

EL VALOR DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA MEDIANTE DELACIÓN PREMIADA PARA ACORDAR MEDIDAS CAUTELARES

THE VALUE OF THE INFORMATION OBTAINED THROUGH AWARDED DELATION TO AGREE TO PRECAUTIONARY MEASURES

MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ*

Resumen

El uso de mecanismos premiales para obtener información con la que desarticular bandas y grupos criminales se ha revelado como un instrumento especialmente eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada. En todos los sistemas penales se han introducido (o se está en vías de introducir) elementos a través de los que canalizar acuerdos de colaboración o ciertos beneficios penales con los que incentivar que investigados conocedores de información relevante la aporten al proceso. Sin embargo, no todos ellos garantizan su compatibilidad con las garantías procesales de otros investigados que resultan inculcados a cambio de acuerdos o beneficios penales ni ofrecen información fiable. En particular, es necesario determinar el alcance de los acuerdos premiales que pueden adoptarse, las condiciones para su ejecución, las consecuencias de su incumplimiento, el modo en el que ha de obtenerse la información ofrecida por el delator y su eficacia procesal. Este trabajo se centra en este último aspecto, esto es, en los requisitos para la incorporación a la causa de la información ofrecida por el investigado colaborador y en su eficacia procesal para acordar decisiones que puedan afectar a la situación personal y procesal de otros investigados en la misma causa o en causas vinculadas a ella.

Palabras Clave

Delación premiada, coinvestigado, garantías procesales, principio de contradicción, corroboración, medidas cautelares.

Abstract

The possibility to create in criminal process a Leniency Programme, makes necessary to determine the scope of this system to ensure that it's suitable with the norms of due process. Particularly, it requires to determinate the extent of leniency agreements that can be taken, the conditions for its execution, the consequences of non compliance, how should be collected the information provided for the informer or whistleblower and its procedural efficiency. This paper focuses on the last topic, that is, on the requirements to include into criminal process the information provided for the informer and its efficiency to take a judicial interlocutory decision, specially the decisions which may effect the personal and procedural situation of person under investigation.

Keywords

Leniency Programme, co-defendant, due process, audi alteram partem principle, corroboration, judicial interlocutory decisions, precautionary measures.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de contar con medios especiales de investigación está hoy en día fuera de toda duda cuando se plantea en el marco de la persecución de delitos cometidos en el seno de grupos organizados o de delincuencia económica como la que desgraciadamente azota a muchos países en forma de corrupción. Alcanzar el núcleo de tramas delictivas cada vez más complejas solo es posible mediante el empleo de diligencias especialmente invasivas, como son la intervención de las comunicaciones telefónicas, los registros informáticos remotos o la infiltración policial. Medidas todas ellas destinadas a introducirse de la manera más profunda posible en organizaciones criminales para conocer sus entresijos y sus

Artículo recibido para su evaluación el 29 de mayo de 2020, y aprobado para su publicación el 20 de julio de 2020.

* Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante (España). Email: mercedes.fernandez@ua.es

actuaciones delictivas presentes y futuras; para conseguir, en definitiva, su desmantelamiento y la persecución penal de sus integrantes. Los obstáculos con los que se encuentra el Estado para lograr desarticular grupos y organizaciones criminales son notorias y cada vez de mayor envergadura, sobre todo al amparo de las nuevas tecnologías, que facilitan la creación y el mantenimiento de tales grupos (en muchas ocasiones transnacionales), posibilitan su colaboración con otras organizaciones criminales y multiplican exponencialmente el alcance y efectos de sus actuaciones delictivas. Ello ha favorecido que se salga al encuentro de fórmulas y medios especiales de investigación que permitan incrementar la eficacia de la justicia penal frente a estas formas de delincuencia, tal y como puede comprobarse si se examinan las reformas procesales de los últimos años en muchos países de nuestro entorno cultural.

Y entre todas estas medidas se encuentra la posibilidad de lograr información de primera mano de quienes forman parte del entramado delictivo o poseen información valiosa al haber entrado en contacto con él, bien por haber participado en las relaciones clientelistas habituales en estos casos, bien por haber sido víctimas de sus actuaciones, bien porque pertenecen a otros grupos criminales que han cooperado con la organización investigada o simplemente porque disponen de información por su contacto más o menos directo con miembros de la organización. Cada uno de estos sujetos, con sus especiales características, puede ofrecer datos sustanciales para la investigación, como testigos o como coinvestigados y, en este caso, con un peculiar y reforzado estatuto jurídico que garantiza sus derechos pero que, al tiempo, puede contribuir a poner todavía más en cuestión la fiabilidad de sus declaraciones.

La incontestable eficacia de este canal de información para el enjuiciamiento de formas complejas y organizadas de delincuencia ha sido el caldo de cultivo del interés creciente que hoy despiertan entre los juristas los mecanismos dirigidos a fomentarlo¹, y ha llevado a algunos países a arbitrar sistemas más o menos flexibles de colaboración premiada

1 Sirva como ejemplo que la Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que España aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave, establece como eje troncal de la citada estrategia la regulación del colaborador, en tanto figura esencial en la lucha contra este tipo de criminalidad.

orientados a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de la delincuencia organizada².

En España, desde donde se escriben estas páginas, la promoción de la colaboración de sujetos implicados en la organización criminal con la policía y los órganos encargados de la instrucción a través de compensaciones procesales, penales y –cuando se trata de testigos– a través de recompensas económicas no se ha generalizado todavía, pero parece en vías de hacerlo³. Un incentivo especialmente directo para hacerlo es la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, que debe ser traspuesta antes del 17 de diciembre de 2021⁴.

-
- 2 Ejemplos paradigmáticos de ellos son el procedimiento peruano de colaboración eficaz, regulado en los arts. 472 a 481 del Código procesal penal (reformados por el Decreto Legislativo núm. 1301, de 19 de diciembre de 2016) y la delación premiada brasileña, regulada actualmente por la Ley 12.850, de 5 de agosto de 2013, modificada por la Ley 13.964, de 2019 (sobre esta última puede consultarse el trabajo de VELLOSO PARENTE, Bruna, CHEQUER FEU ROSA, Júlia y CESAR FABRIZ, Daury: “Colaboração premiada como método de tutela estatal nos crimes de lavagem de dinheiro”. En: *Derecho y cambio social*, núm. 58, octubre-diciembre 2019. Ambos instrumentos han sido clave en la investigación de los casos Odebrecht y Lava Jato. Argentina regula la delación premiada en la Ley 27.304, de 19 de octubre de 2016, conocida como *Ley del arrepentido*. También México, en los arts. 35 y siguientes de la Ley Federal contra la delincuencia organizada de 7 de noviembre de 1996, prevé diversos incentivos para los colaboradores –implicados o no– en los hechos delictivos.
 - 3 Ortiz Pradillo destaca otros, como los programas de clemencia previstos en los arts. 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, que permiten la exención o la reducción del pago de multas a quienes colaboren con la Comisión Nacional de la Competencia en la inspección de un cártel en el que hayan participado, o la posible suspensión del expediente de expulsión abierto contra una mujer víctima de violencia de género que denuncia a su agresor o contra quienes sean explotados por redes dirigidas al tráfico de personas que ofrezcan información sobre sus integrantes. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”. En: *La Ley*, núm. 8560, 12 de junio de 2015 (p. 3 en su versión digital). En el caso chileno, la llamada “delación compensada” en el ámbito de los acuerdos infractores de las normas de competencia permite eludir o reducir notablemente las sanciones administrativas y penales previstas ante conductas colusorias. Igualmente, el art. 22 de la Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, prevé la circunstancia atenuante de cooperación eficaz en el ámbito de estos delitos.
 - 4 Con la salvedad de lo dispuesto en el apartado 1 de la Directiva, relativo a la puesta en marcha obligatoria de un canal de denuncias en el ámbito de empresas de entre 50 y 249 trabajadores, para lo que los Estados miembros dispondrán hasta el 17 de diciembre de 2023.

En la actualidad, la legislación española contempla algunos incentivos⁵ que no van acompañados de una adecuada regulación del proceso mediante el que debe canalizarse la colaboración, los acuerdos que pueden alcanzarse, los sujetos que pueden acogerse a ellos ni la eficacia procesal que pueda llegar a tener la información obtenida. Es solo el germen de lo que parece que puede llegar en los próximos años, pues el debate sobre la conveniencia de potenciar la figura del arrepentido o, de forma más genérica, el *whistleblower* o *soplón*, se ha reabierto con fuerza en Europa en los últimos tiempos (como muestra la Directiva antes mencionada), especialmente a partir del estudio de las especialidades procesales de la investigación de la delincuencia empresarial, que ha provocado un interés creciente por el funcionamiento en diversos sistemas procesales (sobre todo en el americano) de los canales de denuncia previstos en los programas de cumplimiento para favorecer el flujo de información de los trabajadores hacia los responsables de la ejecución de tales programas (generalmente el *chief compliance officer*)⁶ o del principio de oportunidad reglada como método para premiar la colaboración mediante incentivos penales, procesales o económicos⁷.

-
- 5 Por ejemplo, el art. 376 del Código Penal prevé la posible rebaja de la pena a imponer en hasta dos grados a quienes colaboren en la investigación de los delitos de tráfico de drogas. Similar disposición se contiene en el apartado 3º del art. 579 bis para quienes sean condenados por delitos de terrorismo y colaboren eficazmente con la Justicia, en el art. 305.6 respecto de encausados por delitos contra la Hacienda Pública que colaboren en la averiguación de los hechos o el descubrimiento de otros responsables y en el art. 434 respecto de los delitos de malversación.
 - 6 Sobre ello puede verse NIETO MARTÍN, Adán; “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”. En: *La Ley*, nº 8120, 5 de Julio de 2013 y GIMENO BEVIÁ, Jordi: *El proceso penal de las personas jurídicas*, Toledo, 2014 (Tesis doctoral disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3789/TESIS%20Gimeno%20Bevi%C3%A1.pdf?sequence=1>). pp. 70 ss, en el que se analizan los distintos tipos de incentivos, especialmente los previstos en EEUU, y los modelos de canales de denuncias. También NEIRA PENA, Ana María: “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal”. En: *Política criminal*, Vol. 11, No 22, Diciembre 2016, Art. 5. pp. 467-520, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf, realiza un interesante análisis comparado de los canales de denuncia como parte nuclear de los programas de cumplimiento.
 - 7 Especialmente sobre los incentivos económicos dirigidos a fomentar la delación, véase GIMENO BEVIÁ, cit., pp. 76 y ss.

Se trata, sin duda alguna, de una forma legítima y eficaz⁸ de obtención de datos relevantes para poner en marcha la investigación, sustentar la acusación y posibilitar la condena de quienes forman parte de estas organizaciones criminales, y si bien es cierto que en ocasiones se produce una colaboración espontánea y desinteresada, en otros muchos casos es preciso acudir a sistemas especialmente arbitrados de colaboración, bien en el seno propio del proceso penal, bien en el marco de procedimientos previos o coetáneos a la investigación, mucho más ágiles y flexibles pero también por ello extraños a las garantías propias que han de presidir la instrucción. Este tipo de fórmulas se conocen como métodos de delación o colaboración premiada, por cuanto persiguen lograr la mayor y mejor información posible a cambio de importantes beneficios penales y procesales (en el caso de quienes colaboran siendo coinvestigados o pudiendo llegar a alcanzar esta condición) y/o puramente económicos. Sobre ellos se han publicado trabajos muy interesantes en los últimos años⁹ que han permitido evidenciar las dificultades que estos mecanismos plantean desde dos ángulos. El primero es el relativo a cómo encajar este tipo de medidas especiales de investigación en sistemas procesales apegados firmemente al principio de legalidad. Esta primera dificultad no lo es tanto si pensamos que los mecanismos de colaboración encuentran su razón de ser en la investigación de los casos más graves de delincuencia, de modo que un análisis de política criminal de tipo utilitarista conduce a buscar maneras de flexibilizar el principio de legalidad para incrementar la

8 Indispensable para DEL MORAL GARCÍA, Antonio: “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”. En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II, enero-abril 2016. p. 62.

9 No es el objetivo central de este trabajo poner de manifiesto los distintos sistemas premiales o compensatorios que buscan incentivar este tipo de actitudes, tarea de la que se han ocupado con notable repercusión y excelente enfoque otros autores. Sobre esta materia, tanto por lo que respecta al análisis de distintos sistemas de delación como por lo que se refiere a las propuestas de *lege ferenda* que plantean son especialmente recomendables los trabajos de ORTIZ PRADILLO, cit. y “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la Justicia”. En: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1. p. 39-70, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38>. Respecto de la colaboración en el marco de la delincuencia empresarial, con especial atención a los canales de denuncia previstos en los programas de *compliance*, resulta de sumo interés el trabajo ya citado de NIETO MARTÍN, cit. Sobre la aplicación de la atenuante específica de arrepentimiento y colaboración prevista en el párrafo primero del art. 376 del Código Penal puede verse SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes: “El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal”. En: *La Ley*, núm. 7856, 11 de Mayo de 2012.

eficacia de las pesquisas judiciales¹⁰. En efecto, el éxito de las fórmulas de colaboración requiere que el Ministerio Público, amparado en el principio de oportunidad, disponga de cierto margen de maniobra para decidir cuándo, en qué condiciones y con qué límites ejerce la acción penal contra quienes colaboran con la Justicia y al tiempo han participado en la actividad delictiva objeto de investigación, y ello tanto en términos de eficacia del procedimiento de colaboración (buscando el mayor rédito procesal), como en términos de seguridad jurídica para quienes, estando involucrados como sujetos activos del delito, deciden colaborar para permitir el enjuiciamiento y condena de sus principales autores, así como la recuperación de los bienes y el producto obtenido con sus actuaciones¹¹. Desde este punto de vista, la flexibilización del principio de legalidad ha de venir de la mano de una adecuada regulación del principio de oportunidad y, en particular, de la previsión detallada de los medios, requisitos y momentos procesales (o previos o simultáneos al proceso) para obtener la información y de los compromisos que el Ministerio Público puede alcanzar, que pueden ir desde la aplicación de beneficios penales (rebaja de la pena e incluso total impunidad), procesales (medidas de protección, no adopción de medidas cautelares), penitenciarios (progresiones de grado, permisos) o económicos. El segundo de los ángulos desde los que cabe observar los procesos de colaboración es el relativo a la eficacia de la información que se obtiene a

10 ORTIZ PRADILLO, cit., p. 4.

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

través de ellos, lo que, a su vez, se proyecta sobre dos ámbitos: en primer lugar, sobre su valor como prueba apta y suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria. Esta cuestión ha sido ampliamente tratada por doctrina y jurisprudencia a propósito de las condiciones que deben reunir las pruebas personales¹², que son plenamente aplicables a los supuestos en los que tales declaraciones se prestan en el contexto de procedimientos de colaboración.

En segundo lugar, con el término eficacia trato de aludir a su aptitud para fundamentar decisiones interlocutorias o, en otros términos, a su valor procesal en aquellos casos en los que, sin reunir necesariamente los requisitos propios de un acto de prueba, la declaración del colaborador se ha incorporado al procedimiento, generalmente en fase de instrucción y sin alguna de las garantías requeridas para que alcance valor probatorio. En definitiva, es interesante preguntarse acerca de la utilidad de la información obtenida en cada uno de los momentos procesales respecto de las decisiones judiciales interlocutorias que impulsan las actuaciones contra una persona o personas determinadas y no solo respecto de su aptitud para fundamentar una sentencia condenatoria: desde la incoación de las diligencias judiciales a partir del conocimiento de la *notitia criminis* hasta la decisión de apertura del juicio oral, pasando por la práctica de diligencias de investigación o la adopción de medidas cautelares sobre los investigados y sus bienes. Me parece especialmente interesante la cuestión acerca de la posibilidad de acordar medidas cautelares exclusivamente sobre la base de la información obtenida a través de estos procedimientos, más todavía si se analiza desde la perspectiva de su incidencia sobre el derecho a la presunción de inocencia que, como regla de tratamiento procesal -pero también como regla probatoria vinculada a un alto estándar de prueba - ampara al sujeto sometido a ellas.

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

12 Realicé un análisis del tratamiento doctrinal y jurisprudencial de esta cuestión en FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración judicial de las pruebas declarativas”. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 64, marzo de 2009. pp. 95 ss.

especialmente las que afectan a la situación procesal, personal o patrimonial de alguno de los encausados.

II. INTERROGATORIO Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Antes de abordar el análisis de la declaración del colaborador considero necesario hacer dos advertencias. La primera se refiere a la escasa incidencia de los procesos de colaboración sobre el tratamiento procesal de la información que proporcionan. El empleo generalizado de beneficios a cambio de información no altera sustancialmente la problemática del valor de la declaración de testigos, víctimas o coencausados. Tales programas o incentivos favorecen el incremento de casos de colaboración, que hoy, en el caso de España, se reduce a los supuestos antes citados (relativos a una posible rebaja de la pena de hasta dos grados a colaboradores condenados por determinados delitos) y a los escasos ejemplos de colaboración ciudadana desinteresada. La expectativa de lograr un premio por la información ofrecida es solo una circunstancia más que ha de conducir a buscar la confirmación del testimonio a través de otros elementos probatorios, pero no le resta por sí sola credibilidad¹³. Antes, al contrario, tal expectativa puede coadyuvar a mejorar la calidad de la información aportada si se acompaña de una adecuada regulación de la exigencia de corroboración para que el colaborador pueda disfrutar de los estímulos penales, procesales o económicos que se le ofrezcan a cambio de datos útiles para la investigación. Incluso, como sucede en el caso peruano, permite establecer condiciones cuyo incumplimiento comportaría la revocación de las medidas premiales¹⁴. En efecto, criterios que tradicionalmente se han tomado en consideración para evaluar la

13 “Que el coimputado delator obtenga de su estrategia procesal beneficios penológicos constituye una opción de política criminal compatible con la credibilidad de lo que el coimputado manifiesta. De mantenerse incompatibilidad entre el beneficio del acusado y el de la sociedad por su testimonio la opción de política criminal resultaría en gran medida neutralizada cuando la confesión afecta a otros sujetos diversos del delator. No parece menor la ingenuidad de quien niega la credibilidad por razón del beneficio, que la de quien admite aquella sometiéndola a contrastes como el de la exigencia de corroboración externa y objetiva” (STS 188/2017, de 23 de marzo). De la misma opinión son DÍAZ PITA, María Paula: *El coimputado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. p. 435, ZAVAGLIA, Francesca: *La prova dichiarativa nel giusto processo*, Ed. CEDAM, Padova, 2007. pp. 228-229 y DEL MORAL GARCÍA, cit., pp. 60 y 61.

14 QUIROZ SALAZAR, William F.: “La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú”. En: *Revista oficial del Poder Judicial*, 2/1, 2008. pp. 168-169.

credibilidad del declarante, tales como la falta de interés en la acusación, el ánimo de venganza, autoexculpación o la espontaneidad, pierden fuerza en un contexto como este en favor de la exigencia de corroboración, no solo para valorar la atendibilidad del declarante y de su testimonio, sino también como elemento que permite valorar la procedencia de la aplicación efectiva de los beneficios prometidos a cambio de la colaboración prestada¹⁵.

La segunda advertencia se refiere a la falta de interés de la distinción (en este contexto) entre categorías de sujetos que colaboran con la investigación de los hechos. Lo relevante es la existencia de un colaborador (que puede ser testigo, víctima o coinvestigado) que ofrece una información. Es preciso en todos los casos (y al margen de la condición procesal del colaborador) que se descarten motivos espurios subyacentes a su declaración y que los datos aportados resulten útiles para la investigación y el posterior enjuiciamiento¹⁶, pues los requisitos en todos los casos serán los mismos, dejando a salvo concretas especialidades derivadas del estatuto jurídico de cada uno de ellos. Esta es la razón por la que el TEDH utiliza generalmente el término *testigo* en un sentido amplio y comprensivo de dichas categorías¹⁷ y por la que me referiré indistintamente en las páginas que siguen al colaborador o al testigo, pero considerando incluidos también a la víctima y al coencausado.

-
- 15 Sobre la importancia de la corroboración, DI MARTINO, Corrada y PROCACCIANTI, Teresa: *La chiamata di correo*, CEDAM, Padova, 2007. p. 72 y FUENTES SORIANO, Olga: “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”. En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000. pp. 174 y ss. También las SSTS 938/2016, de 15 de diciembre y 514/2017, de 6 de julio, en las que no solo se considera necesaria para que la declaración alcance el carácter de prueba *suficiente*, sino incluso para ser prueba *apta* para condenar y la STS 315/2020, de 15 de junio, que expone la doctrina jurisprudencial sobre la necesaria corroboración de la declaración del coinvestigado mediante datos externos.
- 16 Fue, sobre todo, desde la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto jurídico de la víctima, cuando se produjo un reconocimiento de ciertos derechos que la sitúan más cerca de la condición de parte procesal, incluso en los casos en los que no se encuentra personada, pero sin perder, al tiempo, la condición de testigo cuando presta declaración, si bien con las especialidades que se prevén en los arts. 416 y 433 de la LECRIM, que no afectan, sin embargo, a la conveniencia de realizar un tratamiento conjunto de sus declaraciones y de las prestadas por testigos y encausados.
- 17 Así lo puso de manifiesto MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)”. En: *Revista Xuridica Galega*, núm. 58, 2008. p. 14.

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

Por lo que respecta al primero de los límites señalados, en el ordenamiento jurídico español, el testigo (directo o de referencia) ha de dar cuenta de sus datos identificativos¹⁸, pero en determinados procedimientos, especialmente en el marco de la delincuencia organizada, y a los efectos de evitar posibles represalias graves sobre el colaborador, sus familiares o sus bienes, puede estar justificada la adopción de ciertas medidas de protección y, entre ellas, las que permitan ocultar los datos personales que puedan llevar a su identificación¹⁹. A efectos procesales, el modo en el que esa identidad se oculta a los encausados es muy relevante, por cuanto puede afectar al adecuado desarrollo de su derecho de defensa. Es preciso distinguir por

18 Arts. 266 a 268 LECRIM respecto de los denunciante y art. 436 LECRIM respecto de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sí cabe, sin embargo, la denuncia anónima como medio para poner en marcha la instrucción penal a los efectos de verificar la información que proporciona, tal y como se desprende del art. 308 LECRIM. RUBIO EIRE, José Vicente: “La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una instrucción penal”, disponible en http://www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion_11_560680001.html. Fecha de última consulta: 20 de julio de 2020.

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

ello entre los testigos *anónimos* (de los que se desconoce su identidad)²⁰ y los *ocultos* (cuya identidad es conocida por la autoridad judicial pero no se desvela al encausado por razones de seguridad). La distinción entre testigo anónimo y oculto fue utilizada en la STC 64/1994, de 28 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional se hizo eco de la distancia entre ambas figuras, trazada previamente por el TEDH²¹. Aunque ha sido objeto de algunas críticas por quienes consideran que también el testigo oculto limita ilegítimamente el derecho de defensa, lo cierto es que pone de manifiesto una diferencia esencial que no puede pasarse por alto: la existencia de control judicial sobre los motivos por los que deben mantenerse reservados los datos del testigo oculto, permitiendo un análisis del caso ajustado al principio de proporcionalidad sobre las razones por las que debe prevalecer la seguridad del testigo sobre el derecho de defensa. De todos los supuestos que pueden darse, el denominado testigo *oculto* es, por tanto, el único que legítimamente puede proporcionar información incriminatoria con valor probatorio, por cuanto su identidad es conocida para el tribunal, pero este, por razones de seguridad, decide motivadamente mantenerla reservada para evitar que pueda recibir presiones para no declarar o cambiar el sentido de la que realice o represalias por haber declarado²². Es decir, existe en estos casos un juicio ponderado, motivado y sujeto a revisión, que ha supuesto la adopción de medidas de protección legalmente previstas (adicionales o no a la ocultación de la identidad) que pueden levantarse si concurre una modificación en las circunstancias y el órgano judicial considera que debe prevalecer el derecho de defensa sobre posibles riesgos para el testigo o su familia. En el resto de casos (confidentes y testigos anónimos, de cuya identidad nada conoce el órgano judicial) se produce una quiebra del derecho de defensa difícilmente salvable que los mantiene extramuros de la investigación y del enjuiciamiento penal²³. El mismo

20 Sobre los testigos anónimos véase RUBIO EIRE, cit.

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

22 En el mismo sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”. En: *La Ley*, 1996. p. 7 en su versión digital.

23 SSTEDH de 27 de septiembre de 1990 (caso *Windisch c. Austria*) y 22 de noviembre de 2005 (*Taal c. Estonia*). Por ello, el TEDH ha manifestado que el ámbito natural del confidente es la fase de investigación (SSTEDH de 9 de junio de 1998, caso *Teixeira de Castro c. Portugal* y de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski c. Holanda*). También lo pone de manifiesto SAN MARTÍN CASTRO, César: “Persecución penal de la corrupción política (reflexiones desde el Perú)”. En: AAVV, *Estado de derecho frente a la corrupción urbanística*, La Ley, Madrid, 2007 (p. 20 en su versión digital). El

tratamiento ha de recibir quien colabora con una investigación en curso en el seno de una empresa a través de un canal de denuncias que garantice la confidencialidad. La información obtenida en estos casos habrá de ser objeto de comprobación, pero en ningún caso tendrá fuerza probatoria. La razón de ser de esta opción no hay que buscarla solo en razones de índole garantista desconectadas de otro tipo de fines, sino que cuenta también –y creo que, sobre todo- con un fundamento de índole epistémica: ¿cómo valorar la fiabilidad del colaborador y de su declaración si desconocemos su identidad? La corroboración es condición necesaria pero no suficiente para valorar la calidad de la información que proporcione. Su coincidencia con elementos corroboradores puede ser fruto de una casualidad o de una reconstrucción *a posteriori* de los hechos, por lo que la valoración de posibles causas para actuar de manera deshonesta es un requerimiento que debe evaluarse junto con la corroboración. El TEDH lo ha manifestado con claridad en su extensa y consolidada jurisprudencia sobre el tratamiento procesal del testigo: conocer su identidad permite a la defensa detectar motivos para poner en entredicho su fiabilidad²⁴ y por ello considera imprescindible –en términos generales respecto de los testigos ausentes, pero es doctrina también aplicable al caso de los testigos anónimos- que se adopten las medidas necesarias para permitir el control (al menos judicial) de la fiabilidad del testigo²⁵, lo que supone disponer todo lo necesario para que el acusado pueda interrogarlo (cuanto esté testificando o en un momento posterior)²⁶ y que su declaración no sea la única prueba relevante, sino que vaya acompañada de otras que la corroboren²⁷.

Por lo que respecta al segundo límite antes anunciado, en *Lucà c. Italia*²⁸, el TEDH consideró que la eficacia del principio de contradicción no solo no se agota al permitir al acusado conocer la identidad del testigo, sino que ha de extenderse a su participación activa –si es que así lo desean en el interrogatorio, ya sea en el juicio oral, ya sea en la investigación

Tribunal Supremo limita su eficacia a un momento todavía anterior, el de las pesquisas policiales que dan origen a la investigación judicial (STS 153/2015, de 18 de marzo). En el mismo sentido, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Colex, Madrid, 2004. p. 147.

24 S TEDH de 17 de septiembre de 2013 (caso *Brzuszczynski c. Polonia*), 2 de abril de 2013 (caso *Garofolo c. Suiza*) y 22 de noviembre de 2012 (caso *Tseber c. República Checa*).

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

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

27 SSTS 182/2017, de 22 de marzo y 315/2020, de 15 de junio.

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

previa²⁹. Sin embargo, la doctrina del TEDH sobre la vulneración del debido proceso responde a una valoración de conjunto de las actuaciones judiciales que en los últimos años le ha llevado a matizar esta exigencia, lo que ha supuesto una importante involución en la interpretación del principio de contradicción. No basta que la ausencia de contradicción haya impedido al acusado o a su letrado intervenir en el interrogatorio y ello sea imputable a la autoridad judicial. Que resulte declarado vulnerado el derecho al debido proceso por esta causa requiere, además, que la prueba así practicada haya ocupado un lugar determinante en la declaración de culpabilidad³⁰.

III. VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN DEL COINVESTIGADO

Las principales dificultades que surgen respecto de la utilización de la información ofrecida por colaboradores afectan a las tres grandes manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: en primer lugar, desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla probatoria, se plantea el problema de su aptitud como prueba de cargo (esto es, si puede ser prueba *válida*). En segundo lugar, desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de juicio, cabe preguntarse -habiendo resuelto afirmativamente la primera cuestión- si puede fundamentar por sí sola una decisión judicial (o, en otros términos, si puede considerarse prueba *suficiente*). Por último, también puede resultar comprometida la presunción de inocencia como regla de tratamiento del investigado si se acuerdan medidas cautelares basadas exclusivamente en la declaración de un colaborador obtenida sin o con contradicción, esto es, como mero acto de investigación o como acto de prueba no sometido a corroboración.

29 Más específicamente, a la remoción de obstáculos que le impidan participar en el interrogatorio, de modo que no pueda imputarse a las autoridades judiciales la falta de debate contradictorio. MIRANDA ESTRAMPES, cit., p. 16.

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

El cumplimiento de las garantías propias del debido proceso y, en especial, del principio de contradicción en los términos antes señalados, dotan de valor a las declaraciones prestadas por colaboradores para fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, la convierten en prueba *válida* según los estándares impuestos por el derecho a la presunción de inocencia como regla probatoria. En cualquier otro caso, su práctica al margen de las exigencias derivadas del derecho de defensa, de las condiciones que impone la contradicción y de espaldas, en definitiva, a los más elementales postulados garantistas y epistémicos, las reduce a la categoría de actos de investigación, cuya eficacia se encuentra fuertemente limitada a la fase de instrucción penal y a la búsqueda de información para la preparación de un futuro juicio oral. Esta es la razón principal por la que se tiende a privilegiar la declaración prestada en el juicio oral, en el que se dan cita tales garantías o, en su defecto, a la obtenida como prueba anticipada, esto es, aquella que se practica con respeto de las condiciones que se presentarían de practicarse en el juicio oral. Solo en defecto de estas y en presencia de las exigencias derivadas del principio de contradicción (que en el caso español se encuentran previstas en los arts. 714 y 730 LECRIM) cabría tomar en consideración las declaraciones prestadas en la fase de investigación, convertidas en verdaderos actos de prueba al verse sometidas a confrontación y debate contradictorio o, como ha admitido el TEDH, cuando, aun careciendo de contradicción, la declaración se encuentra corroborada por otras pruebas y, por tanto, no es la única prueba de cargo³¹.

Contestada afirmativamente la pregunta relativa a la aptitud de las declaraciones del colaborador como prueba de cargo, el siguiente interrogante es el que se refiere a su autonomía y suficiencia para fundamentar una resolución judicial. Esta cuestión se ha abordado tradicionalmente desde

31 SSTEDH de 19 de febrero de 1991 (caso *Isgró c. Italia*), 26 de abril de 1991 (caso *Asch c. Austria*) y 28 de agosto de 1992 (caso *Artner c. Austria*). Se trata, en definitiva, de garantizar la existencia de medidas de compensación al déficit de garantías que origina la falta de contradicción. Contreras Cerezo, Pablo: “La protección a los testigos tiene su límite en el respeto al derecho de defensa. El testimonio del testigo anónimo, cuya identidad desconoce el acusado, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y si es la única prueba de cargo no puede sustentar una declaración de condena sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)”. En: *La Ley*, 14 de junio de 2013. También destaca la posibilidad de acordar medidas compensatorias que salven la declaración del testigo oculto DEL CARPIO DELGADO, Juana: “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc”. En: *Revista Penal*, núm. 19, 2007. p. 49.

la perspectiva de su condición de prueba suficiente para dictar un fallo condenatorio, respecto de lo que existe una consolidada jurisprudencia que ha estipulado los parámetros a partir de los cuales cabe valorar su fuerza probatoria en cada caso, dirigidos a evaluar, por un lado, la credibilidad del declarante y, por otro, la fiabilidad de su declaración (verosimilitud, firmeza y corroboración)³². Aisladamente considerados, estos criterios no permiten concluir la veracidad de la información ofrecida por el colaborador. Se trata de criterios generales orientativos que contribuyen a minimizar el error en la valoración de la prueba (especialmente el que se refiere a la corroboración, como veremos después), pero no es deseable adoptarlos como reglas de valoración inflexibles, a imagen de las reglas de prueba tasada. En cierto modo, son criterios que facilitan la motivación de la decisión judicial, pero no la predeterminan. Llevan, como ha señalado Del Moral, a apurar la motivación, pero no deben conducir a negarle automáticamente valor probatorio al testimonio cuando falle la comprobación de alguno de tales parámetros³³.

Existe un importante número de casos a partir de los cuales el Tribunal Supremo español ha formado una sólida jurisprudencia sobre los criterios más adecuados para evaluar la fiabilidad de este tipo de pruebas. Por lo que

32 Sobre estos criterios de valoración realicé un análisis doctrinal y jurisprudencial en FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración judicial de las pruebas declarativas”, en: *Jueces para la Democracia*, núm. 64, 2009. pp. 95 a 116.

33 DEL MORAL GARCÍA, cit., p. 60. Son parámetros orientativos para la motivación, no reglas de validez de la prueba (STS 891/2014, de 23 de diciembre). Para Miranda Estrampes, sin embargo, sí nos encontramos ante *reglas negativas de suficiencia*. MIRANDA ESTRAMPES, cit. pp. 23-24, postura que el Tribunal Supremo español parece haber asumido: “Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación” (STS 630/2016, de 14 de julio y, en idéntico sentido, más recientemente, STS 1053/2017, de 6 de julio). En el mismo sentido se expresa la STS 457/2017, de 21 de junio (con cita de la STS 938/2016, de 15 de diciembre): “La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpativa pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre”.

se refiere a la credibilidad del colaborador, determinadas circunstancias (relaciones, experiencias, percepción de la realidad, etc.) pueden revelar motivaciones ocultas detrás de su voluntad de declarar. En España, la jurisprudencia se ha referido reiteradamente a tales circunstancias como condiciones para determinar la ausencia de incredibilidad subjetiva a modo de juicio preliminar sobre las motivaciones del testigo para declarar y sobre la posible existencia de circunstancias especiales (en sus capacidades cognitivas o relativas al modo en el que entró en contacto con los hechos) que permitan poner en duda su fiabilidad como fuente de prueba. La valoración de estas particularidades (entre las que se encuentran sus relaciones previas con las partes y especialmente con el investigado) está orientada a descartar móviles como la autoexculpación o la exculpación de terceros, la venganza o la obediencia debida. Motivaciones todas ellas que debilitarían la fuerza probatoria de (toda o parte de) su declaración, y que han de examinarse conjuntamente con las características propias de la personalidad del declarante³⁴. En el caso concreto del coinvestigado, es útil analizar también, por ejemplo, su posición dentro de la organización criminal, su conocimiento de las actividades ilícitas desarrolladas, la división de roles dentro del grupo, etc³⁵.

Además de la credibilidad del declarante, es necesario examinar también la fiabilidad de la información que ha proporcionado, para lo que generalmente se valora la coherencia y credibilidad del relato y la persistencia mostrada durante el procedimiento³⁶. Por lo que se refiere a la coherencia y credibilidad del testimonio, hay que valorar que no resulte fantasioso, que no presente ambigüedades o vaguedades y que sea coherente, esto es, que no presente contradicciones entre sus distintas partes, aunque

34 Por todas véanse las SSTS 319/2017, de 4 de mayo y 428/2017, de 14 de junio. Sobre la valoración de la personalidad del declarante puede verse Martínez Galindo, Gema: “Valor probatorio de declaraciones de coimputados”. En: *La Ley Penal*, núm. 7, julio 2004 (p. 7 en su versión digital).

35 DI MARTINO, Corrada y PROCACCIANTI, Teresa, cit., p. 43.

36 Dado que se aleja demasiado de la finalidad principal de estas páginas, no resulta conveniente detenerse en otro tipo de factores que, sin duda, condicionan la calidad de la información que se obtiene a partir de la prueba testifical. Un análisis con cierto detalle sobre tales factores puede verse en FERNÁNDEZ LÓPEZ, cit., pp. 103 y 104, así como en la bibliografía que allí se cita. Una perspectiva centrada en la psicología del testimonio y muy útil para entender las limitaciones de nuestra capacidad de percepción de acontecimientos, de nuestra memoria y la influencia sobre la narración de circunstancias tales como el modo de llevar a cabo el interrogatorio, puede verse en DIGES JUNCO, Margarita: “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos”. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 68, julio de 2010. pp. 51 y ss.

estamos ante criterios orientativos que no impiden admitir la valoración fraccionada cuando la declaración presente algún tipo de incoherencia o laguna pero pueda analizarse por partes que gocen de cierta autonomía unas de otras (por ejemplo, cuando no existan relaciones causales entre las mismas o cuando constituyan relatos relativos a hechos independientes, tal y como sucede, por ejemplo, en el caso de testigos menores de edad o que presentan algún tipo de discapacidad intelectual), lo que, sin duda, habrá de ir acompañado de un mayor esfuerzo motivador del juez y una sólida corroboración mediante datos externos³⁷.

La firmeza o persistencia, en segundo lugar, es otro indicador importante de credibilidad³⁸, si bien la existencia de retractaciones (muy habituales, por ejemplo, en el ámbito de la violencia de género) o de contradicciones entre las distintas declaraciones prestadas (especialmente cuando el relato se refiere a hechos complejos, traumáticos o sucedidos a lo largo de amplios periodos de tiempo) no ha de conducir necesariamente a descartar la declaración. Tampoco será posible atender a este parámetro cuando deba valorarse la fiabilidad de las primeras declaraciones prestadas para acordar la práctica de actos de investigación o de medidas cautelares.

Las contradicciones en aspectos secundarios de la declaración, así como la existencia de lagunas cuando el testigo declara mucho tiempo después de sucedidos los hechos tampoco son datos que, por sí solos, permitan desechar la declaración, puesto que puede tratarse de circunstancias propias del transcurso del tiempo³⁹.

Si hay una exigencia que destaca sobre el resto a la hora de evaluar la fiabilidad del testimonio es, sin duda, la de su corroboración mediante datos externos de carácter objetivo⁴⁰. La credibilidad del declarante y la

37 ZAVAGLIA, Francesca: *La prova dichiarativa...*, cit., p. 229.

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

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

40 Lo que se ha denominado también credibilidad extrínseca u objetiva (DÍAZ PITA, cit., p. 455) y corroboración en los sistemas procesales de common law. Sobre el alcance de la corroboración en este ámbito son interesantes los trabajos de WALTON, Douglas y REED, Chris: "Evaluating Corroborative Evidence", disponible en: https://dlwqxts1xzle7.cloudfront.net/37948777/06issa_walton_reed.pdf?1434754387=&response-content-disp

verosimilitud de su declaración son condiciones necesarias, pero no suficientes para que el testimonio pueda fundamentar una sentencia de condena. La manera de minimizar la posibilidad de error judicial al valorarlo es asegurar que su contenido se encuentre respaldado por otras pruebas, especialmente en aquellos casos en los que el testimonio prestado no se ha sometido a contradicción o, como consecuencia del estatuto del declarante (en el caso de los coinvestigados), las posibilidades de contradicción se hayan visto seriamente comprometidas⁴¹. Sin embargo, no es tarea fácil determinar en qué consiste exactamente la corroboración a la que aluden los tribunales, pues no existe una definición legal y unívoca del término⁴². El Tribunal Constitucional circunscribe la necesidad de corroboración a dos ideas: en primer término, exige que la corroboración sea mínima (no necesariamente plena), y solo relativa a algunos aspectos de la declaración, no a todos sus elementos. En segundo lugar, entiende que la corroboración implica, al menos, la existencia de algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente a la propia declaración⁴³. La corroboración supone, pues, que ha de existir al menos algún otro indicio que apunte en la misma

-
- osition=inline%3B+filename%3DEvaluating_Corroborative_Evidence.pdf&Expires=1595272526&Signature=OZ1S29wRlaHERBYr~TCUnXS8dqW26vEfpdmzGcf4H8VhTxyey0qIPtAtGKRfNkwvs3P25p-j~KJU3xJuAF3O7mru2zwldSukM2RDQ2MqoeO2Q
- 41 STS 223/2017, de 30 de marzo. En el mismo sentido, véase la STS 523/2017, de 7 de julio: “Cuando el coimputado se niega a declarar o a contestar a las preguntas de las defensas, este dato es un elemento valorable a los efectos, ya en sede de valoración de la prueba, de establecer su credibilidad, para lo cual la entidad de los elementos de corroboración presenta una especial relevancia. Pero el silencio del coimputado no determina la ausencia absoluta de contradicción”.
- 42 No sucede lo mismo en Italia, donde el art. 192.3 cpp, establece con claridad que la declaración del coinvestigado debe valorarse conjuntamente con otros elementos de prueba que confirmen su credibilidad.
- 43 Es de referencia obligada sobre ello la STC 57/2009, de 9 de marzo (en la que se admite la corroboración del testimonio mediante la coincidencia con el testimonio de otro coinvestigado, con voto particular discrepante de M^a Emilia Casas Baamonde). También se expresan en un sentido similar las SSTC 91/2008, de 21 de julio, 125/2009, de 18 de mayo y 134/2009, de 1 de junio. Doctrina esta, además, ampliamente secundada por el Tribunal Supremo. En la STS 57/2002, de 28 de enero se hace esta misma interpretación del término “corroboración”: “Lo relevante es que la declaración del coimputado no constituya un dato probatorio aislado que comprometa al acusado en un hecho, sin que existan otros elementos probatorios ajenos al coimputado que también relacionen al acusado con el mismo hecho delictivo”. Sobre la evolución del concepto de corroboración, véase SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: “Dudas razonables: la declaración de los coimputados”. En: *Revista Jurídica Galega*, núm. 50, 2006. pp. 15 a 19 (y p. 32 sobre los hechos que han de quedar corroborados). También Miranda Estrampes analiza con detalle su evolución. MIRANDA ESTRAMPES, cit., p. 19.

dirección que la declaración del testigo, tanto por lo que se refiere a la existencia de los hechos como a la participación del investigado en los mismos, lo que Miranda Estrampes denominó modelo de atendibilidad extrínseca reforzada en atención al contenido concreto que ha de tener esa corroboración⁴⁴. Esos datos externos o periféricos pueden ser, por ejemplo, las lesiones provocadas por el delito reflejadas en el parte médico o en el informe forense, los testimonios de otras personas que refuercen la credibilidad del declarante⁴⁵ o el resultado de diligencias de investigación que sean coincidentes con lo manifestado por el testigo⁴⁶. En definitiva, la corroboración supone contar con información que provenga de fuentes de prueba externas a la propia declaración⁴⁷, de modo que esta no sea la única prueba sobre la que se sustente la decisión judicial⁴⁸.

Por tanto, a la vista de esta doctrina jurisprudencial, se evidencia la necesidad de examinar lo que ha de entenderse por corroboración suficiente en cada caso⁴⁹, si bien parece que la finalidad es evitar que la declaración sea la única prueba de cargo, de manera que el convencimiento judicial descansa también en otros elementos probatorios que apunten a la misma dirección que la declaración⁵⁰.

44 *Ibidem*, p. 20. A ello se refiere la jurisprudencia italiana cuando exige que la corroboración sea *individualizzante*. DI MARTINO, Corrada y PROCACCIANTI, cit., p. 63. El mismo sentido de corroboración sostiene SÁNCHEZ YLLERA, cit., pp. 32-33.

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

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

47 ZAVAGLIA, cit., p. 230. También es de esta opinión DÍAZ PITA, cit., p. 468.

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

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

50 También el Tribunal Supremo español lo exige así actualmente, tal y como se desprende de las resoluciones que se han citado en las notas precedentes, por lo que parece haber abandonado la idea de que la corroboración solo sería exigible cuando la declaración se prestó en la fase de instrucción o ante la policía y no se hubiera ratificado en fase de juicio. Con ello mostraba una fe inexplicable en la inmediación como fuente de

IV. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE EL INVESTIGADO FUNDADAS EN LA DECLARACIÓN PREMIADA

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

conocimiento infalible: “si la declaración del coimputado se efectúa en el Plenario, y por tanto con pleno sometimiento a los principios de publicidad y contradicción, no serían precisas otras corroboraciones” (SSTS 1948/2002, de 20 de noviembre, 1168/2002, de 19 de junio y 630/2002, de 16 de abril).

Algo similar sucede con la fundamentación de la decisión judicial por la que se acuerdan actos de investigación limitativos de derechos fundamentales. En muchas ocasiones, estos se practican *ad limine*, por lo que no pueden someterse a la comprobación exhaustiva de los hechos, precisamente porque su práctica es necesaria para avanzar en dicha comprobación. Por ello, en tales casos basta contar con lo que el Tribunal Supremo español ha denominado iniciales elementos indiciarios⁵¹, expresión claramente diferenciada de los indicios racionales de criminalidad a los que alude el art. 384 LECRIM (y, por extensión, el art. 779.1.4ª LECRIM), equiparando esta última a juicio de probabilidad sobre la implicación del investigado en los hechos a partir del total de las actuaciones llevadas a cabo en la instrucción⁵². Y podrá considerarse que se dispone de elementos indiciarios iniciales habilitantes para acordar ulteriores actos de investigación cuando conste en las actuaciones algún dato objetivo del que quepa inferir -siquiera de forma muy provisional- la implicación del investigado en un hecho delictivo⁵³, como sucede, por ejemplo, con las informaciones que la policía obtiene mediante seguimientos y vigilancias⁵⁴. Por tanto, si existen indicios -más sólidos según avanzan las actuaciones- que vinculan al investigado con actuaciones ilícitas, podrán acordarse motivadamente la práctica de las diligencias que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos, que habrán de cesar si desaparecen tales indicios en el transcurso de las investigaciones.

En materia de adopción de medidas cautelares y, más en general, de protección, el planteamiento ha de diferir sustancialmente, sobre todo porque la eficacia de los actos de investigación se agota en la fase preparatoria y en la obtención de información relevante sobre los hechos para decidir si se abre o no la fase de juicio oral, mientras que las decisiones sobre la situación personal del investigado trascienden a esa finalidad, pues persiguen asegurar su presencia en el juicio oral -que se prevé va a celebrarse si permanece el estado de cosas que se presenta al acordar la medida-, la integridad de la prueba -que se percibe en peligro por una posible actuación obstruccionista del investigado más allá de los límites permitidos por el derecho de defensa- o proteger los intereses de quienes puedan verse afectados por la posibilidad de reiteración delictiva -en el

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

52 STS 74/2014, de 5 de enero.

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

54 STS 153/2015, de 18 de marzo.

caso de las medidas de protección a terceros que pueden acordarse sobre el investigado-. La vigencia de estas medidas no se agota, pues, en la instrucción de la causa, suponen una limitación grave de los derechos de la persona sometida a ellas y puede causar daños irreparables si posteriormente se revela que el investigado no participó en los hechos delictivos.

Por ello, la reflexión sobre la adopción de medidas cautelares personales⁵⁵ -dejando a salvo la detención-, y a diferencia de lo que sucede con otro tipo de decisiones intermedias hasta ahora analizadas, debe estar presidida por la presunción de inocencia⁵⁶ y orientada a valorar la manera de reducir su impacto sobre esta garantía, que como regla de tratamiento condiciona su acuerdo al estricto cumplimiento de los presupuestos que las legitiman, por cuanto supone que el encausado reciba el trato de inocente hasta que la sentencia firme, debidamente fundada y motivada,

55 Aunque me referiré sobre todo a las medidas de naturaleza puramente cautelar, esto es, a aquellas que se dirigen en sentido estricto al aseguramiento del proceso y de su posible resultado, las consideraciones que siguen son perfectamente aplicables a la adopción de medidas de cualquier otra naturaleza que de alguna manera limiten el derecho a la libertad del investigado, como es el caso de las medidas de protección a las víctimas del delito, que en muchas ocasiones reciben el tratamiento procesal de medidas cautelares pero que presentan especialidades que es preciso tener en cuenta para su tratamiento teórico y práctico (entre otras, los fines que persiguen, que exceden de la clásica finalidad cautelar). Tales especialidades, sin embargo, en nada afectan a las consideraciones que realizaré a continuación, puesto que en ambos casos -medidas cautelares y medidas de protección- se acuerdan sobre quien todavía no ha sido declarado autor o participe de un hecho delictivo. Ello no impide que, por tratarse de medidas sin fundamento cautelar, puedan ser sometidas a requisitos aún más estrictos. Por ejemplo, Asencio Mellado considera que han de respetarse los siguientes cuando se acuerda la prisión provisional basada en la evitación de la reiteración delictiva: a) existencia de un riesgo concreto y justificado de reiteración; b) existencia de una relación entre el hecho cometido y el que se pretende evitar, bien sea por la naturaleza común de ambos, por la capacidad del imputado de aumentar mayor daño con su acción o bien, al menos, por la gravedad de los actos delictivos que ha cometido y/o que se presume que puede llegar a cometer; c) por último, aunque conectado con el anterior, es necesario que la actuación delictiva que se pretenda evitar sea de tal gravedad que justifique la medida. ASECIO MELLADO, José María: “Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional”. En: *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, 2003. Sobre la naturaleza extraña a la finalidad cautelar clásica de este tipo de medidas para tutelar a la víctima, véase también GIMENO SENDRA, Vicente: “Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal”. En: *Universidade da Coruña*, 2012. pp. 75 y ss. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9178/ponencias_06_Gimeno_Sendra_73-90.pdf?sequence=1

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

establezca su vinculación con el hecho delictivo⁵⁷. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia impide la aplicación de medidas judiciales que supongan una equiparación de hecho entre investigado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que implique una anticipación de la pena⁵⁸. Muestra de la importancia de esta prohibición es, por ejemplo, el art. 10.2 a) PIDCP, que exige que los presos preventivos estén separados de los penados y sometidos a un trato distinto acorde con su carácter de no condenados, o el lugar destacado que se le ha otorgado a la presunción de inocencia como regla de trato en la Directiva (UE) 2016/343 de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. El texto –que plantea importantes interrogantes que exceden del objetivo de estas páginas– supedita la adopción de actos procesales dirigidos a acreditar la culpabilidad del investigado y de resoluciones preliminares de carácter procesal a la existencia de indicios o pruebas de cargo.

La cuestión central que se plantea es la de establecer la conexión existente entre la presunción de inocencia como regla de tratamiento del investigado y las medidas cautelares del proceso penal, especialmente la prisión provisional. La paradoja de tener que contar con instituciones como la prisión provisional en el marco de un sistema procesal orientado a la tutela de la inocencia, provoca no pocos quebraderos de cabeza, y obliga a posicionarse respecto del conflicto de intereses subyacente entre libertad y seguridad⁵⁹. Y en este contexto, se encuentran opiniones que van desde las de quienes han sugerido la perfecta compatibilidad entre presunción de inocencia y medidas cautelares -y, por tanto, han negado la existencia de

57 Tranchina lo expresa de manera muy explícita al señalar que el investigado “ha diritto d’esser trattato alla stregua di una qualsiasi altra persona, senza alcun pregiudizio di colpevolezza che possa socialmente o moralmente sminuirlo nei confronti degli altri cittadini”. TRANCHINA, Giovanni (con Siracusano, Delfino, Galati, Antonino y Zappalà, Enzo): *Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 2ª ed., Vol. I, Milano, 1996. p. 180. En sentido similar se pronuncia, KIRÁLY, Tibor: “Significato e valore della presunzione d’innocenza”. En: *L’indice penale*, 1992. p. 8.

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

59 Sobre ello, extensamente, ASECIO MELLADO, José María: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 26.

ese conflicto de intereses⁶⁰- hasta quienes entienden -en línea de principios y modelos procesales- que la prisión provisional supone una incoherencia inasumible para el proceso de corte garantista⁶¹. Ambos representan análisis extremos -pragmático el primero y desconectado de la praxis el segundo- y no reflejan el pensamiento mayoritario, presidido hoy por el análisis ponderado de los intereses en presencia y la exigencia de un estricto cumplimiento de los presupuestos que legitiman las medidas que limitan el derecho a la presunción de inocencia⁶².

Para quienes se sitúan en esta línea, la incompatibilidad entre la presunción de inocencia y las medidas cautelares personales se mitiga con el estricto cumplimiento de los presupuestos para la autorización de la medida: el *periculum in mora* (peligro de fuga) y el *fumus boni iuris* (indicios racionales de criminalidad) y, al tiempo, mediante la eliminación de los presupuestos legales que no tienen una clara naturaleza cautelar. Los fines represivos o preventivos -ya sean con carácter general o especial- que parecen estar llamados a cumplir algunos de los presupuestos previstos legalmente (como sucede, por ejemplo, con la evitación de la reiteración delictiva) desnaturalizan las medidas cautelares, en tanto presuponen la culpabilidad del imputado con anterioridad a la sentencia de condena⁶³ (si bien no cabe olvidar que nos encontramos ante fines que podrían encontrar

60 Fundamentalmente se trata de autores que, en el contexto de la regulación de la presunción de inocencia en el artículo 27.2 de la Constitución italiana, concluyen que no nos encontramos ante un inocente sometido a medidas limitativas, sino ante un “no culpable”, cuyo *status* vendría a ser más restringido por su condición de sujeto sometido a un proceso penal. Solo a título de ejemplo, véase PISANI, Mario: *Libertà personale e processo*, CEDAM, Padova, 1974. p. 8.

61 Es el caso de Ferrajoli, que aborda además con detalle la evolución histórica de la prisión provisional, inversamente proporcional a la de la presunción de inocencia. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. de Andrés Ibáñez, Perfecto, Ruiz Miguel, Alfonso, Bayón Mohino, Juan Carlos, Terradillos Basoco, Juan y Cantarero Bandrés, Rocío), Trotta, Madrid, 1995. pp. 551-553. Idéntica perspectiva crítica adopta LARRAURI, Elena: “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, Fasc. I (enero-abril). pp. 57-58.

62 Asencio Mellado admite que la prisión provisional es incompatible con la presunción de inocencia, si bien considera que “deviene necesaria en la medida que resulta ineludible para garantizar el proceso penal”. ASCENCIO MELLADO, cit., p. 136. En la misma línea se sitúa JORGE BARREIRO, Alberto: “Prisión provisional: una reforma, para qué”. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 22, 2/1994. p. 8.

63 El fin de la evitación de la reiteración delictiva fue legitimado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 128/1995, de 26 de julio y finalmente incorporado en la LECRIM en 2003.

legítima justificación si se analizan desde la perspectiva de la protección a las víctimas que pueden estar llamados a cumplir).

En una posición más crítica, pero también tratando de encontrar el mayor equilibrio posible entre prisión provisional y presunción de inocencia, se muestra Andrés Ibáñez, para quien aquella es el principal problema del proceso penal orientado a la tutela de la inocencia, pero al tiempo reconoce la imposibilidad de prescindir de ella⁶⁴ y manifiesta como única salida para los jueces la de actuar con cierta “mala conciencia” a modo de garantía frente a un uso indiscriminado y desproporcionado de la prisión provisional⁶⁵.

En definitiva, la presunción de inocencia, en su manifestación de regla de tratamiento del imputado impone, al menos, que las medidas limitativas de la libertad del investigado (y, en especial, la prisión preventiva) se acuerden únicamente (1) en presencia del elemento o fundamento cautelar o de protección legalmente previsto (exclusivamente, pues, para asegurar el procedimiento, la integridad de la prueba o para evitar la reiteración delictiva —genérica o sobre quien ya ha sido víctima del delito—) y (2) ante la existencia de un concreto *fumus boni iuris* fundado en elementos de prueba suficientes y ajustados a la gravedad de la medida⁶⁶. Solo el juego simultáneo de ambos presupuestos permite al juez decisor hacer una ponderación ajustada al principio de proporcionalidad y evaluar, entre otras, la excepcionalidad que ha de acompañar a la adopción de la medida.

El control sobre ambos presupuestos (riesgo objeto de protección e imputación suficientemente fundada) solo puede efectuarse mediante el examen de la motivación del auto por el que se acuerda la medida (506.1 LECRIM para el auto de prisión), que actúa, pues, a modo de garantía última del derecho a la presunción de inocencia y de todos aquellos que resultan afectados, por cuanto el juez habrá de expresar los elementos probatorios en los que se sustenta y el concreto riesgo que se pretende conjurar a los efectos de permitir el control de la decisión por vía de recurso.

64 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. En: AAVV, *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. p. 17.

65 Calificada de *trabajo sucio* o *injusticia necesaria* o incluso *injusticia legalizada* por LANDROVE DÍAZ, Gerardo: “La reforma de la prisión provisional”. En: *La Ley*, núm. 5926, 5 de enero de 2004. p. 2.

66 Por todas, véase la STC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3º), que se refiere a *indicios graves de criminalidad* y, por tanto, requiere que la decisión se apoye en indicios sólidos y no en meras sospechas o indicios como los que podrían justificar una medida menos lesiva.

Y en este punto resulta interesante poner de manifiesto que la adopción de una medida de este tipo no solo pone en cuestión directa la presunción de inocencia como regla de tratamiento, sino también su condición de regla probatoria, la que exige que la decisión judicial (y no solo la sentencia, sino cualquier decisión de la que se derive la participación del encausado en el hecho delictivo) reúna unas condiciones probatorias mínimas y muestre la existencia de elementos de juicio suficientes para entender fundada la incriminación del sujeto al que afecta. La presunción de inocencia, como todos los derechos fundamentales, resulta limitable siempre que se respete el principio de proporcionalidad, lo que tradicionalmente se ha traducido en el cumplimiento de las exigencias propias para enervar su virtualidad en la sentencia (existencia de prueba de cargo suficiente y obtenida con todas las garantías), examen que igualmente -aunque de manera ajustada a las características de la decisión y al nivel de prueba exigido, en algunos puntos diversa a las que presenta la sentencia- debe realizar el juez decisor y expresarlo de modo tal que permita evidenciar que en el caso concreto se han alcanzado los requerimientos para acordar la medida.

La situación procesal y probatoria en la que se dispone aplicar una medida cautelar o de protección resulta -o puede resultar- claramente distinta a la que se presenta tras la celebración del juicio oral y en la que se sitúa el órgano enjuiciador al expresar su parecer sobre la participación del acusado en el hecho delictivo. En particular, son dos los elementos que la diferencian del resto: el primero se refiere a la calidad de los elementos probatorios en los que se sustenta la decisión judicial, pues mientras la sentencia condenatoria se ha de fundar en verdaderos actos de prueba obtenidos con todas las garantías, el auto que acuerda una medida como la prisión provisional suele fundamentarse en el resultado de actos de investigación, y solo en ocasiones en actos de prueba anticipada. El segundo elemento apunta al nivel de prueba exigido para acordar la medida. Sin pretender entrar en la discusión acerca de si la presunción de inocencia fija o no un determinado estándar de prueba y, en su caso, cuál sería y cómo habría de concretarse, lo cierto es que la sentencia condenatoria debe mostrar que existe un cuadro probatorio muy sólido que permite descartar que hipótesis más favorables al acusado puedan considerarse fundadas. Hay que preguntarse entonces si la adopción de otro tipo de decisiones judiciales previas a la sentencia requiere -como así parece- un nivel de prueba inferior o menos exigente y, en su caso, cómo podríamos fijarlo con un mínimo de objetividad y precisión. La alusión a expresiones como indicios racionales de criminalidad, elementos

suficientes o sospechas graves no resulta satisfactoria, como tampoco lo es aludir a la prueba más allá de toda duda razonable como nivel de prueba exigido para dictar una sentencia condenatoria⁶⁷. Todos ellos son conceptos vagos que poco nos indican acerca de la calidad y cantidad de pruebas que debe avalar la toma de decisiones. Intuitivamente podemos considerar que estamos ante una exigencia particularmente estricta en el caso de la prueba más allá de toda duda razonable y algo menos estricta en el resto de casos, pero sin posibilidad de establecer una graduación con un mínimo de fiabilidad acerca de cuál es el nivel de prueba que parece requerir cada uno de ellos. Por ello es preciso integrar este tipo de expresiones con un análisis particularizado de cada caso y de los elementos probatorios disponibles, estableciendo al menos unos límites cualitativos por debajo de los cuales no es aceptable considerar justificada una decisión que limite los derechos del encausado. Esos límites cualitativos pasan, en mi opinión, por establecer una doble condición cuando la decisión se tome a partir de la información proporcionada por un colaborador. En primer lugar, es indudable que, en muchas ocasiones, la decisión judicial no puede más que acordarse sobre la base de meros actos de investigación sin valor probatorio, pero ello no debe conducir a renunciar a una mejora de la calidad de la información practicando un nuevo interrogatorio bajo estrictas condiciones de contradicción y defensa al revisar la procedencia de continuar con la privación cautelar de libertad. Según ha manifestado el TEDH⁶⁸, la información proporcionada inicialmente por el colaborador puede justificar la incoación de las actuaciones o la adopción de medidas como la detención, pero el transcurso del tiempo sin someter esa declaración a contrastación a través de los medios de averiguación previstos, la devalúa considerablemente y pone en cuestión que la fundamentación del auto de prisión sea suficiente. Basar la procedencia de una medida cautelar y, en especial, la de prisión, sobre meros actos de investigación no sometidos a elementales procedimientos de contradicción provoca, en mi opinión, un serio déficit de motivación. Y aunque en ocasiones no será posible (por ejemplo, porque el testigo no pueda comparecer o se encuentre temporalmente en ignorado paradero), es deber del juez que acuerda la medida no cesar en la búsqueda de información que confirme la declaración inculpatoria, dando cumplimiento con ello, al menos, a la segunda condición que antes anunciaba: la imprescindible corroboración de la información que

67 Un análisis crítico del estándar de prueba *más allá de toda duda razonable* puede verse en FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La valoración judicial...”, cit., pp. 95 a 101.

68 STEDH de 6 de abril de 2000 (caso *Labita c. Italia*).

conduce a acordar o mantener la prisión provisional. Así lo ha entendido, por ejemplo, el legislador brasileño, que en 2019 modificó el régimen de la delación premiada y, entre otras reformas, prohibió expresamente que se adoptaran medidas cautelares sobre un investigado sobre la única base de la declaración de un colaborador (art. 4 §16 de la Ley 12.850 de 2013). Solo en casos de extrema urgencia, evidente riesgo y suma gravedad de los hechos debería acordarse una medida cautelar (que, por razones de proporcionalidad, solo podría ser la detención) con la única base de la declaración del testigo, y solo por el tiempo estrictamente necesario para buscar los elementos indiciarios que la corroboren y permitan fundamentar razonablemente -con la provisionalidad propia del tipo de decisión que se acuerda y del momento procesal en el que se acuerda- la relación del encausado con los hechos delictivos⁶⁹.

La trascendencia de estas medidas sobre la esfera de derechos del investigado ha de llevarnos a reforzar las cautelas para tratar de afianzar el acierto de la decisión judicial por la que se acuerdan y, en consecuencia, a considerar necesario que su adopción se sustente en información debidamente sometida a contradicción, no solo porque ello permite controlar la fiabilidad del testimonio, sino también porque permite al encausado desarrollar libremente su derecho de defensa, por sí o a través de su letrado. El respeto del principio de contradicción es, simultáneamente, garantía de verdad y respaldo del derecho de defensa⁷⁰.

Como ya se ha anticipado, solo cabría excepcionar de esta regla la adopción de la medida de detención, que dado su carácter provisionalísimo podría acordarse y mantenerse sobre la base de sospechas de criminalidad, propias del inicio de la investigación penal contra una persona determinada, y siempre que se verifique simultáneamente la existencia del habilitante *periculum in mora*⁷¹. Cualquier otra medida cautelar, privativa o limitativa

69 En este sentido debe entenderse, por ejemplo, la regla probatoria prevista en el art. 158.2 del Código Procesal Penal peruano, que establece que las medidas coercitivas, al igual que la sentencia condenatoria, solo podrán acordarse sobre la base de la declaración de colaboradores (entre los que se refiere también a testigos de referencia, arrepentidos y situaciones análogas) cuando se encuentren corroboradas por otras pruebas (sometidas, pues, a las exigencias propias de la actividad probatoria)

70 Conexión entre contradicción y defensa que, entre otras muchas, ha puesto de manifiesto la STS 754/2016, de 13 de octubre.

71 Así se desprende de la STEDH de 6 de abril de 2000 (caso *Labita c. Italia*). Sobre los presupuestos habilitantes para la práctica de la detención, véase BUJOSA VADELL, Lorenzo: "Imputación y detención policial. Perspectiva española". En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, agosto-diciembre de 2012, vol. 3, núm. 2. pp. 15 y ss.

de libertad y por tanto no solo la de prisión, habrá de fundamentarse en información adicional y concurrente con la proporcionada por el colaborador.

En el caso de la adopción de medidas cautelares de naturaleza patrimonial, dirigidas a asegurar responsabilidades relativas a la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, las exigencias son necesariamente distintas. Ni los derechos afectados resultan igual relevantes a los que limitan las de carácter personal (aunque esta idea podría ser claramente discutible) ni – sobre todo- el nivel de prueba exigido en relación con los pronunciamientos de carácter civil es tan alto como el que se requiere en relación con las decisiones que afectan a la presunción de inocencia. Como regla general, la adopción de una medida cautelar en el ámbito civil solo requiere un principio de prueba, una apariencia de que la pretensión está mínimamente fundada (el *fumus boni iuris* en el sentido más estricto de la expresión). No hay que olvidar, además, que la LEC prevé como tercer presupuesto, junto al riesgo de incumplimiento y a la apariencia de fundamentación de la pretensión, el ofrecimiento de una caución destinada a cubrir los posibles daños y perjuicios que se le ocasionen al sujeto afectado por la medida (art. 728.3 LEC), lo que explica también que la adopción de la medida no se sujete al mismo y exigente grado de comprobación que se espera en los casos en los que deban acordarse medidas cautelares de naturaleza personal.

No solo se plantean dificultades para acordar medidas cautelares personales a partir de la información ofrecida por colaboradores, sino que las decisiones judiciales que suponen un avance de las actuaciones hacia el juicio oral requieren también una fundamentación más sólida que el mero relato de un colaborador. En el caso español, el auto ordenando la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado (art. 779.1.4ª LECRIM) es una decisión relativa a la transformación de las actuaciones que el juez debe dictar una vez que hayan quedado descartadas las situaciones descritas en los tres primeros apartados de tal precepto y entienda, además, que existan en la causa indicios racionales de la comisión de alguno de los delitos cuyo enjuiciamiento deba realizarse por los cauces del procedimiento abreviado (art. 757 de la LECRIM). Su función se ha considerado equivalente a la reservada al auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, hasta el punto de que se ha equiparado la justificación suficiente de la comisión del hecho delictivo a la que alude el art. 779.1.4ª de la LECRIM a los indicios racionales de criminalidad

exigidos por el art. 384 de la LECRIM para acordar el procesamiento. Y del alcance de estos indicios racionales de criminalidad para acordar el auto transformador del procedimiento se ha ocupado con detalle el Tribunal Supremo español, que ha puesto de manifiesto que, en este estadio procesal, del mismo modo que no es exigible anticipar con exactitud la valoración del material probatorio que realizará el órgano enjuiciador, tampoco basta la existencia de una sospecha más o menos fundada de criminalidad. Se requiere, nos recuerda el Tribunal Supremo, la existencia de una probable criminalidad: “Solo ese nivel justifica la apertura del plenario que, indudablemente, encierra también cierto contenido afflictivo para el acusado, aunque sea difuso. La probabilidad de comisión del delito, se traduce en negativo, expuesto de forma poco matizada, en la racional posibilidad de que recaiga una condena. No pueden extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que solo procederían tras examinar la prueba practicada en el juicio oral. Pero sí ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si tal bagaje se revela desde este momento como insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios que, entre otras cosas, supondrían la afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, también el de las partes acusadoras que verían inútilmente postergada en el tiempo la decisión final ya pronosticable, y dilapidadas energías no solo procesales sino también económicas y personales cuando se trata de parte no institucional. El procesamiento exige que la hipótesis de la comisión del delito y la participación en él del inculcado sea al menos tan posible o fuerte como la contraria. Estamos en un escalón superior al necesario para tomar declaración como imputado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales⁷². De este modo, la decisión de continuación de las actuaciones requiere un examen predictivo acerca de las posibilidades de que el procedimiento finalice con una sentencia condenatoria en el caso de que siga su curso. Si el material probatorio que se espera reunir en el juicio oral a la vista de las diligencias realizadas en la investigación y de los actos de prueba

72 ATS de 31 de julio de 2013.

anticipada que podrían sumarse a aquel no alcanza para pronosticar una sentencia condenatoria como posible final del procedimiento, la resolución adecuada sería el sobreseimiento, como así debe ser cuando no se dispone de la declaración del colaborador debidamente practicada como verdadero acto de prueba -o en vías de practicarse en el juicio oral- y, con mayor razón, cuando la información incriminatoria que haya proporcionado no se encuentre mínimamente respaldada por elementos probatorios también practicados -o en vías de practicarse- con idéntico y exigente nivel de garantías.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo he tratado de mostrar las dificultades que presenta la adopción de decisiones judiciales que afectan a los derechos del investigado basadas en declaraciones prestadas por colaboradores de la Justicia en el marco del enjuiciamiento de causas penales. Sin desconocer el interés que despierta la posibilidad de traer al proceso penal información obtenida a partir de mecanismos de colaboración, es preciso no perder de vista las reglas más elementales del justo proceso y, en especial, la presunción de inocencia, que no solo juega en el momento de dictar sentencia, sino que preside todas las actuaciones procesales en las que se acuerdan medidas que afectan a la situación personal del investigado y a su estatus procesal. Es imprescindible que tales medidas se adopten solo en presencia de información relevante, fiable, obtenida y practicada con todas las garantías. Aunque no será posible en todos los casos que la declaración testifical en la que se base la medida sea sometida a contradicción, lo deseable es que se generalice la anticipación probatoria a los efectos de mejorar la calidad de la motivación de la decisión y el fundamento probatorio sobre el que se sustenta. La declaración de quienes han conocido los hechos o parte de ellos, obtenida sin intervención judicial, sin posibilidad de contradicción para el investigado y, en ocasiones, sin conocimiento de su identidad, carece de las condiciones mínimas de fiabilidad necesarias para fundamentar la adopción de medidas cautelares y de protección que reduzcan la libertad del encausado, además de suponer una limitación difícilmente justificable del derecho de defensa. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en este ámbito cobra especial relevancia la corroboración de la información ofrecida por el colaborador para poder concluir con la máxima seguridad posible – aunque con carácter puramente provisional- que el encausado se encuentra involucrado en los hechos delictivos y que la información obtenida cuenta

con calidad suficiente como para considerar que el colaborador ha cumplido con su parte del acuerdo. Por ello, el ejercicio del derecho de defensa solo puede limitarse de forma motivada y fundada en presencia de intereses igualmente relevantes (como es el caso de la protección de la seguridad e integridad del testigo y de su familia), lo que justifica que, en ocasiones, se adopten medidas para preservar el anonimato del testigo (medidas que en todo caso debe acordar el órgano judicial, al margen de las que se hayan podido acordar en procedimientos previos), pero en modo alguno justifica que se prive al investigado del derecho a interrogarle o de la posibilidad de contar con información externa que corrobore su versión de los hechos.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”. En: *InDret*, 4/2013.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. En: AAVV, *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

ASENCIO MELLADO, José María: “Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional”. En: *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, 2003.

ASENCIO MELLADO, José María: *La prisión provisional*. Civitas, Madrid, 1987.

BUJOSA VADELL, Lorenzo: “Imputación y detención policial. Perspectiva española”. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, agosto-diciembre de 2012, vol. 3, núm. 2

CONTRERAS CEREZO, Pablo: “La protección a los testigos tiene su límite en el respeto al derecho de defensa. El testimonio del testigo anónimo, cuya identidad desconoce el acusado, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y si es la única prueba de cargo no puede sustentar una declaración de condena sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)”. En: *La Ley*, 14 de junio de 2013.

DEL CARPIO DELGADO, Juana: “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los

Tribunales Penales Internacionales ad-hoc”. En: *Revista Penal*, núm. 19, 2007.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio: “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”. En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II, enero-abril 2016.

DI MARTINO, Corrada y PROCACCIANTI, Teresa: *La chiamata di correo*. CEDAM, Padova, 2007.

DÍAZ PITA, María Paula: *El coimputado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”. En: *La Ley*, 1996.

DIGES JUNCO, Margarita: “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos”. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 68, julio de 2010.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración judicial de las pruebas declarativas”. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 64, marzo de 2009.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. de Andrés Ibáñez, Perfecto, Ruiz Miguel, Alfonso, Bayón Mohino, Juan Carlos, Terradillos Basoco, Juan y Cantarero Bandrés, Rocío). Trotta, Madrid, 1995.

FUENTES SORIANO, Olga: “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”. En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000.

GIMENO BEVIÁ, Jordi: *El proceso penal de las personas jurídicas*. Toledo, 2014. Tesis doctoral disponible en <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3789/TEISIS%20Gimeno%20Bevi%C3%A1.pdf?sequence=1>

GIMENO SENDRA, Vicente: “Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal”. En: *Universidade da Coruña*, 2012, pp. 75 y ss. Disponible en http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9178/ponencias_06_Gimeno_Sendra_73-90.pdf?sequence=1

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Colex, Madrid, 2004.

ILLUMINATI, Giulio: *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Zanichelli, Bologna, 1979.

JORGE BARREIRO, Alberto: "Prisión provisional: una reforma, para qué". En: *Jueces para la Democracia*, núm. 22, 2/1994.

JUDD, Ketiah: "Corroboration", disponible en:

http://new.vicbar.com.au/pdf/CLE_Seminar08032005Judd.pdf

KIRÁLY, Tibor: "Significato e valore della presunzione d'innocenza". En: *L'indice penale*, 1992.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo: "La reforma de la prisión provisional". En: *La Ley*, núm. 5926, 5 de enero de 2004.

LARRAURI, Elena: "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, Fasc. I (enero-abril).

MARTÍNEZ GALINDO, Gema: "Valor probatorio de declaraciones de coimputados". En: *La Ley Penal*, núm. 7, julio 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)". En: *Revista Xuridica Galega*, núm. 58, 2008.

NEIRA PENA, Ana María: "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal". En: *Política criminal*, Vol. 11, No 22 (Diciembre 2016), Art. 5, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf,

NIETO MARTÍN, Adán: "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal". En: *La Ley*, nº 8120, 5 de Julio de 2013.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: "El difícil encaje del delator en el proceso penal español". En: *La Ley*, núm. 8560, 12 de junio de 2015.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la Justicia". En:

Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 39-70, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38>

PISANI, Mario: *Libertà personale e proceso*. CEDAM, Padova, 1974.

QUIROZ SALAZAR, William F.: “La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú”. En: *Revista oficial del Poder Judicial*, 2/1, 2008.

RUBIO EIRE, José Vicente: “La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una instrucción penal”, disponible en http://www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion_11_560680001.html

SAN MARTÍN CASTRO, César: “Persecución penal de la corrupción política (reflexiones desde el Perú)”. En: AAVV, *Estado de derecho frente a la corrupción urbanística*, La Ley, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: “Dudas razonables: la declaración de los coimputados”. En: *Revista Xurídica Galega*, núm. 50, 2006.

SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes: “El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal”. En: *La Ley*, núm. 7856, 11 de Mayo de 2012.

TRANCHINA, Giovanni (con Siracusano, Delfino, Galati, Antonino y Zappalà, Enzo): *Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 2ª ed., Vol. I, Milano, 1996.

VELLOSO PARENTE, Bruna, Chequer Feu Rosa, Júlia y Cesar Fabríz, Daury: “Colaboração premiada como método de tutela estatal nos crimes de lavagem de dinheiro”. En: *Derecho y cambio social*, núm. 58, octubre-diciembre 2019.

WALTON, Douglas y REED, Chris: “Evaluating Corroborative Evidence”, disponible en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37948777/06issa_walton_reed.pdf?1434754387=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEvaluating_Corroborative_Evidence.pdf&Expires=1595272526&Signature=OZ1S29wRlaHERBYr~TCUnXS8dqW26vEfpdmzGcf4H8VhTxyey0qIPTatGKRfNkwvs3P25p-j~KJUH3xJuAF3O7mrpu2zw1dSukM2RDQ2MqoeO2QL-Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

Zavaglia, Francesca: *La prova dichiarativa nel giusto processo*, CEDAM, Padova, 2007.