

DERECHO COMPARADO

Doctrina relevante de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal del Perú en materia de pruebas y garantías procesales

José María ASENCIO MELLADO

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad de Alicante

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación de España

Resumen: La Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora Transitoria, del Perú, ha dictado el 6 de noviembre de 2023, una Sentencia muy relevante en el ámbito de las pruebas y garantías procesales. Comentar esta Sentencia, dada la relevancia del caso y su antigüedad, muchos años, es tarea que debe hacerse desde el análisis jurídico procesal y penal de los hechos jurídicamente relevantes y de la prueba. Abandonar toda reflexión ajena a este marco es obligado para no incurrir o permitir la entrada en juego de criterios o factores que el Derecho debe ignorar

Palabras clave: Atestados policiales. Imputación. Informes de inteligencia. Prejudicialidad penal. Presunción de inocencia. Prueba pericial. Testifical

Abstract: This article examines a judgment of significant importance and long-standing history. Given its complexity and the time elapsed, the analysis must focus strictly on the procedural and criminal law aspects, specifically the legally relevant facts and the evidence presented. It is essential to avoid interpretations outside this legal framework to prevent the influence of factors or judgments that the law is not meant to consider

Keywords: Criminal charge. Criminal jurisdiction. Expert evidence. Expert testimony. Intelligence reports. Police reports. Presumption of innocence. Witness testimony

I. INTRODUCCIÓN

Pocos asuntos han tenido la trascendencia y han recibido o padecido la atención mediática como el que constituye el objeto de la presente aportación. Si bien se analiza el caso, la complejidad procesal y probatoria no es tanta, aunque la tiene sin duda, debiéndose buscar su extensión y la prolija actividad desarrollada en otros factores que han coincidido en el caso y en el tiempo invertido en su análisis y conclusión. Porque, desde sus comienzos, la prueba pericial confeccionada contradictoriamente, por ambas partes, acusadoras y acusadas, era suficiente como para configurar y fundamentar el archivo judicialmente ordenado en la fase de investigación. La prueba pericial, contradictoria, permitía ya entonces considerar que el patrimonio del imputado principal tenía un origen lícito, lo que descartaba cualquier tipo de conexión con las actividades ilícitas que la Fiscalía observaba como fuente de tales ingresos. La Fiscalía, no obstante —téngase en cuenta que dicha prueba pericial y la ausencia de toda otra prueba suficiente coinciden con la hoy causa de la absolución—, se opuso manteniendo una imputación abstracta, genérica, difusa, que no completaba los elementos del tipo penal y que se retroactivaba con los mismos en una suerte de castillo de naipes en el que la caída de un escalón significaba el derrumbe de todo el edificio.

El primer error de la imputación y de la acusación ahora desestimada era precisamente la ausencia de una imputación penal con los elementos que la identifican, que la sostienen y que se traducen en la existencia de un hecho jurídicamente punible inculcado a una persona individual, nunca a un grupo indeterminado, pues la responsabilidad penal, en el proceso acusatorio y a diferencia de épocas remotas, es individual, no colectiva. Esta indeterminación de la acusación provoca una vulneración del derecho de defensa al desconocerse los elementos que cualifican la *causa petendi* del objeto procesal y los hechos que fundamentan este núcleo irreductible de la pretensión penal (1). Pero a la vez, como sucede ante acusaciones abiertas e inconcretas, que no llegan a diferenciar lo jurídico de lo ético o de lo económico, se produce una inversión de la carga de la prueba, lo que ahora se llama carga dinámica de la prueba disfrazando lo que es, en sí mismo, aunque se disimule con términos de apariencia ligada a un desvalor de la infracción, una violación grave del derecho a la presunción de inocencia. Una prueba diabólica, adicionalmente, que obliga al acusado a probar hechos negativos sin respeto al axioma lógico «negativa *non sunt probanda*».

El origen ilícito, obviando o negando la fuerza de la prueba pericial, determinante, se sustentaba y se ha sustentado en una actividad de tráfico ilícito de drogas que, en el caso del imputado, se ha concretado en el envío de pasta de coca a México, confundiendo esta sustancia con el óxido de calcio esencial para la producción aurífera, como ha sustentado la prueba testifical. Y, a la vez, aunque respecto de hechos ajenos al Sr. Santos, en informes policiales, meros informes de sistematización de información confeccionados sobre la base de testigos de referencia y testigos indirectos de otros de referencia, testigos de referencia en grado indeterminado. Un imposible procesal que se ha mantenido no obstante establecer la ley y la jurisprudencia conceptos asumidos y no discutidos o discutibles.

Y, en fin, una prueba meramente contable ha sido la base de unas acusaciones que pretendían acreditar un patrimonio generado hace cincuenta años con los escasos documentos contables existentes y que fueron y han sido reiteradamente rebatidos por pericias económicas completas y científicamente exactas y creíbles. Y pericias que el Tribunal, motivadamente, en el marco de su potestad, ha rebatido y asumido conforme a los criterios que los mismos informes relatan, descartando unos y aceptando otros.

Teniendo en cuenta que todo lo que ha sustentado la absolución ya existía hace años cuando las acusaciones se opusieron al archivo —año 2013—, no es descartable afirmar que se ha producido una violación grave del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a un proceso debido. Una violación que debe tener consecuencias efectivas, pues la conducta de las acusaciones, demostrada al fin en una sentencia, no puede quedar desatendida. El interés público no es la acusación cuando la misma se revela desproporcionada, ya que el derecho de defensa y el resto de derechos con los que cuenta el imputado tienen un valor superior en la medida en que el sistema de derechos fundamentales ocupa un lugar preferente en el marco constitucional (STC español 114/1984).

El presente artículo se detiene y concentra en el análisis y comentario de los aspectos probatorios de la sentencia, del delito de lavado de activos agravado, cuyos elementos del tipo solo aparecen enunciados, sin concreción alguna suficiente y cuya prueba no se asentaba en elementos bastantes para acreditar cada uno de los aspectos que componen una imputación delictiva. El ejemplo más característico es la mutua dependencia entre el elemento del origen ilícito y los actos de conversión y transferencia, pues estos últimos se querían sirvieran de acreditación de los primeros y, a la vez, la indefinición de este último servía para justificar los segundos. Acreditado el origen lícito del patrimonio también queda huérfano de prueba el primero de los elementos del tipo. Como sostiene la sentencia es la indefinición, la inexistencia de una acusación cierta y concreta, completa lo que hace decaer el proceso todo, complicado, como se ha dicho, con las referencias constantes a imputaciones no personales, sino ajenas, de un grupo que se quiera sostenga la individual y propia. Y esto, en derecho procesal penal no es posible. Basta ver las acusaciones para comprobar esa suerte de imputación colectiva, que desatiende la individual y que pretende suplir el principio de culpabilidad por una suerte de socialización de la culpa que hoy parece estar en boga universalmente, pero que carece de referente en el ordenamiento jurídico procesal y penal.

La sentencia que se comenta debe calificarse de ejemplar, modelo de prudencia, de conocimiento, de motivación dogmática, fáctica y jurídica. Solo de ella se analiza aquí el aspecto procesal, básicamente la prueba, no siendo de especialidad de quien escribe el Derecho penal, solo el procesal. Pero el penal decae en todo proceso cuando no se prueban los hechos. En definitiva el Derecho penal es la aplicación de la norma a un hecho de la vida y si ese hecho no se fija y acredita el derecho material resulta irrelevante, máxime si su incidencia en la determinación de la *causa petendi* de la pretensión para los que seguimos las teorías normativas tampoco goza de la individualización exigible a los efectos de

dotar de un objeto a un proceso penal dado.

II. LA AUSENCIA DE UNA IMPUTACIÓN/ACUSACIÓN DEBIDAMENTE FORMULADA. UNA LESIÓN A LA DEFENSA Y UNA AFECTACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN TANTO SUPONE UNA CIERTA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Un punto esencial de la Sentencia es el que viene referido a la imputación frente a los inculpados y posteriormente acusados y absueltos, concluyendo la resolución que los actos, todos, de imputación carecían de los elementos que definen un estado procesal, el de parte pasiva, que recorre el proceso todo, desde su inicio hasta su final, pues el contenido mínimo de este acto determina no sólo el objeto del proceso, sino la propia condición de parte pasiva y el ejercicio efectivo de la contradicción, del derecho de defensa.

Definir, aunque sea brevemente, qué debe entenderse por imputación es obligado a los efectos de comentar una Sentencia que concluye que la formulada por las acusaciones no reunía los requisitos, los elementos imprescindibles para constituirse, una vez elevada a acusación incluso, en objeto de un proceso penal y con las consecuencias que debe provocar un juicio sin objeto definido, inconcreto, genérico, que contiene una mera relación de hechos sin referencia jurídica individualizada, es decir, no jurídicamente relevantes, sin identificación de las conductas cometidas por cada acusado. En fin, una imputación versus acusación que carece de los elementos propios de un acto procesal que determina la misma eficacia del proceso: su objeto y sujetos.

Sabido es que los arts. 77 y 225 del Código de Procedimientos Penales, al referirse a la imputación y acusación, exigen la presencia, el primero, de hechos delictivos, no meros hechos naturales sin conexión con una norma penal, es decir, sin cumplir con la totalidad de los elementos del tipo inculcado, así como la individualización de su autor explicitando de modo concreto su conducta y participación en el acontecimiento fáctico y, el segundo, una calificación jurídica de tales hechos, en el bien entendido de que esa tipificación debe ser congruente con los hechos narrados. O, lo que es lo mismo, siendo el objeto del proceso, su *causa petendi*, un hecho jurídicamente relevante, la imputación debe contener hechos naturales que coincidan con el supuesto de hecho de la norma, con el supuesto de hecho típico y atribuir al sujeto imputado una conducta con base en tales hechos fácticos y normativos.

Es evidente que la imputación inicial puede conformarse con una narración de hechos que tengan la apariencia de delito y una conducta atribuida a un sujeto, una mera afirmación; pero, tras la investigación, al punto de formalizar la imputación y al momento de la acusación, no basta con una referencia genérica, sino que la acusación debe estar plenamente integrada con todos sus elementos a falta únicamente de su prueba. Si no se llega a concretar la imputación, la misma no puede convertirse en acusación, pues la prueba es de una pretensión penal con todos sus elementos determinados e identificados, no de un suceso abstracto. Pero, al punto de formalizar la imputación y elevarla a acusación, no basta ya con una mera afirmación, sino que ésta y ese es el fin de la fase de investigación, debe estar avalada por actos que acrediten su existencia o, al menos, que la doten de una virtualidad que permita presumir el éxito de la pretensión (2) .

El concepto de hecho punible, como es sabido, se constituye en base de la imputación y es sin duda el núcleo central sobre el que deben girar todas las reflexiones y decisiones al respecto. Porque de lo que se entienda por hecho punible ha de depender el contenido exacto de la imputación, en cualquiera de sus fases, de sus requisitos, evitándose discusiones y posicionamientos que llevan a grados de incerteza extremos y que repercuten directamente en el elemento central del proceso, la determinación dinámica de su objeto.

El objeto del proceso, en suma, viene constituido por un hecho jurídicamente relevante, de modo que ese hecho y el sujeto imputado son los elementos que sirven para identificar una pretensión, para individualizarla y diferenciarla de las demás, con todas las repercusiones que tiene esta función al momento de establecer los límites de la vinculación judicial a las acusaciones, la cosa juzgada o, en el caso que nos ocupa, la misma imputación de un hecho que, desde el inicio, debe ser punible, esto es, típico.

La imputación ha de ser de un hecho punible. Un hecho, por tanto, delictivo desde el comienzo mismo de la investigación, un hecho que reúna todos los elementos del delito tipificado. No es imputación conforme a la norma la de un hecho natural que no reúna tales requisitos, que no tenga equivalente en el supuesto de hecho de una norma penal, que no sea delictivo en su plena integridad aunque se pueda sospechar que lo pudiera ser. La sospecha ha de serlo respecto de la real

existencia del hecho y de su autoría, pero no de la tipicidad del suceso que abre el proceso.

No se incoa un proceso para investigar, sino que se investiga, como afirma DE LA OLIVA, una vez abierto el proceso y la apertura de las actuaciones exige la presencia de un hecho punible.

Evidentemente, como manifiesta BACIGALUPO, en este momento inicial basta con que la narración de los hechos coincida con un tipo penal, que los hechos denunciados u objeto de querella, sean típicos, sin necesidad de que estén acreditados, pues a tal fin se abre la investigación. Pero, en todo caso, los hechos han de ser punibles en esa abstracción narrada, plenamente, no parcialmente, ya que el hecho procesal no es un hecho natural, sino uno jurídicamente relevante.

Esta imputación puede experimentar cambios en el curso de la investigación, siendo obligado informar sobre ellos cuando la modifiquen sustancialmente para asegurar la contradicción y defensa.

El propio TS español se ha manifestado al respecto de forma clara en su Auto de 24 de julio de 2013:

«En el caso, no concurren todos los elementos de la tipicidad delictiva lo que impide la consideración de hecho delictivo, y por lo tanto, la incoación de un proceso penal»

En definitiva, se han de adoptar decisiones acerca de si puede considerarse imputación y generar los efectos que la ley reconoce a quien se ve afectado por ella, una mera relación de hechos no concretados en su significación delictiva, pero que pudieran hipotéticamente ser delictivos; una mera sospecha que excede a la autoría ya que tiene como objeto el mismo carácter delictivo de la conducta imputada. Si una mera sospecha debe abrir un proceso penal, producir una imputación precedida de una resolución judicial, determinar el nacimiento del derecho de defensa sin que el mismo pueda recaer sobre hechos punibles determinados y, en fin, generar efectos extraprocesales en diversos ámbitos de la vida que pueden llegar a ser más graves que la pena que en su día se pueda imponer.

No se trata, naturalmente, de negar un efecto determinado al hecho de dirigir una investigación frente a su sujeto aun cuando ese hecho no pueda ser considerado aún punible por estar indagándose acerca de su existencia y la de sus elementos típicos y autoría. Ese efecto tiene que existir. Lo que se plantea es si esa imputación genérica, cuyo contenido y función no es asimilable a la que se deriva de una concreta, puede ser equiparada al mismo nivel, producir los mismos efectos, generar la intervención judicial, siendo el Juez el que dirija una actuación que no es estrictamente procesal y, correlativamente, engendrar los mismos derechos aun cuando, es obvio, la defensa, en un sentido material, no puede ser eficaz ante un hecho sin relevancia jurídica, pues solo puede limitarse a aspectos fácticos inconcretos, indeterminados, abiertos, nunca de carácter jurídico y, en todo caso, podría afirmarse que imposible desde la negación de una tipicidad que se desconoce.

Y no sirve apuntar una hipotética calificación si en el hecho no coinciden los elementos de hecho que constituyen ese tipo y no se narra una actividad concreta del inculpaado, pues no es defensa oponerse a una norma cuya *causa petendi* no consta basada en hechos jurídicamente relevantes, pues son inexistentes o no son conocidos. La defensa no puede ser ejercitada en igualdad de condiciones ante una imputación concreta o ante una mera inculpaación de conductas no típicas por no saberse si el hecho es como tal delictivo. Ni siquiera, si se desconoce el delito imputado, cabe hablar de carga de la prueba, pues el conocimiento de los elementos del hecho, del carácter constitutivo o no de los constatados, determina esa carga incluso en el proceso penal. Afirmar que existe defensa cuando se ignoran los hechos a probar, cuando son abstractos e indeterminados y genéricos significa, cual sucede muchas veces, que el afectado deba renunciar a toda actividad, so pena de verse expuesto a tener que acreditar lo contrario, a probar el hecho negativo, la no participación, dando argumentos a la parte acusadora para que profundice en su actuación acusatoria. Un dato éste que no se puede analizar en esta aportación, pero que explica la pasividad en muchos casos de la defensa en esta crucial fase.

Como manifiesta el TS español en su Auto de 16 de julio de 2013, considerando los riesgos derivados de actuaciones de esta naturaleza:

«La responsabilidad penal, obvio es recordarlo, se articula sobre un hecho con relevancia penal, subsumido en una figura típica, que es imputable, objetiva y subjetivamente, a una persona. De esta consideración surge que la responsabilidad penal requiere, como elementos necesarios, una conducta típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. Quedan al margen de esta responsabilidad, por lo tanto, aquellas conductas que, pudiendo generar otro tipo de reproche, moral, ético o político aparecen sujetas a otras exigencias distintas del principio de legalidad que caracteriza el sistema penal.....

la consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación....».

El derecho a la información de la imputación/acusación es de vital importancia para la defensa, siendo determinante del contenido de la imputación, pues solo es posible oponerse y realizar una actividad concreta, en el marco de un proceso, frente a un hecho que sea susceptible de constituirse en objeto del proceso penal. La información de la imputación no es solo una mera formalidad, sino que debe garantizar una defensa eficaz, siendo así que ésta solo puede surgir de un hecho jurídicamente relevante, acotado en sus elementos, que sirva para delimitar la actuación del Estado, que impida prospecciones y que garantice una actividad del imputado no sólo de oposición a elementos fácticos aislados cuya relevancia se desconoce, pues ni siquiera es posible saber si los actos de investigación son pertinentes, sino a un hecho delictivo que pueda ser rebatido con argumentos jurídicos. Una defensa procesal no puede ser meramente fáctica, sino que ha de ser jurídica.

No basta, por tanto, con una mera información parcial que no revele un delito, pues en tales casos hablar de defensa es una mera formalidad. Máxime cuando tales hechos, no definidos, ni constreñidos por una norma, son tan ampliamente considerados que ni siquiera el objeto de la instrucción puede conocerse. No basta con una relación de hechos abstracta o genérica, con una actividad delictiva que coincida con un tipo penal, con una referencia a una intervención no individualizada y menos con una mera referencia a una calificación jurídica que pretenda suplir el derecho a la información de la acusación.

La Directiva Comunitaria 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, puso en la UE el acento en la necesidad de garantizar, desde el inicio de la instrucción, el conocimiento por parte del inculcado de la imputación que se le formula. Obliga a que tal ilustración garantice una defensa eficaz, no meramente formal. Y, a la vez, ordena que dicha información sea dinámica. Sin prohibir que la imputación inicial pueda verse modificada, insta a que el imputado sea informado de todo cambio en el objeto de la investigación y, adicionalmente, de toda alteración que pueda modificar sustancialmente la imputación inicialmente realizada.

Este derecho, pues, supone una necesaria contemplación del contenido de la imputación

A una misma conclusión se llega cuando se analiza la necesidad de que las diligencias de investigación y la prueba ordenadas sean pertinentes y útiles. Por pertinencia se entiende la existencia de una causa, que se identifica con una relación objetiva del acto de investigación o prueba con los hechos objeto del proceso entendidos en un sentido amplio en tanto tales hechos no son exclusivamente los que constituyen la *causa petendi*, sino todos los que pueden influir en la acreditación de estos últimos.

Por utilidad debe entenderse el interés o necesidad del acto de investigación y prueba, tanto porque el hecho no precisa prueba, como porque carece de relevancia su acreditación en relación con el objeto del proceso.

Solo una imputación (acusación) definida permite concretar estas exigencias de los actos de investigación y prueba, evitando procesos prospectivos en los que se investiga la vida toda de una persona en busca de elementos para mantener y sostener una acusación.

Pues bien, conforme establece la sentencia, la imputación/acusación formulada frente al Sr. Sánchez Paredes no puede considerarse tal, al no reunir los mínimos requisitos establecidos al efecto. Basta una lectura de la Sentencia en toda su extensión para comprobar, más allá de la ausencia plena de prueba, que los actos de imputación no concretaban hechos jurídicamente relevantes, ni en un principio, ni en su devenir, limitándose a inculpaciones genéricas, a atribuciones de conductas indeterminadas, solo afirmadas y, en definitiva, a una imputación solo basada en una calificación jurídica, en la atribución de un tipo penal sin narrar los hechos naturales coincidentes con los supuestos de hecho típicos y la concreta participación del acusado en ellos. A lo más que se llegaba era a narrar situaciones desvinculadas con el imputado, pero que se le imputaban sin más base que entender esa inculpación colectiva y genérica que subyace a toda la acusación, sin olvidar que esta misma ha sido refutada en el caso.

No basta, afirma la Sentencia, al referirse a la actividad del TID, con relatar uno genérico, aunque se vincule, al pasar a mencionar los actos de transformación con elementos que se afirman de financiación de operaciones mercantiles.

Se dice en la Sentencia que el Tribunal procedió en fecha 19 de septiembre de 2016 a instar a la Fiscalía a subsanar este defecto esencial de ausencia de fundamentación de la imputación, exponiendo su falta de concreción o, mejor dicho, la inexistencia como tal de una imputación con los elementos que la definen, lo que no cumplió la Fiscalía. Y una subsanación que, en realidad no procedía, pues la falta de fundamentación de la acusación es un motivo de fondo, no procesal, que debe dar lugar al archivo del procedimiento o a la absolución.

Analizada la acusación de la Fiscalía frente al Sr. Sánchez Paredes, aparece la evidencia de la consistencia de la afirmación formulada por la Sentencia.

Fuera ya de que la prueba ha acreditado, no sólo ha sembrado la duda, la ausencia de fundamento de la acusación, esta última consistía en un conjunto de aseveraciones que carecían de la más mínima base cierta y basabas en sospechas ni siquiera concretadas en hechos individualizados.

Los actos referidos al origen ilícito del delito acusado se fundamentaban en una afirmación genérica vinculada a otro hecho abstracto. Así, se sostenía que el acusado, durante los años ochenta, enviaba pasta de cocaína a México a su hermano, es decir, cooperaba en un TID genérico. Esa imputación abierta no se concretaba en sucesos individualizados, sino que tenían como nexo general la inculpación hecha a lo que la fiscalía califica como «clan Paredes», que le sirve para construir un suceso común que no distingue entre unos y otros y que funciona a modo de imputación plural, no singular. Bastaría esa inconcreción de algo tan relevante como el envío no determinado de «pasta de cocaína» para, como hace la sentencia, considerar la imputación falta de sus elementos esenciales, pero es que, como se puede apreciar y se dirá al abordar la prueba testifical y pericial, toda la practicada acredita que lo remitido no era dicha sustancia, sino óxido de calcio relacionado con la industria aurífera. La prueba es tan absoluta de este suceso, que toda otra consideración debe decaer, máxime cuando el único hecho que podría sustentar la inculpación grupal: el hallazgo, se dice, de un laboratorio en México, carece de valor alguno pues lo hallado no se sometió al correspondiente análisis.

No existe, pues, ni siquiera narrada en las condiciones que impone una imputación formulada conforme a sus elementos esenciales, una acusación del elemento primero del delito acusado sin el cual la condena por el mismo es imposible.

Algo similar sucede con los actos de conversión de los bienes presuntamente procedentes de una actividad ilícita. Se narran actividades comerciales e industriales en las que solo aparecen cantidades invertidas, incrementos patrimoniales, constituciones de empresas etc...es, decir, hechos ordinarios en la vida societaria, pero que la Fiscalía vincula, sin más razonamiento que la afirmación de una procedencia ilícita vinculada a transmisiones de bienes no identificadas, ni siquiera ciertas y desmentidas por la prueba, así como la de un patrimonio inicial que la pericial ha demostrado erróneo, al hecho ilícito de origen.

Es evidente que la mera narración de hechos mercantiles en sentido amplio no puede integrar un acto de conversión de dinero ilícito si no se acredita, de modo individualizado, la procedencia y menos aun cuando la prueba confirma exactamente lo contrario. La base de la presunción, es decir, la ilicitud de lo que se estima blanqueado se construye desde una sospecha, no desde un relato fáctico, siendo de este modo que no sólo no queda debidamente probada, sino que la acusación no puede ser considerada como tal. Más aún, las operaciones mercantiles en sí mismas, como se dirá, al ser cuestiones prejudiciales, deben ser valoradas conforme a su naturaleza propia, es decir, conforme su licitud civil, no siendo posible calificarlas de delito contra su naturaleza propia. No puede ser delito lo que es lícito por su propio carácter. Y no puede ser sospechoso de servir a un delito lo que es ordinario en la *vid.* societaria.

Como es de ver y así ha sucedido, la acusación planteada en estos términos ha obligado a los acusados a aportar pruebas de descargo amplias, hecho por hecho, sospecha por sospecha, produciéndose, de facto, una suerte de inversión de la carga de la prueba.

La acreditación de la inconcreción que la Sentencia imputa a la acusación se aprecia viendo el desarrollo del juicio, en el que la defensa ha tenido que desplegar una ingente actividad de descargo, pues la indeterminación de lo acusado obligaba a acreditar lo contrario, los hechos ciertos, frente a las meras afirmaciones de la acusación. No se puede en estos casos afirmar que se haya vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, pero sí que ha quedado debilitado por la actividad misma de la fiscalía que optó por abrir el juicio oral cuando debió, años antes, confirmar el archivo judicialmente ordenado. Y es que el juicio oral solo debe abrirse cuando la acusación es concreta y se estima que la condena es razonable, no rigiendo en este acto una presunción contra reo limitada a la apertura de lo que se entendió como no razonable años antes.

Debe, en este punto, dejarse constancia, se repite, de que el Tribunal no está obligado a pedir esta subsanación, la de una acusación inconcreta, aunque la pidió en el caso, pues la indeterminación de la pretensión afecta a un vicio «*in iudicando*», no «*in procedendo*», no un mero defecto formal subsanable. La consecuencia de una acusación infundada por ausencia de sus elementos sustanciales no puede ser otra que la absolución, no la nulidad y la retroacción de las actuaciones. Y, en lo que atañe al caso, no procede en nulidad pedir que la sentencia sea anulada y retrotraídas las actuaciones ante una acusación sencillamente infundada. Y ello con carácter previo a que la misma, incluso, no ha resultado probada, lo que tampoco puede ser verificado en un recurso extraordinario que no es un recurso como tal, sino un mero medio de impugnación limitado a errores procesales. No se reparan en este medio presuntas «injusticias», sino infracciones procesales y la ausencia de fundamentación de una pretensión no es otra cosa que una cuestión de fondo, de juicio, igual que la valoración de la prueba que solo compete a quien la ha valorado con inmediación, al menos en lo que atañe a las sentencias absolutorias.

Conforme manifiesta la Sentencia, respecto del Sr. Santos Orlando, la imputación incurre en los siguientes defectos sustanciales:

- No descripción de una participación concreta, limitándose a afirmar actividad genérica de traslado de pasta de coca a México. La prueba, en todo caso, ha descartado tal hecho y concretado la plena licitud de las relaciones y viajes comerciales. No se individualiza, pues, participación alguna en el origen ilícito afirmado de los bienes que se relacionan con el lavado de activos.
- Tampoco se explicita su participación en la actividad de transformación de aquellos bienes en otros de apariencia lícita. En este sentido y partiendo de errores en la valoración de los bienes de los que se disponía en 1991, se limita a afirmar que los aportes a las empresas en general provenían del TID, sin más fundamento que partir de una cantidad errónea como se ha demostrado y de ciertas sucesiones que refieren únicamente con menciones a terceras personas en cascada, demostradamente inciertas también.
- Los actos de transferencia quedan sin narrar, limitándose a señalar la existencia de un poder para recibir bienes inmuebles que, en todo caso, serían lícitos por provenir de una herencia.
- Los actos de conversión se limitan a calificar penalmente operaciones lícitas desde la legalidad societaria. En este punto la acusación incurre en el error flagrante de obviar toda referencia al derecho aplicable a lo que es una cuestión prejudicial no devolutiva, que ha de valorarse conforme a su naturaleza. Solo tendría importancia este dato si pudiera vincularse a bienes ilícitos transformados, pero únicamente a la aportación de lo obtenido, no a lo realizado en el marco societario. Lo normal en el tráfico mercantil no puede ser considerado sin una justificación extensa y basada en este sector del ordenamiento. No puede criminalizarse una conducta no penal sin base legal para ello. El tribunal penal carece de competencia objetiva para conocer de materias no penales si no se hace en el marco de la prejudicialidad y con sujeción al derecho propio de la materia.
- Igualmente, se establece que las adquisiciones de bienes provienen del TID, sin más fundamento que una afirmación de parte.
- En suma, se deja sentado, no es imputación la que se hace a una persona sobre la base de entender la existencia de un llamado «clan Paredes», pues la responsabilidad penal es personal, no de grupo o colectiva.

III. LA PREJUDICIALIDAD EN EL PROCESO PENAL. LA FALTA DE COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS TRIBUNALES PENALES PARA EL CONOCIMIENTO DE LO PREJUDICIAL SIN REFERENCIA AL DERECHO MATERIAL PROPIO DE LA MATERIA NO PENAL

Un punto esencial del proceso concluido con la Sentencia comentada es el referido a la valoración jurídica que efectúan las acusaciones sobre los considerados «actos de conversión y transferencia» de los fondos que, afirman, proceden de actividades ilícitas. Para dichas partes, en una relación exhaustiva de actividades, todas las que conforman la vida societaria del acusado, las operaciones mercantiles, ordinarias en el tráfico jurídico de estas entidades y sin referencia alguna a su naturaleza no penal, a las normas que rigen la vida de las sociedades, a los fines comunes de las sociedades, a los grupos de empresas regulados en la ley y a sus relaciones de dependencia y mutuas, siempre tendentes al beneficio empresarial y al ahorro de riesgos y de impuestos incluso, son ilícitas en el proceso penal y les asignan una consideración

alejada y opuesta a la propia de su existencia como entes jurídicos con personalidad propia.

Debe valorarse, con arreglo al Derecho procesal penal y especialmente a la institución de la prejudicialidad, cuál es la capacidad real de que los actos que imputan como ilícitos puedan ser apreciados de esta forma porque sean parte del tipo penal del lavado de activos, como pretensión autónoma, pero parte del tipo penal integrado por hechos penales y no penales. Y debe valorarse, lo que parece obviarse, hasta qué punto un Tribunal penal goza de competencia objetiva para conocer de hechos no penales, aunque se integren en el tipo penal, sin aplicar a tales cuestiones prejudiciales el derecho propio de las mismas creándose con ello un derecho penal especial sobre normas en blanco en el que lo lícito en su lugar se convierta en ilícito en su integridad por el mero hecho de englobar un tipo penal. Que préstamos ordinarios, aumentos de capital, creaciones de grupos de empresas etc...sean ilícitos *per se* en un ámbito siendo lícitos en el lugar que les corresponde. Y todo ello sin olvidar que lo prejudicial no produce los efectos propios de la cosa juzgada cuando se enjuician en el proceso penal, siendo posible su conocimiento en el proceso no penal en el que, de declararse la licitud se entraría en el terreno de la contradicción con efectos constitucionales. Es decir, que una misma pretensión, de idéntica naturaleza n penal, pueda ser resuelta de forma distinta jurídicamente por el simple hecho de sostenerse en un proceso u otro.

La prejudicialidad es materia compleja y mal desarrollada en todos los Códigos del mundo, con regulaciones parcas o no adaptadas a la realidad del mundo actual. La excesiva criminalización social que ha hecho devenir el Código Penal en un instrumento en el que se han penalizado conductas que antes no tenían la consideración de delito, que incluyen, pues, en el tipo penal auténticas pretensiones no penales de las que depende la misma consideración delictiva ha generado un serio problema no sólo dogmático, sino práctico y no bien resuelto (3) .

Existen, entre otras, dos tipos de cuestiones prejudiciales en lo que a este asunto interesa: las devolutivas y las no devolutivas. Las primeras son aquellas que deben ser resueltas con carácter previo por los Tribunales propios de la naturaleza de lo prejudicial, suspendiendo el proceso penal, aunque queda abierta la cuestión de la eficacia de la sentencia no penal en el proceso penal, al menos en relación con las consecuencias jurídicas, que no sobre los hechos. La jurisprudencia en general, no obstante, limita este aspecto con la vista puesta en evitar sentencias contradictorias. En juego está la seguridad jurídica, base del instituto de la cosa juzgada. Las segundas, por el contrario, se conocen por el mismo tribunal penal, pero solo a efectos prejudiciales, es decir, que pueden posteriormente ser conocidas por los tribunales propios y resolverse de forma contradictoria. En España, para estos casos se ha arbitrado un motivo de revisión que permite anular la sentencia penal si el no penal resuelve de forma distinta y en sentido que niegue la condena misma (art. 954 LECrim).

En Perú, los arts. 4 CPP y 5 NCPP regulan solo las cuestiones prejudiciales devolutivas, dejando sin previsión alguna las ordinarias, las no devolutivas y con ello las condiciones y requisitos a los que deben cometerse los Tribunales penales al conocer de tipos que contengan cuestiones de esta naturaleza. Esto produce una gran inseguridad, pues son éstas las más frecuentes.

Es regla aceptada que el Tribunal penal debe aplicar, como sucede al conocer de la responsabilidad civil acumulada a la penal, las normas propias de la materia no penal, como indica a título de ejemplo, el art. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (4) . Esto es, lo no penal, aunque forme parte del tipo penal se ha de calificar conforme a las normas materiales propias de lo prejudicial. Se trata, evidentemente, de respetar la división de la Jurisdicción en órdenes distintos, de no crear un derecho penal diferente al no penal en cuestiones que no compete conocer al orden penal y de evitar contradicciones severas que atenten la seguridad jurídica.

Toda valoración de materias no penales, pues, debe ajustarse y ceñirse a su propia naturaleza y valorarse conforme a las normas que rigen en su lugar correspondiente. O, lo que es lo mismo, no puede reputarse como ilícito penal lo que es lícito en su lugar contra las normas que rigen en la materia analizada. Y mucho menos es posible imputar ilegalidades penales a actos ordinarios y lícitos por su naturaleza prescindiendo incluso de la cita a las reglas que regulan, como es el caso, la vida societaria.

Otra cosa es la valoración de los hechos, su prueba, en tanto se aplica la penal —lo que también se discute— (5) , pero no la calificación jurídica de los hechos no penales sin referencia alguna a su naturaleza, convirtiendo lo legal en ilícito y sospechoso contra la ley y contra la realidad del tráfico mercantil, atentando a la autonomía del Derecho mercantil y creando un Derecho penal que criminaliza el derecho societario con base en especulaciones impropias de un Estado de

derecho y sin más base que la intuición o sospecha. No pueden los tribunales penales conocer de lo no penal sin atención a la ley no penal declarando ilícito lo que es legal.

Todo lo dicho, muy resumidamente al tratarse este trabajo de un artículo sobre la prueba y su apreciación en la Sentencia comentada, se vulnera en las acusaciones que confunden actos lícitos desde el Derecho societario con ilicitudes ajenas a la finalidad que imputan al simple y ordinario tráfico mercantil.

Partiendo de la base, no probada, del origen ilícito del patrimonio del acusado, afirman que la constitución de Comarsa tuvo un solo y único fin, cuál era el de ejecutar, favorecer y encubrir actos de TID, esto es, el convertir y transferir bienes de procedencia ilícita, que la creación de un entramado societario posterior tuvo, igualmente, la finalidad de diversificar la actividad empresarial para dar apariencia de legalidad. En resumen, que el grupo de empresas carecía de vida y entidad propia, de actividad y que su existencia respondía al objetivo de convertir bienes de procedencia ilícita en lícitos en apariencia.

Una simple afirmación respecto de actos mercantiles ordinarios y lícitos, asentados en una función empresarial cierta, en una producción contrastada, pero que las acusaciones, contra la legislación mercantil, convierten en ilícitos sin más base que su convicción y sin referencias que acrediten que las sociedades no existían como tales y que los actos jurídicos desarrollados se actuaran en contra de la ley, los usos mercantiles y los objetivos propios de un negocio industrial.

Lo cierto es que la clave para llegar a una conclusión de esta naturaleza depende sólo de la prueba del origen ilícito, esto es, si el origen del patrimonio lo es, cabe hablar de un acto de autolavado, pero sólo en los casos en que las actividades mercantiles se acredite que tienen esa finalidad, lo que debe probarse. No puede, mediante una simple afirmación y aunque el origen fuera ilícito o irregular, llegarse a la conclusión de que todos los actos mercantiles, verificados en el marco de la legalidad y con fines propios y ordinarios, son actos de conversión y transferencia, negando el hecho mismo, por tanto, de la real existencia de las mercantiles. Y mucho menos, como ha sucedido en el caso, mediante este imposible paso, considerar que la actividad empresarial toda sirve para acreditar el origen ilícito, pues las acusaciones, como se ha dicho, imprimen a estas actividades el carácter de prueba del origen, no la consecuencia obligada en este tipo de delitos. Y todo ello necesitaría, obviamente, acreditar que la actividad mercantil es inexistente, que no hay producción aurífera o de otra naturaleza, que todo es una mera fachada, que las relaciones societarias no son ordinarias y tienen fines comunes en el tráfico jurídico. Y el Derecho civil y mercantil es ineludible en este razonamiento.

Si los fondos son lícitos, poco más puede decirse.

El origen ilícito ha sido desechado por la Sentencia con base en dos argumentos esenciales: no se ha acreditado, antes al contrario, que el acusado enviara pasta de cocaína a México, sin que baste una referencia a un supuesto «clan Paredes», pues la responsabilidad penal es personal; y, la prueba pericial ha acreditado que el origen de los fondos del mencionado era su actividad pesquera y en otros sectores.

En este sentido, pues, no pueden considerarse actos de conversión y transferencia o servir de base para, a la inversa de lo normal, acreditar una ilicitud de origen, la realización de actividades mercantiles ordinarias, cuestiones prejudiciales que requerirían, conforme al Derecho societario, ser consideradas ilícitas.

Porque, si se lee detenidamente la acusación, resulta que, sin prueba alguna del origen ilícito de los bienes, se quiere reforzar o probar este aspecto del tipo penal mediante la presentación como ilícitos y dependientes de un presumido y calificado origen delictivo de un patrimonio que, en sí mismo, no lo es. Los elementos de hecho que se narran en un discurso carente de apoyo en normas societarias no sólo, pues, se aprecian en sí mismos sin atender a su carácter prejudicial, sino que se quiere hacerlos aparecer como un indicio que sirva a la vez para probar que los bienes que sirvieron para el inicio y continuación de tal actividad, eran de procedencia ilícita. No sólo, pues, se dota de relevancia penal a hechos no penales sin atender a su naturaleza, lo que, de hacerse lo debido, dejaría tales alegaciones carentes de base objetiva y probatoria, sino que las acusaciones dan un paso más, pretendiendo que lo prejudicial valorado sin respeto a su carácter, sirva de prueba indiciaria de unos hechos, el origen ilícito, que en sus acusaciones son solo mencionadas genéricamente, en abstracto y sin conexión alguna con la actividad propia del acusado.

No sólo no es posible esta conclusión al carecer de competencia objetiva los tribunales penales para calificar hechos no penales sin atender a las normas propias de las materias prejudiciales, competencia objetiva que implica la nulidad de lo decidido por quien juzga sin atender a sus facultades (art. 150 b NCPP), sino que tampoco lo es pretender acreditar el

presupuesto del delito mediante hechos no penales valorados sin atender a su naturaleza.

Las acusaciones, en una exposición farragosa y carente de referencias normativas, consideran, de este modo, partiendo del hecho de un origen ilícito de los bienes, como actos de conversión y transferencia los siguientes:

- La constitución de la entidad COMARSA.
- Los aumentos de capital en dicha mercantil.
- Determinados y no probados desbalances patrimoniales.
- Los incrementos de patrimonio que, se afirman, negados por prueba pericial contradictoria y de oficio, no derivan de las actividades mercantiles ordinarias.
- La adquisición de acciones con préstamos concedidos por COMARSA.
- La constitución de un grupo de sociedades que actúan como tales conforme a la legislación vigente.
- Los préstamos a una sociedad que tenía pérdidas, pero que mantenía un patrimonio que posteriormente, tras la liquidación, pasó a manos de los socios.
- Una serie de operaciones mercantiles lícitas, de transferencia de bienes cuya finalidad puede ser, desde fiscal, a otra, que no se explica en la acusación con referencia a la ley y que, con absoluta carencia de argumentos societarios y civiles, se deriva a un ocultamiento que las mismas operaciones, públicas e intervenidas por fedatarios públicos, desmienten.

En resumen, las acusaciones explican las materias prejudiciales sin proporcionar ni un solo dato en relación con su naturaleza y obviando, pues, que las razones de las mismas son las ordinarias en el tráfico mercantil. No se dan argumentos acerca del motivo por el cual la creación de un grupo de empresas, justificado en la vida societaria, tiene el fin de lavar activos, porque no es esta figura la más propicia, sino que se utiliza con fines diametralmente distintos. Tampoco el por qué es ilícito obtener préstamos de una sociedad y comprar acciones de otra. O el motivo por el que una sociedad con pérdidas no puede tener un patrimonio inmobiliario, argumento de obligaría a un estudio elemental de contabilidad. Las empresas en quiebra, en concurso, tienen y pueden tener patrimonio y por ello se liquidan.

En resumen, la Sentencia, sin entrar en concreto en la valoración de este sector de la acusación y su carácter prejudicial, sí rechaza el actuar de unas acusaciones que califican hechos no penales sin referencia alguna a su carácter y sobre la base de meras afirmaciones, suposiciones, sospechas y criterios alejados del mínimo rigor jurídico y dogmático.

IV. VALOR PROBATORIO DE LOS «INFORMES DE INTELIGENCIA»

Las partes acusadoras aportan como elementos probatorios determinados «informes» elaborados por la DEA norteamericana, informes que pueden considerarse incardinables en la categoría conocida como de «inteligencia», es decir, los llevados a efecto por los servicios de esta naturaleza y que, en realidad, no constituyen auténticas pericias, ni contienen declaraciones testificales en sentido estricto en tanto no practicadas con los requisitos exigibles a tales actos probatorios: inmediación y contradicción, además de no ser directas, sino de referencia o de referencia de referencia.

Los informes de la DEA, según la Sentencia, no son otra cosa que un conjunto de conclusiones policiales de este servicio basadas en declaraciones obtenidas de fuentes indirectas en su mayoría y de indirectas derivadas de otras igualmente indirectas. O, lo que es lo mismo, declaraciones de testigos de referencia en primer y segundo grado nunca corroboradas objetivamente. Esa es la base de los «informes» elaborados por la DEA.

A partir de esa «prueba» que no reúne las condiciones exigibles a la testifical indirecta o de referencia, se confeccionan unas inferencias, basadas en el conocimiento de un órgano de inteligencia policial que pretenden las acusaciones alcance valor probatorio. Es decir, que sobre la insuficiencia de los elementos en que se asientan los resultados del análisis, que no constituyen prueba *per se*, se impongan las apreciaciones subjetivas de la agencia DEA.

Los llamados informes de inteligencia, en sí mismos, constituyen una categoría discutible cuya naturaleza carece de

referente legal, de respaldo normativo y que aparecen en el momento presente en casos de delincuencia organizada en cuya investigación participan servicios de inteligencia, no siendo de aplicación a la policía en general, ni siquiera a sus unidades especializadas, pues ampliar esta figura a la policía llevaría a considerar como tales informes a los atestados o a otorgar valor probatorio a cualquier documento policial, a su parte subjetiva, al razonamiento o conclusiones que acompañan a todo atestado. De ello se hablará en otro apartado.

Su naturaleza, compleja, es discutida y discutible, pero, en todo caso, limitada al valor de las conclusiones ofrecidas, en caso alguno a los medios sobre los que se basa, pues éstos deben gozar de valor probatorio intrínseco y extrínseco, sin que los informes sirvan para validar y conceder valor probatorio a lo que carece de tal.

El voto particular que formuló el Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ a la sentencia del TS español de 25 de octubre de 2011, refleja a la perfección las críticas que deben hacerse a la concesión de naturaleza pericial especial, indiciaria o documental, a tales elaboraciones policiales.

Sostiene este magistrado y autor muy resumidamente en dicha sentencia que:

- Las aportaciones de la policía no son de carácter pericial en tanto se fundan en recursos propios del común saber empírico. El saber policial podrá ser superior cuantitativamente al del Juez, pero no cualitativamente distinto, lo que no convierte el informe en pericial. La labor policial no es ajena al conocimiento judicial, pues los jueces pueden, sobre las mismas bases objetivas emplear el mismo razonamiento, no precisado, pues, de conocimientos científicos o técnicos.
- Admitir estos informes genera consecuencias graves. La desnaturalización de la prueba pericial —si se quisiera aportar como tal—, en tanto lo que ofrece el supuesto perito no es otra cosa que información que consta en archivos fruto del trabajo, normalmente, de otros agentes, de manera que el autor del informe es una especie de testigo anómalo de referencia; más aún, se produce la paradoja de que la policía elabora un atestado que luego verbaliza o escenifica, pero que no deja de ser un atestado. Estos informes son simples atestados, denuncias a todos los efectos.
- La pericial, como se pretende designar por la policía, de inteligencia no es singular, sino atípica. No está prevista legalmente, rompe los criterios legales y doctrinales y carece de legitimidad legal y sustento teórico. Se pretende, pues, exclusivamente, un propósito pragmático, cual es conferir un rango privilegiado a los datos policiales de archivo.
- De admitirse esta prueba, dado que los conocimientos aportados no son los propios de una pericia, todas las brigadas policiales, que tienen la misma experiencia y los mismos conocimientos inherentes a su función, pasarían de inmediato a ser peritos en la valoración de su propia actividad investigadora. Aportarían los hechos y les otorgarían valor probatorio, convirtiéndose los juzgadores en sujetos inhábiles para interpretarlos por sí mismos.

Cabría apuntarse aquí, reforzando la opinión de ANDRÉS IBÁÑEZ, que admitir estos informes y atribuir a la policía la capacidad de inferir conclusiones otorgando a las mismas un valor superior por la simple razón de elevar a la categoría de conocimiento singular la práctica policial, esto es, atribuir a la función policial naturaleza especial y pericial, implica, a su vez, negar a los tribunales capacidad para apreciar los hechos policialmente investigados. Porque, cuando se afirma que la policía aporta un conocimiento especializado, a su vez, se está negando a los tribunales que lo posean. No es aceptable racionalmente conferir a ambos la misma capacidad, pues si la tiene el Juez, lo que se aporta no es pericial y, si no la posee este último, se estará afirmando que es la propia policía la única capacitada para investigar, analizar y extraer las conclusiones probatorias de lo que ella misma ha investigado y fijado. Un proceso policial como consecuencia de una opción judicial cuanto menos discutible.

En resumen, pues, los informes de inteligencia o los informes policiales no aportan o utilizan conocimientos especiales, impropios de la función policial en el seno del proceso. Siendo así, no pueden considerarse útiles o necesarios y, por tanto, no pueden ser calificados de periciales pues esta prueba se caracteriza, precisamente, por su necesidad, por deber incorporar en el análisis de los hechos ciencias ajenas a la función policial. Si los conocimientos que se aportan no son necesarios por poseerlos el Juez, nunca podrá afirmarse una naturaleza pericial a lo que radicalmente carece de sus exigencias esenciales. Y es lo cierto que así sucede.

En resumen, que los elementos en que se basan los informes, como tales, pueden ser valorados judicialmente sin necesidad alguna de una apreciación policial, que no es pericial y, por consiguiente, los elementos objetivos que

constituyen el soporte de los informes, han de gozar de validez como prueba, pues, de lo contrario, la mera intervención policial serviría para subsanar la prueba, para eludir los requisitos constitucionales y legales de la prueba que son condición impuesta por el fundamental derecho a la presunción de inocencia.

Si los informes se basan en pruebas y dichas pruebas pueden ser judicialmente valoradas si alcanzan ese valor por sus condiciones y cumplen con los requisitos legalmente establecidos, no es posible omitir la sujeción a la ley, al derecho a la presunción de inocencia para, indirectamente, concederles rango de prueba por la mera intervención policial o de los servicios de inteligencia.

Eso se traduciría en un fraude de ley.

No son estos informes una suerte de prueba pericial por determinadas y simples razones:

- La prueba pericial posee dos elementos sustanciales que la diferencian de otros medios de prueba; el primero, el carácter o la naturaleza del conocimiento que aporta el perito, el cual ha de ser necesario, no sólo útil, para la fijación de los hechos controvertidos y, por tanto, no comprendido en la función judicial; el segundo, la condición inherente al perito de tercero ajeno al proceso y, consecuentemente, a la aportación de hechos, que compete a las partes y ello al margen, naturalmente, de que la pericia pueda implicar la entrada de hechos en el proceso cuando los mismos provienen de las diferentes operaciones técnicas desarrolladas. Ambos elementos, imprescindibles para cualificar una prueba pericial están ausentes en los informes de inteligencia y en todo informe policial.

BACHMAIER (6) afirma que los llamados conocimientos especializados no son otra cosa que simple información procesada mediante una técnica determinada y una formación específica. Esa técnica de análisis de la información no es propia de la pericial, sino únicamente de la técnica policial de análisis de la información, de una labor de sistematización de lo que consta en los archivos o investigaciones policiales, de una tarea profesional de quienes recopilan información, la seleccionan e interpretan conforme a su experiencia profesional. Y así, la misma jurisprudencia reconoce que los jueces pueden llegar a idénticas conclusiones que la policía mediante un análisis directo e inmediato de los hechos y documentos. Ni el conocimiento, ni la experiencia justifican, pues, la especialización que exigiría una prueba pericial.

La STS español de 13 de diciembre de 2001 confirma que tales informes no aportan tales conocimientos especializados y ajenos a la función judicial.

- Los testigos, en el ordenamiento procesal penal, han de ser directos, no referenciales, salvo que se cumplan las estrictas condiciones que establece la ley (art. 158 NCPP). Como sostiene ANDRÉS IBÁÑEZ, admitir a los policías informar como peritos, cuando son simples testigos de referencia y en ocasiones testigos de testigos de referencia, constituye otro error insuperable procesalmente hablando. Porque, no siendo pericial el conocimiento aportado, solo puede ser testifical, de modo que no es posible admitir estos informes que, normalmente, se elaboran sobre la base de la información que consta en archivos en los que se incluyen hechos de conocimiento ajeno a quien elabora los informes, en tanto traídos o incorporados por uno o varios agentes no identificados. Para admitir estos informes, testificales de referencia en sí mismos por la ajenidad de los autores, simples recopiladores y sistematizadores de información, sería necesario cumplir con lo previsto en la ley procesal, que obliga a identificar al perceptor directo de los hechos y que solo permite testificar al testigo indirecto cuando no es posible llamar al directo. Y siempre, claro está, limitando los informes a exposición de hechos, no a la formulación de conclusiones, función ésta pericial, no de los testigos.
- Perito, como es sabido, es siempre un tercero, ajeno a los hechos y al conflicto que subyace bajo los mismos, imparcial en un sentido estricto, técnico en una ciencia o arte, que introduce en el proceso un saber que, lejos de ser personal e insustituible, subjetivo (cual sucede con los testigos), tiene como base unos determinados conocimientos técnicos, científicos o artísticos, que el Juez no posee por su profesión y función y que son imprescindibles, más que necesarios pues, para la apreciación del objeto de la prueba.

El perito, por tanto, es ajeno a los hechos, un tercero respecto de los mismos, incluso en orden a su conformación aunque no le afecten personalmente; es ajeno, así, a su existencia en el mundo físico, a su investigación y a su aportación. El análisis pericial parte o se basa en hechos que constan en las actuaciones y se elabora conforme a un saber, siendo, por tanto, sustituible el perito, ya que dicho saber no es personal de un sujeto, sino propio de una ciencia. De este modo, si el perito tuviera cualquier relación con los hechos objeto de la prueba, perdería su

cualidad, quedaría inhabilitado para formular el dictamen, debiendo ser sustituido por otro debidamente imparcial, actuando el que conoce los hechos por propia experiencia como simple testigo.

Los peritos no han de tener contacto extraprocesal con los hechos objeto de prueba, sino que la primera relación con los mismos ha de ser con ocasión del encargo. De este modo, los peritos policiales, en tanto miembros de una unidad de investigación, con funciones investigadoras previas incluso al proceso, pueden tener sin duda alguna ese contacto anterior que les supone un conocimiento de los hechos afectado por su misma existencia o por el devenir de la investigación. De esta manera, tales peritos no se limitan a aplicar su saber a los hechos analizados, sino que de alguna manera contribuyen a la conformación de los hechos.

Los peritos son sujetos ajenos al proceso, terceros respecto del mismo, por lo que repugna a la idea de prueba pericial que puedan considerarse como tales quienes están vinculados a la investigación de alguna forma, quienes integran cuerpos implicados en la determinación de los hechos y de la culpabilidad. La ajenidad del perito, que es llamado tan sólo para que aporte una declaración de ciencia, que no de conocimiento, se ve frustrada cuando quien emite el informe puede confundir ambas. La de ciencia sólo alcanza su expresión típica cuando la emite un tercero sin relación con los hechos; la de conocimiento es más propia de las partes y de los testigos.

Podría bastar con todo lo dicho para negar todo valor probatorio a los informes policiales en general y los de inteligencia en particular, con la negación a los mismos del carácter de medios de prueba. Si un documento o una declaración no constituyen o pueden ser considerados como tales, no pueden ser apreciados para fundamentar una sentencia, toda vez que el derecho a la presunción de inocencia solo permite a dichos efectos basar una decisión condenatoria en auténticos medios de prueba y practicados con todas las garantías, entre otros requisitos. La convicción judicial es libre, pero sujeta a que se conforme sobre la base de pruebas en sentido estricto. Es por ello por lo que cualquier información, documento o declaración inhábil para servir de base a la conformación de la convicción, debe ser excluida de su acceso al juicio oral con el fin de evitar que pueda influir en el tribunal aunque sea de manera indirecta. No sólo, pues, no puede ser apreciado, sino que su acceso a la vista o a la fase de juicio oral debe ser impedido.

A ello hay que sumar, además, la infracción de dos requisitos esenciales en la prueba practicada fuera del juicio oral:

A) El principio de inmediación.

Este principio, como es bien sabido, se presenta en diversas manifestaciones. En las que a esta cuestión afectan, cabe destacar dos exigencias inderogables: la primera, que el tribunal debe mantener un contacto directo, sin intermediarios, con el material sobre el que va a formar su convicción; la segunda, que dicho convencimiento ha de conformarse sobre la totalidad de los elementos que constan en las actuaciones. Como sostiene GUDÍN (7), con apoyo en diversas resoluciones judiciales, la regla de la inmediación exige que la decisión judicial se elabore sobre la base de todos aquellos elementos, sin que quepa una que derive de una valoración fraccionada o seleccionada. Y esa valoración global debe hacerla el Tribunal, que es el único competente para analizar los elementos probatorios, seleccionarlos, ordenarlos, sin intermediación de sujeto alguno que proceda a una función que predetermina el contenido mismo de la resolución. La motivación solo puede entenderse cumplida cuando dimana de una percepción completa y directa del material probatorio, no mediatizada por quienes son ajenos a esta esencial función.

Los informes de inteligencia y los policiales en general tienen en común una determinación previa de los elementos sobre los que se confecciona el dictamen, una selección que responde a la voluntad de quien los elabora sobre la base de toda la información existente. Aceptar estos informes comporta un riesgo evidente y comprobado de que el tribunal renuncie a analizar por sí mismo y de manera completa el material probatorio, aceptando la labor policial previa y, por tanto, asumiendo como punto de partida, como un hecho en sí mismo, la inferencia policial, la conclusión que se emite por la policía. Es la policía la que individualiza los elementos que sirven de base a su informe, sobre los que se corre el riesgo de que el Tribunal prescinda de un análisis directo, la que establece una conclusión que equivale a la formulación de una hipótesis inculpatória y que esa hipótesis se convierta en hecho como tal asumido por el tribunal sin crítica alguna merced al valor superior y especializado que se confiere a la opinión policial. Y es ésta una realidad comprobada que la jurisprudencia no puede soslayar con referencias a la libertad de apreciación del tribunal, toda vez que su ejercicio efectivo dependerá de la mayor o menor

profesionalidad del Juez concreto que reciba o encargue los informes.

Otorgar valor probatorio a este tipo de inferencias, choca con una pacífica hasta ahora jurisprudencia que limitaba el valor de los atestados policiales a sus elementos materiales, irrepetibles y objetivos. Ampliar dicho valor a otros elementos subjetivos exige mayores explicaciones que no pueden soslayarse con referencias forzadas a un inexistente carácter pericial, máxime cuando lo dicho respecto a los limitados informes de inteligencia se ha extendido a todo informe policial.

B) El principio de contradicción.

Si el Tribunal conforma su convicción o construye la imputación a cualquiera de los efectos que la misma cumple en el proceso sobre la base de los informes policiales, sobre el material que la policía ha seleccionado y sistematizado conforme a su opinión y sobre las inferencias o conclusiones que la policía establece, la defensa no se hará respecto del material que consta en autos, sino sobre los referidos informes, pues son éstos, directa o indirectamente, los que se trasladan a las resoluciones judiciales. Es la policía, pues, la que determina el ámbito y el marco de la defensa, pues es ella en realidad quien construye la imputación y/o condena predeterminando la conducta de los imputados que se ven forzados a rebatir los informes, base de las decisiones judiciales. Lo grave es que la defensa se ha articular sobre los informes elaborados muchas veces por quienes carecen de conocimientos para su redacción, pues en la práctica, se piden o confeccionan informes policiales no limitados a la valoración de hechos, sino que se extienden a materias para las que se precisarían conocimientos propios de los peritos.

En resumen, ni los hechos son analizados por el Juez, que se limita a apreciar los informes que asume mecánicamente, ni la policía posee los conocimientos suficientes para elaborarlos, pero la defensa se ve obligada a rebatirlos, pues en la práctica son los que determinan las decisiones judiciales.

C) Valor probatorio de los testigos de referencia.

Los testigos de referencia, aunque admitidos generalmente en la ley (arts. 158,2 y 166,2 CPP vigente), se someten a muy diversas condiciones, legales y jurisprudenciales, por razón de la propia naturaleza de su conocimiento. Afectan al principio de inmediación en un sentido amplio, en el referido a su cercanía y aprehensión del hecho narrado. Su conocimiento suele ser parcial, no completo, limitado naturalmente a lo que le haya narrado el testigo directo; de ahí que sea preceptivo conocer y llamar siempre al principal a los fines de completar el entendimiento pleno del hecho, de hacerlo en su integridad (STS español 597/2017, de 24 de julio). De otra parte, aunque el testigo referencial pueda ser veraz, no es posible asegurar en todo caso que no le haya mentado, faltado a la verdad o transmitido una información no cierta el testigo directo.

Como consecuencia de estos elementos, el derecho de defensa, cuando se trata de interrogar a un testigo de referencia, se ve limitado a los solos conocimientos que posee este último que, a su vez, pueden estar sólidamente condicionados por la información que le hubiera proporcionado el testigo directo.

Por tales razones es obligada siempre la identificación del testigo directo, su localización y llamamiento, lo que impide ocultar la identidad de este último.

No se puede, mantiene la STS español 597/2017, desplazar o sustituir la prueba directa si es conocida. Si hay testigos presenciales, deben ser oídos de forma inmediata. La prueba testifical de referencia no puede impedir el derecho a la contradicción, a interrogar a quien ha percibido los hechos. Y los órganos judiciales tampoco pueden conformarse con una prueba parcial cuando han podido adquirirla íntegramente. De este modo, no puede sustituirse al testigo principal por el de referencia sin causa justificada y legalmente prevista (Delta contra Francia, de 19-12-1990; TEDH 1990, 30); Isgró contra Italia, de 19-2-1991 (TEDH 1991, 23); Asch contra Austria, de 26-4-1991 (TEDH 1991, 29); en particular sobre declaración de testigos anónimos, Windisch contra Austria, de 27-9-1990 (TEDH 1990, 21) y Ludi contra Suiza, de 15-6-1992 (TEDH 1992, 51).

La testifical de referencia, por tanto, no es prueba con plena validez, sino complementaria y subsidiaria en los casos en los que se le pueda conferir ese valor, es decir, cuando hayan cumplido las condiciones que derivan del derecho a la presunción de inocencia. Verificadas estas condiciones, y como sostiene la STS español 75/2013, es preceptivo, ineludible y debe ser valorado en cada caso el hecho de las relaciones del deponente con el investigado, la posible

conurrencia de factores que pudieran hacer dudar de su fiabilidad y veracidad y, por supuesto, las posibles ventajas obtenidas de una declaración inculpatoria de un tercero.

La testifical de referencia, en fin, es solo prueba subsidiaria, pues solo puede tenerse en cuenta si es imposible la declaración del testigo directo y aun así con múltiples prevenciones. Así lo establece expresamente el art. 166,2 CPP que obliga a proporcionar el nombre del testigo directo, bajo pena de nulidad y a localizarlo y hacerlo declarar. Si conocido no es llamado o se niega, la consecuencia ha de ser, simplemente, la de nulidad de lo declarado en cualquier fase y la invalidez de lo derivado de una prueba subsidiaria que solo alcanza plenitud cumplidos unos requisitos que no son disponibles por el MP o el Juez.

Y, en todo caso, lo declarado debe ser corroborado objetiva y externamente, sin que a tal efecto baste con declaraciones de otros testigos o coimputados (8).

D) Aplicación al caso. Las conclusiones de la Sentencia.

Todo lo expuesto viene a confirmar la plena adecuación de la Sentencia que se comenta a lo que la ley y la jurisprudencia establecen, tanto en lo referido a la base de los informes de la DEA, las declaraciones en las que se apoya, como en lo que atañe a las conclusiones de esta agencia, las que podrían englobarse en las que conforman los «informes de inteligencia», trasladables directamente al valor de los atestados policiales.

Los informes de la DEA aportados tienen la finalidad de acreditar el origen ilícito de los bienes que se afirman lavados, origen ilícito que, una vez que la sentencia asume sobre la base de los informes periciales que procedía de actividades lícitas, decae en su valor y trascendencia. Si los bienes que conforman el patrimonio del Sr. Sánchez tienen un origen lícito, es intrascendente la procedencia de otros bienes de terceras personas, ni puede ser lavado lo que no precisa de serlo. Incurriría en contradicción una resolución que afirmara una licitud y una ilicitud incompatibles. Y en casación, más en nulidad, recurso que se dirige a valorar infracciones «*in procedendo*», no es posible apartarse de la pericial porque tampoco es posible reiterar la prueba personal procedente de un perito.

Los informes de la DEA tienen unas características que coinciden con las de los «informes de inteligencia», pero incluso con menos fuerza que éstos al no compartir con ellos ese carácter propio de la lucha contra la corrupción o el terrorismo. Como afirmó el perito Rivera en el acto del juicio oral, tales trabajos no son otra cosa que informes administrativos que documentan, seleccionan y sistematizan conforme al criterio de quienes acumulan los datos una información que proporcionan a la DEA sus agentes o terceros por éstos interrogados. Como sostuvo el Sr. ASHCROFT, quien fue Fiscal General en EEUU, en dicho país tales informes carecerían plenamente de valor probatorio, siendo, pues, meros trabajos que pueden servir a efectos internos para el trabajo de la agencia.

En ninguno de tales informes se menciona al Sr. Sánchez Paredes, ni directa, ni indirectamente.

En conclusión, pues, las apreciaciones de los informes carecen absolutamente de valor probatorio, razón por la que la sentencia les priva de fuerza para fundamentar una sentencia condenatoria.

Pero, la Sentencia entra de lleno en el segundo de los aspectos que, constituyendo la base de los «informes de inteligencia», les niegan toda fuerza, pues no puede ser probatoriamente válido lo que se basa en elementos que carecen de ese valor. Otorgárselo sería tanto como subsanar defectos de rango constitucional; un fraude de ley que pondría en manos de la misma policía y la fiscalía la prueba al otorgar a sus conclusiones un rango superior a la Constitución misma.

Del único testigo directo, el Sr. Tafur, no se leyeron sus declaraciones en el acto del juicio, impidiéndose con ello la contradicción que, como elemento esencial de la prueba impide su valor si no es respetada.

El resto de elementos probatorios viene constituido por declaraciones de testigos de referencia, testigos de referencia de otros de referencia y testigos anónimos, es decir, confidentes no identificados, «fuentes fidedignas» se dice.

Vistas las condiciones que se imponen a este tipo de declaraciones, el asignar valor probatorio a los informes de la DEA, se opone plenamente a la ley y al derecho a la presunción de inocencia por no constituir prueba en sentido

estricto y, en el caso del acusado, no serlo tampoco de cargo al faltar relación con éste y ser lo hechos ajenos a su actividad en lo que se relata en los mismos.

V. VALOR PROBATORIO DE LOS ATESTADOS, PARTES Y DICTÁMENES POLICIALES

Contiene la Sentencia, en sus páginas 97 y ss, una relación de atestados y dictámenes, no pericias, policiales a los que se atribuye por el Ministerio Público valor probatorio al atribuirles la condición de prueba documental.

Esta misma cualificación de documento a efectos probatorios de este tipo de instrumentos carece de toda referencia dogmática, pues, cualquiera que sea el contenido de un atestado policial, la recopilación de actos de investigación o prueba preconstituida o la exposición de las conclusiones policiales, la sistematización de la información recopilada y la expresión del razonamiento de este órgano público, el atestado nunca puede ser una prueba documental por ser ajeno a las características de este medio de prueba y haberse confeccionado en el seno de un proceso o con vistas al mismo, es decir, preordenado al mismo en la investigación previa e inmediata a los hechos.

Como sostiene SAN MARTIN (9) , es obligado diferenciar entre prueba documental, sujeta al régimen de este medio y prueba documentada, que no es otra cosa que la incorporación a un documento de actos de otra naturaleza y que se sujetan a un régimen propio, bien el del medio incorporado o bien al especial de su lectura en el acto del juicio oral cuando constituyen prueba preconstituida.

El derecho a la presunción de inocencia, de rango constitucional, impone para que se pueda pronunciar una sentencia condenatoria la condición de que se base en auténticas pruebas, no actos que no posean esta naturaleza (10) . En este sentido, pues, no colma este derecho un acto que carece de esta cualidad o naturaleza, ni puede a un instrumento que no posee la de prueba documental, atribuirle esta última para, en fraude de ley, incorporar al proceso por vías indebidas lo que pertenece a otros ámbitos y de eso modo obviar los requisitos propios de cada medio de prueba.

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

En este sentido, en cualquiera de los órdenes procesales, con mayor o menor rigidez en cuanto a la admisión de las fuentes de prueba, los medios son limitados y de orden público e indisponibles, no siendo norma autorizada el uso de un medio inadecuado o ilegal para una fuente determinada, la cual debe obtenerse e incorporarse siempre a través del medio legalmente establecido. Sólo en los casos en los que una fuente no tiene un medio previsto, por responder a un avance social no contemplado previamente, la ley permite el uso de los medios más cercanos o, incluso, la creación en el caso de un procedimiento especial, siempre que se adopten las garantías suficientes para preservar las garantías inherentes a la idea de medio de prueba (art. 157,1 NCPP).

El uso, pues, de un medio de prueba inadecuado implica la nulidad de la incorporación y da lugar a que la fuente pierda su valor probatorio, al no poder ser considerado dicho medio como prueba de cargo. No sólo por afectar a una norma imperativa procesal y de orden público, sino porque en estos casos siempre, inevitablemente, se infringen derechos fundamentales, los propios que a esa fuente asigna la ley al incardinarla en su medio natural. Pero, incluso, aunque no se violen derechos —lo que no es posible por el carácter de garantía procesal del medio en relación con la fuente—, la mera infracción en la incorporación del medio de sus normas procesales reguladoras, da lugar a que éste no tenga la consideración de tal, de prueba, perdiendo dicho carácter.

En el proceso penal, dicha obligatoriedad de utilización de los medios de prueba adecuados y legalmente previstos, constituye una garantía de la prueba misma y de los derechos que disciplinan su actividad, evitando el fraude que conllevaría la posibilidad de introducir una fuente a través de cualquier medio de prueba. En este sentido, se prohíbe que el

atestado, conformado por escrito, pueda alcanzar el valor de prueba documental o que se introduzca por los policías actuantes como prueba testifical, a salvo los casos en que los policías sean testigos en sentido estricto, es decir, hayan presenciado los hechos de forma directa (STS español 480/2009, 22 de mayo). Ejemplos claros de prohibiciones de elección de los medios probatorios que deben adecuarse a la fuente. Y una justificación evidente de la vulneración que provoca el uso no adecuado de la correspondiente, en los derechos y garantías y en la misma integridad de la prueba, que comporta siempre una violación de sus principios reguladores. Así se expresa a título de ejemplo, el TS español en su sentencia 358/2016, de 26 de abril.

Que no exista norma alguna expresa en el CPP o en el NCPP, a diferencia de España (art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), no implica que este acto procesal sea o se convierta en prueba documental por su redacción escrita o por incorporar realidades o afirmaciones de hechos.

Como bien sostiene la Sentencia, con apoyo en el Decreto Supremo 025-209, el atestado tiene un mero valor de denuncia que, como tal no es medio de prueba, sino que es objeto de prueba, debiendo lo contenido en el mismo ser probado.

Cuestión distinta, como acredita el art. 383 NCCP, que perfecciona lo ya establecido legal y jurisprudencialmente en Perú, es que determinados aspectos del atestado, los que contienen diligencias objetivas, no subjetivas o declaraciones, urgentes e irreproducibles, puedan alcanzar valor probatorio como prueba preconstituida mediante su incorporación al juicio oral y su lectura, permitiendo en ese acto la contradicción e inmediación ante el Tribunal decisor y solo si reúnen los requisitos que la norma establece.

Téngase en cuenta que estos casos no implican que los atestados, como ya se ha dicho, alcancen la naturaleza de prueba documental como pretende el Ministerio Público, sino que son sólo prueba documentada. Es decir, no se aportan, ni se admiten o practican y valoran como prueba documental, sino como actos procesales documentados y sujetos al régimen especial de la prueba preconstituida.

La prueba documental es siempre preexistente e independiente del proceso y se aporta al mismo como tal elemento probatorio, mientras que la prueba documentada no es otra cosa que el conjunto de actos que contiene la prueba anticipada, la preconstituida y ciertos actos de investigación expresamente previstos por la ley.

A su vez, la parte del atestado que contiene las apreciaciones o conclusiones policiales, carece absolutamente de valor probatorio, siendo aplicable a este punto lo dicho al respecto de los informes de inteligencia. Tampoco puede ser considerada esta aportación policial un indicio, término al que se hace referencia con excesiva frecuencia sin reparar en que los indicios son siempre elementos objetivos, la base de una presunción y que, por tanto, deben ser probados. Un indicio no es como tal concepto probatorio fuera de su contexto de prueba indiciaria y sometido al régimen propio de este medio de prueba.

La Sentencia, que podría haber concluido su reflexión y rechazo de los atestados, partes y dictámenes policiales con su exclusión directa, entra, sin embargo a analizar cada uno de los atestados policiales, los hechos que se narran en los mismos, descartando su fuerza probatoria y su valor a efectos de servir de base a la convicción judicial.

Muy resumidamente concluye:

- Que no es posible admitir que en el inmueble situado en Santa Rosa se hallaran bolsas en cuyo interior había cocaína por el simple hecho de que el contenido de estas nunca fue pericialmente analizado. No hay constancia, pues, de que lo afirmado como hallado fuera la sustancia que se dice.
- Que los vehículos, especialmente el que tiene como matrícula PO-4726, no pertenecían al acusado, sino a Jorge Carpio y que este último, que la policía identifica con el primero, como mero nombre supuesto, existe como tal persona y se ha identificado plenamente.
- Que los insumos químicos encontrados en Comarsa no son sustancias relacionadas con el tráfico de droga, sino óxido de calcio utilizado en la producción aurífera, hecho ya acreditado en resoluciones judiciales previas.
- Que las armas encontradas en vehículos de Comarsa tenían licencia, que no se hallaron referencias de las mismas a actividades de TID y que la denuncia formulada en su día fue archivada por falta de elementos típicos penales.

En resumen, pues, los atestados, partes y dictámenes policiales no pueden servir de base a la condena pretendida por carecer de valor probatorio y porque los elementos objetivos que narra, sin entrar en consideraciones, tales como su irrepetibilidad y urgencia, ni siquiera mencionados por la Fiscalía aunque sean esenciales para dotar a estos actos de valor probatorio, no sirven para conformar la convicción judicial.

VI. LA PRUEBA TESTIFICAL

Se aprecia en el tratamiento de la prueba testifical y en la actividad del Ministerio Fiscal el defecto sustancial ya apuntado al abordar las deficiencias de la imputación, muy sensiblemente en el tratamiento que concede a las cuestiones prejudiciales no devolutivas en el marco de las que sitúa entre los actos que define como de ocultamiento y transferencia.

Como ya se indicó más extensamente, ignora la acusación la naturaleza no penal, sino mercantil o civil de determinados elementos de los tipos penales que deben resolverse conforme al derecho propio de cada materia, no creando un derecho penal en lo que por naturaleza no lo es y forme parte del tipo penal. Si los hechos no penales son lícitos en su ámbito no pueden ser calificados de ilícitos penalmente hablando a salvo que el tipo penal les asigne o complemente con hechos penales que los hagan devenir penalmente reprobables.

En todo caso, no debe olvidarse que en el mundo mercantil y empresarial, las operaciones de esta naturaleza tienen finalidades legales que no pueden ser calificadas de punibles por el mero hecho de imponer sobre ellas una sospecha o creencia ajena a su carácter.

Las empresas tienen ánimo de lucro, tanto que ese ánimo es esencial en toda sociedad mercantil, sin el cual no existe como tal. Y que las empresas tienden a limitar sus riesgos creando otras mercantiles entre las cuales repartirlos. Y que reducir gastos es consustancial al ánimo de lucro. Igualmente que el riesgo personal se diluye en el empresarial, lo que lleva a operaciones que tienden a ese fin. Y, lógico también, que es un fin legítimo el de reducir impuestos aprovechando los espacios que la ley permite.

Ver en operaciones que persiguen estos fines delitos es solo el resultado de la incomprensión de la prejudicialidad, que se observa en la acusación que no cita precepto alguno del ámbito no penal de lo que no tiene esa naturaleza. O, de la falta de conocimientos en materias ajenas al Derecho penal, hoy un error ante la inflación de tipos penales cargados de elementos prejudiciales.

En esta prueba testifical se aprecia con claridad, tanto como en la pericial, esa falta que debilita profundamente una acusación tan genérica como carente de fundamento. No tanto en la prueba que se pretende del origen ilícito de los bienes, que se basa toda ella en pericias que han quedado contradichas en el marco de tal prueba pericial, sino en lo referido a los actos de ocultamiento y transferencia que se limitan a narrar actos mercantiles ordinarios que, sin mención alguna al derecho comercial, son considerados ilícitos. Y de este modo, lo que son operaciones ordinarias en el tráfico mercantil las acusaciones los convierten en delictivos sin más elementos que la sospecha. Y una sospecha y atribución de ilegalidad convierte lo que es lícito en el mundo de los negocios en delito.

La prueba testifical, muy resumidamente, se resume en la Sentencia en las páginas 116 y ss, con una exposición amplia, razonada y prolija de las declaraciones de las decenas de testigos llamados por las acusaciones.

Muy resumidamente la Sentencia concluye:

A) Testigos de la DEA.

No se admiten como prueba de cargo por ser de referencia sin concluir los requisitos que la ley impone; y por limitarse a reproducir informes sin valor probatorio, meros actos de recopilación de información que no tendrían valor probatorio en EEUU como reconocen los propios declarantes.

B) Testigos de actos en Rancho Luna.

Declaran varios testigos, empleados en dicho lugar. Todos ellos alegan desconocimiento de los hechos por los que se les pregunta. Ninguna utilidad tienen estas pruebas.

C) Testigos sobre insumos químicos.

Declaran vendedores a Comarsa de productos que la Fiscalía entiende son o están preordenados al tráfico de sustancias estupefacientes. Declaran que lo vendido es óxido de calcio que se dirige a la producción aurífera.

D) Testigos relativos al aeródromo de Tulpo.

Todos ellos, cada cual en su ámbito, refutan las acusaciones.

Se reconoce la plena regularidad administrativa de los vuelos.

Se confirma que lo transportado son materiales producidos por Comarsa, es decir, oro y plata.

Y se concluye, de nuevo, asegurando que el óxido de calcio está preordenado a la producción aurífera.

E) Testigos administradores de Comarsa.

En este punto se rebate punto por punto que la contabilidad y el resto de operaciones imputadas fueran ajenas a la normalidad de tráfico societario. Se confirma la plena regularidad de la contabilidad y la licitud de todas las operaciones con remisión a las reglas contables y el Derecho mercantil.

VII. LA PRUEBA PERICIAL. CLAVE EN EL PROCEDIMIENTO

La prueba pericial fue siempre y ha sido finalmente la clave en este proceso, tanto la contable, como la económica, siendo determinante de la existencia misma del delito y de difícil superación o negación en cualquiera de los recursos que se quieran interponer.

El punto nuclear del conflicto y de la viabilidad de las acusaciones reside en determinar el patrimonio con el que contaba el acusado en el año 1991, año en el que se tipificó el delito de lavado de activos. Para las acusaciones dicho patrimonio, sobre la base de las pericias que elaboraron la policía y la Procuraduría, era mínimo, de modo que las inversiones del imputado en todas sus facetas solo podían provenir del origen ilícito que sostenían en actividades de TID. Es decir, la ausencia de prueba sobre la intervención del imputado en tales actividades, sobre su participación exacta, solo mencionada de forma abstracta, se pretendía colmar con una doble referencia: la ausencia de patrimonio resultante de otras actividades y, como se dijo, la realización de negocios y actos societarios legales y ajustados a la ley y a la normalidad del tráfico mercantil. Las pericias, de esta manera, colmaban en su pretensión lo que la inconcreción de una actividad exacta en la conformación del origen ilícito de los bienes no lograba.

La pericial que determinara la carencia de bienes de procedencia lícita era, por tanto, esencial para el triunfo de unas pretensiones abiertas y genéricas, pues si tales bienes de origen eran lícitos, toda la actividad empresarial posterior lo era al perder en consecuencia plena relevancia para servir de prueba indiciaria de un origen ilícito. No habría conexión de ningún tipo, ni siquiera a ese nivel indiciario que las acusaciones, con infracción de la lógica de la prueba indiciaria, han querido desarrollar en una técnica probatoria más que compleja, abierta y escasamente comprensible en su conjunto.

La Sentencia, con una calidad indiscutible desde el punto de vista dogmático, analiza todos y cada uno de los aspectos de esta prueba, valorando la aportada más allá de las conclusiones ofrecidas y haciendo lo debido al apreciar la técnica misma desde planteamientos jurídicos y lógicos, a su vez reflejados en las mismas pericias que se valoran, labor propia del Juez que puede, sin lugar a dudas, asumir, motivadamente, los informes más allá de sus conclusiones, analizando desde la lógica la técnica en que se apoyan los diversos dictámenes aportados.

La pericia, desde la fase de investigación ha sido prolija, amplia, exhaustiva y siempre contradictoria. Y, al final, a instancia de las mismas acusaciones —lo que es determinante del resultado—, se practicó una pericial económica de oficio, con un valor superior por su imparcialidad objetiva y subjetiva, que vino confirmar plenamente las pericias de parte, de la defensa y que rebatió y privó de valor a las confeccionadas por las acusaciones o a su instancia. Cualquier intento de rebatirlas, cuando la misma prueba de oficio en este caso no era otra cosa que una actividad que venía a subsanar los déficits probatorios de las acusaciones, debe conducir al rechazo de la insistencia de las acusaciones en mantener lo que ya fue archivado y reabierto a su instancia por estas mismas razones hace años y demostrado ahora improcedente.

No cabe desconocer las dilaciones indebidas graves causadas por la conducta de unas acusaciones cuyas pretensiones han sido rechazadas de forma reiterada por los mismos argumentos que esta Sentencia considera.

No es éste el lugar, por tratarse de un artículo, no de un dictamen, de exponer públicamente los concretos datos extraídos de las pericias, las cantidades que en ellos se reflejan. No es procedente. Pero sí exponer los elementos jurídicos en los que se apoyan los informes y las acertadas conclusiones del tribunal sentenciador que, se reitera, son de una corrección que no es común en la práctica por su profundidad y acierto.

A) Naturaleza de la prueba pericial.

La pericial es un auténtico medio de prueba, no un simple instrumento auxiliar del Juez, lo que supone importantes consecuencias prácticas y jurídicas. La especialidad que comporta esta prueba personal, no documental, es que aporta al proceso, para fijar hechos, conocimientos científicos, técnicos o de otra naturaleza, propios de las especialidades del perito que los elabora y de los que carece el Juez. Pero, lo esencial es que, como toda prueba, tiende a la fijación de hechos, a su concreción, aunque utilizando para ello criterios propios de quien valora los hechos naturales bajo el amparo de reglas propias del saber aplicado a tal función.

El perito es siempre un tercero ajeno a los hechos, lo que tiene o debe tener determinadas consecuencias en aquellos informes elaborados por organismos públicos vinculados a las acusaciones de una u otra forma, a su imparcialidad objetiva, que no subjetiva, a su vinculación con el objeto de la imputación. Aunque la pericial de parte tenga plena validez, se han de valorar en cada caso, al menos desde la perspectiva del informe, los elementos que pueden influir en su elaboración, las posibles influencias de ciertas circunstancias. Es por ello por lo que los peritos pueden ser tachados, siendo la tacha, según el art. 165 CPP más que una tacha, una suerte de recusación parcial que permite designar a otro perito, pero no impide que se aporte el dictamen del tachado. En España los peritos de parte no pueden ser recusados, al asumir la misma Ley de Enjuiciamiento Civil que éstos tienen vinculación con quien los aporta y paga, pero sí pueden serlo los designados judicialmente por insaculación. Recusación, no mera tacha. Y en el proceso penal pueden ser recusados los peritos en los que se presume un interés directo o indirecto.

Son tachados o recusados por ser la pericial una prueba personal, no documental, se repite, lo que lleva a que su valoración no se somete a la propia de la prueba instrumental, sino a la específica de las pruebas personales, quedando sujeta a las específicas de la sana crítica o en conciencia, pero siempre motivadas y sin que esta motivación pueda ser revisada, en caso de sentencias absolutorias, en sede casacional o de nulidad por imperativo derivado del principio de inmediación. No es el dictamen lo que se valora, como si se tratara de un documento, sino éste y la declaración del perito en el juicio oral con todas sus circunstancias. De ahí la prohibición de revisarlas en tercera instancia o recurso extraordinario en el que, como es sabido, no cabe reproducir o volver a practicar prueba alguna, menos aún la personal.

B) Supuesto a analizar en el caso.

El supuesto sobre el que gira este proceso, como se ha dicho anteriormente, central, es la determinación exacta de los bienes que poseía el acusado en el año 1991, año en el que se tipificó el delito de lavado de activos, pues esa cuantificación es esencial e indiscutible para, sin base alguna sobre la actividad anterior imputable personalmente, sin menciones abstractas a «clanes», pues la responsabilidad penal es personal, no colectiva o derivada, justificar la actividad empresarial posterior. Y ese, exactamente, ha sido el objeto de las múltiples pericias elaboradas en un largo proceso, valoradas judicialmente y clave en una absolución que tiene como base la prueba, desde un punto de pleno respeto a la ley, a las instituciones procesales, a la lógica y a la racionalidad. Siendo éstos elementos indiscutibles en una resolución motivada en profundidad, anular una sentencia absolutoria es jurídicamente inviable (11).

La Sentencia, con abundante motivación, adopta una posición razonada acerca del método utilizado por los peritos de la acusación, decididamente contable, crítica y decisión que entra de lleno en el ámbito de competencia del tribunal en una prueba que es personal y sujeta a valoración al mismo nivel que otras. Con argumentos que no son ajenos a la competencia jurisdiccional, sino propios de quien enjuicia, rechaza la técnica utilizada por los informes elaborados a instancia de las acusaciones, de carácter contable, sobre la base de las siguientes precisiones:

- No son suficientes para fijar el saldo inicial a 1991, meros informes contables respecto de años en los que dichos documentos no existen ya, pues el deber de mantener tales instrumentos solo permanece el tiempo que la ley ordena.

- El resultado de concluir un patrimonio con la sola atención a una noción contable, sin apoyo en los elementos propios de la contabilidad y sin referencia a la realidad económica, social y laboral del momento analizado, lleva a conclusiones no sólo parciales, sino erróneas y, en el caso, a un reflejo patrimonial injustificado e inexacto.
- La policía y la Procuraduría solo contaron, en esta labor, con escasas declaraciones juradas de la actividad pesquera —las que existían—, y el reporte de beneficios de los años 1970-1971, sin analizar el resto de actividades del imputado en otros sectores del tráfico mercantil, laboral y empresarial.

Por esta razón, concluye la Sentencia, una pericia económica, ante la falta de elementos suficientes para dotar de entidad valorativa a las contables, es ineludible y goza de un valor privilegiado, cercano a la realidad y fundamentado en hechos que se fijan con los elementos indispensables para su certeza y más adecuados a una convicción asentada en la lógica, la experiencia (el momento y la realidad social del país) y la racionalidad que impera en la valoración de la prueba.

Más exactamente, en sus páginas 157 y siguientes viene a concluir:

– Ante la carencia de registros contables anteriores a 1991 es obligado realizar pericias económicas que, por un lado, reconstruyan hechos económicos y, por otro lado, investiguen las actividades económicas del imputado teniendo en cuenta dos factores determinantes: uno, el contexto del país y, en especial, la economía informal, es decir, no es suficiente aplicar la ciencia económica sin atender a ese hecho característico de la informalidad; dos, que el objeto del examen es una persona natural, no una sociedad, lo que conduce a tener que asumir la carencia de registros contables como nota característica de los sujetos individuales.

Y, en este sentido, concluye la sentencia, una pericia meramente contable es, aunque se quiera afirmar lo contrario, meramente artificiosa. Si no hay contabilidad por no ser requisito de quienes no realizan actividades en las cuales es preceptiva, por haberse perdido o desaparecido con el transcurso del tiempo y porque, en buena parte, la economía informal se sobrepone a la formal, pretender que una pericia contable determine una realidad es aceptar como válido lo que es manifiestamente erróneo.

Conforme con estos presupuestos, la Sentencia valora los sucesivos y plurales informes aportados por las partes:

a. Informes policiales.

Se formulan críticas a estos por observar una cierta influencia en los mismos ejercida por la posición de quien los elabora, un órgano vinculado a la policía en el marco de la investigación. Una posible influencia en la imparcialidad que, no siendo subjetiva, sí lo es objetiva y derivada de los fines perseguidos por ese órgano de persecución penal.

Sostiene la Sentencia que los informes están confeccionados desde el objetivo de la lucha contra el narcotráfico, que tienen un enfoque de política criminal que trasciende a sus planteamientos y conclusiones y que, por ello, son ajenos a los criterios que deben sustentar una pericia científica estrictamente objetiva. Ese rasgo o pretensión denota un sesgo contextual orientado a confirmar la hipótesis de la acusación.

El informe o informes transcriben y así lo plasma la sentencia teorías y conceptos, que lo sustentan, que carecen de operatividad y eficacia en el marco del objeto de la pericia.

Y, en fin, tales informes no tienen conexión alguna con los hechos de naturaleza económica del acusado.

Desde esta perspectiva efectúa la sentencia una motivación amplia, suficiente, lógica y racional de los dictámenes y declaraciones —no debe olvidarse que estamos ante una prueba personal, no documental—, lo que se concreta en los déficits que se apuntan a ambos elementos de la prueba:

- Solo abarcan trabajos hasta 1970, no hasta 1977 sin justificación alguna de esta decisión.
- Solo se consideran para su redacción los escasos elementos contables existentes, tan escasos como insuficientes para concluir un patrimonio ni siquiera cercano a la realidad, siendo de este modo que no se puede entender bastante el elenco de documentos contables que se mantiene cuando han pasado tantos años y se olvidan los elementos apuntados anteriormente de tratarse el imputado de una persona natural y mantener el país un grado elevado de economía informal.

- No se analizan, por tanto, otras actividades económicas llevadas a cabo por el imputado distintas de la pesca, tales como el transporte, la construcción o el comercio.

En consecuencia con todo ello, los resultados son erróneos para el juzgador y las cantidades en las que se cifra el patrimonio a fecha de 1991, inasumibles.

Y, en fin, lo que es crucial en el caso es la crítica que este informe policial, asumido por la Fiscalía, realiza a los informes de parte solicitando nuevos informes contradictorios de oficio, lo que se hará posteriormente con el resultado de que los así confeccionados, por peritos plenamente independientes, llegan a las mismas conclusiones que los ofrecidos por los peritos del imputado. Y esto confirma plenamente la motivación de la Sala al rechazar los informes de la policía y refuerza las críticas y argumentos que debilitan profundamente sus métodos y conclusiones.

b) Procuraduría.

Llegan a las mismas conclusiones.

c) Informes de parte.

Se realiza un informe netamente económico coadyuvado por los documentos contables con los que se cuenta.

Y así analiza la actividad de pesca hasta 1970, el resto actividades hasta 1977 y por ello la totalidad de la actividad realizada en el período que abarca desde 1959 a 1991. De este modo ofrece un saldo inicial a 1991, que multiplica por mucho el que aportan la policía y Procuraduría.

La base del dictamen es el desarrollo de un modelo económico real y cierto que permite reconstruir una cifra real sobre la base de emplear criterios no meramente contables y que tienen y gozan de plena aceptación en la ciencia económica (págs. 170 y ss, de la Sentencia).

Este informe es esencial pues el mismo ha sido plenamente ratificado en sus criterios y conclusiones por el perito económico nombrado de oficio que es asumido por el Tribunal por su independencia y completitud.

d) Pericia económica de oficio.

Se rechazan las pericias policiales y de la Procuraduría afirmando que no han observado una metodología correcta para la investigación patrimonial. Hay un error de concepto en la fuente primaria, meramente documental, de modo que la utilizada es errónea por insuficiente e incompleta.

Por el contrario, la pericia de parte es valorada científicamente como plenamente válida en sus métodos y conclusiones (págs. 173 y ss. de la Sentencia).

e) Valoración del Tribunal.

Como manifiesta el TS español, en Sentencia de 26 de septiembre de 1990:

«El perito.....informa, asesora, descubre al Juez los procesos técnicos o las reglas de experiencia de que él pueda carecer..., aunque nunca, naturalmente, sustituye a quien ha de pronunciar la sentencia o resolución de que se trate».

Aunque la valoración de la prueba pericial no constituye en caso alguno una prueba de valoración tasada o, lo que es lo mismo, aunque el Juez no quede vinculado a las conclusiones y apreciaciones del informe emitido, a nadie se le escapa que los dictámenes periciales gozan de una excepcional fuerza probatoria, derivada sin duda alguna de la necesidad que tiene el Juez de servirse de esos conocimientos que le son ajenos y que, precisamente por ser ajenos, le son suministrados por un especialista del cual le será difícil disentir salvo que las conclusiones sean irrazonables, arbitrarias, inconexas o, sencillamente, el dictamen tenga un nivel técnico inadmisibles o sea contrario a las máximas de experiencia que el mismo Juez, por su función, haya podido comprobar. Lo normal, sin embargo, es que acaezca cierta sujeción de los tribunales a los informes periciales, siendo muy ocasionales las situaciones en los que apartan de los mismos.

De esta forma, los Jueces, para apartarse de los informes periciales, precisan de un razonamiento que refute sus contenidos, métodos y conclusiones. Y, cuando existen varios contradictorios, dicho deber de motivación exige una mayor precisión y concreción argumentativa. Ese deber, si se cumple, es coherente con la función jurisdiccional y dota de plena eficacia a la Sentencia.

Esa libertad de apreciación, por tanto, se manifiesta en una resolución motivada y la motivación ha de incluir elementos de valoración que contradigan o rechacen los conocimientos específicos que, se presume, el Juez no posee.

De esta manera, pues, lo normal es que el Juez sólo proceda a rechazar dictámenes cuando se aportan a la causa varios sobre una misma materia, normalmente contradictorios entre sí, de modo que ha de optarse por uno de ellos o por matizar los diversos hasta hallar una solución común o elaborada sobre la base de las diferentes conclusiones. Y, se repite, en tales casos, el razonamiento se exige con mayor detenimiento y precisión. La opción nunca puede ser meramente voluntarista, sino motivada.

La imparcialidad del perito es determinante a los efectos de su credibilidad y de la aceptación de las conclusiones emitidas en el caso, de modo que, cuando concurren motivos que hacen dudar de ella o al menos la ponen bajo sospecha, deben atenderse los trabajos y elaboraciones, así como los resultados con cierta prevención. Y así sucede en la práctica. Cuando concurren dictámenes solicitados de oficio, es difícil apartarse de ellos si los de las partes acusadoras no respetan las reglas de la técnica, son incompletos y están influidos por posiciones que no coinciden con el supuesto de hecho a analizar en su plena integridad.

La Sentencia, teniendo en cuenta lo dicho, es plenamente respetuosa con el sistema procesal vigente. Su motivación es amplia y el rechazo a las pericias de las acusaciones tiene un fundamento que se basa en máximas de la experiencia y en elementos que las desvirtúan, no siendo, por tanto, esta sentencia recurrible en otra instancia en la que no rige el principio de inmediatez.

Refuta, en primer lugar la metodología, el análisis meramente cuantitativo y contable por las razones ya anteriormente expuestas, que enfrenta al informe del perito de oficio que se sustenta en un modelo económico que ofrece una realidad amplia y total en la que se enmarca el supuesto de hecho analizado. En segundo lugar, refuta los informes de las acusaciones por la información concreta proporcionada, siendo ésta limitada en el tiempo, solo hasta 1970, mientras que la pericia de oficio lo hace desde 1959 hasta 1991. En tercer lugar, porque aquella se olvida de actividades diferentes a la pesca, lo que implica una disminución de los ingresos reales. Y, en último lugar, advierte sobre los resultados obtenidos determinando el patrimonio a 1991, una diferencia abismal que justifica la licitud de la actividad empresarial del imputado o la vincula a actos ilegales. Tal es la relevancia de la técnica utilizada y la importancia de los informes técnicos.

Por lo expuesto, el perito de oficio concluye en unos datos, que vienen coincidir casi con los que manejó desde siempre la pericial de la defensa y que llevan a la absolución vinculando el resultado de la pericial con el resto de pruebas.

A la vista de esta conclusión y dado que hace años la Fiscalía, con los mismos datos, se opuso al archivo, podría tal vez hablarse de unas dilaciones indebidas que deberían tener las consecuencias propias de la violación del derecho al proceso debido y hacer meditar a este órgano acerca de recursos que aparecen tan escasamente apropiados para anular una Sentencia modélica y motivada hasta en sus más mínimos detalles.

(1)

Vide por todo ASENSIO MELLADO, JM. Principio acusatorio e imparcialidad. La inconstitucionalidad del art. 220 del Código de Procedimiento Penal. Lima 2013. Págs. 24 y ss.

[Ver Texto](#)

(2) TS español. Auto de 23 de marzo de 2010: «Por lo tanto con la instrucción se trata de realizar las actuaciones necesarias para decidir, no si hay responsabilidad penal, sino si se debe o no abrir el Juicio Oral para decidir en él la posible responsabilidad de una persona determinada. De ahí que el grado de certeza en la fijación de los datos de hecho y el de valoración de la tipicidad penal hayan de ser los necesarios para garantizar la razonabilidad del enjuiciamiento, que no es el mismo que se necesita para decidir, ya en él, la condena del enjuiciado, o en su caso la absolución, teniendo en cuenta en este segundo supuesto el principio in dubio. Así, concluida la investigación

sumarial, procede dictar en la llamada fase intermedia la apertura del Juicio Oral, o el sobreseimiento de la causa; sobreseimiento que ya sea el libre o el provisional, en procedimiento Ordinario (art. 634 y siguientes) o en el Abreviado (art. 749.1º), significa que el órgano judicial entiende que no se dan las circunstancias necesarias para enjuiciar o juzgar a alguien como acusado por lo que el proceso termina sin entrar en la fase del Juicio Oral. Lo que está en cuestión, cuando se acuerda o, como en este caso, se deniega el sobreseimiento, es por consiguiente la existencia de un fundamento razonable para sostener una acusación sobre la apreciación indiciaria de elementos objetivos y subjetivos que justifican enjuiciar al acusado, y no el problema de la procedencia de su absolución o de su condena, objeto exclusivo del Juicio Oral y de la sentencia». Corte Suprema del Perú (Segunda Sala Penal Transitoria). R.N. Nº 2358-2009, de 21 de diciembre: «Lo central para determinar el sobreseimiento en estos casos es lo insuficiencia del material instructorio sobre lo participación concreto del imputado en lo comisión de los hechos investigados. Se requiere, para ello, algún grado de verosimilitud —que rechace la arbitrariedad, el capricho o el voluntarismo [JOSE GARBERI LLOBREGAT Y otros: Los procesos penales. Editorial Bosch. Barcelona, dos mil, pagina seiscientos cuarenta y nueve]—. Los motivos suficientes para acusar, entonces, han de ser de mayor entidad que los indicios necesarios para acordar el procesamiento —elementos de juicio o elementos de juicio reveladores, dice el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales— y aun de los motivos que determinan la prisión — suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo preceptué el artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal— (VICTOR MORENO CATENA (Coordinador): El proceso penal, Volumen III. editorial Tirant lo Blanch, Valencia. dos mil. pagino mil novecientos diecinueve]. Sólo se puede acusar cuando el procesado es suficientemente sospechoso de haber cometido una acción punible, es decir cuando es de esperar su condena, con una fuerte probabilidad [CLAUS ROXIN: Obra citada, página trescientos cuarenta y nueve]».

[Ver Texto](#)

- (3) Vide por todo ASECIO MELLADO, JM. Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social. Valencia 2015.

[Ver Texto](#)

- (4) «El tribunal se atemperará, respectivamente, a las reglas del derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos anteriores, deba resolver».

[Ver Texto](#)

- (5) AGUILERA DE PAZ, E; Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. T.I. Madrid 1923. Pág. 99, sostiene que se han de aplicar las normas procesales propias de la materia prejudicial. ASECIO MELLADO, JM. La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito. En «El Estado de derecho frente a la corrupción urbanística». Madrid 2007. Págs. 108-109, también se inclina por esta postura.

[Ver Texto](#)

- (6) BAHMAIER, LORENA. Información de inteligencia y proceso penal. En «Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales». Madrid 2011, págs. 78 y ss.

[Ver Texto](#)

- (7) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F; La presunta prueba pericial de inteligencia: análisis de la STS de 22 de mayo de 2009. Revista La Ley Penal. Nº 64. Octubre 2009.

[Ver Texto](#)

- (8) Afirma la STS español 597/2017, de 24 de julio. Lo que reiteran, entre otras muchas, por ser doctrina consolidada, las SsTS 222/2019, de 29 de abril o 715/2018, de 6 de enero. Y en cuanto a los testigos de referencia, tiene declarado el Tribunal Constitucional que «constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundamentar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia (por todas, STC 217/1989), pero la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de

imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos» (SSTC 217/1989, 303/1993, 79/1994), 35/1995, 131/1997, 7/1999 y 97/1999). La validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba (SSTC 209/2001, 155/2002, 219/2002 y 146/2003). Esta Sala de Casación tiene establecido que los testigos de referencia no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen sólo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y, en consecuencia, subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar. Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr, tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquel a quien se oyó equivaldría a privilegiar una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción. Por ello el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical. Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal (SSTS 31/2009, de 27-1; 129/2009, de 10-2; 681/2010, de 15-7; 757/2015, de 30-11; 586/2016, de 4-7; y 415/2017, de 8-6).

[Ver Texto](#)

- (9) SAN MARTÍN CASTRO, C; Derecho Procesal Penal. Lecciones. Lima 2020. Pág. 595.

[Ver Texto](#)

- (10) ASECIO MELLADO, JM; Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid 1989. Págs. 39 y ss.

[Ver Texto](#)

- (11) En España, en apelación, que no en casación donde los requisitos son muy superiores por el carácter extraordinario de la casación, que incorpora el quebrantamiento de forma, similar a la nulidad peruana, solo se puede revisar y anular una sentencia absolutoria cuando «se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad hay sido improcedentemente declarada» (art. 790,2 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

[Ver Texto](#)