

**LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN GRAVES Y FUNDADOS EN LA  
MEDIDA DE PRISIÓN PREVENTIVA. COMUNICACIONES  
TELEFÓNICAS Y TESTIGOS PROTEGIDOS**

**SERIOUS CONVICTION ELEMENTS FOUNDED IN THE PREVENTIVE  
PRISON MEASURE. TELEPHONE COMMUNICATIONS AND  
PROTECTED WITNESSES**

Jefferson Gerardo Moreno Nieves  
Abogado  
Universidad de San Martín de Porres  
jefferson\_mn@hotmail.com  
Perú, Lima

**SUMARIO**

- INTRODUCCIÓN
- ¿ES VÁLIDO ANALIZAR LA LEGALIDAD DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN EN UNA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA?
- LOS GRAVES Y FUNDADOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN CON MAYOR CUESTIONAMIENTO DE LEGALIDAD
- CONCLUSIONES

**RESUMEN**

La constante aplicación de la prisión preventiva en el Perú ha demostrado que, pese a su estudio durante mucho tiempo, aún existen temas de debate teórico respecto a su aplicación. En este artículo desarrollaremos la validez o no respecto del debate sobre la legalidad de elementos de convicción en una audiencia de prisión preventiva. Luego de establecer por válido el análisis de legalidad de los graves y fundados elementos de convicción en una audiencia de prisión preventiva, analizaremos el procedimiento legal para el uso de las comunicaciones telefónicas y la declaración de testigos protegidos, cuando pretendan sustentar un requerimiento de prisión preventiva.

**ABSTRACT**

The constant application of pretrial detention in Peru has shown that, despite its study for a long time there are still theoretical debates about its application. In this article we will develop the validity or otherwise of the debate on the legality of elements of conviction in a pretrial detention hearing. After establishing the legality analysis of the serious and well-founded elements of conviction as valid in a pretrial detention hearing, we will analyze the legal procedure for the use of telephone communications and the declaration of protected witnesses, when they intend to sustain a requirement of pretrial detention.

**PALABRAS CLAVE**

prisión preventiva, testigos protegidos, comunicaciones telefónicas, legalidad, contradicción, reexamen, tribunal constitucional.

**KEYWORDS**

preventive detention, protected witnesses, telephone communications, legality, contradiction, re-examination, constitutional court.

**INTRODUCCIÓN**

La prisión preventiva, sigue siendo hoy en día, para lastima del sistema, un tema de moda. A raíz de la publicación de audios que involucran a personajes de la política peruana, un presidente de Corte Superior de Justicia, e incluso un par de Jueces Supremos y otros interesantes personajes; aún no se conocen de juicios, ni de responsabilidades penales. La demostración de una “efectiva” justicia, que incluso puede confundirse con ajusticiamiento, se ha hecho presente, hasta ahora, solo con la aplicación de la medida de coerción personal de prisión preventiva.

Hoy en día, la jurisprudencia más popular es la Casación 626-2013 Moquegua, que en su momento estableció lineamientos de dirección de una audiencia de prisión preventiva, así como criterios para el análisis de cada uno de sus elementos.

Pero como la realidad siempre ha superado a la ficción, las más recientes audiencias de prisión preventiva, nos han dado cuenta de debates que no han sido expresamente regulados, ni por el Código Procesal Penal, ni por la jurisprudencia vinculante (en algunos casos contradictoria) de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país.

Este artículo pretende desarrollar sólo un aspecto de esa realidad del litigio peruano en una audiencia de prisión preventiva, que planteado a manera de pregunta sería: ¿es válido que en una audiencia de prisión se realice un debate sobre la legalidad de los elementos de convicción? Adelantando respuesta, sí.

En más de un caso, el análisis del primer presupuesto para la imposición de la medida de prisión preventiva, graves y fundados elementos de convicción, no se ha realizado sobre el fondo; es decir, sobre el contenido de una comunicación telefónica, o sobre lo que dice un testigo protegido, o sobre las alegaciones de un colaborador eficaz, sino sobre si el procedimiento de interceptación telefónica fue legal, o si se permitió a la defensa contraexaminar al testigo protegido, o sobre si el traslado de la declaración del colaborador eficaz tiene base legal que lo permita. Así, el análisis en tales audiencias, por lo menos para las defensas, fue sobre la forma y no sobre el fondo, entendiendo forma como el respeto a la garantía de legalidad procesal penal.

Una vez establecida la validez del debate de legalidad en una audiencia de prisión, el lector encontrará en este artículo, un análisis respecto de dos elementos de convicción, constantemente utilizados en los últimos casos, esto es, respecto de las comunicaciones telefónicas y la declaración de testigos protegidos.

### **¿ES VÁLIDO ANALIZAR LA LEGALIDAD DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN EN UNA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA?**

Cuando se enfrenta una audiencia de prisión preventiva, como por ejemplo sucedió por parte del Juez Supremo de Investigación Preparatoria, Dr. Hugo Nuñez Julca, quien en la audiencia de prisión preventiva del ex fiscal Abel Concha, de fecha 01 de enero del 2019, 3hr.18minutos en adelante, exigió al abogado, abandone los criterios de legalidad y debata el fondo de dichos elementos, en sus palabras:

(...) porque si vamos a estar hablando de doctrina, de derechos y convenciones, francamente es bastante bonito desde el punto de vista constitucional, agradezco las lecciones de derecho constitucional, pero hablando del tema pues que es materia del requerimiento de prisión, donde está de por medio el sentido del tráfico de influencias para ayudar a Conejo Chinguel, y sobre eso muy poco se ha desarrollado, y eso es lo que más nos interesa, porque mis resoluciones tienes que encaminarse en ese sentido (TV, 2019) (TV, 2019) (Justicia TV, 2018).

Lo que normalmente espera la contraparte, y podría decir, incluso el juzgador es que el abogado defensor ingrese al debate del dicho de los testigos protegidos, por ejemplo, o que cuestione, si es el caso, el contenido de las comunicaciones telefónicas, o que explique por qué se dijeron esas cosas, o que contrapruebe lo que señala un colaborador eficaz.<sup>1</sup>

Sin embargo, es imposible, e incluso podría constituir una defensa ineficaz, que el abogado defensor, no verifique que los elementos de convicción que le están siendo trasladados y que pretenden sustentar un pedido de prisión preventiva, son el resultado de un procedimiento ilegal, ya sea en su obtención, o que habiendo sido obtenidos legalmente, no cumplan con los requisitos legales para su valoración, o que no hayan sido trasladados de manera debida al proceso penal en el que se pretende la aplicación de la medida cautelar.

Realizando un cuestionamiento de legalidad a los elementos de convicción en una audiencia de prisión preventiva, generalmente la respuesta inmediata es la negativa de ingresar a tal

---

<sup>1</sup> Usualmente, personas sin formación jurídica, señalan que el no ingreso a ese debate de fondo, debe ser catalogado como una “leguleyada”.

análisis, ello sustentando que la audiencia de prisión no sería el escenario ideal para ello, sino que existirían ámbitos de debate específicos, como podría ser, por ejemplo, una audiencia de tutela de derechos. Situación similar a lo que sucede con la posibilidad de debate sobre la tipicidad del hecho en una audiencia de prisión preventiva.<sup>2</sup>

Como respuesta, y adelantando la conclusión, sostenemos que, si es válido el debate y análisis sobre la legalidad de los elementos de convicción que pretendan sustentar un requerimiento de prisión preventiva.

La audiencia de prisión preventiva más reciente a la elaboración de este artículo es la que se llevó a cabo contra el ex presidente de la Federación Peruana de Fútbol, Edwin Oviedo Pichotito, con una defensa de lujo, el ex impulsor del fútbol peruano, generó nuevamente el cuestionamiento de legalidad sobre los elementos de convicción.

El Juez de investigación preparatoria, Dr. Juan Carlos Sánchez Balbuena, en la resolución que declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva realizado por Fiscalía, señaló expresamente, y como rara vez se ha hecho, de que sí sería válido un análisis de legalidad sobre los graves y fundados elementos de convicción. Así, expresó:

En principio, resulta pertinente establecer si el juez de la investigación preparatoria durante la audiencia de prisión preventiva se encuentra habilitado para pronunciarse sobre la legalidad de los elementos de convicción ofrecidos por la fiscalía. Al respecto, hay quienes señalan que ello no resulta posible en esta etapa procesal al no tratarse de prueba, la cual solo tiene ocasión durante la etapa de juzgamiento. Sin embargo, este juzgador es del criterio que el juez si se encuentra habilitado para hacer un control en relación a la legalidad de los actos de investigación o elementos de convicción que se ofrecen como sustento de la medida cautelar de prisión preventiva, con la salvedad que los criterios a tener en cuenta no podrían contener las mismas

---

<sup>2</sup> Véase “Tipicidad y prisión preventiva. ¿Sí o no? Las «idas» y «vueltas» de la Corte Suprema. Casos Edwin Oviedo y Walter Ríos”

exigencias que se deben observar cuando se trata de las pruebas propiamente dichas (Expediente N° 47-2018-3-Lima, Fundamento N° 18)

Y es que, como señala el Juez de Garantías en el caso citado, hay quienes sostienen que no es posible este análisis. La base de esta respuesta negativa siempre se ha fundamentado sobre la idea de que, en el sistema de audiencias previas al juzgamiento -que resultaría siendo lo novedoso del nuevo sistema- cada una de ellas, tiene un objeto de debate determinado. La desnaturalización de tal objeto de debate implicaría el caos en el sistema y la mezcla de finalidades de los mecanismos de defensa procesal. Sostengo que la exigencia de sospecha grave exige legalidad y contradicción como parte del debate necesario en la audiencia de prisión, de ahí que no exista desnaturalización de una audiencia de prisión con un debate de legalidad.

Aunque no lo señale expresamente el Juez de Garantías, los actos de investigación y los actos de prueba no tienen diferencias sustanciales mas allá de su actuación probatoria.

Así, por ejemplo, un acto de investigación debe haberse obtenido en respeto de los derechos fundamentales, lo mismo que un acto de prueba. Un acto de investigación debe respetar el principio de legalidad procesal penal, lo mismo que un acto de prueba. Un acto de investigación debe respetar el principio de contradicción, no es posible hablar de un acto de investigación sin que se haya respetado la posibilidad de contradecirlo, al igual que un acto de prueba, sin embargo, en este supuesto, si existe una excepción, cuando la propia ley señala expresamente la posibilidad de su actuación sin participación de la contraparte; en el caso de los actos de investigación, por ejemplo, el secreto de los actos de investigación, ello como potestad que requiere debida motivación.

Así, refiriéndose al sistema español, el profesor Gimeno Sendra (1999) señala que: “la defensa tiene derecho a participar en la realización de los actos de investigación, salvo declaración en secreto de la investigación, cuya habilitación expresa se encuentra en el artículo 302 de la ley de enjuiciamiento criminal” (p. 369).

Para el caso peruano, el Juez Supremo, Cesar San Martin Castro (2015), refiere que: “la defensa tiene derecho a participar en la realización de los actos de investigación, **la posibilidad de contradicción es la regla general**, salvo en los casos que este legalmente permitido el secreto, conforme al artículo 324 numeral 2 del Código Procesal Penal” (p. 514).

Esta posibilidad de debate de aspectos de legalidad sobre los elementos de convicción debe ser analizada en concordancia con lo señalado por la Corte Suprema en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017.

En la oportunidad de emisión de la Sentencia Plenaria en mención, la Corte Suprema, pese a tener como objeto principal de análisis el delito de lavado de activos, ofreció a la academia, una explicación de los diferentes niveles de sospecha que existen a lo largo del proceso penal. Para lo relevante de este artículo, la sospecha reveladora, que permite la formalización de la investigación preparatoria; la sospecha suficiente, que habilita la formulación de acusación fiscal, y la sospecha grave que permite la imposición de la medida de prisión preventiva.

En lo teórico, una sospecha suficiente y una sospecha grave, pueden diferenciarse, en que la primera sostiene una probabilidad de condena, es decir que, es más probable para el acusado, una condena que una absolución; mientras que la segunda sospecha, exige una persona que provisionalmente sea culpable.

Si la adopción de la medida de prisión preventiva exige a un culpable provisional por la existencia de una sospecha grave, lo mínimo que requiere tal decisión, más allá de la no actuación de prueba propiamente dicha, es que los actos de investigación, al igual que los actos de prueba, respeten el principio de legalidad, y por lo menos como regla general, el principio de contradicción; de ahí que me reafirmo en la validez del análisis de legalidad en una audiencia de prisión preventiva.

## **LOS GRAVES Y FUNDADOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN CON MAYOR CUESTIONAMIENTO DE LEGALIDAD.**

## **1. Las comunicaciones telefónicas.**

Respecto de las comunicaciones telefónicas o audios que pretenden ser utilizados como sustento de un requerimiento de prisión y posterior resolución de prisión preventiva, debemos analizar dos aspectos. En primer lugar, lo relacionado a audios o grabaciones y el procedimiento legal previo que debe respetarse para su uso en una audiencia de prisión preventiva, procedimiento que ha ratificado el Tribunal Constitucional; y, por otro lado, las escuchas telefónicas (diferentes al primer supuesto) y su procedimiento legal y verificación de aplicación en la realidad peruana.

### **1.1. El caso Ollanta Humala y Nadine Heredia, la pauta del Tribunal Constitucional.**

Uno de los recientes casos resueltos<sup>3</sup>, que mayor polémica ha generado, en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva, fue el de la ex pareja presidencial Humala-Heredia. Como se recordará, el Tribunal Constitucional, analizando la resolución emitida por el Juez Concepción Carhuanchu, así como la resolución de la Sala Superior de Apelaciones del Sub Sistema Nacional, estableció que en el caso se había incurrido en una grave lesión a la garantía de la libertad personal. El tribunal consideró en esa oportunidad que no se había respetado el análisis de legalidad sobre más de un elemento de convicción; es decir, no se había respetado las reglas del código procesal penal.

El Tribunal Constitucional, respecto a los audios que habían sido valorados por el Juez y la Sala, en su imposición y confirmación de prisión preventiva, nos recordó el procedimiento legal para su debida incorporación y posterior valoración, señalando que:

En efecto, de una interpretación sistemática de los artículos 189, inciso 3, y 190 del referido código, deriva que cuando se trate de voces en audios ellas deberán pasar por un reconocimiento en el que deberá estar presente el defensor del imputado o, en su

---

<sup>3</sup> Me refiero estrictamente al incidente cautelar. El proceso principal a la fecha de elaboración de este artículo se encuentra con la investigación preparatoria formalizada, y a la espera de una decisión fiscal de acusación o sobreseimiento.

defecto, el Juez de la Investigación Preparatoria. Y el artículo VIII, inciso 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal, "Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo (fundamento jurídico N° 88, Expediente N° 4780-2017-PHC/TC, Expediente N° 00502-2018-PHC/TC).

Es decir, si en un caso donde se pretende utilizar un audio como elemento de convicción, no se respetan las reglas de incorporación que establece el artículo 189° inciso 3° y 190° del Código Procesal Penal, este no podrá ser valorado de manera positiva por parte del juzgador.

El procedimiento legal que contempla el código procesal en este aspecto, es que previo a la utilización de un audio, se realice una diligencia de reconocimiento de voz, sin esta diligencia, el elemento no podría sustentar un pedido de prisión preventiva.

Tanto el Juzgador como la Sala de Apelaciones, en el caso de la ex pareja presidencial, sostuvieron que este análisis de legalidad no debía realizarse en una audiencia de prisión preventiva, sino que era un análisis reservado para la prueba que debe actuarse en la etapa de juzgamiento, por lo que al tratarse de una medida cautelar, un análisis de este tipo, desnaturalizaría la existencia de la audiencia de prisión preventiva. Contra este análisis, el Tribunal Constitucional, sentenció:

De esta manera, la Sala también ha incurrido en un razonamiento inconstitucional en este asunto, pues **asume que porque se halla en el ámbito de un incidente cautelar** —en el que se encuentra de por medio, ni más ni menos, la posibilidad de que una persona vaya a prisión— **y no en el espacio del proceso principal, está autorizada a relajar las exigencias legales para la incorporación debida de la prueba al proceso**, negando, además, que sea ese un espacio en el que la defensa pueda cuestionarlo<sup>4</sup>. Se trata, pues, de un enfoque violatorio también del derecho a la

---

<sup>4</sup> Aquí también podría verificarse que es válido el debate de la legalidad de los elementos de convicción, tal cual señalamos al inicio.

defensa y del debido proceso (fundamento 88, Expediente N° 4780-2017-PHC/TC, Expediente N° 00502-2018-PHC/TC) .

El problema que verifico en la práctica, es que no todos respetan lo señalado por el Tribunal Constitucional. En algunos distritos judiciales se permite un análisis de legalidad, en otros, no. En el caso de audios, ese análisis de legalidad se centra en la existencia previa de una diligencia de reconocimiento de voz, exigida en algunos juzgados, en otros no.

Por ejemplo, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de La Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el Expediente N° 00374-2019-1-0901-JR-PE-01 mediante Resolución N° 16 de fecha 03 de febrero del 2019 sostuvo lo siguiente respecto al procedimiento de reconocimiento de voz establecido por el T.C. en el fundamento 5.13 párrafo tres y cuatro:

(...) las conversaciones les corresponden recordándose que los graves elementos de convicción corroborativos son fundamentalmente los diálogos que éstos sostuvieron entre sí –y con otras personas- y que dan sentido a las declaraciones inculpativas de los coimputados Zea Sernaqué y Tenorio quienes han reconocido expresamente las conversaciones que sostuvieron - proporcionando sus números telefónicos- en las que trataban acerca de los hechos ilícitos materia de imputación.

Esta constituye pues una notoria diferencia con el caso abordado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 4789-2017-PHC/TC en el que al parecer en las conversaciones intervienen terceras personas que hablan del procesado y en una interviene éste lo cual tornaría en necesario –conforme al artículo 189.1 del Código Procesal Penal que se realice la diligencia de reconocimiento de su voz (fundamento 5.13).

Mientras que el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Huamanga en el Expediente N° 382-2018 mediante Resolución N° 05 de fecha 26 de diciembre del 2018 sostuvo lo siguiente respecto al procedimiento de reconocimiento de voz establecido por el T.C:

(...) esta judicatura asume la siguiente conclusión: en efecto el tribunal constitucional en la sentencia recaída del caso Ollanta Humala, ha dejado sentado en su fundamento jurídico 88 que de una interpretación sistémica de los artículos 189 y 190 del código procesal penal, deriva que cuando se trate de voces en audios, ellas deberán pasar por un reconocimiento en el que deberá estar presente el defensor del imputado y en su defecto el juez de investigación preparatoria, y el artículo 8vo del título preliminar del código procesal penal todo medio de prueba será valorado, solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucional legítimo, en el caso que nos ocupa si bien el registro de las comunicaciones del punto 06 al 55 del requerimiento fueron obtenidos legítimamente al haber mediado una orden judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones, sin embargo estas no pueden ser incorporadas al proceso sin seguir el procedimiento constitucionalmente legítimo para tal efecto, esto es que previamente pase por el procedimiento reconocimiento de voz las escuchas legales en cuestión, lo que no ha ocurrido en el presente caso conforme incluso el propio ministerio público lo ha manifestado en acto de audiencia, en consecuencia al no haber sido legalmente incorporados a la causa penal que nos convoca los citados registros de comunicaciones, esta judicatura se decanta por no emitir juicio de valor al contenido de los mismos (considerando octavo).

El artículo 190° del Código Procesal Penal Peruano que, en palabras del Tribunal, sería la base legal que debe respetarse si se pretende utilizar un audio o comunicación telefónica, señala que:

1. Cuando se disponga reconocer voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, se observarán, en lo aplicable, las disposiciones previstas en el artículo anterior.
2. Sin perjuicio de levantar el acta respectiva, se podrá disponer que se documente mediante prueba fotográfica o videográfica o mediante otros instrumentos o procedimientos.

Es decir, se trata de un artículo que por remisión exige, en lo que fuera aplicable, lo señalado en el artículo 189° del Código Procesal Penal Peruano que regula el procedimiento conocido de reconocimiento de personas.

¿Eso quiere decir que, si se pretende utilizar un audio como elemento de convicción grave y fundado, se requiere un reconocimiento previo? En principio la respuesta parece ser positiva. De ahí el reclamo e incluso la inobservancia en algunos distritos judiciales, de lo que señala el TC.

El audio<sup>5</sup> obtenido sin lesión de algún derecho fundamental<sup>6</sup>, debe ser reconocido por el imputado o testigo<sup>7</sup>, así el elemento de convicción podría sustentar, de ser el caso, un requerimiento de prisión preventiva.

Sin embargo, este escenario en el cual el propio imputado sea quien reconoce su voz y que permite el trabajo fiscal, pareciera ser utópico. De ahí que el Código Procesal Penal haya establecido en el artículo 186° inciso 2 que “también podrá acudir a la prueba pericial cuando corresponda establecer la autenticidad de un documento”<sup>8</sup>.

El supuesto en el cual la persona, no otorgue su consentimiento en cuanto al reconocimiento de voz, deberá ordenarse la realización de una pericia fonética, a fin de determinar la autoría de la voz en cuestión. Una vez realizada la pericia, este audio recién podría ser utilizado como grave y fundado elemento de convicción que pueda sustentar una resolución de prisión preventiva.

## **1.2. El procedimiento legal para la realización de escuchas telefónicas.**

---

<sup>5</sup> Entendiendo una voz, un sonido o cualquier otro análogo que pueda ser objeto de percepción sensorial.

<sup>6</sup> No estamos analizando en esta oportunidad la legalidad de la obtención del elemento de prueba.

<sup>7</sup> El artículo 189 hace referencia a “quien lo realiza”, de lo que podríamos entender, no sería específicamente un imputado, sino también algún testigo.

<sup>8</sup> Artículo 185°: “Son documentos los manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces; y, otros similares”.

Otro breve análisis obligatorio a realizar, es el referido a las escuchas telefónicas. Todo peruano, sin duda alguna, ha quedado impactado e indignado, con la publicación de los llamados “*audios de la vergüenza*”, Jueces Supremos, Presidente de Corte Superior, miembros del extinguido CNM, entre otras personalidades, mostraron a toda la población, sus transacciones e intenciones de obtener poder incontrolable. Sin embargo, pese a la indignación que se puede sentir como ciudadano, los hombres de derecho deben verificar el análisis de legalidad sobre todo procedimiento de escuchas telefónicas.

Con base en suficientes elementos, y con un delito sancionado con pena superior a los cuatro años, a requerimiento de un Fiscal, el Juez de Investigación Preparatoria puede autorizar la realización de escuchas telefónicas.

El Código Procesal ha establecido que las escuchas telefónicas pueden ordenarse en dos supuestos:

1. Contra el investigado, o
2. Contra terceros, excepcionalmente, siempre que
  - 2.1. Reciban o tramiten por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o
  - 2.2. El investigado utilice su comunicación.

Todas las escuchas serán registradas mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro. La grabación será entregada al Fiscal, quien dispondrá su conservación con todas las medidas de seguridad correspondientes y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas<sup>9</sup>. Luego se dispondrá la transcripción escrita de las grabaciones, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar los originales de la grabación.

En principio las comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento deberán ser entregadas a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda la transcripción o copias de ellas por el Ministerio Público, salvo aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos en tanto pudieren constituir un hecho punible.

---

<sup>9</sup> Un supuesto que obviamente no se ha respetado en el caso los “Cuellos Blancos del Puerto”.

Es decir, si se autoriza la realización de escuchas telefónicas en un caso, pero con motivo de este se toma conocimiento de otros actos delictivos, que no son objeto de la investigación, estos audios deberán generar una nueva investigación, y obviamente, una nueva orden de escucha telefónica.

Lo interesante de este procedimiento, es que si bien, por la propia naturaleza de la medida, sería imposible poner en conocimiento del afectado la realización de las escuchas de inmediato; sin embargo, el Código si establece la obligación de poner en conocimiento del afectado todo lo que se ha realizado, para que, con esta notificación, el afectado pueda ejercer su derecho de contradicción a través de un pedido de reexamen.

Si no fuera posible la notificación al afectado por razones de peligro a la vida o la integridad corporal de terceras personas, si deberá ponerse en conocimiento tal situación al afectado.

Es decir, si no se ha respetado el procedimiento establecido previamente, es decir, no se hubiera respetado la legalidad procesal, o por ejemplo no se hubiera dado la posibilidad al afectado de solicitar un reexamen judicial, tales comunicaciones no podrían servir de base para un pedido de prisión preventiva que arribe a la conclusión de un culpable provisional. Este aspecto aún no ha sido trabajado en extenso por la jurisprudencia peruana, pero sin duda, se vendrán en los próximos meses, pronunciamientos interesantes al respecto.

## **2. La declaración del testigo protegido.**

### **2.1. El procedimiento legal para la adopción de medidas de protección a testigos.**

En una investigación fiscal, sin duda pueden existir riesgos para los participantes, el Código Procesal ha regulado el supuesto en el cual sean testigos, peritos, agraviados o colaboradores<sup>10</sup>, quienes corran ese riesgo, ya sea porque existe un peligro grave para esta persona, su libertad o la de sus bienes.

---

<sup>10</sup> Incluso el artículo 247° inciso 2, abarca el riesgo contra su “cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos”.

El fiscal en principio no requiere autorización judicial para disponer la aplicación de una medida de protección a las personas mencionadas, sin embargo, si deberá emitir una disposición en la que sustente la aplicación de la medida de protección que deberá ser proporcional con relación al peligro grave que pueda sufrir la persona. Esta disposición como todas las que existen en el proceso deberá ser notificada a las partes<sup>11</sup>.

La obligación de la emisión de esta disposición puede deducirse del artículo 251° que señala en su inciso 1. “Contra la disposición del Fiscal que ordena una medida de protección, procede que el afectado recurra al Juez de la investigación preparatoria para que examine su procedencia”. Sería negar el derecho de control judicial al investigado, la inexistencia de la disposición, o peor aún, que, existiendo, ésta no sea notificada.

Por otro lado, la adopción de una medida de protección deberá ser acorde a la gravedad del peligro alegado. El artículo 248° inciso 2 establece un catálogo que va desde la protección policial, hasta el uso de procedimientos tecnológicos:

- a) Protección policial.
- b) Cambio de residencia.
- c) Ocultación de su paradero.
- d) Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.
- e) Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen.
- f) Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, a la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario.

---

<sup>11</sup> Artículo 127°. Notificación. 1. Las Disposiciones y las Resoluciones deben ser notificadas a los sujetos procesales, dentro de las veinticuatro horas después de ser dictadas, salvo que se disponga un plazo menor.

g) Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para su implementación.

Como se puede apreciar, la reserva de la identidad es solo una de las medidas de protección que podrían adoptarse, no es obligatorio su uso en todos los casos en los que se pretenda proteger al testigo. La aplicación de alguna o algunas de estas medidas, dependerá de un análisis de proporcionalidad del grave peligro alegado.

Una vez dispuesta la aplicación de la medida de protección, previo análisis de proporcionalidad sobre cuál de las medidas del catálogo es la aplicable, notificada la disposición correspondiente, el investigado tendrá la posibilidad de acudir al juez de investigación preparatoria a fin de solicitar el examen de la aplicación de la medida. Contra la decisión que emita el juez de garantías, procederá recurso de apelación.

La inexistencia de una disposición motivada o la falta de notificación de ella, niega al imputado la posibilidad de contradicción, por lo que tampoco podría tratarse de un elemento de convicción que pueda sustentar un pedido de prisión preventiva.

## **2.2. El Caso Norim Catriman vs. Chile. La lógica de compensación.**

Un caso conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue el caso del Pueblo Mapuche contra Chile, en este fue analizada la aplicación de la medida de reserva de identidad de testigos, en esta oportunidad la CIDH señaló que:

Para pronunciarse en el presente caso, la Corte también tomará en cuenta si en los casos concretos el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como las siguientes:

- a) la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración.
- b) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración (fundamento 247).

A partir de este análisis, es posible establecer que la CIDH fija una suerte de compensación hacia la defensa que no ha podido conocer de la identidad de los testigos. Para este caso, la Corte señaló, por ejemplo, que una medida de compensación sería que el juzgador si deba conocer la identidad del testigo, o que la defensa tenga la oportunidad de contrainterrogar al testigo en alguna de las etapas del procedimiento.

### **2.3. Las situaciones análogas que requieren actos de corroboración para la imposición de medidas de coerción o condena.**

Conforme a la lógica de compensación, la CIDH, en el propio caso del Pueblo Mapuche contra Chile, ha señalado que:

“La determinación de si este tipo de pruebas ha tenido un peso decisivo en el fallo condenatorio dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada (fundamento N° 248)”

Esta necesidad de corroboración también ha sido regulada por el Código Procesal Penal en su artículo 158° inciso 2°: “En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria”.

Este análisis ya ha sido aplicado en el Perú en el caso Keiko Fujimori, en el cual la Segunda Sala de Apelaciones Nacional, señaló que:

El artículo 158.2 del CPP no solo contempla la corroboración para los testigos de referencia, arrepentidos y colaboradores, sino que diseña una regla abierta que permite incluir a otros órganos de prueba con la expresión “situaciones análogas” esta operación de análoga está reservada al Juez; en este caso resulta evidente que el testigo protegido actúa con reserva de su identidad por razones de seguridad; y por tanto existe imposibilidad de conocer su identidad, por ello es imprescindible que sus testimonios sean corroborados con otros elementos de convicción (Resolución N° 26, fundamento 61.1).

Es decir, a partir de la jurisprudencia de la CIDH, del artículo 158 inciso 2, e incluso a partir de la jurisprudencia peruana, para la adopción de una medida de prisión preventiva, se requiere obligatoriamente actos de corroboración sobre los dichos de los testigos protegidos. Sin la existencia de actos de corroboración, no podría utilizarse la declaración del testigo protegido para sustentar una decisión de prisión preventiva.

#### **2.4. ¿Es posible contraexaminar a un testigo protegido?**

Como se pudo verificar del artículo 248 del CPP, no existe una medida de protección que restrinja la posibilidad de que la defensa en una investigación pueda interrogar a un testigo protegido.

En principio esto parece una incoherencia, si se piensa que lo que se busca es proteger la identidad del testigo, por lo que si se permitiera al abogado defensor sentarse frente al testigo protegido y realizarle preguntas, la medida perdería todo sentido.

Sin embargo, este análisis es equivocado cuando se señala que permitir el interrogatorio de la defensa es vaciar de contenido a la medida de protección, ya que, no se requeriría presencia

física de la defensa para poder realizar las preguntas; estas podrían realizarse a través de sistemas electrónicos, video conferencia, o en todo caso, la presentación de un pliego de preguntas que sean respondidas por el testigo que goza de la medida de protección.

Así por ejemplo, ha sido reconocido por la Segunda Sala de Apelaciones Nacional:

La obligación de examinar al testigo protegido por la defensa, en primer lugar, solo podría darse en un contexto que asegure la reserva de identidad del testigo protegido, no obstante, con la concurrencia de otros elementos distintos a la mencionada declaración, es posible que a nivel cognoscitivo se corrobore dicha versión (Resolución N° 26, fundamento 61.b)”.

## CONCLUSIONES

1. En una audiencia de prisión es válido el análisis de legalidad de los elementos de convicción que pretendan sustentar el pedido, siempre que la finalidad no sea la de exclusión de dichos elementos, sino su posibilidad de sustentar un requerimiento de esta naturaleza, y el alcance de sospecha grave requerido.
2. En el caso de audios (voces o sonidos) se requiere como parte del análisis de legalidad, que estos hayan sido objeto de reconocimiento, o en su defecto del análisis de una pericia fonética.
3. El procedimiento que regula el CPP respecto de las escuchas telefónicas, exige que solo el investigado o un tercero a través del cual se comunique el primero pueda ser objeto de la medida. A su término, debe ser puesto en conocimiento del afectado para que este pueda solicitar el reexamen.
4. En el caso de los testigos protegidos, estos no podrán sustentar una resolución de prisión si no existen actos de corroboración sobre su versión, ello exige la lógica de compensación establecida por la CIDH.
5. Las medidas de protección no limitan la posibilidad de contraexaminar a los testigos, peritos o agraviados protegidos, por parte de la defensa técnica del investigado,

siempre que siga protegiendo al testigo con la medida, y que su realización no vacíe de contenido lo dispuesto para su protección.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Gimeno, Vicente (1999). *“Derecho Procesal Penal”*. Madrid, España: Editorial COLEX.

San Martín, César (2015), *Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Jurista Editores.

Presidencia de la República de Perú. (22, julio, 2004). Nuevo Código Procesal Penal. [957].

Recuperado de [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Norim Catriman y otros Vs. Chile, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 29 de mayo del 2014.

Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N° 4780-2017-PHC/TC, Expediente N° 00502-2018-PHC/TC, de 26 de abril del 2018.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433 de 11 de octubre de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. Casación 626-2013-Moquegua, de 30 de junio de 2015.

Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional. Resolución N° 26, de fecha 03 de enero del 2019.

Expediente N° 382-2018, Resolución N° 05 de fecha 26 de diciembre del 2018

Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Expediente N° 00374-2019-1-0901-JR-PE-01, Resolución N° 16, 03 de febrero de 2019.

Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Anticorrupción, Expediente N° 47-2018-3, Resolución N° 6, 7 de febrero del 2019, Caso Edwin Oviedo Pichotito.

Moreno, J. (6 de enero de 2019). Tipicidad y prisión preventiva. ¿Sí o no? Las «idas» y «vueltas» de la Corte Suprema. Casos Edwin Oviedo y Walter Ríos. Legis. Recuperado de <https://legis.pe/tipicidad-prision-preventiva-si-o-no-idas-vueltas-corte-suprema-casos-edwin-oviedo-walter-rios/>.

TV, J. (2 de Febrero de 2019). *AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA CONTRA ABEL CONCHA CALLA*. Obtenido de Archivo de vídeo: Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=hH8x1BfFfo0].