de prueba y la finalidad de la medida se vea cumplida, no se justifica continuar con la privación de la libertad del imputado. 250. Siendo las cosas del modo descrito, no termina de entenderse —y por tanto de explicarse— cómo así, en el caso de la favorecida y cuando el proceso se encuentra en un estado de abundante acopio de medios de prueba, se persiste en la medida restrictiva de la libertad. Dicho de modo distinto, carece de asidero insistir en una fórmula restrictiva, allí donde se encuentran eficazmente garantizadas las pruebas que precisamente se requieren para los fines del proceso respectivo. En este contexto, afirmar que aún se encuentran pendientes otros actos de investigación respecto de imputados y testigos distintos a la procesada, no avala tampoco dicha opción restrictiva, pues no solo se trata de sujetos procesales diferentes, a lo que se añade que la hipotética vinculación entre aquellos y la favorecida se sustenta en argumentaciones edificadas sobre la base de conjeturas o indudables presunciones, según ya se ha precisado con anterioridad. 251. Este Colegido considera bajo el escenario descrito, que la resolución casatoria, visto el tiempo transcurrido, el estado actual del proceso y el acopio de medios probatorios reunidos hasta la fecha, deviene en cuestionable pues la medida restrictiva de la libertad que se pretende convalidar, no se encuentra suficientemente respaldada en datos objetivos, lo que la convierte en evidentemente insuficiente y a todas luces, contraria a la libertad individual”.

13°. La resolución que se recurre no realiza referencia alguna a las pruebas pendientes, a las practicadas y, en este sentido, a la necesidad de evitar un peligro que se sostiene sobre una presunción genérica e indeterminada que prohíben la Corte Suprema y el TC.

14°. A ello hay que sumar falta de motivación en las siguientes decisiones de la Sala:

- La razón por la cual opta por aceptar como válida la declaración del Sr. Merino producida en el procedimiento de colaboración eficaz.
- Las pruebas sobre las que debe evitarse el riesgo y la real incidencia en las practicadas. Es decir, la relevancia de las que quedarían afectadas por el supuesto peligro, pues éste ha de ser grave y la prueba relevante, no cualquiera.
- La insuficiencia de las pruebas practicadas y el análisis hecho sobre la gran cantidad de actividad probatoria, la cual, parece ser, no se vio afectada por presión alguna.

3. La lesión de la garantía de legalidad procesal penal.

3.1.- Los fundamentos de la resolución judicial que lesionan derecho de defensa.

- 1°. La decisión de la Sala tiene como base la mera y simple relación que se produjo entre el abogado de la señora Heredia y el coimputado material, que no testigo, Sr. Merino Tafur, relación de la que extrae un riesgo o peligro general de obstaculización de la actividad procesal, una voluntad y capacidad absoluta de la Sra. Heredia de influir en elementos personales del proceso para que emitan declaraciones falsas.

- 2°. Se afirma que el abogado de la Sra. Heredia, Sr. Pedraza, con anterioridad a su declaración, se acercó, habló por teléfono y entregó documentación de la causa al Sr. Merino. La Sala entiende que tales contactos lo fueron con la intención de influenciarlo, que equipara a intentos de obstaculización ilícitos, para que emitiera una versión falsa de los hechos. Reconoce la Sala que, una vez ofrecida la versión fruto de los contactos, esta fue desmentida tras alcanzar el coimputado un acuerdo de colaboración eficaz con el MP beneficioso para sus intereses.

- 3°. De este dato, poco explicado y aceptado sin reservas, deduce una intencionalidad y capacidad de influencia absoluta y genérica de la Sra. Heredia para influir de manera decisiva en la prueba toda a los efectos de que los declarantes lo hagan falsamente o se comporten de modo desleal o reticente en el proceso. Y sin referir que en otro caso, muchos, se ha producido la actividad que aprecia como ilícita. Solo, pues, un supuesto ente las decenas de actos de investigación.

Ningún dato más se ofrece de actuaciones que se consideren obstruccionistas, antes al contrario, se niegan expresamente, como en el caso de la Sra. Montes Llanos.

- 4°. La resolución nada relata de la intervención de la Sra. Heredia en los hechos, ni directa, ni indirecta, no obstante, lo cual, sobre la base de una afirmada e inexistente, antes, al contrario, no real, máxima de la experiencia, le imputa la autoría en la presunta coacción al entender que la defensa técnica nunca actúa sin conocimiento y asentimiento de su patrocinado. Un hecho que, como se verá, es contrario a la relación contractual que existe entre abogado y cliente, la cual no es considerada por la Sala desde criterios jurídicos. Afirmar una máxima de la experiencia, hecho que sirve para valorar hechos, sin tomar en consideración la ley que la desmiente, debe ser valorado por la Corte Suprema y, tal vez, pronunciarse de futuro acerca de las máximas de la experiencia que los tribunales crean cotidianamente, elevando a tal condición meras apreciaciones personales incluso contrarias a las leyes que no citan, ni referencian.
- 5°. Y, en conclusión, de una mera relación entre abogado y coimputado, pasada y sobre la base de la simple manifestación de este último, favorecido por un acuerdo y por tanto sospechoso en cuanto a su fiabilidad, concluye un riesgo absoluto, genérico y abstracto de peligro de obstaculización que legitima su prisión preventiva, solo sustituida por arresto domiciliario en virtud de razones sanitarias. Lo acordado es una prisión preventiva, pero moderada por motivos extraprocesales. Lo que debe justificarse en el caso, pues, es la prisión preventiva. Las infracciones producidas en el caso al art. 270 CPP y a la doctrina de la Corte Suprema.
- 6°. Son muchas y variadas las infracciones que la resolución de la Sala ha cometido en relación con el precepto citado y el Acuerdo Plenario, vinculante, tantas que la misma ha de considerarse nula de pleno derecho y ser revocada a los efectos

de asentar la doctrina jurisprudencial evitando que la misma, aceptando sus criterios generales, se frustre en la aplicación exacta a los casos. La prisión preventiva no puede constituirse en una medida retributiva anticipada o en un instrumento de política criminal que atente contra la neutralidad del Poder Judicial y el proceso. No es aceptable constitucionalmente, ni propio de las medidas cautelares, sometidas al derecho a la presunción de inocencia, la adopción de la restricción de la libertad atendiendo a razones no cautelares, sino de otra naturaleza incompatible con el carácter de las medidas coercitivas penales. Y esta resolución es, evidentemente, paradigma de este uso y debe ser corregida e integrada jurisprudencialmente en aquellos aspectos que, dictados por la Corte Suprema, son obviados por los tribunales. Aceptar la doctrina, escribirla, pero resolver en contra de ella, es conducta arraigada que debe ser superada, a cuyo efecto la solución bien podría ser la nulidad de toda resolución no motivada realmente. Y así se pronuncia la CIDH en resoluciones diversas que se indicarán en un momento posterior.

3.2.- Derecho de defensa y riesgo de obstaculización.

1°. La resolución, sobre la base de un mero contacto entre un coimputado, el Sr. Merino y el abogado de la Sra. Heredia, en el cual aquel afirma que se sintió influenciado, concluye que:

- Existe un riesgo genérico de obstaculización sobre todo el material probatorio, sin concreción alguna ni de elementos materiales o personales, ni de medios para la realidad de la conducta, ni de riesgos ciertos, graves y objetivos.
- Sin individualizar conducta alguna de la Sra. Heredia, a la cual nadie refiere relación de ningún tipo, directa o indirecta, considera su capacidad e intención de poner en peligro el proceso y ordena su prisión preventiva sustituida.
- Los principios de necesidad e idoneidad son meramente señalados en sentido abstracto, afirmando su verificación, sin concretar las razones que llevan a considerar que la privación de libertad, en el caso, es necesaria e idónea.

- No se hace mención alguna al tiempo transcurrido desde el inicio de las investigaciones, a las declaraciones ya producidas, ni se menciona el deber de asegurar la prueba, deber que es prioritario, si existe riesgo, a la privación de libertad.

3.3.- La autonomía de la defensa. El ejercicio del derecho de defensa es equiparado a peligro de obstaculización.

1°. Dos son las cuestiones que deben abordarse en este punto. La primera, la relativa al contenido del derecho de defensa y su incidencia en la libertad de comunicación con testigos y coimputados; la segunda, la naturaleza jurídica del contrato que vincula a abogado y cliente, que otorga al primero una autonomía que se opone derechamente a la máxima de la experiencia que afirma la resolución de la Sala y que, por tanto, no es tal, sino una mera opinión judicial carente de apoyo legal y jurisprudencial que deja sin valor el razonamiento todo de la resolución, pues es la única base sobre la que construye la imputación cautelar de la Sra. Heredia.

2°. No obstante, lo primero, brevemente, que debe hacerse es calificar la posición procesal del Sr. Merino, pues la misma es determinante de la existencia misma de los riesgos y de la conducta que han de seguir los abogados en una causa determinada. No es indiferente que el contactado por la defensa sea un testigo o un coimputado, pues esta última condición implica no sólo una serie de condiciones referidas a su validez probatoria, la corroboración externa y su naturaleza dudosa como declarante, sino que abre mayores posibilidades de contacto entre los abogados de los que ocupan una misma posición, especialmente porque la exculpación o inculpación mutua es fuente de

beneficios y porque la credibilidad se somete a estándares subjetivos que no tienen la misma entidad en el caso de los testigos.

3°. Un dato es esencial destacar, que parece confundirse en múltiples resoluciones de los tribunales peruanos, instados por la Fiscalía anticorrupción. Y es que no existe la categoría procesal de colaborador eficaz fuera de su procedimiento. En el proceso, desde un punto de vista formal y procesal solo hay dos formas de intervenir como sujeto; si es como parte pasiva, como imputado, coimputado o responsable civil y, si es como tercero ajeno a los hechos, como testigo o perito. Nada más, pues no existe un medio de prueba relativo a los colaboradores eficaces que, por tanto, solo pueden ser, normalmente, coimputados al ser receptores de beneficios procesales, siendo así que los testigos, de ser protegidos, no reciben un beneficio, sino una protección por parte del Estado no sujeta a negociación alguna habida cuenta su deber de decir verdad. Pretender que los colaboradores eficaces constituyan una categoría procesal autónoma carece de fundamento legal y doctrinal y sirve muchas veces para eludir la atribución de la condición material debida, la de coimputado. La Corte Suprema debería pronunciarse al respecto, obligando a los tribunales a omitir esta referencia formal y a indicar el carácter real en el que declaran los sujetos procesales o terceros.

4°. No es la voluntad del MP la que determina la condición de quien declara, sino su relación con los hechos. No es la aceptación de un acuerdo la que altera el carácter de quien comparece y que, por tanto, queda eximido de los requisitos propios de su condición material, sino esa participación en los hechos que le hacen materialmente coimputado.

- 5°. Paradigmática es la STC español 111/2011, de 4 de julio que sentó las bases para afrontar prácticas fraudulentas.
- 6°. Entiende el TC español que, a los efectos de evitación de fraudes y de garantía de derechos, lo determinante para la atribución de una condición procesal y/o del régimen jurídico aplicable al declarante no es la cualidad formal en la que ha sido llamado al proceso, si es o no parte, si ha sido calificado como testigo por el MF, sino si fue partícipe en los hechos. Es la coparticipación en la actividad que se investiga y juzga lo determinante del régimen jurídico de la declaración, entre otros extremos, de su credibilidad.
- 7°. Para el TC español, pues, aunque sea llamado el partícipe como testigo, debe ser tratado como coimputado, aplicando el régimen propio de esta condición en toda su extensión. Es el fraude lo que debe evitarse.
- 8°. En este sentido atribuye la condición de coimputado a quien es juzgado en otro procedimiento por los mismos hechos.

“Desde esta perspectiva, la cuestión nuclear que ha de resolverse, conforme con los valores y principios constitucionales a cuya preservación se dirige la anterior doctrina, no es tanto si la persona citada a declarar por el Tribunal ha sido o no parte en la causa que entonces se enjuicia, sino si ésta fue o no partícipe en los hechos, pues es evidente que la coparticipación en el delito (por los sentimientos e intereses que pueden haber surgido desde su comisión) es un dato relevante a tener en cuenta para ponderar la credibilidad de su testimonio. En consecuencia, aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración incriminatoria también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos, como ocurre en el caso sometido a nuestra consideración”.

- 9°. En este sentido, el Sr. Merino participó de forma activa en los hechos investigados, hasta el punto de que es incluido en el segundo nivel de la afirmada por el MP asociación ilícita. Su declaración como testigo es nula en todo caso y la que realizó como colaborador eficaz, inútil para adoptar la prisión preventiva al no ser practicada con la debida contradicción.
- 10°. Conforme establece el Acuerdo Plenario, en su fundamento 33, un medio practicado sin intervención de la defensa no es válido y suficiente para fundamentar un juicio de sospecha grave. La defensa es determinante para la validez y suficiencia de dicho elemento de convicción.
- 11°. En este caso, la contradicción es fundamental en tanto se trata de un coimputado convertido fraudulentamente en testigo cuyas declaraciones son cambiantes al amparo de los beneficios obtenidos en su condición material de coimputado. Y lo es, igualmente, a los efectos de valorar la regularidad de la declaración, su licitud, lo que no ha sido posible a pesar de la evidencia de la irregularidad cometida por el MP, aceptada mecánicamente por la Sala y por no someterse a las condiciones de corroboración propias del carácter del declarante.
- 12°. Las declaraciones del Sr. Merino son nulas por las razones dichas, lo que implica que el riesgo cautelar afirmado sobre esta única base, desaparece plenamente. La nulidad de esta declaración, que se solicita, implica la nulidad de la resolución que acuerda la prisión preventiva sustituida, al fundamentarse aquella en esa sola declaración.

3.4.- El derecho a la defensa y la relación del abogado con testigos y coimputados.

- 1°. La primera cuestión que debe resolverse y que la Sala de Apelaciones no aborda, adscribiéndose a la posición de la fiscalía de modo automático, es la relativa a las facultades legales de los abogados de relacionarse, extraprocesalmente, con testigos y coimputados, pues no es aceptable rechazar absolutamente todo contacto equiparándolo con una obstrucción a la justicia. El paso entre el derecho de defensa y la afectación a este derecho es esencial y las posturas extremas, sin base legal alguna, pueden generar no sólo un uso indebido de la prisión preventiva excedida por posicionamientos incompatibles con el Estado de derecho, sino una clara conversión del proceso en instrumento en manos de la parte acusadora, investigadora, en un monólogo, no procedimiento dialéctico, ni contradictorio.
- 2°. Negar toda posible relación extraprocesal a los abogados y permitirle a fiscales y policía, merece alguna consideración y sancionar con prisión a quien actúa sus derechos, algo más, pues está en juego el sistema mismo. Ordenar la prisión preventiva ante el ejercicio del derecho de defensa puede derivar en una coacción dirigida a evitar que dicho derecho sea eficaz.
- 3°. La Corte Suprema debería pronunciarse acerca de esta cuestión que parece estar resolviéndose en Perú de forma incompatible con el derecho de defensa y el proceso acusatorio. El papel de la fiscalía no puede alcanzar cotas incompatibles con la igualdad y la contradicción. Menos aun cuando se trata de fiscalías especializadas, propensas al exceso en el ejercicio de sus funciones.
- 4°. Es de una evidencia incontestable y no existe norma alguna que lo prohíba, que los abogados pueden relacionarse extraprocesalmente con testigos y

coimputados. Ningún derecho puede ser excepcionado si no es legalmente, por medio de una ley que lo restrinja expresamente. Los abogados pueden mantener contacto con los declarantes fuera del proceso, entregarles documentación y explicarles su posición. Máxime cuando se trata de coimputados partícipes en los mismos hechos. No existe precepto alguno, se insiste, que lo prohíba, no pudiendo los tribunales ordenar una restricción de derechos que la ley no sanciona, antes al contrario, permite.

5°. El principio de igualdad se opone a que se impida esta conducta a una parte, la defensa y se reconozca a la acusadora, que también es parte y que en Perú goza de poderes muy elevados por medio de un procedimiento, el de colaboración eficaz, en el que, a los efectos de la concesión de beneficios se negocian los contenidos mismos de lo que se va a declarar, siendo innegable que si la declaración no conviene a quien la insta, el beneficio no será concedido. Y en un procedimiento no contradictorio, no proceso, sino expediente y, por tanto, extraprocesal y equiparable a un contacto particular. Colaboración eficaz y contacto extraprocesal son una misma cosa. Salvo que se atribuya a ese procedimiento, el carácter de proceso especial, lo que no es posible bajo ninguna consideración, especialmente al no existir ni la contradicción, ni la naturaleza jurisdiccional que no se puede aceptar por el mero hecho de ser necesaria la aprobación del acuerdo.

6°. Un contacto, una toma de posición, de ofrecimiento de información, de planteamiento de conflictos sobre los hechos etc., no equivale derechamente a una influencia, a una obstrucción a la justicia, como se afirma en la resolución recurrida. Es ejercicio del derecho de defensa.

- 7°. Lo prohibido es influenciar de forma determinante, no cualquier influencia, relevante y eficaz, no si no se produce el resultado y éste, naturalmente, ha de haber sido comprobado.
- 8°. Aportar pruebas, facultad de las partes y voluntaria, exige un previo contacto y conocimiento de la prueba que se va a ofrecer, la que interesa a la posición mantenida. Proponer testigos, igual. Es mera especulación creer que se ofrecen testigos sin valorar su versión en relación con la pretensión sostenida. Y el sistema no confiere al MP un monopolio en esa labor de indagación y en las relaciones extraprocesales. Negar a la defensa esta conducta, no prohibida, es romper un equilibrio que, en los sistemas de investigación por el MP, está decididamente a favor de la acusación pública. Reforzar la desigualdad es convertir la defensa en imposible, en simple objeto subordinado a la acusación. En consecuencia, lo que se debe probar a los efectos de considerar la conducta del abogado no es el hecho de la relación lícita con testigos y coimputados, sino la existencia real y efectiva, concreta, de una coacción, de una influencia decisiva y determinante de la declaración. Y esa conducta ha de probarse en el caso, no presumirse, como se hace, partiendo del simple hecho del contacto.
- 9°. No basta con que el declarante afirme que se ha sentido influenciado, pues no es la sensación del afectado lo determinante, sino la real conducta denunciada. Y debe motivarse en el caso la influencia más allá de lo que el testigo, subjetivamente, piense o sienta.
- 10°. Cabe en este punto, por su identidad, hacer mención a la jurisprudencia referida a la necesidad de otorgar el estatus de testigo protegido.

11°. Como establece el TEDH, la motivación exigible en cada caso para atribuir dicha condición ha de justificar los riesgos y perjuicios reales que la publicidad causaría al testigo en caso de que se revelara su identidad, y tales riesgos no pueden ser genéricos, sino concretos (STEDH Pesukic v Suiza, de 6 de diciembre de 1992). No es suficiente, a tales efectos, con el temor subjetivo que pueda manifestar el testigo, sino que debe concretarse el real riesgo, basado en motivos objetivos que, además, han de quedar acreditados (STEDH Asani v ex República Yugoslava de Macedonia, 1 de febrero de 2018).

12°. Es evidente, que las motivaciones formularias y las que hacen referencia al riesgo genérico para la investigación, son ineficaces para completar este requisito esencial.

13°. La STS español 715/2018, de 16 de enero, sanciona con la nulidad de pleno derecho la falta de motivación de estos peligros ponderados y acreditados.

“Se hace especial hincapié en la sentencia 828/2005 en que la restricción de derechos fundamentales dentro del marco del derecho a un proceso público con todas las garantías, del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia, exigen que la decisión se adopte motivadamente por el Juez o Tribunal, y concretamente cuando se refiere a las medidas que puede adoptar el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos, exige además que se efectúe por el órgano jurisdiccional una previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos (y peritos) en relación con el proceso penal de que se trate. Y como en el caso concreto no consta expresamente esa ponderación y permanecen ignotas las razones del Tribunal para mantener la ocultación de la identidad del testigo y para practicar la prueba estando éste en un despacho contiguo a la Sala de audiencias, oculto al menos para los acusados, se declara la nulidad de la prueba así practicada en cuanto afecta al derecho a un proceso con todas las garantías”.

14°. En este caso, el tribunal no motiva la real influencia. Relata contactos y asume las afirmaciones del coimputado sin más razonamiento.

- 15°. La posición sostenida por la Sala, pues, a la vista de los hechos, lleva a afirmar que lo que se prohíbe es el ejercicio del derecho de defensa y que la prisión preventiva se ha utilizado de forma desproporcionada y ordinaria, como instrumento que atenta al principio de contradicción.
- 16°. La posición de la Sala en relación con los derechos de los imputados es extrema. Basta ver que prohíbe a la Sra. Heredia que mantenga contacto con los medios de comunicación, esto es, le niega sus derechos a la libertad de expresión y opinión sin citar norma alguna en la que ampararse. Este dato es paradigmático de la resolución en su conjunto y del entendimiento de la media cautelar que la Sala sostiene a pesar de sus apelaciones a la doctrina general.
- 17°. La declaración del Sr. Merino, única base para determinar la existencia de un peligro de obstaculización, no acredita la existencia de influencia, ni siquiera en su caso, peculiar y susceptible de ser calificado como dudoso en toda su extensión.
- 18°. El Sr. Merino declaró dos veces. La primera negó los hechos; la segunda, tras lograr o como consecuencia de lograr un acuerdo beneficioso, en sentido contrario aduciendo que en la primera ocasión actuó influenciado.
- 19°. La Sala, contra las exigencias legales, rechaza la credibilidad de la primera aceptando la influencia sin más pruebas que la manifestación del declarante y asume la segunda, a pesar de que ésta no está corroborada externa y objetivamente, lo que asume literalmente y que es fruto de acuerdo, de un beneficio, lo que la hace sospechosa y merecedora de comprobación objetiva y subjetiva. Es decir, la Sala acepta una declaración sin atender a los requisitos

establecidos por el art. 158 CPP y asume otra lícita que, sin embargo, contra la inescindibilidad de la prueba cree en parte. Es decir, le niega veracidad, pero acepta que es fruto de una coacción que no motiva más allá de las relaciones lícitas.

20°. Y la Sala no motiva las razones por las cuales asume una declaración y rechaza la otra. Falta de motivación que, en este caso, genera la nulidad de una decisión que aparece como mera voluntad no fundamentada de un hecho determinante de la libertad de la imputada.

21°. Siendo así que el Sr. Merino, se repite es un coimputado, no es posible conceder valor a su declaración como testigo, no corroborada, no contradictoria y que ofrece una doble versión cuando obtiene un beneficio que, precisamente, lo excluye de la imputación.

22°. Si esta declaración no ha sido corroborada, si es sospechosa, debe excluirse y, dado que además no ha sido contradictoria, no tomarse en consideración para valorar el riesgo que se afirma. Y así, se repite, lo ha sostenido el Acuerdo Plenario.

3.4.- La naturaleza jurídica de las relaciones entre abogado y cliente.

1°. Sin entrar en consideraciones acerca de lo que debe entenderse por máxima de la experiencia, como hecho que sirve para valorar hechos, como premisa de silogismos que actúa a modo, pues, de hecho acreditado en una presunción que comparte la naturaleza de las “iure et de iure” cuya legitimidad penal es discutible, es necesario abordar, sin referencias a este tipo de afirmaciones

genéricas y particulares, la naturaleza de las relaciones entre abogado y cliente, de las cuales deducir si el abogado actúa con autonomía o es un simple mandatario o mucho más que un mandatario, pues éste goza de facultades de actuación propias. Es decir, si toda actuación de un abogado es deudora de las directrices que le ordena su cliente como sostiene la Sala.

2°. Afirmar que la labor de un abogado, toda ella, se hace con asentimiento y conocimiento y consentimiento de su cliente es afirmación que no se compadece con la naturaleza jurídica del contrato que vincula a ambas partes. Y, en todo caso, que no puede sostenerse sin referencia al marco normativo que la regula, el cual, dentro de la inexistencia de un específico contrato, no contiene, ni soporta una máxima de la experiencia como la que describe la Sala. Y sabido es que las máximas de la experiencia ordinarias se contienen en normas, forman parte de las mismas, no son de creación judicial en cada caso, ni lo pueden ser como mera creencia u opinión particular que se sostiene en una máxima inexistente y que, por tanto, sirve para ni probar lo obligado o dar por probado lo que no está. La buena fe, la diligencia de un padre de familia, máximas de la experiencia, contenidas en normas no son equiparables a criterios de valoración de la prueba en un sistema de libre valoración que no puede conducir a negar la necesidad de probar hechos mediante el mecanismo de convertir las opiniones judiciales en una categoría tan excepcional.

3°. En todo caso, la Sala no motiva “su” máxima de la experiencia, no indica la razón por la cual la considera de esta naturaleza, no la define. En resumen, debe ser rechazada por los motivos indicados.

- 4°. Bajo tal argumento, la Sala, sin explicación alguna afirma tajantemente que entre abogado y cliente, en las actividades propias de la defensa técnica, existe una total y plena dependencia del cliente. Así debe entenderse cuando se atribuye responsabilidad criminal a un acto del abogado, propio del derecho de defensa y del que nada se relata que lo vincule a su cliente, ni directa, ni indirectamente.
- 5°. La presunta e insistente máxima de la experiencia sirve para imputar a quien no está relacionado con el hecho –legítimo–, de forma alguna.
- 6°. Solo si se admite la existencia de la máxima de la experiencia ofrecida es posible legitimar, aunque solo de modo teórico, pues no existen razones cautelares, la prisión preventiva en este aspecto. Si se rechaza, es evidente que debe probarse, lo que no se ha hecho, la participación de la Sra. Heredia en los hechos.

3.5.- La del contrato que vincula al abogado y cliente.

- 1°. Es absolutamente necesario profundizar y concretar cuál es la naturaleza del contrato que vincula a abogado y cliente para determinar el grado de autonomía o dependencia del primero respecto del segundo. Porque, si del contrato no se desprende esa dependencia que afirma la Sala a nivel de hecho no necesitado de prueba, todo el razonamiento judicial debe ser rechazado. Y, es al menos preocupante, que una Sala de Justicia no haga esta labor, no indague en conceptos que, siendo civiles, determinan prestaciones y contraprestaciones, posiciones y, en fin, pueden, como sucede, negar la premisa de la que parte la Sala. La sumisión a la ley es a toda ella y obliga a evitar pronunciamientos que no atiendan a la ley en su conjunto.

- 2°. La jurisprudencia y doctrina española ha abordado el asunto con alguna precisión, pero, sobre todo, con perfecta unanimidad coincidiendo en que el contrato que liga a abogado y cliente es un arrendamiento de servicios. Y un arrendamiento de servicios es aquel contrato por el cual una persona se obliga a realizar respecto de otro, de manera independiente, una actividad o trabajo a cambio de una remuneración cierta. Se demanda una actividad, que se actúa por el arrendatario, conforme al encargo, de modo independiente.
- 3°. El objeto de este contrato es una mera actividad, no un resultado, de modo que la responsabilidad del arrendatario deriva de incumplir la “lex artis”, con dolo o culpa. La STSE, Sala primera, de 30 de julio de 2007, afirma que el abogado se obliga a cumplir realizando los servicios adecuados al encargo, ejecutando su actividad de manera óptima.
- 4°. El abogado debe realizar, en el marco del encargo, los actos precisos para una adecuada defensa (STSE, Sala 1ª, 4 de noviembre de 1991). Y los ha de hacer con una diligencia media, de tal forma que asume responsabilidad contractual si infringe la “lex artis” (STSE, Sala 1ª, de 22 de abril de 2013).
- 5°. Este hecho, la responsabilidad contractual, revela sin muchos más comentarios, la independencia de la función, pues de ser regla la plena dependencia que afirma la Sala, máxima de la experiencia, no existiría esa responsabilidad como consecuencia de apartarse de la “lex artis”, sino de las instrucciones expresas del mandante.

- 6°. No se trata de un mandato, aunque tenga elementos del mismo. Lo que caracteriza al mandato es el carácter sustituible del mandatario por el mandante, siendo los actos encargados factibles por este último. Sin embargo, en la relación entre abogado y cliente no se da esta nota porque el abogado posee los conocimientos técnicos de los que carece quien le contrata. De ahí que hablar de dependencia, excediendo incluso la independencia propia del contrato de mandato, supone ir contra la naturaleza de la relación jurídica que vincula a abogado y cliente.
- 7°. Predicar esta dependencia de un abogado y no hacerlo, por ejemplo, de un médico, cuando el contrato es el mismo, significaría que el médico habría de ceñirse siempre a las instrucciones del enfermo. No hay diferencia jurídica en la relación que se establece entre cliente, abogado, médico o arquitecto. No hay razón jurídica para establecer una máxima de la experiencia en el caso de los abogados contraria al carácter del contrato signado.
- 8°. Y es que, aun siendo un mandato, el art. 1790 CC peruano, le obliga a realizar actos por cuenta o interés del mandante, no bajo su plena dirección y autoridad. Y los arts. 1760 y 1762 CC peruano, que regulan el arrendamiento de servicios, permiten al arrendatario apartarse de las instrucciones del arrendador si es ventajoso para éste.
- 9°. En un mismo sentido se expresa el Estatuto de la Abogacía española, en su art. 1°, que define la profesión de abogado como actividad libre e independiente. No existe dependencia en la función. Y puede apartarse si recibe encomiendas ilícitas, que cabe presumir no lo son si las acepta y actúa conforme a ellas. De

este modo, el cliente, obviamente, queda amparado en su actuación si el abogado asume las indicaciones recibidas y las cumple, precisamente por carecer de conocimientos jurídicos. La posición prevalente del abogado se aprecia, por ejemplo, en el art. 372,2 CPP en el sentido de que el acusado debe consultar con su abogado acerca de una conformidad que, en España, solo es posible si la acepta el abogado (art. 655 LECrim). La superioridad técnica del abogado se opone a considerar la subordinación de éste en materia legal.

10°. El Código ético de los abogados de Perú, en su art. 25, es claro, ordenando a los abogados eficiencia y empeño en su función y que no se exculpen de actos ilícitos atribuyendo los mismos a sus patrocinados.

11°. A la vista de estas notas se puede afirmar que la relación existente entre abogado y cliente no es la dependencia que se afirma, sino la contraria. Y extraer diversas consecuencias:

- Primera. Que el abogado actuó con plena independencia y realizando actos lícitos, propios de su función, no de obstrucción.
- Segunda. Que, en caso contrario, la Sra. Heredia no tendría responsabilidad alguna, pues el consejo técnico le ampararía ante su desconocimiento del derecho y de la posible ilicitud de su presunta orden.
- Tercera. Que siendo la labor del abogado independiente y no sometida a mandato al modo que se indica en el auto de la Sala, debe explicitarse en el caso la instrucción recibida, la orden emanada de la Sra. Heredia y la aceptación expresa de su abogado, lo que no se hace aun siendo la excepción a la norma, no la regla.
- Cuarta. De ser cierta la instrucción, que se niega, debería explicitarse y probarse que el abogado se atuvo exactamente a la misma, pues pudo negarse si la consideraba ilícita, incurriendo en responsabilidad en caso contrario. Y si fue ilícita, las razones por las cuales se imputa a la procesada y si hubo advertencias al respecto.

12°. En resumen. No hay máxima de la experiencia que sostenga la dependencia afirmada, sino exactamente lo contrario. Y no hay prueba alguna de la participación directa o indirecta de la Sra. Heredia en la actividad legítima de relación con testigos e imputados. Y, en resumen, la licitud de lo actuado es de

tal evidencia, que estas reflexiones carecen de sentido, salvo que se acepte, como se ha dicho, que la prisión preventiva sirve para coaccionar el ejercicio adecuado del derecho de defensa, la vulneración de la contradicción y la primacía de la posición del MP y de la acusación.

Por lo expuesto,

Pedimos a usted, Señor Presidente de la Sala Penal de Apelaciones Nacional, tenga por interpuesto el recurso de casación extraordinario, por cumplidos los requisitos de admisión conforme a la competencia asignada por el artículo 430° incisos 2° y 3° del Código Procesal Penal, y eleve los actuados a la Corte Suprema de Justicia a fin de que verificando la procedencia y posteriormente conociendo el mérito, declare fundado el recurso de Casación, y revoque la resolución N° 07, de fecha 15 de septiembre del 2020, y que reformándola se imponga la medida de comparecencia con restricciones.

Lima, 02 de octubre del 2020.


JEFFERSON G. MORENO NIEVES
ABOGADO
Reg. ICAA N° 2936



Nadine Heredia Alarcón
DNI. 10308805