

La delación como instrumento procesal de lucha contra la corrupción pública

Memoria presentada por Miguel Angel Girao Isidro para optar el grado de doctor en régimen de cotutela por la Universidad Jaume I y por la Universidad de Bolonia



UNIVERSITAT
JAUME I

Programa de Doctorado en Derecho

Escuela de Doctorado de la Universidad Jaume I



Settore Concorsuale: 12/G2 Diritto processuale penale

Settore Scientifico Disciplinare: Ius/16 Diritto processuale penale

Mg. Miguel Angel Girao Isidro

Dr. Juan Luis Gómez Colomer
Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Jaume I

JUAN
LUIS|
GOMEZ|
COLOMER

Firmado digitalmente por
JUAN LUIS|
GOMEZ|COLOMER
Fecha: 2023.05.12
15:56:00 +02'00'

Dra. Andrea Planchadell Gargallo
Catedrática de Derecho Procesal de la
Universidad Jaume I

ANDREA
PLANCH
DELL
GARGALL
O - NIF:
18973503K

Digitally signed by ANDREA
PLANCHADELL GARGALLO -
NIF:18973503K
DN: cn=ANDREA
PLANCHADELL GARGALLO -
NIF:18973503K,
serialNumber=18973503K,
o=ANDREA
PLANCHADELL
GARGALLO,
ou=CHANCELLING, o=ACCV,
c=ES
Reason: I have reviewed this
document
Date: 2023.05.12 13:26:20
Vector Font version: 9.1.0

Dr. Renzo Orlandi
Catedrático de Derecho Procesal Penal
de la Universidad de Bolonia

ROLI

Castellón de la Plana, mayo 2023



Licencia CC Reconocimiento - Compartir igual (BY-SA).

Para la realización de esta tesis no se ha recibido financiación por parte de ningún organismo público o privado.

ÍNDICE

Abreviaturas	v
Introducción.....	vi
Capítulo I: Cuestiones conceptuales previas.....	1
1. Breves antecedentes histórico-jurídicos de la delación	1
1.1 La delación en el derecho romano.....	4
a) Las <i>quaestiones perpetuae</i>	6
b) La <i>cognitio extra ordinem</i>	12
1.2 La delación en el procedimiento inquisitorial	17
1.3 La delación en época contemporánea.....	21
2. Concepto jurídico de delación	30
3. Diferencias y precisiones de la delación frente a otras figuras jurídicas ..	48
3.1 El delator y el denunciante	48
3.2 El delator y el confidente.....	50
3.3 El delator y el imputado	51
3.4 Delación y <i>whistleblowing</i>	53
4. Clases de delación	56
4.1 Autodelación o confesión (autodenuncia).....	57
4.2 Heterodelación.....	60
4.3 Delación mixta	65
5. Características de la delación.....	66
5.1 Conocimiento propio del hecho	67
5.2 Anonimato	68
5.3 No existencia de procedimiento	69
6. Formas de la delación.....	69
6.1 Denuncia anónima	70
6.2 Buzones de colaboración.....	74
6.3 Canales éticos de denuncia.....	79
6.4 La colaboración del arrepentido	87
7. Sujetos de la delación	88
7.1 Sujetos activos de la delación.....	88
a) El ciudadano común	89
b) El funcionario público.....	90
c) El arrepentido delator	91
d) La persona jurídica	93
7.2 Los sujetos pasivos de la delación.....	95
7.3 Los destinatarios de la delación.....	97
a) Policía, Ministerio Fiscal o juez de instrucción	98
b) Los administradores de los buzones de colaboración y de los canales de denuncia.....	100
Capítulo II: Los efectos de la delación.....	102
1. Efectos de naturaleza procedimental.....	102
1.1 Inicio de investigación.....	103
1.2 Rechazo de la investigación o de la acusación.....	108
1.3 Cambio de procedimiento	113

2.	Efectos de naturaleza procesal	119
2.1	Mejora del estatuto personal a favor de la libertad	119
2.2	Medidas de protección específicas	122
3.	Efectos de naturaleza penal, administrativa y económica.....	126
3.1	Aplicación de la atenuante genérica de confesión.....	126
3.2	Aplicación de la atenuante analógica por colaboración	128
3.3	Exención y remisión de penas y sanciones administrativas	130
3.4	Recompensas económicas	132

Capítulo III: La justicia premial en los casos de corrupción pública..... 134

1.	Los obstáculos en la lucha contra la corrupción pública: La denominada “judicialización de la política” y el crimen organizado.....	135
2.	La justicia premial: El relajamiento del principio de legalidad	152
2.1	Principio de legalidad	152
2.2	La justicia premial	156
3.	¿Es necesario premiar al delator? Las finalidades de la justicia premial en la lucha contra la corrupción pública	175
3.1	Crisis en la investigación en los procesos penales contra la corrupción pública....	176
a)	El caso italiano: <i>Tangentopoli, mani pulite</i>	177
b)	España y el caso Gürtel	180
c)	Un caso peruano: Lava jato-Odebrecht.....	181
3.2	La necesidad de delatores premiados en los procesos penales por corrupción pública	184

Capítulo IV: La delación en la investigación de los delitos de corrupción pública.....191

1.	<i>Whistleblowers</i> y arrepentidos delatores: Las dos categorías jurídicas modernas que engloban la delación en la lucha contra la corrupción pública.....	191
2.	Los requisitos de la delación en los procesos penales por delitos de corrupción pública.....	194
2.1	Requisitos comunes	195
2.1.1.	Requisito subjetivo	195
2.1.2.	Requisito objetivo	201
2.1.3.	Requisito formal.....	203
2.2	Requisitos específicos	204
2.2.1	<i>Whistleblower</i>	204
2.2.2	Arrepentidos delatores	216
3.	El contenido y el momento oportuno de la delación en los procesos penales por corrupción pública.....	234
3.1	El contenido de la información del delator	235
3.2	El momento oportuno de la delación: La importancia del límite temporal como incentivo para la delación.....	246
4.	Las recompensas para el delator en los procesos penales por delitos de corrupción pública.....	257
4.1	Las recompensas procesales para los delatores en los procesos por corrupción pública	257
a)	No imposición o variación de medidas cautelares personales	259

b)	Sobreseimiento o desistimiento de la acusación	260
4.2	Las recompensas penales, administrativas y económicas para los delatores en los procesos penales por delitos de corrupción pública	264
a)	Exención de pena y exención de medidas administrativas	264
b)	Atenuación de pena y reducción de medidas administrativas.....	265
c)	Recompensa económica	266
5.	El valor del testimonio del delator en la fase de investigación de delitos de corrupción pública.....	267
5.1	La delación como inicio de una investigación criminal	267
5.2	Los actos mínimos de investigación con fines de corroboración	269
5.3	La posición jurídica del delator: <i>¿Es testigo?</i>	276
a)	Informante y el <i>whistleblower</i> ajenos al procedimiento.....	276
b)	Testigo informante: Entre el clásico confidente de Policía y el testigo <i>whistleblower</i>	278
c)	Testigo imputado: <i>La naturaleza mixta de la declaración del arrepentido delator</i>	279
5.4	Medidas de protección para delatores e idoneidad de las comisiones de evaluación.....	285
5.5	El valor del testimonio del delator para la limitación de derechos fundamentales: <i>Actos de investigación garantizados y medidas cautelares personales contra la corrupción pública</i>	294
5.5.1	El testimonio del delator como fundamento de los actos de investigación garantizados	296
5.5.2	El testimonio del delator como fundamento de las medidas cautelares personales	301
6.	La necesidad de medidas de prevención contra los testimonios falsos de los delatores en los procesos penales por delitos de corrupción pública	311

Capítulo V: La delación en el juzgamiento de los delitos de corrupción pública: La práctica y valoración probatoria de la delación		
1.	El tránsito del delator a colaborador con la justicia en los procesos penales por delitos de corrupción pública	319
2.	La práctica probatoria del testimonio del colaborador con la justicia en los procesos penales por delitos de corrupción pública	325
3.	El derecho de defensa del delatado contra el testimonio del colaborador con la justicia en los procesos penales por delitos de corrupción pública	339
3.1	La declaración del colaborador de justicia presente en juicio	343
3.2	La ausencia o desconocimiento de la identidad del colaborador de justicia en juicio	350
4.	Criterios de valoración probatoria del testimonio del colaborador con la justicia en los procesos penales por delitos de corrupción pública	362
4.1	La fiabilidad interna de la declaración del colaborador de justicia	366
4.2	La fiabilidad externa de la declaración del colaborador de justicia	373
5.	La necesidad de flexibilizar el estándar de prueba en los procesos penales por delitos de corrupción pública	383

Capítulo VI: Resolución judicial, recurribilidad y revocatoria de beneficios premiales en los procesos penales por delitos de corrupción pública.....	403
1. Motivación e impugnación de la resolución judicial que aprueba o desaprueba el otorgamiento del beneficio premial a los colaboradores de justicia en los procesos penales por delitos de corrupción pública	404
2. El derecho al recurso de los colaboradores con la justicia en los procesos penales por delitos de corrupción pública.....	409
2.1 El recurso de apelación contra las resoluciones judiciales que deniegan el otorgamiento del beneficio premial.....	410
2.2 ¿Es posible el recurso de casación en los supuestos de no otorgamiento de beneficio premial al colaborador con la justicia?.....	416
3. El derecho al recurso de los delatados en contra de las sentencias motivadas con declaraciones de colaboradores de justicia en los procesos penales por delitos de corrupción pública	421
3.1 El recurso de apelación contra las resoluciones judiciales de condena basada en declaraciones de colaboradores de justicia.....	422
3.2 ¿Es posible el recurso de casación en favor del delatado condenado con declaraciones de colaboradores de justicia?.....	427
4. El derecho al recurso de la abogacía del Estado en contra de las sentencias que otorgan beneficios premiales a los colaboradores con la justicia en los procesos penales por delitos de corrupción pública.....	430
4.1 El recurso de apelación contra las resoluciones judiciales que deniegan el otorgamiento del beneficio premial.....	432
4.2 ¿Es posible el recurso de casación en los supuestos de no otorgamiento de beneficio premial al colaborador con la justicia?.....	433
5. La revocatoria de los beneficios premiales por conducta imputable a los colaboradores con la justicia en los procesos penales por delitos de corrupción pública..	434
Conclusiones.....	437
Tesis	445
Bibliografía.....	447

ABREVIATURAS

AAI	Autoridad Independiente de Protección del Informante
ANAC	Autoridad Nacional Anticorrupción
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CCE	Código Civil español (1889)
CCI	Código Civil italiano (1942)
CCP	Código Civil peruano (1984)
CE	Constitución española (1978)
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CP	Constitución peruana (1993)
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos / Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950)
CGR	Contraloría General de la República
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CPE	Código Penal español (1995)
CPP	Código Penal peruano (1991)
CPPI	Código de Procedimiento Penal italiano (1988)
CPPP	Código Procesal Penal peruano (2004)
CTP	Código Tributario peruano (2013)
CSCI	Corte Suprema de Casación italiana
CSJP	Corte Suprema de Justicia peruana
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (1985)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SINAD	Sistema Nacional de Denuncias
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduana y Administración Tributaria
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

“*Tornare allo scopo*” es la frase utilizada por Piero Calamandrei en su discurso inaugural en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil en 1950, en el que, en oposición a Salvatore Satta, subraya que el proceso sí tiene un objetivo y que es el más alto de la vida: *la justicia*¹. Conseguir dicho objetivo convierte al proceso en un escenario en el que no solo el individuo deposita su expectativa de obtener la razón en su pretensión, sino que la sociedad misma confía en que se aplicarán las normas con corrección, pues, como decía Fairén Guillén, desde que nacemos como “individuos” estamos sometidos a una potestad anterior, que es la del juez que existe desde antes de nuestro nacimiento y se mantiene hasta después de nuestra muerte².

Así, el proceso penal en la consecución de su objetivo deberá garantizar la sanción del culpable y la liberación del inocente, respetando los derechos y garantías reconocidas en la Constitución y las normas procesales, para lo cual requiere de eficiencia que garantice a la sociedad la eliminación de la impunidad, que es el índice de medición de la desconfianza social al sistema de administración de justicia. El descrédito del sistema de justicia se sustenta en la percepción de un proceso lento, sinuoso y tardío, más aún si se trata de perseguir la corrupción que afecta los cimientos del Estado de derecho y que, en el Perú, está presente en todos los capítulos de nuestra historia desde la época colonial.

Pues bien, en las siguientes páginas el lector podrá encontrar una respuesta a la preocupación de cómo incrementar la eficiencia del proceso penal para luchar contra la corrupción con el uso de un instrumento procesal clave: *la delación*. Para comenzar, a modo de introducción, resulta importante mencionar que en Perú, país del que proviene el autor de la tesis, la norma procesal penal vigente data del año 2004, luego de unos intentos fallidos de reforma procesal desde la década de 1980 que buscaban dejar atrás el denominado Código de Procedimientos Penales de 1939, mal juzgado como un código inquisitivo, dado que en realidad el espíritu del legislador procesal era diseñar un

¹ Calamandrei, P., *Opere giuridiche. Problemi generali del diritto e del processo*, Vol. I, RomaTre-Press, Roma, 2019, p. 572.

² Fairén Guillén, V., *Teoría general del derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1992, p. 19.

modelo mixto con dos fases centrales de instrucción y juzgamiento, pero que el populismo normativo, caracterizado por el incremento de leyes especiales, distorsionó el sistema de justicia penal con el llamado *proceso sumario* que suprimía el juicio oral y encargaba al juez de instrucción la investigación y sentencia.

El Código Procesal Penal de 2004 del Perú (D. L. N.º 957) es llamado hasta ahora por muchos abogados peruanos como “nuevo código”, debido a que el proceso de implementación, aún inconcluso, convivió con las otras normas procesales en varias regiones del país; por ejemplo, en la capital peruana estuvieron vigentes de forma diferenciada por la especialidad de delitos (corrupción, lavado de activos, crimen organizado) el Código Procesal Penal de 2004, parte del Código Procesal Penal de 1991, el Código de Procedimientos Penales y el Decreto Legislativo N.º 124. Así, desde el año 2004 el Perú se unió de forma tardía al movimiento de reforma procesal latinoamericano con la influencia del Código de Procedimiento Penal italiano, así como por las modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

Con la reforma procesal se concluyó una pretensión constitucional consagrada desde la Constitución Política del Perú de 1979, que es la dirección de la investigación a cargo del Ministerio Público, órgano constitucional autónomo que no depende de ningún poder del Estado. En esa línea, la Constitución Política peruana de 1993 mantuvo en su artículo 159 la dirección “desde su inicio” de la investigación como una atribución de los fiscales. Esta figura conocida en la doctrina española como el modelo del *fiscal instructor*³ tuvo su desarrollo normativo con el Código Procesal Penal de 2004, a partir del cual desaparece la figura del *juez de instrucción* en el Perú, convirtiendo al juez en un garante de los derechos y garantías durante la investigación con el denominado *juez de investigación preparatoria*.

³ Véase, Gómez Colomer, J. L., “El fiscal instructor”, en *Justicia: Revista de derecho procesal*, n.º 2, 1996, pp. 259-286. Armenta Deu, T., “El fiscal instructor ¿es necesario?”, en *Cuadernos de derecho público*, n.º 16, 2002, pp. 191-222. Andrés Ibáñez, P., “Ni fiscal instructor, ni Habermas ‘procesalista’ (a pesar de Vives Antón), en *Jueces para la democracia*, n.º 16-17, 1992, pp. 43-59. También para el ámbito latinoamericano, Cuéllar Cruz, L., “El fiscal instructor en la etapa preparatoria del proceso penal hondureño”, en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2015, pp. 303-328. Respecto del Ministerio Público y las reformas procesales, puede verse en la doctrina italiana AA.VV. *Pubblico Ministero e riforma dell’ordinamento giudiziario. Atti del Convegno, Udine 22-24 ottobre 2004*, Giuffrè Editore, Milán, 2006. Orlandi, R., “L’organizzazione della giustizia penale”, en Biavati, P./Guarnieri, C./Orlandi, R./Zanon, N., *La giustizia civile e penale in Italia. Aspetti ordinamentali e organizzativi*, Il Mulino, Bolonia, 2008, pp. 229-244.

Otras dos características centrales propias del resultado del proceso de reforma son el fortalecimiento del juzgamiento y los mecanismos de simplificación procesal con la introducción de los criterios de oportunidad. En cuanto al juzgamiento, el diseño procesal busca una decisión judicial que sea resultado de la contradicción de las partes, la oralidad, inmediación y una actuación del material probatorio acorde al sistema de *libre valoración probatoria*; en segundo lugar, el mayor uso de los criterios de oportunidad tiene como finalidad la pronta culminación del proceso penal. Cabe precisar que durante la primera década de vigencia del Código Procesal Penal el impulso por dejar atrás el *proceso sumario* y contar con un *juzgamiento público y contradictorio* conllevó a un sobredimensionamiento de la *oralidad* con las denominadas *técnicas de litigación oral* o *litigación estratégica*, con lo que la formación académica en las universidades, así como las capacitaciones de instituciones públicas y privadas se centraron en un adiestramiento de los operadores jurídicos para el litigio, descuidando la *fase de investigación* y la *dogmática procesal*, que es el verdadero sustento no solo a nivel doctrinario, sino también para la correcta interpretación y aplicación de la ley procesal.

Luego del surgimiento de los problemas a nivel de investigación, que se reflejaron por acusaciones fiscales con deficiencias y abogados con un nivel de capacitación en una relación desproporcional entre las habilidades de litigación oral y el conocimiento de los actos de investigación, la teoría de las nulidades, la teoría probatoria y de impugnación, por lo que puso atención en la necesidad del estudio completo del *derecho procesal penal* para conseguir un proceso penal que cumpla con las exigencias de la sociedad, con decisiones fiscales y judiciales que sean sólidas y abogados que aseguren un derecho de defensa técnica para lograr la convicción de un juez y no de un jurado.

Actualmente, el proceso penal peruano está estructurado en tres fases principales: la *investigación preparatoria* (con una subdivisión entre *diligencias preliminares* e *investigación preparatoria formalizada o propiamente dicha*), *etapa intermedia* y *juzgamiento*. Ese es el diseño básico del denominado *proceso común* (libro tercero del Código), en el que durante las *diligencias preliminares* se llevan a cabo los actos de investigación urgentes e inaplazables que permitan verificar la existencia del presunto hecho delictivo y la identificación de los posibles responsables. Con tal

información, el fiscal toma la decisión de pasar a la siguiente *subfase de la investigación preparatoria formalizada* en la que se realizan los actos de investigación para recopilar los elementos probatorios que sirvan para la decisión fiscal de acusar o sobreseer la causa penal. En esta subfase se realizan en mayor medida los *actos de investigación garantizados* y se imponen las *medidas de coerción* que aseguren la sujeción del imputado al proceso penal.

La segunda fase, *la etapa intermedia*, tiene como finalidad que se realice un control judicial sobre la *acusación* o el *sobreseimiento* requerido por el fiscal. Esta fase está dirigida por el *juez de investigación preparatoria*, quien ejecuta un doble control *formal y sustancial* de los requerimientos fiscales, de modo que su decisión determina el paso al juzgamiento o el archivo del proceso penal. Aquí se realiza la admisión de las pruebas y que se cuenten con suficientes elementos sobre la probabilidad de que el acusado sea quien haya cometido el delito objeto del proceso penal. Es así que se llega a la tercera fase del *juzgamiento* dirigida por un juez diferente al de la investigación preparatoria y etapa intermedia. Durante el juzgamiento con respeto al derecho defensa, el derecho a la prueba, la oralidad y la inmediación se realiza la actuación probatoria, de cuyo resultado, previa valoración judicial, se emite la sentencia condenatoria o absolutoria.

Adicionalmente al *proceso común*, en el libro quinto del Código Procesal Penal se regula los llamados *procesos especiales*, que son el *proceso inmediato*, el *proceso por razón de la función pública*, el *proceso de seguridad*, el *proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal*, el *proceso de terminación anticipada*, el *proceso por colaboración eficaz*, y el *proceso por faltas*. Brevemente, el *proceso inmediato* y el *proceso de terminación anticipada* reducen fases del proceso común. En el caso del primero se produce un salto de la investigación preparatoria y la etapa intermedia, por lo que está reservado para los casos de flagrancia delictiva; mientras que el segundo regido por la negociación procesal concluye el proceso penal en la fase de investigación preparatoria con la aceptación de los cargos del imputado y, previo control judicial, la emisión de la sentencia anticipada de condena.

Los procesos especiales de *seguridad*, *faltas* y *por razón de la función pública* se caracterizan por la especialidad de su objeto. En el primero se decide la aplicación de

medidas de seguridad; en el segundo se decide la responsabilidad por la comisión de faltas tipificadas en el Código Penal; y en el tercero se aplican reglas especiales debido a la calidad funcional de los imputados, ahí es donde se encuentran, por ejemplo, los altos funcionarios del Estado peruano reconocidos en el artículo 99 de la Constitución Política del Perú (presidente, congresistas, ministros, defensor del pueblo, fiscales supremos, jueces supremos e integrantes de la Junta Nacional de Justicia y del Tribunal Constitucional). Por su parte, el *proceso por colaboración eficaz* tiene como objeto la decisión del otorgamiento de beneficios premiales a cambio de información de calidad que permita conocer el funcionamiento de una organización criminal y, sobre todo, los integrantes; para lo cual se suscribe un acuerdo entre el fiscal y el aspirante a colaborador eficaz que, luego de su corroboración, es sometido a control judicial para que se emita la sentencia respecto de la aceptación de la responsabilidad penal y la reglas de colaboración que deberá cumplir, todo lo que se realiza sin las fases de etapa intermedia ni juzgamiento.

El impacto o promoción de las novedades introducidas con el Código Procesal Penal de 2004, en especial los primeros resultados que hacían ver la celeridad como un éxito de la reforma procesal fundamentaron que se adelante su vigencia en la ciudad de Lima para el procesamiento de los delitos de corrupción pública en el año 2011. Fue así que las instituciones que integran el sistema de administración de justicia peruana iniciaron su acondicionamiento de forma inmediata para aplicar la citada norma procesal penal; por ejemplo, el Ministerio Público realizó un concurso público para el ingreso de nuevos asistentes en función fiscal, el cual fue el modo en que ingresé a dicha institución y comencé las labores de asistente en la proyección de disposiciones fiscales y apoyo en la ejecución de actos de investigación, todo en el marco de procedimientos penales en contra de la corrupción.

Durante los años en que trabajé como asistente en función fiscal se pudo/puede conocer de cerca los problemas que tiene el sistema de justicia penal para tomar conocimiento de los actos de corrupción y, más aún, de probarlos cuando quienes son investigados tienen esferas de poder o relaciones políticas que les permiten asegurar la obstrucción de la investigación o que los intervinientes en el acto de corrupción no acepten la ejecución del delito ni mencionen los nombres de quienes han participado. Fue en esta experiencia profesional en que inicié el interés académico en la

colaboración eficaz, puesto que, en un caso de corrupción pública que involucraba a funcionarios y empresarios, fue la *delación* de un coimputado lo que determinó la revelación y acreditación no solo del delito de corrupción que se investigaba, sino, incluso, de otros delitos en que habrían participado otras personas, lo cual conllevó a la ampliación del objeto del proceso penal.

En aquella oportunidad la vivencia de los espacios de negociación procesal *imputado-fiscal*, la *corroboración de la información*, el *procedimiento de colaboración eficaz* y la *participación del colaborador de justicia* en el proceso común en que se juzgaba a los delatados determinaron la convicción en que la *delación* era un instrumento procesal clave para que la impunidad no sea una opción en la lucha contra la corrupción, pero que requería un estudio de su utilización que permita sistematizar desde la fase de investigación hasta el juzgamiento, así como la impugnación de las resoluciones judiciales que aceptaban la colaboración y las que condenaban a los delatados.

Años después, la *delación* se convirtió en un instrumento vital para la lucha contra la corrupción transnacional, en específico para el caso denominado *Lava jato*, que comprendía la corrupción cometida por las empresas brasileñas (Odebrecht, principalmente). Fueron los casos derivados de *Lava jato* que pusieron nuevamente en escena a la delación para combatir la corrupción con nuevas aristas de discusión, como son el nivel de corroboración de la información, los criterios de valoración, las delaciones entrecruzadas y la asimilación teórica con el *whistleblowing*.

Pues bien, el interés académico por investigar la lucha procesal contra la corrupción encontró asidero en la escuela procesal de Castellón de la Plana, pues el catedrático Juan Luis Gómez Colomer desarrollaba, entre sus líneas de investigación, el tema de la investigación y prueba en los delitos de corrupción. Previamente, la catedrática Andrea Planchadell Gargallo había dirigido mi trabajo de fin de máster en el Máster en Sistema de Justicia Penal, en que se analizó la función de dirección de la investigación a cargo del Ministerio Público peruano. Ambos catedráticos aceptaron dirigir la presente tesis doctoral en la Universidad Jaume I, que es realizada en la modalidad de cotutela internacional bajo la dirección italiana del catedrático Renzo Orlandi de la Universidad de Bolonia, quien había realizado investigaciones sobre los

colaboradores de justicia, precisando las exigencias de utilización en el proceso penal, así como las medidas que sirven de garantía para evitar la falsedad de la información de los *chiamanti in correità*.

Así pues, desde un enfoque de derecho comparado, la tesis busca sistematizar un desarrollo integral de la *delación* y describir la legislación procesal vigente aplicable en Perú, España e Italia. Fue de ese modo en que, siguiendo las exigencias de la normativa internacional de cotutela, realicé la estancia de investigación en la ciudad de Bolonia durante el año 2020, tiempo en el que se vivió la pandemia de la covid-19. Esta significó a nivel mundial la lamentable pérdida de numerosas vidas, pero no fue un impedimento para el desarrollo de la tesis en España e Italia, por el esfuerzo de los catedráticos directores y de las universidades Jaume I y Bolonia que, en todo momento, superaron las limitaciones de la pandemia y aseguraron los servicios telemáticos y de acceso bibliográfico para cumplir los objetivos del doctorado.

Dicho lo anterior, la tesis titulada *La delación como instrumento de lucha procesal contra la corrupción pública* tiene en su núcleo la relación entre el proceso penal y la corrupción pública, en la que la *delación* se ha constituido como determinante para afianzar la sanción de los actos de corrupción. Esta es un fenómeno social que constituye un delito de *lesa humanidad* por la desviación o apropiación del dinero público a costa de su correcto uso en inversión para el bien común; además, la persecución de la corrupción pública se ha vuelto más compleja por el agregado transnacional que genera la necesidad de repensar los actos de investigación y el estándar probatorio tradicionales, de ahí que se busquen fortalecer figuras procesales como el informante, los recursos telemáticos y el incentivo a la delación de los arrepentidos.

En este constante intento de dotar al proceso penal de mayor eficiencia se han regulado actos de investigación de mayor intervencionismo contra los derechos fundamentales, pero, desde la experiencia peruana reciente por el caso *Odebrecht*, la Italia del caso *Tangentopoli* y España con el caso *Gürtel*, se ubica a la delación en el centro de la atención junto al *whistleblowing* de fomento europeo. Más aún, son las revelaciones de *delatores* las que han generado crisis en el sistema político y revelado no solo el nivel de corrupción latente, sino la intervención de los políticos que con el

poder formal buscan obstruir las investigaciones, a tal punto, como sucedió en Perú (2022), de la realización de un golpe de Estado (expresidente Castillo Terrones), ante las revelaciones de información de los aspirantes a colaboradores de justicia.

En los seis capítulos de la tesis se podrá encontrar un recorrido con la finalidad de cumplir una sistematización de la *delación*, desde sus aspectos generales, su utilización durante la investigación y el juzgamiento, todo impregnado de la lógica premial estatal de incentivar que los *arrepentidos* decidan delatar la corrupción pública cometida en concierto con otras personas o como parte de una organización criminal.

Así, en el primer capítulo se han trabajado los antecedentes histórico-jurídicos de la *delación* desde el derecho romano y su evolución durante la inquisición y la época contemporánea para el combate de la mafia, el terrorismo y la corrupción. En este capítulo se esboza un concepto jurídico de la delación, a partir de su antecedente en el derecho romano y centrándonos en la mixtura por la aceptación de la responsabilidad y la heteroincrimación, prosiguiendo con la diferencia respecto de figuras procesales similares como el *denunciante*, *confidente*, *imputado* y *whistleblower*, con las que podremos encontrar una relación de género-especie. Luego se desarrollan las *características, formas y sujetos de la delación*, ubicando a la *colaboración del arrepentido* como una forma de delación que es realizada por el *arrepentido delator*.

El segundo capítulo complementa los ámbitos generales de la delación, por lo que se centra en analizar los tres tipos de efectos que hemos estructurado, que son los *procedimentales, procesales* y los *penales, administrativos y económicos*. Aquí se podrá leer de manera general que la *delación* produce efectos positivos para los delatores, desde el rechazo de la investigación o acusación, el aseguramiento de su libertad, medidas de protección y las reducciones o exención de pena o sanciones administrativas, así como las recompensas económicas. Esta descripción de los efectos de la delación se presenta como un catálogo que puede optar el legislador para conjugar y estructurar un sistema de enjuiciamiento que incentive a la delación.

En el tercer capítulo, se desarrolla la *justicia premial* y su necesidad para la lucha contra la corrupción pública. Se justifica la aplicación de beneficios premiales, incorporados en los ordenamientos jurídicos como *sanciones positivas* que, si bien

relajan el *principio de legalidad* son trascendentales para hacer frente a los obstáculos para la persecución penal de la corrupción, por el incremento del crimen organizado en el mundo globalizado y por la participación de actores políticos que utilizan la *judicialización de la política* como un argumento de defensa, mientras que mantienen su capacidad de influencia y obstrucción. De este modo, se fundamenta la necesidad de que, ante la *crisis de investigación* que se genera por la corrupción pública, el sistema de persecución penal se empodere, con base en el principio de utilidad de las normas premiales para lograr obtener información sobre los delitos de corrupción pública, los participantes en el delito o, de ser el caso, el funcionamiento de la organización criminal.

En los capítulos cuarto y quinto se analiza el núcleo central de los problemas principales de la *delación* en las fases de *investigación* y *juzgamiento*. Aquí se aplican las cuestiones generales de la *delación* tratadas en el primer y segundo capítulo, estableciendo *requisitos comunes* y *requisitos específicos* que permiten diferenciarla respecto del *whistleblowing*. Luego, se aborda el *contenido de la delación* y el *momento oportuno*, buscando resolver la relación entre el tiempo para delatar y el máximo beneficio premial posible de obtener, con la aplicación del *dilema del prisionero*; también se estudia la viabilidad del tipo de recompensas que puedan servir para incentivar la delación. Como último punto del cuarto capítulo, ingresamos a los aspectos críticos, como es el *valor del testimonio* para adoptar medidas de aseguramiento procesal y de limitación de derechos, para lo cual se responde la pregunta sobre la *posición jurídica del delator* si se mantiene como imputado o asume las consecuencias procesales aplicables a los *testigos*.

En específico, el quinto capítulo desarrolla los requisitos que deben cumplir para la práctica probatoria de la *declaración del colaborador de justicia*, que es el término técnico que se ajusta al paso del delator como acto de investigación, a su declaración en el juzgamiento. Así, se describe las reglas de tratamiento de la prueba testimonial y prueba documental, en los supuestos de circulación probatoria, garantizando siempre el derecho de defensa de los delatados. En este capítulo podrán encontrar los criterios de valoración subjetivos y objetivos para que la *declaración del colaborador de justicia* tenga la fiabilidad probatoria para sustentar una condena de los *delatados* por los delitos de corrupción pública, de ahí que se analice en un apartado independiente la necesidad

de rebajar la rigidez del *estándar probatorio del más allá de toda duda razonable* para que la fuerza probatoria de la *declaración del colaborador de justicia* pueda justificar una sentencia condenatoria que respete el principio de presunción de inocencia.

Finalmente, en el sexto capítulo se desarrolla la *impugnación* y la *revocatoria de los beneficios premiales*. Así pues, aplicando los principios y teoría sobre los recursos de apelación y casación, se resuelven las preguntas sobre la posibilidad de que los *colaboradores de justicia* puedan apelar las resoluciones en que se les deniegan los beneficios premiales y la interposición del recurso de casación para que el Alto Tribunal decida por *infracción a la ley* o *infracción de precepto constitucional* respecto de la aceptación de la colaboración del *arrepentido delator*. Del mismo modo, se responde si los *delatados* pueden apelar y recurrir en casación las sentencias condenatorias en cuya fundamentación se han utilizado las declaraciones inculpativas de los *colaboradores de justicia*. Por último, también se describe el derecho al recurso de la abogacía del Estado para defender su pretensión civil en los procesos penales contra la corrupción, así como la revocatoria como consecuencia procesal por el incumplimiento de los acuerdos de colaboración.

En cuanto a la metodología, se ha desarrollado una investigación jurídico-dogmática, porque el objeto de investigación es la delación como instrumento o mecanismo procesal de lucha contra la corrupción pública, analizando la doctrina comparada, así como las normas penales y procesales vigentes, por lo que se encontrarán las referencias a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Código Penal de España, Código de Procedimiento Penal de Italia y Código Procesal Penal de Perú.

De este modo, han sido utilizadas fuentes formales (doctrina española, italiana y peruana; la jurisprudencia y las normas adicionales a los códigos señalados, es decir, leyes especiales que se aplican en diversas materias analizadas durante la investigación) que refieren a la *delación*, a la *corrupción pública* y la *justicia premial*. Se han tomado como base las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Supremo español, Corte de Casación italiana y Corte Suprema de Justicia del Perú. Además, seguimos los métodos argumentativo y deductivo para obtener los argumentos que sirvan para una interpretación o modificación legislativa.

En consecuencia, la presente investigación permitirá avanzar en el desarrollo sistemático de la *delación* para la *persecución penal* de la corrupción pública, y con ello contribuir a la comprensión de la necesidad de un proceso penal eficiente, sirviendo, a la vez, de punto de referencia para futuras investigaciones que aporten para el diseño de investigaciones estratégicas que, respetando el debido proceso, aseguren que la corrupción pública será sancionada. Pues bien, ese ha sido el horizonte de la tesis, hecha con la pretensión de cumplir la famosa frase chiovendiana de que “el puro teórico en el procedimiento es algo que carece de sentido; pero el puro práctico es una desdicha”.

CAPÍTULO I

CUESTIONES CONCEPTUALES PREVIAS

1. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS DE LA DELACIÓN

Actualmente, la palabra *delación*, en el contexto de la lucha contra la corrupción pública, goza de un alto valor positivo en la sociedad —por lo menos se puede afirmar tal efecto en el caso peruano—, puesto que es entendida como la “revelación” del hecho delictivo y, aún más específico, como el “recurso legal” que posibilita la persecución penal de dicho fenómeno criminal ante las falencias del proceso penal, instrumento de aplicación del *ius puniendi*. Gómez Colomer, por ejemplo, describe el actual proceso penal español como “anticuado, estructural y realmente ineficaz, ineficiente, largo, tedioso, caro y para acabar de arreglarlo, científico-politizado”¹.

Tal caracterización del proceso penal, que se refuerza con los problemas derivados de los casos de corrupción judicial, genera que la ciudadanía pierda confianza en su funcionalidad y, ante tal situación, encuentre en la delación al salvavidas del sistema de justicia. Ahora bien, para una correcta comprensión y utilización de la delación en el proceso penal, resulta necesario delimitar su concepto, así como su naturaleza jurídica. Para lograr el propósito descrito, previamente, corresponde conocer los antecedentes históricos de la delación para obtener el fundamento de su existencia.

Comencemos. La delación —como una simple conducta— la podemos encontrar en el pasaje bíblico de Adán y Eva (Génesis 3:12), pero, en cuanto al sentido de institución jurídica, fijamos su antecedente histórico-jurídico en el derecho romano, ya

¹ Gómez Colomer, J. L., “Proceso penal moderno e investigación del crimen, el problema del aumento del intervencionismo público”, en Jiménez Conde, F./Bellido Penadés, R. (dirs.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 269. Con relación al proceso penal italiano, Orlandi describe que desde la vigencia de la ley procesal penal de 1988 se produjeron diversos impulsos contradictorios de contrarreformas o, como denomina, involuciones seguidas de una apertura garantista. Ver, Orlandi, R., “Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana”, en Negri, D./Pifferi, M., (coords.), *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana. Materiali dall’incontro di studio, Ferrara 12-13 novembre 2010*, Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 53. Orlandi, R., “Los desafíos de la justicia penal en la experiencia italiana actual”, en *Actualidad Penal*, n.º 68, 2020, pp. 331-341. Véase también Zavala Loayza, C., *Sinópsis histórica de la legislación penal en el Perú*, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1941. San Martín Castro, C., “La reforma procesal penal peruana: Evolución y perspectivas”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2004, pp. 27-68.

sea con referencia a la acción de comunicar la realización de una infracción o en lo relativo al mecanismo de obtención de beneficios. Además, establecer como punto de referencia el derecho romano permite un estudio de fuentes escritas, una visión humanista de la investigación que se desarrolla y una comparación jurídica sistemática de los denominados *civil law* y *common law*².

Conviene subrayar que el acto de delación, en sentido jurídico, proviene del derecho romano y no del derecho anglosajón, a pesar de que se haga referencia a la *False Claims Act* de 1863, que habilitó a los ciudadanos a ejercitar la acción *qui tam*, que se refiere a la locución latina “*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*”³, frente a los actos de fraude y, de ese modo, obtener recompensas. Esta relación de proveniencia es sostenida en la doctrina estadounidense por Banisar, quien afirma que la *qui tam* es de origen romano y que fue utilizada desde la Edad Media en Inglaterra⁴.

En el mismo sentido, en la doctrina española, Ortiz Pradillo, modificando la tradicional frase latina “*Roma traditoribus non praemiat*”, manifiesta que en Roma sí se

² Zimmerman resalta que es la escritura el rasgo característico que permitió la gran influencia del derecho romano en la Europa medieval. Asimismo, manifiesta que establecer como punto de partida la tradición romanista, en función a sus capacidades de flexibilidad, evolución y asimilación productiva permitirá al investigador analizar el *common law* desde el prisma de la misma tradición jurídica europea. Véase Zimmermann, R., “Derecho romano y cultura europea”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010, pp. 28-34. Respecto al valor del derecho romano como instrumento para una visión integrada de Europa, destacamos una de las afirmaciones finales de Koschaker : “Creo, antes bien, haber mostrado que aun hoy existen medios de convertir tal estudio [del derecho romano] en un elemento vivo de la formación del jurista, de mantener, por consiguiente, el derecho romano en el cumplimiento de su función histórica, a saber, la de actuar como intermediario de los grandes sistemas europeos de derecho privado extendidos por todo el orbe”. Véase Koschaker, P., *Europa y el derecho romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 494. En la misma línea de argumentación, Oliver Sola sostiene que toda investigación jurídica no puede obviar el derecho romano, es más, enfáticamente manifiesta que “hoy en día, todos los juristas del mundo, encontramos en el Digesto y la obra Justiniana como una fuente de conocimiento”. Véase, Oliver Sola, M.ª C., “Recepción histórica del derecho romano”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, n.º 11, 2013, p. 654.

³ La traducción sería “quien presenta la acción al rey también la presenta para su propia causa”. Véase Benítez Palma, E., “La propuesta de Directiva europea de protección de los denunciantes: Un avance importante con algunas matizaciones”, en *Revista internacional de transparencia e integridad*, n.º 9, 2019, p. 5. Versión digital: <https://revistainternacionaltransparencia.org/>. Este autor señala que mediante el uso de la *qui tam* los ciudadanos obtenían recompensas por los logros que haya alcanzado la Administración producto de la denuncia.

⁴ Banisar, D., “Whistleblowing: International Standards and Developments”, en Sandoval, I. (ed.) *Corruption and Transparency: Debating the Frontiers between State, Market and Society*, World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington D. C., 2011, versión digital disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180.

otorgaban premios a los delatores para incentivar su actuación, que consistían en medidas de protección o recompensas económicas⁵. De opinión diferente, Gimeno Beviá señala que “más allá de disquisiciones acerca de los orígenes bíblicos o mitológicos de la delación recompensada —algunos la datan en el antiguo Egipto— el cazador de recompensas relacionadas con la criminalidad empresarial y económica, aquella que podríamos definir como ‘de cuello blanco’ (*white collar crime*) proviene de los Estados Unidos de América”⁶. Igualmente, para Rosell Corbelle el tratamiento de la delación se encuentra en el derecho anglosajón⁷.

No obstante, consideramos que establecer la fuente histórica de la delación en el derecho anglosajón —en su sentido general— no resulta correcto, aunque sí admisible como reducción temporal con fines de análisis comparado, puesto que sería consecuencia de realizar un corte histórico, es decir, fijar el estudio de la delación a partir del siglo XIX. Aunado a ello, desatender la tradición romana de las instituciones jurídicas es obviar el sistema jurídico que ha influido en Europa y, a través de ella, en América Latina, en la que destacamos el caso concreto del Perú. Incluso, Kaser, para quien el derecho romano tiene un papel histórico mundial, destaca que forma parte de la cultura occidental y que no se le puede sacrificar sin dejar de pertenecer a ella⁸; pero esta situación sería producto de la *americanización* del derecho procesal penal⁹, cuando

⁵ Ortiz Pradillo, J. C., “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n.º 1, 2017, p. 51.

⁶ Gimeno Beviá, J., “Problemas que plantea la asunción del modelo norteamericano de recompensas al denunciante en el ordenamiento español y frente al cumplimiento normativo”, en Díaz Martínez, M./López-Barajas Perea, I. (dirs.), *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 285.

⁷ Rosell Corbelle, A., “El valor de las grabaciones de los delatores ante el derecho de defensa: Reflexiones sobre el ‘Caso Guateque’”, en *Diario La Ley*, n.º 9111, 2018. Posteriormente, en el año 2019, realizó una descripción histórica separando la evolución de la figura de la delación en Roma y en el derecho anglosajón. Véase, Rosell Corbelle, A., “La colaboración eficaz y su utilidad en la lucha contra la corrupción y la criminalidad y delincuencia organizada”, en AA.VV., *La reforma de la administración de justicia, el sistema electoral y la lucha contra la corrupción. I Jornada internacional*, INPECCP-CENALES, Lima, 2019, pp. 55-63.

⁸ Kaser, M., *Storia del diritto romano*, Cisalpino-Goliardica, Milán, 1977, p. 4.

⁹ Es importante precisar que el uso del término *americanización* no implica la realización de un juicio de valor, sino la referencia al proceso de importación jurídica que tiene como objeto la aplicación de las instituciones jurídicas de Estados Unidos en los demás países que serían receptores de dicho modelo normativo. Para mayor estudio, véase Nieto Martín, A., “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?”, en *Revista Penal*, n.º 19, Bogotá, 2007, pp. 120-136. Además, valga como ilustración la recensión realizada por José Castán a los dos artículos de Jiménez de Asúa, publicados en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* en el año 1914, que tenían como objeto el estudio de la

en realidad, como defiende Ortiz, el uso de las recompensas para los delatores es una *romanización* del proceso penal¹⁰.

Llegados a este punto, recordamos que la finalidad del presente apartado es analizar los antecedentes históricos-jurídicos de la delación, para lo cual se ha estructurado el desarrollo histórico en tres momentos que abarcan desde Roma hasta la actualidad. Así, en primer lugar, nos remontaremos al derecho romano, en el cual hemos fijado el principal antecedente jurídico de la delación, a efectos de estudiar su utilización en la evolución de los procedimientos criminales romanos. Luego, el segundo momento, que se trata del procedimiento inquisitorial, se fundamenta en el resurgimiento de la delación, debido a que esta vuelve a tener un papel protagónico en el funcionamiento de la persecución criminal durante la Inquisición. Finalmente, el tercer y último momento se refiere a la época contemporánea que nos permitirá describir cómo se ha mantenido la delación hasta la actualidad en los ordenamientos jurídicos del *civil law* y *common law*.

1.1 La delación en el derecho romano

Antes de empezar el análisis del uso de la delación en el derecho romano, conviene subrayar que seguiremos los lineamientos de la doctrina romanista, de modo que nuestro análisis se realizará conforme a las fuentes de producción y conocimiento, la periodificación de la historia romana y la doctrina romanista contemporánea¹¹. Es así

recompensa en los ordenamientos jurídicos y que fueron titulados de la siguiente manera: “La recompensa como prevención general. El derecho premial” —respecto del cual volveremos en los apartados siguientes—, en la que manifiesta con un sentido de pesar: “En medio de la tendencia extranjerista que nos rodea [...]”. Tal expresión fue utilizada para destacar que Jiménez de Asúa revaloraba las Siete Partidas como un ejemplo histórico del uso de las recompensas en el tratamiento de los delitos. Véase, Castán Tobeñas, J., “Noticias bibliográficas”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 126, Madrid, 1915, p. 178.

¹⁰ Ortiz Pradillo, J. C., *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivos una colaboración eficaz con la justicia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 30.

¹¹ Metro, A., *Las fuentes del derecho romano*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 19. Este autor resalta la finalidad didáctica y convencional de la periodificación de la historia de Roma, por lo cual la división de los periodos suele asociarse a determinados acontecimientos históricos. Así, por ejemplo, el periodo arcaico está determinado por la fundación de Roma y el fin del conflicto entre los patricios y plebeyos, a partir del cual se inicia el periodo preclásico en el que se instaura el principado de Augusto. Luego, los periodos clásico y postclásico registran como hechos históricos determinantes la ascensión al poder de Diocleciano y la muerte de Justiniano, respectivamente. Además, para un análisis del método de investigación del derecho romano, véase Cuenca Boy, F., “Sobre el método de investigación del derecho romano”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 11, Universidad de Extremadura, 1993, pp. 381-398.

que nos centraremos en las *quaestiones perpetuae*¹² y la *cognitio extra ordinem*, sin que ello implique la exclusión absoluta de referencias a los procedimientos e instituciones jurídicas precedentes, como es el caso de la *provocatio ad populum* y las *quaestiones extraordinarie*.

Adicionalmente realizamos una precisión terminológica, la clasificación de *index simple* e *index específico*, la cual nos permite apreciar de mejor forma la relación diferenciada con el *delator*, debido a que la lectura de las fuentes romanas puede generar confusión en la utilización de dichos términos, porque ambos tienen en común la comunicación a los órganos jurisdiccionales de la noticia criminal, pero, como destaca Fanizza, no son sinónimos, sino, por el contrario, sirven para aludir a situaciones procesales diferentes¹³. Es así que el *index* o *indice* en un sentido simple (*index simple*) hace alusión al delator de manera general, es decir, a la persona que informa del hecho criminal, pero no sustenta la acusación, lo cual no excluye el supuesto en que un *index* sea también *accusator* en los tiempos de las *quaestiones perpetuae*; mientras que el *index específico* es el coimputado arrepentido que delata a la organización de la cual se ha disociado con el fin de obtener un beneficio premial.

Por tanto, existe una relación de género-especie entre *delator* e *index*, esto es, la delación es el género que abarca todo acto de puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de un hecho criminal. De tal manera que, para referirnos a todo aquel que

También, Martín Martínez, I., “Notas didácticas sobre las fuentes del derecho. Con especial referencia al estudio del derecho romano”, en *Anales de la Universidad de Murcia*, trimestre n.º 4, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1944, p. 515. Martín Martínez destaca la importancia de las fuentes de conocimiento para el estudio de un derecho histórico, puesto que, de acuerdo con el uso corriente, no son consideradas como fuentes de producción del derecho, porque su contenido es la aplicación jurídica y no cómo fueron formuladas las normas.

¹² La presente investigación asume esta denominación por motivo de que es la más convencional y con base en la clasificación y desarrollo expuestos en los trabajos de Santalucia. Véase, Santalucia, B., *Derecho penal romano*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1990, pp.77-96. Sin embargo, hay autores que utilizan la denominación de *quaestione publicae* por considerarla más fiel a las fuentes romanas; por ejemplo, Varvaro llama impropia la denominación de *quaestione perpetuae*. Varvaro, M., “*Certissima indicia*. Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana”, en *Annali del Seminario giuridico*, n.º 52, 2008, p. 371. Véase también Sciortino, S., “Gli indices nel processo criminale extra ordinem”, en *Iuris Antiqui Historia*, n.º 3, Roma, 2011, p. 41. Núñez Martí señala que el sistema de las *quaestiones perpetuae* forma parte de un movimiento de reforma para un verdadero derecho penal romano. Véase, Núñez Martí, A., “*Quaestiones perpetuae*. Un paso hacia el principio de legalidad”, en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, T. IV, BOE, Madrid, 2021, pp. 1779-1786.

¹³ Fanizza, L., *Delatori e accusatori. L’iniziativa nei processi di età imperiale*, L’Erma di Bretschneider, Roma, 1988, p. 19.

realice dicha acción, utilizaremos la clasificación de *delator en sentido general*; mientras que *el index* es un tipo de delación que sirve para referirse a quien transmite el conocimiento del hecho cometido, pero lo realiza con la finalidad de obtener un beneficio premial que consistiría en la impunidad de su participación delictiva u otro similar. En tal caso se usará el nombre de *delator en sentido específico*¹⁴.

Dicho esto, abordaremos el uso de la delación según las *quaestiones perpetuae* y la *cognitio extra ordinem criminale*, procedimientos que se diferencian por la configuración de tipo acusatorio del primero e inquisitivo del segundo. Es más, en la evolución de estos procedimientos se destaca la homologación de los términos *delator* e *index*, así como el auge y declive de la *delación* en su calidad de instrumento de persecución penal por haber sido convertida en un arma de venganza o aprovechamiento personal durante el Alto Imperio. Según Russo Ruggeri, la valoración negativa alcanzó a los dos términos descritos, de los cuales el *delator* sufrió un mayor impacto en el “lenguaje literario y corriente por ser usado como equivalente al de espía o calumniador”¹⁵.

a) **Las *quaestiones perpetuae***

Durante la evolución de la justicia penal romana en la época republicana, los *iudicia populi* perdieron el favor político, a pesar de que poseían legitimidad por la intervención de la asamblea como garantía para impedir la ejecución de sanciones arbitrarias, esto produjo la implementación de tribunales extraordinarios (*quaestiones extraordinarie*). Es así que, ante la necesidad política de tener mayor control en los procedimientos criminales romanos, surgen las *quaestiones perpetuae* para sancionar a

¹⁴ Sobre el particular, Russo Ruggeri, cuando formula su concepto de *indice* utiliza la diferencia entre el *delator en sentido general* y *delator en sentido estricto (indice)*, este segundo corresponde al delator que ha tenido participación en el hecho criminal denunciado. Asimismo, considera que *delator* e *indice* cumplían un mismo papel de “mero denunciante o testigo” en los tiempos de los magistrados investigadores. Russo Ruggeri, C., *Indices e indicia. Contributo allo studio della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell’esperienza criminale romana*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 12.

¹⁵ Russo Ruggeri, C., *Indices e indicia. Contributo allo studio della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell’esperienza criminale romana*, cit., p. 14.

los delitos considerados graves, debido a que el Senado no lograba aplicar medidas de represión que sean adecuadas para hacer frente a las quejas de los provinciales¹⁶.

Ahora bien, a diferencia de las *quaestiones extraordinarie*, en las *quaestiones perpetuae* el proceso penal fue de tipo acusatorio¹⁷ y su conformación estuvo reservada durante mayor tiempo dentro de la competencia del Senado. En sus inicios dichos tribunales se encargaron del procesamiento de los *crimenes repetundae* según el sistema instaurado con la *Lex Calpurnia*, es decir, la composición de los tribunales se realizaba caso por caso y de acuerdo con la lista de jueces del Senado. De esta manera, las *quaestiones perpetuae* se instauraban para que se realice el juzgamiento contra magistrados o gobernadores provinciales por haber cometido corrupción electoral (*crimen de ambitus*), *crimen maiestatis*, haber malversado o si el funcionario se apropió de fondos públicos (*crimen peculatus*)¹⁸.

Luego se produjo la generalización y sistematización de las *quaestiones perpetuae* durante tres etapas. La primera de ellas, que es la de su instauración, se produce durante las reformas gracas en que entró en vigor el que es considerado el primer tribunal permanente con base en la *Lex Acilia repetundarum*; la segunda etapa, la de su consolidación, se da en la época de Sila; y, la tercera, en la cual se sistematizan los tribunales permanentes, corresponde a la época de Augusto con la promulgación de la *Lex iulia iudiciorum publicorum*.

Por razón del carácter acusatorio de las *quaestiones perpetuae*, el proceso podía ser iniciado a instancia de cualquier ciudadano que actuaba en representación del interés público afectado por el crimen, para lo cual debía primero ejercitar la llamada *postulatio*, que era evaluada por el magistrado. Si se cumplían los requisitos legales se procedía con la denominada *nominis delatio*, esto es, se formulaba la acusación y se emitía la *nominis receptio*. Luego de formulada la acusación se iniciaba el periodo de debate en el que imperaba la iniciativa de las partes, así, se escuchaban las alegaciones

¹⁶ Santalucia, B., *La giustizia penale in Roma antica*, Il Mulino, Bolonia, 2013, p. 57.

¹⁷ Véase, Barona Vilar, S., *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 59-65.

¹⁸ Robles Velasco, L., “La lucha contra la corrupción en la República romana. Una interpretación sobre la obra ciceroniana ‘*De officiis*’”, en *Revista de Derecho, empresa y sociedad*, n.º 11, época II, Dykinson, 2017, pp. 114-115.

de las partes acusadora y acusada, se actuaban las pruebas; por ejemplo, los testigos eran sometidos a un interrogatorio cruzado, en el cual el acusador interrogaba a los testigos de cargo y el acusado hacía lo suyo con la finalidad de obtener una declaración en favor de su defensa¹⁹. Finalmente, el tribunal decidía la culpabilidad o inocencia del acusado, tal decisión era declarada por el magistrado, quien no contaba con derecho a voto²⁰.

En relación con el uso del término delación en los tiempos de las *quaestiones perpetuae*, destacamos que los términos “delación” o “delator” eran utilizados en un sentido diferente al contemporáneo²¹, puesto que el delator era quien ejercía la *nominis delatio*. Para ello, debía cumplir primero con la *postulatio*, la cual, como hemos mencionado, se ubica en las fases previas al juzgamiento. En la *postulatio*, el ciudadano debía requerir su admisión como acusador (*delationem nominis postulari*) de otra persona (*nominis deferendi potestas*)²², y dicho requerimiento era presentado ante el magistrado competente para verificar si cumplía o no con los requisitos legales de admisión para poder formular por escrito la *nominis delatio*. La *nominis delatio*, de acuerdo con los textos de Cicerón, significaba también *accusatio*²³, con la cual no solo se determinaba la competencia de la *quaestio*²⁴, sino que, a la vez, permitía garantizar el derecho del acusado a conocer los cargos imputados²⁵.

¹⁹ Santalucía, B., *La giustizia penale in Roma antica*, cit., p. 73.

²⁰ Trillo Navarro, J. P., “El fiscal: Acusar o instruir en la C. E. de Roma a la reforma de la LECrim”, en *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 3, 2005, p. 29.

²¹ Véase Silverio, E., “Indices, delatores e accusatores. Questioni terminologiche relative a ‘delatori’, ‘correi dissociati’ e ‘collaboratori di giustizia’”, en *Bolletino della unione storia ed arte, Unione storia ed arte*, n.º 6, Roma, 2011, p. 262.

²² Núñez, S., “Cicerón, el caso Roscio y la *Lex Cornelia de proscriptione*”, en *AnMaL*, XXXIV, n.º 2, 2011, p. 471.

²³ García Camiñas, J., *Delator: Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, Velograf S. A., Santiago de Compostela, 1984, p. 13. Este autor resalta dos fuentes ciceronianas, la primera la Pro Roscio Amerino 10, 29 y 44, 132: “*Ut nomen huius de parricidio deferren, ut and eam rem aliquem accusatorem veretem compararen*”, “*Chrysogonum, qui Sex. Rosci nomen deferredum curavit, cuius honoris causa accusare se dixit, Erucius?...*”.

²⁴ García Camiñas, J., *Delator: Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, cit., p. 59.

²⁵ De Castro-Camero, R., *El crimen maiestatis a la luz del Senatus consultum de CN. Pisone Patre*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000, p. 163.

Adicionalmente, dada la configuración acusatoria de las *quaestiones perpetuae*, quedaba excluida la posibilidad de incoación de oficio y las obligaciones del acusador le correspondían al ciudadano que formulaba la acusación. Sobre el particular, el ejercicio de la acusación era un derecho del ciudadano dañado por el delito, quien se convertía en acusador dentro del proceso penal iniciado²⁶. Al respecto, García Camiñas manifiesta que la acción de los *delatores* se ejecutaba con los *deferre*, en función de los cuales formula una tipología basada en la autoridad de destino: *ad aerarium*, *ad magistratum*, o *ad senatum*²⁷. Así pues, *deferre* significaba literalmente “denunciar”²⁸, que era el acto realizado por los delatores en contra de otro poblador y, para hacer referencia a la persona denunciada, se utilizaba el término *nomen*, razón por la cual se destaca en la doctrina romanista la unión de ambos términos que conforman la palabra: *nomen deferre*.

En cuanto a ello, Santalucia señala que el *nomen deferre* era utilizado en dos sentidos: por un lado, el técnico que aludía al acto para dar inicio al proceso; y, por el otro, el sentido coloquial que se usaba normalmente para referirse a la comunicación a la policía de un hecho delictuoso: “¡te denuncio!”²⁹. Con base en ese uso técnico, los *deferre* tenían como objeto tanto a los hechos vinculados con los asuntos criminales como los tributarios o fiscales (*delatores fiscales*), respecto de lo cual se precisa que los hechos penales delatados en su mayoría eran de competencia de las *quaestiones perpetuae*³⁰.

Santalucia menciona que, con la *nominis delatio*, el ciudadano que promovía el proceso criminal era denominado *acusador* o *delator*³¹. Dicha función de acusación

²⁶ Véase Fernández Barreiro, A., “Democracia griega y República romana: La cultura jurídica como elemento diferenciador y su proyección en el derecho público europeo”, en *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 13, La Coruña, 2009, p. 186.

²⁷ García Camiñas, J., *Delator: Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, cit., p. 8.

²⁸ Mommsen, T., *Derecho penal romano*, Temis, Bogotá, 1999, p. 250.

²⁹ Véase Santalucia, Bernardo, *Studi di diritto penale romano*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1994, p. 137.

³⁰ García Camiñas, J., *Delator: Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, cit., p. 50.

³¹ Santalucia, B., “Osservazioni su Cicerone II *In Verrem* 1.155-157”, en *Fundamina*, n.º 20 (2), 2014, p. 831.

aparece descrita, por ejemplo, en la distribución de los tiempos de intervención regulados en la *Lex Ursonensis*. Así pues, este cambio de *status procesal* estaba determinado por la emisión de la *nomen recipere*, que admitía la *nominis delatio*³²; de tal manera que, a partir de dicho momento, el ciudadano delator debía cumplir las funciones y obligaciones del acusador. Por otro lado, en lo que se refiere a los premios que recibían los delatores convertidos en acusadores, esta posibilidad de obtención de beneficios se sustentaba en la finalidad de promover que los ciudadanos participasen en la persecución de los delitos, lo cual generaba también el riesgo que se formularan acusaciones falsas motivadas por el mero deseo de obtener ventajas, tales como las sumas de dinero, concesión de ciudadanía, exención del servicio militar, etc.³³. Ante ello, la entrega de los premios estaba condicionada al resultado victorioso de la acusación y, además, se regularon mecanismos para evitar las acusaciones calumniosas (juramento).

Por último, el análisis de los premios que se otorgaban por las delaciones durante las *quaestiones perpetuae* permite, como ya hemos adelantado, diferenciar la figura del *delator* respecto del *indice* en función de la participación en el crimen y la expectativa premial. Petracchia manifiesta que en la época de las *quaestiones perpetuae* los *indices* eran utilizados para combatir los “delitos cometidos en forma asociativa y que gravemente lesionaban el orden social, por lo que se permitía la denominada *chiamata di correità*”³⁴, a través de la cual aquellas personas que habían intervenido en tales ilícitos penales podían delatar a los otros partícipes a cambio de un premio³⁵.

³² De acuerdo con la descripción realizada por García Camiñas, el acusador [el delator] tenía cuatro horas para exponer su acusación. Véase García Camiñas, J., *Delator: Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, cit., p. 69.

³³ Solidoro, L., “Alle origine del garantismo: note introduttive”, en AA.VV., *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Giappichelli, Turín, 2016, pp. 16-17.

³⁴ Petracchia, M. F., *Indices e delatores nell'antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, Edizioni Universitarie di Lettere, Economia, Diritto, Milán, 2014, p. 36.

³⁵ Por ejemplo, se puede citar el Digesto 29, 5, 3, 14: “*Utrum autem is solus videatur iudicasse vel arguisse, qui ad hoc prosilit ultro, an etiam is, qui, cum accusaretur, ipse detorsit in alium crimen? Et magis est, ut ille hoc praemio dignus sit, qui ultro ad accusationem prosilit*”. La traducción asumida de este pasaje es: “¿Acaso se entenderá que descubrió la muerte del señor el que la descubrió espontáneamente, o también el que, siendo acusado, acusó a otro del mismo delito? Es cierto que es digno de este premio el que se presentó para acusar espontáneamente”. Véase, Gómez Marín, M./Gil y Gómez, P., *Cuerpo del derecho civil ó sea Digesto, Código, Novelas é Instituta de Justiniano en castellano y latín*, Ramón de Vicente, t. II, Madrid, 1874, p. 388.

Sobre el particular, Russo Ruggeri destaca que durante las *quaestiones perpetuae* la negociación con el arrepentido delator se encontraba regulada y admitida, para lo cual se concedió atribuciones al presidente de las *quaestiones* para que negociase la información del hecho delictuoso a cambio de las medidas premiales previstas en las leyes constitutivas de estos tribunales permanentes³⁶. Asimismo, un rasgo que resulta importante resaltar es que la conducta de los *indices* debía ser voluntaria³⁷.

En resumen, durante este periodo, primero los términos *index* y *delator* recibían un tratamiento diferenciado, toda vez que el *delator* solo debía cumplir el presupuesto de conocer el hecho delictivo que ponía en conocimiento de las autoridades romanas para obtener un premio a cambio de la información, siempre que defendiera la acusación y obtuviera un resultado favorable en el proceso³⁸. Posteriormente, el uso de los delatores fue reglamentado durante las reformas silanas, tiempo en el que ya se advierte la homogenización entre los términos *delator* e *index*, en específico, al denominado *index simple* que no correspondía al partícipe de un delito grave cometido de forma asociativa.

³⁶ Russo Ruggeri, C., *Indices e indicia. Contributo allo studio della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell'esperienza criminale romana*, cit., p. 105.

³⁷ Ello se puede advertir en el siguiente pasaje de Ulpiano en el Digesto 48, 18, 1, 26, en el que se menciona la necesidad de espontaneidad y que la acción no tenga únicamente por fundamento el haber sido acusado ni la finalidad de calumniar a otro: “*Quum quis latrones tradidit, quibusdam Rescriptis continetur, non debere fidem haberi iis in eos, qui eos tradiderunt; quibusdam vero, quae sunt pleniora, hoc cavetur, ut no dextricte non habeatur, ut in ceterorum persona solet, sed causa cognita aestimelur, habenda fides sit, noene; plerique enim; dum metuunt, no forte apprehensi eos nominent, prodero eos solent, scilicet impunitatem sibi captantes, quia non facile iis indicantibus proditores suos creditor. Sed neque passim impunitas iis per huiusmodi proditones concedenda est, neque transmittenda allogatio dicentium, idcirco se oneratos, quod eos ipsi tradidissent; neque enim invalidum argumentum haberi debet mendacii, sive calumniae in se instructae*”. La traducción asumida de este pasaje es: “Se expresa en algunos rescriptos, que á los que entregáron á los ladrones, no se les debe dar crédito en quanto á lo que declaróron contra ellos. En otros rescriptos que son más extensos, se previene que esto no se ha de entender tan rigurosamente como se acostumbra respecto los demás, sino que con conocimiento de causa se ha de determinar si se ha de dar crédito ó no. Los más temiendo que no se presenten los que cogiéron, los suelen presentar procurando disculparse; porque no se cree fácilmente á los denunciadores que los presentan. Pero no se los ha de declarar por libres por semejantes presentaciones, ni se les ha dar traslado de las declaraciones, porque están obligados por haberlos entregado; ni se debe tener por de ningún valor la declaración que contiene falsedad, ó hecha por causa do calumnia” [sic.]. Véase, Gómez Marín, M./Gil Y Gómez, P., *Cuerpo del derecho civil ó sea Digesto, Código, Novelas é Instituta de Justiniano en castellano y latín*”, cit., t. III, p. 688.

³⁸ Valga como ilustración el discurso de Cicerón en defensa de Sexto Roscio Amerino: “Ese mismo, hace tres días, envió a la cárcel a unos ciudadanos romanos, decretó una acción de gracias en mi nombre y, en el día de ayer, dispensó las más altas recompensas a los delatores. A nadie le cabe ya la menor duda sobre cuál es el parecer, en todo el asunto y en toda la causa, del que decretó cárcel para el acusado, felicitaciones para el magistrado instructor y recompensa para el delator”. Cicerón, *Discursos*, t. V, Gredos, Madrid, 1995, p. 379.

b) *La cognitio extra ordinem*

La evolución de la justicia criminal en Roma estuvo marcada por los vaivenes de la política romana; por ello, cada vez que variaba la orientación de los gobernantes se reformaba también la configuración del proceso penal. Por ejemplo, el paso de las *quaestiones extraordinarie* a las *quaestiones perpetuae* tuvo como finalidad terminar de excluir la participación de la asamblea (*iudicia populi*) para tener un mayor control en la persecución de los delitos considerados de mayor valor político.

De igual manera sucedió con los tribunales permanentes, cuyas reformas agregadas no fueron suficientes para lograr la aprobación del poder político, tampoco las reformas silanas con el retorno de la facultad del Senado para la selección de los integrantes de los tribunales ni la sistematización efectuada por Augusto con la *Lex iudicium publicorum*. Por el contrario, primaba la necesidad política de que la conformación de los tribunales dependa del poder central, a lo cual se sumaban problemas de carácter técnico (imposibilidad legal de la acumulación de procesos)³⁹.

Entonces, las *quaestiones perpetuae* fueron desapareciendo debido a que el poder imperial buscaba que el *princeps* tuviera influencia directa en la persecución criminal⁴⁰. Barona Vilar precisa que “con la *cognitio* se aseguraba políticamente una respuesta más incisiva y eficaz⁴¹, esta nueva orientación política fue sustentada en la necesidad de mayor rigurosidad en la defensa de la comunidad ante los crímenes de la época, que era satisfecha con el *ordo iudiciorum*, razón por la cual debía estructurarse un procedimiento penal menos formal que permita, nuevamente, la elasticidad en la aplicación del derecho creado por el príncipe⁴². Dicho proceso fue la *cognitio extra*

³⁹ Santalucia, B., *Studi di diritto penale romano*, cit., p. 104.

⁴⁰ Fernández de Buján lo califica de “absolutismo imperial”, dado que la imposición política de los emperadores en el proceso penal significó para la época una pérdida o retroceso de los avances en cuanto a la independencia judicial que era un rasgo característico del proceso penal durante la República. Véase, Fernández de Buján, A., “La legislación de Augusto”, en *Gerión*, vol. 35, 2017, p. 93.

⁴¹ Barona Vilar, S., *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, cit., p. 67.

⁴² Albuquerque Sacristán, J., “Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio acerca de la prestación de alimentos en el derecho romano”, en *AFDUDC*, n.º 10, 2006, p. 14.

ordinem, cuyo nombre contiene el término “extraordinario” debido a que surgió y se desarrolló al margen del sistema procesal que regía en los tribunales antiguos⁴³.

El nuevo procedimiento cognitorio se regía por la voluntad central del emperador, quien tenía el poder para avocar su propio tribunal en el procesamiento de crímenes de lesa majestad o contra funcionarios públicos y también delegaba la jurisdicción en los gobernadores provinciales⁴⁴. En este último supuesto, el emperador se reservaba la posibilidad de conocer la causa en apelación e igualmente se excluía el *ius provocationis*. Así, la delegación de jurisdicción habilitaba a los gobernadores provinciales para decidir sobre la culpabilidad y la imposición de la pena al acusado con base en las diferentes circunstancias subjetivas u objetivas⁴⁵, sin que existiese un criterio predeterminado, lo cual era la manifestación de la elasticidad en la pena que buscaba el poder imperial.

En suma, durante la época imperial el procedimiento habitual fue la *cognitio extra ordinem*⁴⁶, que se configuró según el modelo inquisitivo, esto es, ya no se requería de la acusación, sino que se iniciaba de oficio, se redujo la publicidad y todo el desarrollo del proceso estaba a cargo del magistrado⁴⁷, a quien correspondía la investigación y la determinación de la culpabilidad o inocencia.

En lo concerniente a la utilización de la delación durante la *cognitio extra ordinem*, los delatores, en principio, ya no eran indispensables para la iniciación del proceso, porque la *cognitio* podía ser incoada de oficio. No obstante, las delaciones sí cumplieron un papel importante como denuncias de ciudadanos privados que daban

⁴³ Santalucía, B., *La giustizia penale in Roma antica*, cit., p. 92.

⁴⁴ Valpuesta Bermúdez destaca que con la actividad judicial de las provincias se determinó la generalización del procedimiento cognitorio. Véase, Valpuesta Bermúdez, M., “El *civis* frente al proceso criminal romano: Una reflexión sobre las garantías procesales en la *Cognitio extra ordinem*”, Periñan Gómez, B., *Derecho, persona y ciudadanía*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 220.

⁴⁵ Olmo López, R., “La actividad judicial de los gobernadores provinciales a partir de las Actas de los Mártires”, en *Anesteria*, n.º 1, 2012, p. 186.

⁴⁶ Alija Fernández, R., *La persecución como crimen contra la humanidad*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011, p. 46.

⁴⁷ Trillo Navarro, J. P., “El fiscal: Acusar o instruir en la C. E. de Roma a la reforma de la LECrim”, cit., pp. 33-34.

fundamento a la acusación⁴⁸ contra crímenes de interés político. Cabe precisar que no nos referimos a delitos políticos, sino a los crímenes que el poder central deseaba que se sancionaran con rigidez; en consecuencia, el tratamiento de las delaciones sufrió un vuelco técnico y, a la vez, político, motivado por la confluencia del poder político y el funcionamiento inquisitivo de la *cognitio extra ordinem criminale*, en la que se manifestaba la injerencia del emperador en la actividad de persecución de los hechos delictuosos.

El término *delator* aludía estrictamente a la persona que denunciaba para que se iniciara la *cognitio extra ordinem criminale*. En ese sentido, Petrucci sostiene que la valoración negativa contra la delación no se produjo desde su concepción original, sino con el devenir de la época imperial en que su finalidad fue distorsionada por algunos ciudadanos que delataban con fines espurios para satisfacer sus venganzas personales e interés de enriquecerse a costa de los resultados que obtendría la Administración una vez que los delatados sean declarados culpables.

Ahora bien, la voluntad imperial de promover las delaciones por los delitos de su interés (lesa majestad) y las ansias personales de algunos ciudadanos conllevó a la distorsión de la delación. La estructura inquisitiva de la *cognitio extra ordinem* servía para lograr el objetivo imperial incrementando la presencia de delatores, quienes solo informaban a los órganos jurisdiccionales de la comisión del crimen sin necesidad de que se constituyeran en acusadores, lo cual significaba una menor obligación para su actuación, de modo que los delatores eran “simples informantes, no acusadores en sentido técnico (sometidos, en cuanto tales, a las acciones previstas contra quien promovía una acusación con dolo o la abandonaba injustificadamente)”⁴⁹.

Lo dicho hasta aquí, con la descripción de ambos procedimientos penales romanos, permite afirmar que el uso diferenciado de las palabras *index* y *delator* tuvo mayor incidencia en los tiempos de las *quaestiones perpetuae*. Para ser más específico, recordemos el doble sentido del término *index*; primero, en su sentido técnico se refería al arrepentido delator, mientras que en un sentido simple aludía al mero *delator* (*simple*

⁴⁸ Véase Schiavone, A (dir.), *Storia del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 283.

⁴⁹ Santalucia, B., *Derecho penal romano*, cit., p. 113.

index)⁵⁰, a partir de cuya delación se incoaba el procedimiento criminal, en el cual el delator debía constituirse en acusador debido a la configuración acusatoria. Por el contrario, en los tiempos de la *cognitio extra ordinem* ya no había necesidad de la conversión del delator en acusador, porque bastaba con su delación para iniciar el procedimiento penal, razón por la cual fue considerada una herramienta eficaz del poder imperial para enfrentar los crímenes de lesa majestad. Una consecuencia de esta variación técnica fue el uso indiferenciado de los términos *delator* e *index* (en su sentido simple) para aludir a quien solo delataba el hecho sin mayor participación procesal, de tal modo que la colaboración –en sentido general– de ambos sujetos se cumplía con la mera transmisión de información del hecho delictuoso⁵¹.

Hay que mencionar, además, que, sumado a la referida homogenización terminológica, durante el principado y en la vigencia de la *cognitio extra ordinem*, se produjo la degradación de las delaciones debido a que se desvirtúa la motivación de participar en la persecución de los delitos. Así pues, durante el gobierno del emperador Tiberio, la política imperial de promoción de las delaciones para evitar las conspiraciones conllevó a que primara el interés por las recompensas, motivo por el cual las delaciones llegaron a ser utilizadas como instrumentos de venganzas y búsqueda de enriquecimiento personal. Como consecuencia, se generó una oscuridad en la administración de justicia romana; tan es así que Petracchia resume que “algunos acusados, apenas recibían la citación y seguros de su condena, se quitaban la vida para fugar de la tortura y el deshonor”⁵².

Ante tal situación, Silverio destaca la existencia de posturas duras contra las delaciones calumniosas⁵³; sin embargo, había una relación muy estrecha entre el emperador y los delatores. El emperador se veía favorecido con el incremento de los

⁵⁰ Petracchia, M. F., *Indices e delatores nell'antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, cit., p. 16.

⁵¹ Cerami, P./Di Chiara, G./Miceli, M., *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Giappichelli Editore, Turín, 2003, p. 263.

⁵² Petracchia, M. F., *Indices e delatores nell'antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, cit., p. 21.

⁵³ Silverio, E., “Indices, delatores e accusatores. Questioni terminologiche relative a ‘delatori’, ‘correi dissociati’ e ‘collaboratori di giustizia’”, cit., p. 267.

delatores, porque le permitía fortalecer su presión política mediante la persecución criminal; mientras que los *delatores* eran beneficiados de los reconocimientos, promociones y riquezas⁵⁴. Además, se fortaleció la aplicación de la *Lex Iulia Maiestatis*, porque con más delaciones se aseguraba una mayor persecución de los *crimines de lesa majestad*, por lo que, con la finalidad de fortalecer el sistema de delaciones en la ley mencionada, se estableció “como premio parte de los bienes confiscados a los condenados”⁵⁵. Al respecto, Mommsen, de parecer diferente, menciona que durante el gobierno de Tiberio se rechazó una propuesta de reforma que tenía como objetivo restringir la entrega de premios a los acusadores y destaca que “solamente se otorgaban [los premios] en el procedimiento acusatorio verdaderamente tal; y a lo que parece, en los tiempos posteriores del Imperio, aun en este procedimiento se concedían raras veces”⁵⁶.

En consecuencia, la delación perdió su valor primario de herramienta de persecución penal en favor de la comunidad y se convirtió en un arma política del emperador⁵⁷, porque le permitía un mayor control en la persecución penal al poder conocer más infracciones penales. Fanizza destaca que la distorsión de los objetivos institucionales de la delación le impregnó de arbitrariedad, por lo que las disposiciones legales que la regulaban no servían para garantizar la limitación del ejercicio del poder imperial que era un principio que regulaba su utilización⁵⁸.

⁵⁴ Petracchia, M. F., *Indices e delatores nell'antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, cit., p. 21. Así, por ejemplo, en el pasaje de Marciano del Digesto 49, 14, 18, 3, se puede advertir que para lograr una efectividad de las delaciones se restringía la posibilidad de que ciertos condenados puedan actuar como delatores: “Item Constitutionibus Principum prohibentur deferre illi, qui in metallum dati sunt; hoc ideo, ne desperati ad aelalionem facile possint sine causa confugere”. La traducción asumida de este pasaje es: “Por las constituciones de los Príncipes se prohíbe que delaten los que fueron condenados a las minas de metal; porque fácilmente como desesperados pueden delatar sin causa” [sic.]. Véase, Gómez Marín, M./Gil Y Gómez, P., *Cuerpo del derecho civil ó sea Digesto, Código, Novelas é Instituta de Justiniano en castellano y latín*, cit., t. III, p. 735.

⁵⁵ Véase Santos Yanguas, N., “Acusaciones de alta traición en Roma en época de Tiberio”, en *Memorias de historia antigua*, n.º 11-12, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1990-1991, pp. 167-198.

⁵⁶ Mommsen, T., *Derecho penal romano*, cit., p. 321.

⁵⁷ Petracchia, M. F., *Indices e delatores nell'antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, cit., p. 43. Por su parte, Russo Ruggeri señala que la participación directa de los emperadores, quienes garantizaban la concesión de los premios o impunidad, en la negociación de la colaboración es un rasgo del uso político de las medidas premiales. Russo Ruggeri, C., *Indices e indicia. Contributo allo studio della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell'esperienza criminale romana*, cit., pp. 150-151.

⁵⁸ Fanizza, L., *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, cit., pp. 38-39.

1.2 La delación en el procedimiento inquisitorial

El segundo momento histórico seleccionado en la evolución de la delación, se trata del procedimiento criminal durante la Inquisición⁵⁹. Cabe señalar que no podemos obviar la utilización de la delación por parte de la Inquisición, a pesar de que ello pueda generar su valoración negativa, porque el Tribunal de la Inquisición simboliza la intolerancia por la imposición de una creencia, el uso de la violencia y la vulneración de derechos⁶⁰. Además, no cabe duda, como describe Cardini, que debido a la influencia de los medios de comunicación la palabra inquisición genera en el imaginario popular el recuerdo de escenas de torturas y hogueras, que han sido realizadas, según él, sin contar con información objetiva que permita una comprensión histórica libre de prejuicios⁶¹.

Sin embargo, corresponde realizar un análisis desde un enfoque jurídico-procesal. Así pues, el procedimiento inquisitorial se caracterizaba por la búsqueda de la máxima eficiencia en un entorno procedimental secreto⁶², por ello la delación cumplía una función técnica que consistía en la comunicación de los hechos considerados como crímenes contra la fe⁶³. Así la encontramos descrita en el vocabulario elaborado por Juan Antonio Llorente, quien señala que es el “aviso que se da al Santo Oficio de los hechos o dichos que sean o parezcan ser contrarios a la fe católica, o al libre y recto ejercicio del tribunal de la Inquisición”⁶⁴.

⁵⁹ Una descripción histórica del surgimiento de la Inquisición y en específico de la Inquisición española se encuentra en Barona Vilar, S., *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, cit., pp. 129-156.

⁶⁰ Melchor y Lamanette, F., *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, pp. 73-74.

⁶¹ Cardini, F., *L'inquisizione*, Giunti, Firenze, 1999, p. 3.

⁶² Kamen, H., *L'inquisizione spagnola*, Feltrinelli Editore, Milán, 1973, p. 181.

⁶³ De manera general, Baigent y Leigh señalan que, una vez instaurada la Inquisición, esta desarrolló diversos métodos de tenor intimidatorio con la finalidad de lograr un control eficaz sobre la población, ver Baigent, M./Leigh, R., *L'inquisizione. Persecuzioni, ideologia e potere*, Net, Milán, 2004, p. 47.

⁶⁴ Llorente, J.A., *Historia crítica de la inquisición en España*, Hiperión, t. I, Madrid, 1980, p. 23.

En cuanto a la incoación del procedimiento inquisitorial⁶⁵, este se podía iniciar ya sea por una intervención directa de la Inquisición o por la *delación*, incluso, los ciudadanos podían formular acusación. Pero existía una diferencia entre quien acusaba y el delator, que consistía en que quien ejercía la delación no necesariamente se convertía en una parte procesal, sino que tan solo delataba el hecho ante la Inquisición y esta ponía en marcha el denominado “aparato inquisitorial”⁶⁶. Al respecto, Eymerich señala que el inquisidor preguntaba al delator si se constituiría en acusador o si deseaba tan solo denunciar el hecho con las consecuencias jurídicas que ello implicaba, dado que, si deseaba ser acusador estaría sujeto a la ley del talión, pero la mayoría optaba por la función de delator⁶⁷.

De este modo, como la delación era un método más efectivo para lograr un mayor número de procesos, se convirtió en el instrumento por excelencia para la persecución criminal de los herejes. Como señala Gui, normalmente estos no reconocían o confesaban, lo cual hacía riesgoso capturarlos sin contar con testimonios que fueran suficientes para demostrar la herejía cometida⁶⁸, por lo que, recibida la delación, esta se registraba en un documento que daba sustento al accionar de oficio del inquisidor y era incorporada en el sumario en adición a la declaración del acusado.

En este procedimiento se destacan tres instrumentos, los cuales son: el *edicto de gracia*, el *edicto de delaciones* y el *edicto de los anatemas*. El primero tenía como objeto la autodenuncia a cambio de recibir la absolución. Para ello, los herejes arrepentidos de manera voluntaria confesaban su infracción dentro del llamado “tiempo de gracia” que, de acuerdo con Brambilla, constituía una fase preliminar diferente a la fase procesal penal o “tiempo de justicia”, en la que los frailes aún no actuaban como jueces penales, sino como confesores que absolvían a los arrepentidos. Esta fase se

⁶⁵ Dezza destaca como un elemento de difusión del procedimiento inquisitivo al desarrollo de formas procesales paralelas para su inicio. Ver, Dezza, E., *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, Pavía, 2013, p. 14.

⁶⁶ Martínez Peñas, L., “Aproximación al estudio de la denuncia o delación como inicio del proceso inquisitorial”, en *Anuario de historia del derecho español*, t. LXXV, Madrid, 2015, p. 123.

⁶⁷ Eymerich, N., *Manuale dell'inquisitore. A. D. 1376*, Piemme, Casale Monferrato, 2000, p. 132.

⁶⁸ Ver, Gui, B., *Manuale dell'inquisitore. Medioevo: eresie alla sbarra*, Claudio Gallone Editore, Milán, 1998, p. 5.

denomina “inquisición religiosa” para diferenciarla de la “inquisición penal”, que era una segunda fase de naturaleza penal conforme al rito romano; además, el edicto de gracia también condicionaba la concesión de la absolución a los herejes arrepentidos con la delación de los otros intervinientes en el acto contra la fe⁶⁹.

El segundo, *edicto de delaciones*, cumplía con la finalidad de que los cristianos delataran a los herejes dentro de un plazo de seis días; y, el tercero, *edicto de anatemas*, contenía la consecuencia aplicada contra los cristianos que no hubieran cumplido con la delación, esto es, servía como una amenaza para que todos los cristianos “buenos” cumplan con denunciar ante el Santo Oficio todos los “errores”, término de la inquisición que alude tanto a la herejía como a otras infracciones, que tengan conocimiento para que sean los *calificadores* quienes emitan la opinión de iniciar el procedimiento⁷⁰.

De los tres instrumentos mencionados, el *edicto de delaciones* es definido técnicamente por Juan Llorente como “el que se lee todos los años un domingo de cuaresma en una iglesia del pueblo en que hay un tribunal de Inquisición, con asistencia de los inquisidores, imponiendo el precepto de denunciar al Santo Oficio a las personas de quienes se sepa o haya llegado a entender que han hecho o dicho algo contra la fe o la Inquisición dentro de seis días”⁷¹. En aquel entonces la sanción contra la no delación era la excomulgación, con ello se concretaba la amenaza contra los cristianos que no habían delatado al hereje aun sabiendo de la realización del acto contra la fe, ya sea que lo hayan conocido por cuenta propia o porque lo presumieran. Dicha sanción era leída con el mencionado *edicto de anatemas*⁷², lo cual provocó un clima de temor y sospecha dentro de las comunidades entre los vecinos o socios, a tal punto que, para evitar los

⁶⁹ Brambilla, E., *Alle origini del Sant’Uffizio. Penitenza, confessione e giustizia spirituale dal medioevo al XVI secolo*, Il Mulino, Bolonia, p. 108.

⁷⁰ Turberville, A. S., *L’inquisizione spagnola. La storia obiettiva e imparziale di un tragica istituzione*, Feltrinelli Editore, Milán, 1965, p. 73.

⁷¹ Llorente, J. A., *Historia crítica de la inquisición en España*, cit., p. 23. En la doctrina se encuentra también con el nombre de *edicto de fe*. Véase García Marín, J. M.^a, “Proceso inquisitorial-proceso regio. Las garantías del procesado”, en *Historia. Instituciones. Documentos*, n.º 27, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000, p. 77.

⁷² Dedieu, J., “Denunciar-denunciarse. La delación inquisitorial en Castilla la Nueva en los siglos XVI-XVII”, en *Revista de la Inquisición*, n.º 2, Madrid, 1992, p. 99.

castigos de la Inquisición se produjeron, según Baigent y Leigh, desde autodelaciones hasta confesiones en masa de comunidades impulsadas por la angustia y el terror⁷³.

En cuanto a la actuación de la delación en el procedimiento inquisitorial, en primer orden, los delatores no se constituían en partes procesales; por tanto, una vez que delataban, quien asumía la función de acusador era el promotor fiscal, quien tenía a su cargo la presentación de la acusación y solicitaba, en los supuestos en que el acusado se negase a reconocer la imputación, que sus declaraciones sean sometidas a prueba⁷⁴. Así pues, Eymerich señala que la delación, para dar inicio al procedimiento inquisitorial, se efectuaba bajo juramento sobre los evangelios, en presencia de un notario y dos testigos que podían ser religiosos o creyentes. El delator declaraba sobre lo siguiente: a) el cómo conoció el hecho delatado; b) si el conocimiento del hecho es directo o indirecto; y c) quiénes le han revelado el hecho delatado; asimismo, con la finalidad de otorgar garantía de veracidad a la delación, el inquisidor preguntaba al delator si actuaba por motivos espurios (malicia, venganza, odio, etc.) o, incluso, si cumplía órdenes de otra persona; luego de ello, se tomaba un nuevo juramento de silencio o secreto de lo informado al inquisidor⁷⁵.

De esta manera, los delatores no tenían deber alguno de probanza, los inquisidores citaban a los testigos que hubieran sido mencionados por el delator en el orden de mayor conocimiento del hecho delatado; pero sí podían ser llamados como testigos⁷⁶, para lo cual se le otorgaba la medida de protección de su identidad. Además, respecto a los beneficios derivados de la delación, se daba la “posibilidad de percibir una parte de la pena pecuniaria pagada por el denunciado-condenado”⁷⁷; no obstante,

⁷³ Baigent, M./Leigh, R., *L'inquisizione. Persecuzioni, ideologia e potere*, cit., p. 183.

⁷⁴ Fernández Giménez, M.^a, “La sentencia inquisitorial”, en *Manuscrits: Revista d'història moderna*, n.º 17, 1999, pp. 126-130.

⁷⁵ Eymerich, N., *Manuale dell'inquisitore. A. D. 1376*, cit., pp. 135-136.

⁷⁶ García Marín, J. M.^a, “Proceso inquisitorial-proceso regio. Las garantías del procesado”, cit., p. 77. Por su parte, Eymerich indica que cuando los casos eran complejos los interrogatorios de los testigos se efectuaban de igual manera que en los procedimientos iniciados por acusación, de tal manera que los testigos declaraban bajo juramento, pero, si de su testimonio se advertía que eran sospechosos de haber cometido herejía o ayudado a su comisión podían ser arrestados. Ver ⁷⁶ Eymerich, N., *Manuale dell'inquisitore. A. D. 1376*, cit., pp. 139-147.

⁷⁷ Tomás y Valiente, F., *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, p.160.

para evitar las denuncias calumniosas, al igual que sucedió en Roma, durante la inquisición fueron castigados quienes formulaban denuncias falsas⁷⁸.

Con base en lo desarrollado, señalamos —desde una mirada histórica— que la delación ha sido una herramienta procesal que ha coadyuvado al cumplimiento de la finalidad pública de persecución de los delitos, porque la transmisión o aportación de información ha permitido que se investigue, acuse y sancione hechos delictuosos que, sin la intervención de los delatores, no habrían podido ser conocidos debido a las limitaciones propias del sistema de justicia penal.

1.3 La delación en época contemporánea

Como hemos descrito, en las postrimerías del Imperio romano la delación fue prohibida por haber sufrido un proceso de degeneración a consecuencia del ánimo político imperial y el interés de las personas que buscaban cumplir sus fines mezquinos por encima de la necesidad de combatir el crimen. Sin embargo, desde esa época el término *delator* podía usarse para referirse al mero comunicador del acto criminal o a quien se disociaba de la organización criminal, es decir, el *index específico*. Luego, la delación nuevamente surgió en la Inquisición, puesto que es innegable, desde un punto de vista técnico-procesal, que esta figura jurídica sirve para ampliar el ámbito de aprehensión fáctica de los sistemas de persecución penal.

Es así como la delación ha transitado durante la evolución del proceso penal hasta la actualidad, en la que se mantiene su doble sentido para referirse, por un lado, al simple delator y, por otro, al delator arrepentido. Por ejemplo, en Estados Unidos se puede encontrar la manifestación de ambos sentidos de la *delación* con la mencionada *False Claim Acts* y la *immunity witness*, las cuales constituyen medidas para combatir delitos caracterizados por su secreto y el involucramiento de los principales testigos, por lo que se recurre a la promesa de inmunidad y el *whistleblowing* para resolver la asimetría de información con una orientación “hacia enfoques basados en recompensas

⁷⁸ Martínez Peñas, L., “Aproximación al estudio de la denuncia o delación como inicio del proceso inquisitorial”, cit., p. 122.

(zanahorias), como alternativa o complemento a la disuasión basada en castigos (palos)”⁷⁹.

La primera, la *False Claim Act* es una muestra clara de la supervivencia de la delación en su sentido general, a través de la ejecución de la ya referida *qui tam*, pero que no tenía naturaleza penal; de modo que, tal como refiere Doyle, no son aplicables a los procedimientos de *qui tam* los derechos constitucionales propios de un procedimiento penal, en específico, los referidos al ejercicio de la defensa contenidos en la Sexta Enmienda, toda vez que se trata de un procedimiento de naturaleza civil. Distinto es lo que sucede con los otros derechos previstos en la Constitución americana que generan debate para su aplicación, pero que quedan reservados a un análisis del carácter punitivo que pueda tener la acción del gobierno⁸⁰.

Por otro lado, la *immunity witness* corresponde a la delación del arrepentido (delación en sentido específico), la cual data de la época colonial estadounidense, que luego fue incorporada con la finalidad que el delator pueda ser beneficiado con la impunidad a cambio de admitir su culpabilidad y revelar la identidad de los otros participantes⁸¹. Al respecto, Bauer señala que la regulación de leyes de inmunidad de testigos respondió a un equilibrio entre la necesidad de obtener evidencia con la declaración del testigo y la protección de la quinta enmienda, referida a la no autoincriminación, derecho intransferible y vigente también en los procedimientos diferentes al penal, que permite al testigo no declarar cuando considere que la información que vaya a aportar pueda ser utilizada posteriormente en su contra dentro de un proceso penal, por lo que la aprobación desde el siglo XIX de las leyes de *immunity* garantizaban que no se instaurarían procesos penales por los crímenes revelados con el testimonio⁸².

⁷⁹ Depoorter, B./De Mot, J., “Whistle Blowing: An Economic Analysis of the False Claims Act”, en *Supreme Court Economic Review*, vol. 14, 2006, p. 161.

⁸⁰ Doyle, CH., “Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes”, en *Congressional Research Service*, 2009, p. 23.

⁸¹ Aboso, G., *El arrepentido en el derecho penal premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, B de F, Buenos Aires, 2017, p. 11.

⁸² Bauer, W., “Reflections on the Role of Statutory Immunity in the Criminal Justice System”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 67, 1976, p. 144.

Es así como esta posibilidad reconocida al fiscal, también basada en la conjunción del derecho constitucional de no autoincriminación y el principio de separación de poderes⁸³, la encontramos desarrollada en la sentencia del caso *Brown vs. Walker*, en la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1896 confirmó la denominada *inmunidad transaccional* para garantizar la protección de los testigos, esto es, que no sean procesados por los delitos contenidos en sus testimonios⁸⁴.

Luego, en 1972 se encuentra la primera sentencia, caso *Kastigar vs. United States*⁸⁵, en la que se indicó que la inmunidad transaccional ofrecida al testigo que debía declarar de manera obligatoria sobre el delito cometido otorga una mayor protección que la misma Quinta Enmienda constitucional. Además, las interpretaciones de *Kastigar* llevan a sostener en la doctrina estadounidense que las leyes no deberían ser redactadas con base en una lógica protectora justificada por una simple desconfianza directa en las autoridades; por el contrario, habría que estar dispuestos a otorgar a las autoridades un nivel de poder que puedan infringir siempre y cuando no afecten derechos individuales⁸⁶.

Conviene precisar que el uso de la palabra *witness* no debería generar confusión terminológica con la delación en sentido específico, conforme la hemos tratado en el apartado correspondiente al derecho romano, puesto que la *immunity witness* no es aplicable a un simple testigo, sino a aquel que ha intervenido en el hecho criminal, a tal punto que su declaración puede generar una incriminación en su contra. De este modo, la figura estadounidense analizada sí está vinculada al delator en sentido específico (o como definiremos más adelante *arrepentido delator*), porque comprende la transmisión

⁸³ Landolfi, A., *La sintesi del processo penale negli Stati Uniti D'America*, CEDAM, Milán, 2021, p. 26.

⁸⁴ Israel, J. H./Lafave, W. R., *Criminal procedure. Constitutional Limitations in a nutshell*, West Academic, Minesota, 2014, pp. 446-447.

⁸⁵ Esta sentencia tuvo como objeto de pronunciamiento la disposición de inmunidad contenida en la Organized Crime Control Act de 1970, la cual, a la vez, contiene la Racketeer influenced and corrupt organizations act (RICO), que modificó el Título 18 del United States Code, considerada, según Morris, por diversos estados norteamericanos como una herramienta ventajosa para enfrentar la delincuencia organizada, debido a su flexibilidad y a su declarada constitucionalidad. Morris, D., "An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act", en *Akron Law Review*, vol. 15, 1982, p. 789. Shellie también destaca el factor de negociación en beneficio del agente criminal. Véase Schellie, P., "Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)", en *The Business Lawyer*, vol. 41, n.º 3, 1986, p. 1023.

⁸⁶ Macmahon, R., "Kastigar vs. United States: The Immunity Standard Redefined", en *The Catholic Lawyer*, vol. 18, n.º 4, 2017, p. 239.

del conocimiento de un hecho, la negociación y la concesión de un beneficio premial⁸⁷. Bernasconi manifiesta que la *immunity* no solo representa el intercambio de la inmunidad por la declaración del *state witness* contra sus cómplices, sino que constituye “un instrumento a menudo indispensable en el ejercicio de la acción penal contra las manifestaciones de la criminalidad basadas sobre formas de autoprotección en contra de la *law enforcement*”⁸⁸.

Todavía cabe señalar que la relevancia de la delación en la época contemporánea se ha basado en el uso de su sentido específico, es decir, como instrumento de lucha contra la criminalidad organizada. Incluso, actualmente, se ha vuelto a valorar su ámbito más general, esto es, como el mecanismo que sirve para lograr la mejora en la comunicación de hechos criminales, lo cual se ha dado por su importancia en el desarrollo de los procesos penales contra la corrupción cometida por una pluralidad de agentes.

De este modo, la evolución contemporánea de la delación ha estado vinculada con la criminalidad organizada; es así que, en Italia, su reaparición en el debate político procesal criminal se produjo con *il pentitismo* para luchar contra las mafias. A saber, los informes de las autoridades italianas reportaban actividades mafiosas desde el ochocientos que contenían las pugnas entre los grupos mafiosos, los códigos de conductas internas, la organización jerárquica, etc.; sin embargo, se carecía de material probatorio que permitiese a los magistrados dictar sentencias condenatorias. Esta situación no varió hasta la segunda mitad del novecientos y la revelación de Joe Valachi

⁸⁷ Así, Lloyd destaca que la Corte Suprema de Estados Unidos se ha pronunciado acerca de que la celebración de acuerdos con incentivos para los testigos que ejecuta la autoridad fiscal es una práctica permitida constitucionalmente, por lo que se ha “reconocido la vital importancia de tales acuerdos para asegurar el testimonio de testigos esenciales de delitos de conspiración”. Lloyd King, Jr., H., “Why prosecutors are permitted to offer witness inducements: A matter of constitutional authority”, en *Stetson Law Review*, vol. 29, 1999, p. 156. Sobre el particular, en la sentencia US. vs. Singleton se señala que las leyes de inmunidad establecen un marco sustantivo y procesal de negociación entre las autoridades fiscales y los posibles testigos, categoría que incluye a los acusados, puesto que el ofrecimiento de inmunidad es la única vía constitucional admisible para que se excluya el derecho a la no autoincriminación, por lo que el gobierno queda habilitado para negociar la declaración de testigos reacios a quienes les concede inmunidad a cambio de que colaboren en la investigación o enjuiciamiento de otros.

⁸⁸ Bernasconi, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Giuffrè Editore, Milán, 1995, p. 4.

en los Estados Unidos, quien es considerado el primer integrante de una organización criminal en revelar sus secretos⁸⁹.

Fue así como se revelaron las actividades criminales de la mafia siciliana que estaba presente en los Estados Unidos. Años después, en la Italia de los años 70, surgió la utilización de las palabras *pentito* y *pentismo* en la esfera de la lucha contra el terrorismo, que se expandió de manera general para enfrentar la criminalidad mafiosa⁹⁰. Esa primera ola de combate contra el terrorismo se debió a sus vínculos con la mafia, en concreto, la reacción desde 1979 contra personajes destacados en el movimiento antimafia⁹¹. Esta línea de desarrollo del *pentitismo* fue seguida en otros países europeos como España. Asimismo, fueron influidos países sudamericanos, en concreto el Perú, en el que las legislaciones premiales por colaboración tuvieron su primera aparición para enfrentar los movimientos terroristas durante la década de los ochenta para luego convertirse en una herramienta contra la corrupción y el crimen organizado.

Así pues, *il pentito* es el arrepentido italiano, definido por Musco como los “sujetos que confiesan sus propios crímenes y proporcionan a la autoridad informaciones necesarias para la reconstrucción del hecho y la individualización de los participantes en el delito”⁹². Indiscutiblemente, la definición citada nos remonta al *index* romano; sin embargo, tal como hemos desarrollado, producto de la homogenización terminológica, la categoría jurídica que corresponde aplicar es la de *delator arrepentido* o *delator en sentido específico*. Dentro de la legislación italiana resaltante en la materia se encuentra el art. 8 del Decreto Ley N.º 152/1991 convertido con la Ley N.º 203/1991, “*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell’attività amministrativa*”, que estableció el beneficio por la disociación delictiva en los casos asociaciones de tipo mafiosas (art. 416-bis CPI) y a la

⁸⁹ Lupo, S., “Alle origini del pentitismo: politica e mafia”, en Dino, A., *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l’opinione pubblica*, Donzelli Editore, Roma, 2006, pp. 113-116.

⁹⁰ D’amico, S., *Il collaboratore della giustizia*, Edizioni Laurus Robuffo, Roma, 1995, p. 42.

⁹¹ Lupo, S., *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Donzelli Editore, Roma, 1993, p. 216. Lupo describe como primer caso el asesinato de Cesare Terranova, quien luego de realizar una participación parlamentaria de crítica y exigencia de acción contra la mafia siciliana en julio del año 1979 retorna a la magistratura y es asesinado en septiembre de 1979.

⁹² Musco, E., “Los colaboradores de la justicia entre el *pentitismo* y la calumnia: problemas y perspectivas”, en *Revista Penal*, n.º 2, 1998, p. 35.

vez modificó el art. 4 bis de la Ley N.º 354/1975, “*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*”, prohibiendo que se conceda beneficios penitenciarios a los condenados por graves hechos de corrupción que no hayan colaborado con la autoridad judicial.

Ahora bien, posterior al caso *Tangentopoli*, encontramos dos normas italianas referidas a la aplicación de la disciplina de la colaboración procesal para los casos de corrupción, que son la Ley N.º 69, del 27 de mayo de 2015, “*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*”, con la que se introduce un párrafo en el artículo 623-bis del Código Penal, que regula la aplicación de la atenuante como premio para las conductas positivas que sirvan para evitar la actividad delictuosa, asegurar la prueba y obtener información de otros responsables⁹³; y, finalmente, la Ley N.º 3, del 9 de enero de 2019, “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*”, que ha incorporado con el nuevo artículo 323.ter al Código Penal la cláusula de no punibilidad para los casos de corrupción, sobre lo cual volveremos más adelante.

Lo dicho hasta aquí nos permite afirmar que, dentro de la tradición eurocontinental, el ordenamiento jurídico italiano constituye la principal fuente de comparación debido a su evolución en el uso de la colaboración de los arrepentidos delatores para combatir los tres principales fenómenos criminales contemporáneos, como son el terrorismo, el crimen organizado y la corrupción; los cuales demandaron la reacción del legislador italiano, quien recurrió al fortalecimiento de la delación en sentido específico como herramienta idónea para una persecución criminal eficaz.

Además, la figura del delator específico la podemos encontrar en Inglaterra con el *crown witness*, que es el testigo de la corona o traducido como el “testigo principal”, que se incorporó formalmente en el derecho penal inglés en el siglo XVI⁹⁴, pero se introdujo por vez primera durante el siglo XI, periodo en el cual dicho país fue

⁹³ Véase, Mongillo, V., “Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla Legge N. 69 del 2105”, en *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 12.

⁹⁴ Aboso, G., *El arrepentido en el derecho penal premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, cit., p. 9.

conquistado por los normandos luego de la batalla de Hastings en 1066, quienes instauraron un modelo centralizado de administración tanto judicial como administrativo⁹⁵. Se debe agregar que dentro del derecho inglés se ubica el *aprovement*, que es el antecedente de la mencionada *immunity witness*, tal como señala Bernasconi: “la recepción del *aprovement* en el ordenamiento estadounidense del siglo diecinueve delinea los contornos de un mecanismo que se presta a la negociación, en la lógica del *patteggiamento*, entre el fiscal e imputado”⁹⁶.

Así también, en Alemania, que si bien como califica Ruga “el premio por la colaboración procesal es históricamente extraña”⁹⁷, se encuentra la figura del *Krounzeuge*, que es la traducción al alemán de *crown witness*. Sobre el particular, Roxin y Schünemann señalan que desde el siglo XVI se discutía en Alemania sobre si la fiscalía podía garantizar inmunidad para que un interviniente en el delito participe como testigo clave en contra de sus cómplices, reconociendo que el *krounzeuge* proviene de la tradición inglesa llamándolo incluso ayudante del investigador (*Aufklärungsgehilfe*)⁹⁸. Pues bien, el *Krounzeuge* fue introducido en el ordenamiento jurídico germánico para la lucha contra el terrorismo; por tanto, servía como instrumento procesal destinado a “fomentar el abandono de las armas por parte de uno o varios miembros de una determinada organización terrorista y facilitar al mismo tiempo su reincorporación a la sociedad, eso sí previa colaboración de estos con los órganos policiales y/o judiciales”⁹⁹. Asimismo, el *Krounzeuge* se clasifica en función al nivel de la información que aporte, esto es, si solo aporta datos del delito en que ha participado o también respecto de otros hechos, estaríamos ante un *internet krounzeug* o *externer krounzeug*, respectivamente.

⁹⁵ Ferrari, G. F. (coord.), *Atlante di Diritto pubblico comparato*, Utet Giuridica, Milán, 2010, p. 7.

⁹⁶ Bernasconi, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, cit., p. 4.

⁹⁷ Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè Editore, Milan, 2002, p. 99.

⁹⁸ Roxin, C./Schünemann, B., *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, Múnich, 2017, p. 85. En la versión española se menciona como “ayudante en la averiguación”. Ver *Derecho procesal penal*, traducción a cargo de Mario Amoretti y Darío Rolón, con la revisión de Ignacio Tedes, Didot, Buenos Aires, 2019, p. 166.

⁹⁹ Cano Paños, M., “Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980”, en *Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminología*, n.º 10-14, 2008, p. 14:27.

Con el mismo enfoque procesal y con la finalidad de hacer frente a los casos de terrorismo, la delación fue regulada en España a través de la figura del arrepentido; no obstante, se puede citar como un antecedente legislativo el artículo 204 del Código Penal de 1848 con el que se exime de pena a quienes declaren sobre el objeto y planes de las sociedades secretas sin que tengan que revelar el nombre de los demás integrantes; asimismo, no está permitido que las autoridades pregunten sobre ello.

Luego, estando vigente el Código Penal de 1973, durante los años 1981 a 1988, fueron introducidas en España normas que tenían como objeto el combate al terrorismo y que son manifestaciones de la influencia del *pentitismo* italiano; es así que, con la Ley Orgánica 2/1981, *que modifica y adiciona determinados artículos del Código Penal y del de Justicia Militar*, se introdujo el artículo 174.bis, c) que es una norma premial destinada a quienes aporten pruebas para la identificación y captura de los partícipes, así como para los que colaboren en el descubrimiento y la desarticulación de bandas. Después de 3 años se emite la Ley Orgánica 9/1984, *contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución*, en la que se estipula como causal de atenuación de pena que el agente abandone las actividades criminales, confiese y “*coadyuve eficazmente*” para la identificación de los responsables.

De este modo, según Cuerda-Arnau, la Ley Orgánica 9/1984 tuvo como objeto la unificación de los instrumentos normativos en materia penal y procesal antiterroristas existentes¹⁰⁰ que habrían seguido el modelo italiano vigente desde 1982, tal como lo destaca Ruga¹⁰¹. Durante el año 1988, se emitieron dos normas adicionales de tenor antiterrorista, que fueron las Leyes Orgánicas 3/1988 y 4/1988 de reforma del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente, que, aunque tuvieron como justificación una superación del modelo de legislación de emergencia, mantuvieron el objeto y la forma de las normas precedentes incorporándolas en la legislación penal y procesal ordinaria¹⁰².

¹⁰⁰ Cuerda-Arnau, M.^a L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 103.

¹⁰¹ Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pp. 191-192.

¹⁰² Terradillos Basoco, J., *Terrorismo y derecho. Comentario a las Leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 13-14.

Posteriormente, en España entró en vigor el actual Código Penal de 1995, respecto del cual solo destacaremos en este apartado el establecimiento de la primera versión del artículo 427, que es la cláusula premial de colaboración en beneficio de un particular para los delitos de cohecho que fue modificado en el año 2010 y es ahora el artículo 426. Es necesaria la referencia al artículo 376 (su última modificación fue en el año 2015) ya que tiene como objeto el beneficio premial para el arrepentido que colabore en los casos de tráfico de ilícito de drogas con información que sirva para la identificación y captura de los otros participantes, también al artículo 579, cuyo texto original regulaba los requisitos y beneficios de colaboración para los casos de bandas, organizaciones o grupos terroristas, el cual ha sido modificado en tres ocasiones hasta convertirse en el vigente artículo 579 bis (la Ley Orgánica 2/2015, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo*), que en su numeral 3 mantiene la estructura de la conducta de colaboración.

Para concluir este recorrido comparativo del uso de la delación en época contemporánea, señalamos que en el Perú la legislación se desarrolló de igual manera que en los países eurocontinentales, es decir, se inició con la lucha contra el terrorismo y luego se extendió al crimen organizado, aunque se incorporó para los delitos de corrupción debido a los casos derivados del régimen de Alberto Fujimori.

Así pues, en el año 1987 se promulgó la Ley N.º 24651, de 19 de marzo de 1987, *“introducen en el libro segundo del Código Penal la sección octava “A” denominada De los delitos de terrorismo”*, con la cual entró en vigencia el artículo 85 literal a) del Código Penal de 1924, que tiene como objeto el premio a la colaboración por la delación de organizaciones terroristas y que fue una recepción de la Ley Orgánica 9/1984 de España; no obstante que el legislador peruano introdujo las causales de abandono de la organización y colaboración como circunstancias eximentes o atenuantes, a tal punto de que la remisión de pena española fue interpretada y regulada como exención de pena¹⁰³.

¹⁰³ Sánchez Velarde, P., “Ley 24953: Un arrepentimiento de la legislación antiterrorista”, en *Anuario de Derecho Penal*, 1988, versión digital disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1988_06.pdf

Seguidamente, en el año 1991 se promulgó el Código Penal vigente, pero, en cuanto se refiere a la colaboración de arrepentidos, fue en el año 2000 en que se produce una simbiosis entre la lucha contra el crimen organizado y la corrupción, a causa de los casos de los procesos contra los funcionarios públicos de la década del noventa, por lo que se promulgó la Ley N.º 27378, “*Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada*”, con la que se estableció el procedimiento especial de colaboración eficaz, que tuvo como referencia la legislación colombiana con el añadido de un mayor control judicial¹⁰⁴ y el mantenimiento del beneficio de exención de pena que estaba previsto en la legislación antiterrorista, que se encontraba excluida expresamente en Colombia con su Ley 81 de 1993;

Finalmente, el esquema procesal de colaboración eficaz peruano diseñado en el año 2000 se ha mantenido en términos generales hasta el día de hoy en el Código Procesal Penal de 2004 (D. L. N.º 957), que tiene regulado dentro del conjunto de procedimientos especiales al de colaboración eficaz que permite la obtención de disminución y exención de pena.

2. CONCEPTO JURÍDICO DE DELACIÓN

En el apartado previo hemos sustentado que el antecedente de la delación se encuentra en el derecho romano, en el cual se produjo una homogenización con el término *index* que se refiere, en estricto, al arrepentido delator. Sobre el particular, consideramos necesario hacer un recuento histórico-lingüístico. La palabra *delator* es un derivado que se conforma por el participio del verbo *defero* (*delatum*) más el sufijo -*tor*¹⁰⁵, el cual sirve para designar a quien ejecuta la acción y que, junto a *-arius*, constituían los dos sufijos que eran utilizados en el latín para la derivación de los

¹⁰⁴ En Colombia, durante los años 1993 y 1999, se emitieron las Leyes N.º 81 y 504, respectivamente. La primera de ellas regula los beneficios por colaboración efectiva y el procedimiento para su concesión; mientras que la segunda crea juzgados y fiscales especializados. Véase Bernal Acevedo, G., “Las reformas procesales penales en Colombia”, en *Revista IUSTA*, núm. 22, 2005, pp. 48-51. Sobre la referencia al ordenamiento legislativo colombiano y al control judicial fortalecido en la regulación peruana, véase San Martín Castro, C., “La reforma procesal peruana: Evolución y perspectivas”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2004, p. 52.

¹⁰⁵ Véase García Camiñas, J., *Delator: Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, cit., p. 9.

nombres de agentes al ser añadidos a los verbos o sustantivos¹⁰⁶. Dicho verbo irregular transitivo, traducido al español significa “llevar, ofrecer, manifestar”¹⁰⁷ y puede ser identificado en las fuentes romanas como *deferre, detuli, delatum*; mientras que “tor” tiene un valor agentivo, que unido al verbo forma sustantivos de género masculino, como, por ejemplo, *imperator, curator*, y, claro está, *delator*¹⁰⁸.

Cabe resaltar, conforme al diccionario de Salva y Pérez, la relación existente en la traducción del latín de las palabras *delator* y *delatio*, las cuales traducidas al español serían “denunciador, acusador” y “delación, acusación”¹⁰⁹, respectivamente, con base en lo cual se puede afirmar, desde la lingüística romana y en un sentido natural, que “delator” sería el agente que delata o acusa. Esto aplicado al proceso penal genera una confusión en cuanto a la dimensión de la participación del delator. Por ello, se debe recurrir al contexto jurídico de los procedimientos penales romanos para lograr determinar la acepción específica del significante “delator”. Así pues, durante la evolución del procedimiento penal romano, en el tránsito de las *quaestiones perpetuae* a la *cognitio extra ordinem*, el uso de la palabra *delación* o *delator* adquirió un significado cambiante en función al contexto procesal y era utilizado, de manera general, para referirse al sujeto que brindaba información sobre hechos de relevancia penal a los magistrados para que se instauren los procesos¹¹⁰. Además, de manera general, ambos sujetos configuraban la colaboración procesal romana en la lucha contra la criminalidad, sumado a los *accusatores populares*, quienes según sus funciones

¹⁰⁶ Bourciez, É., *Éléments de linguistique romane*, Klincksieck, Panazol, 1967, pp. 60-61.

¹⁰⁷ Salva y Pérez, V., *Nuevo Valbuena o Diccionario Latino-Español*, Librería Mallen y sobrino, Valencia, 1843, p. 243.

¹⁰⁸ Morales Ruiz, C., “La evolución de los sufijos -dor y -dero. Un caso de amalgama morfológica para la expresión del género”, en *Estudi general: Revista de la Facultat de Lletres de la Universitat de Girona*, n.º 17-18, Universitat de Girona, Girona, 1997-1998, p. 148. Morales precisa que el sufijo -tor que tiene el valor agentivo es la “única continuación del sistema indoeuropeo”, y, además, durante el latín tardío los derivados de su unión con el tema verbal fueron utilizados como un adjetivo por razón del valor atributivo que tuvieron en contextos específicos. De este modo, el sufijo -tor indica la actividad que realiza la persona, en el caso del *curator* (procurador) al individuo que cuida o atiende. Véase el ejemplo en Gómez Royo, E./Espinosa Isach, J.M./Montañana Casaní, A./Lázaro Guillamón, M./Pique Marí, J. M., *Fraseología jurídica latina. Términos, expresiones y brocados utilizados en las sentencias de los Tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 84.

¹⁰⁹ Salva y Pérez, V., *Nuevo Valbuena o Diccionario Latino-español*, cit., p. 246.

¹¹⁰ Russo Ruggeri, C., *Indices e indicia. Contributo allo studio della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell'esperienza criminale romana*, cit., p. 11.

recibían recompensas, medidas premiales o medidas de protección, las cuales sirven como parámetro de diferenciación conceptual junto a la intervención en la ejecución del hecho criminal¹¹¹.

Fue en la época imperial en que se produjo una homologación¹¹² de los términos *index* o *indices*, *delator* y *accusator*; sin embargo, el *index* es el antecedente específico del colaborador con la justicia, puesto que en Roma dicho sustantivo servía para referirse al coimputado¹¹³ que delataba a cambio de un beneficio¹¹⁴. Para comprender mejor lo señalado, comencemos manifestando que el término *index*, cuya traducción al español –igualmente según Salva y Pérez– sería “delator, denunciador, descubridor, manifestador”¹¹⁵, estaba definido desde el siglo I a. C., y eran aquellos sujetos que formulaban denuncias y aportaban pruebas e indicios, pero no participaban en el desarrollo mismo del proceso penal¹¹⁶. De este modo, el uso indiferenciado de *index* y *delator* fue producto de la coincidencia de dos elementos que configuran el concepto de ambos términos, los cuales son el conocer el hecho criminal y, sobre todo, que llevaban “tal conocimiento al órgano jurisdiccional, sin formalizar acusación alguna”¹¹⁷.

Avanzando en nuestro análisis, reiteramos que, para lograr distinguir los términos *delator* e *index*, es necesario recurrir al contexto procesal en el que fueron

¹¹¹ Cerami, P./Di Chiara, G./Miceli, M., *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, cit., p. 253.

¹¹² La homologación conceptual se inició desde finales del periodo republicano, debido a que ambos sujetos (*index* y *delator*) portaban información para el inicio de la persecución penal y podían acceder a premios. Valga como ilustración la siguiente cita del Digesto, 50, 16, 197: “Indicasse est, detulisse, arguisse, accusasse, et convicisse”. La traducción asumida de este pasaje es: “Indicar es manifestar, delatar, probar, acusar, y convencer”. Véase, Gómez Marín, M./Gil y Gómez, P., *Cuerpo del derecho civil ó sea Digesto, Código, Novelas é Instituta de Justiniano en castellano y latín*, cit., t. III, Madrid, 1874, p. 827.

¹¹³ Varvaro, M., “*Certissima indicia*. Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana”, cit., p. 384.

¹¹⁴ Para dicha afirmación, la doctrina romanista se basa, desde un sentido lingüístico y técnico, en la práctica judicial en la que el comportamiento colaborativo del *correo dissociato* (acepción técnica posterior de *index*) tenía como retribución la impunidad. Cerami, P./Di Chiara, G./Miceli, M., *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, cit., p. 266.

¹¹⁵ Salva y Pérez, V., *Nuevo Valbuena o Diccionario Latino-español*, cit., p. 413.

¹¹⁶ Petracchia, M.F., *Indices e delatores nell'antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, cit., p. 13.

¹¹⁷ Sciortino, S., “Gli indices nel processo criminale extra ordinem”, cit., p. 51.

utilizados. Ello permite obtener la diferencia conceptual, incluso, a partir de los mismos elementos configuradores que los unen, esto es, el *conocimiento* y la *comunicación del hecho*.

En cuanto al *conocimiento del hecho*, el *index* no era un simple testigo; por el contrario, tiene una participación en el crimen, la cual es la fuente de adquisición del conocimiento que transmitirá al órgano jurisdiccional para obtener un beneficio. Dicha transmisión de conocimiento o comunicación del hecho es la *delación*, de ahí que, en las fuentes romanas, la palabra *index* se relaciona con crímenes cometidos por una organización criminal. Valga la precisión hecha por Varvaro, quien señala que con *index* se referían “a aquel, involucrado directamente en la organización o en la ejecución de un crimen, que devela los entramados a cambio de promesa de impunidad, acusando a los otros participantes de la acción delictiva”¹¹⁸.

Por el contrario, el uso del término *delator* no implicaba la participación criminal, sino simplemente la puesta en conocimiento del hecho criminal a cambio de obtener un premio, esta es la denominada función informativa del *delator* que permitía iniciar la investigación a cambio de un premio que sea la impunidad que estaba reservada para el sujeto involucrado en el acto criminal¹¹⁹. Al respecto, Petraccia sostiene que “el término *delator* se encuentra en tiempos de la República y primeros del Imperio, pero se reserva solo para comunicar el hecho criminal sin que haya recibido un daño”¹²⁰; por tanto, necesariamente no poseía un valor de atribución de ser un actor criminal ni ofendido por el delito.

En lo que se refiere al segundo elemento, *la comunicación del hecho al órgano jurisdiccional*, tanto el *index* como el *delator* estaban motivados por la obtención de un premio a cambio de la delación; sin embargo, el objetivo premial específico nos permite establecer una diferencia, puesto que el *index*, coimputado arrepentido, al haber participado en el acto criminal buscaba obtener como beneficio la declaratoria de

¹¹⁸ Varvaro, M., “*Certissima indicia*. Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana”, cit., p. 385.

¹¹⁹ Cerami, P./Di Chiara, G./Miceli, M., *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, cit., p. 261 y 266.

¹²⁰ Petraccia, M. F., *Indices e delatores nell’antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, cit., p. 14.

impunidad; mientras que el *delator* aspiraba a un premio económico¹²¹. Para ser más concreto, Varvaro señala que durante el periodo clásico el beneficio premial para el *index* se fundamentaba en la *publica utilitas*¹²², es decir, primaba la efectividad de la persecución criminal para lograr el bienestar de la comunidad romana, en vista de que las aportaciones probatorias que realizaban los *indices* eran producto de haber participado en la comisión del hecho delictivo. Al abandonar la actividad delictiva y delatar, los *indices* tenían la expectativa de que se les aplicara la legislación premial romana para recibir a “cambio la impunidad u otros tipos de premios establecidos por el magistrado competente con base en la espontaneidad de la delación y del peso de esta al interior de la investigación¹²³.”

Hay que mencionar, además, que la diferencia conceptual entre *index* y *delator* se encuentra difuminada en las fuentes romanas, pero resulta importante conocerla porque nos permite aclarar el funcionamiento romano de la delación, lo cual tiene impacto hasta la actualidad, debido a que la delación fue prohibida en el periodo postclásico, producto de haber sido degenerada por el uso político; mientras que la denominada *chiamata in correità*, cuyo antecedente exacto es el *index*, sí se mantuvo en el derecho criminal romano con una mayor regulación que impidiera su utilización arbitraria. Sciortino describe que la prohibición de la delación se produjo desde el periodo de Constantino, en que se reguló la sanción con pena capital en contra de la delación y, por el contrario, se desarrolló un concepto técnico de *index* que, incluso, era considerado como un instrumento irrenunciable¹²⁴ en la persecución del delito en Roma.

El desarrollo histórico compartido entre el *index* y el *delator* se evidencia con la evolución del procedimiento criminal romano, en concreto, durante las *quaestiones perpetuae* y la *congnitio extra ordinem criminale*. A saber, cuando estaban vigentes las primeras, el término *indice* era reservado para el sujeto que había participado en el delito cometido por una organización criminal, es decir, para el *coimputado disociado*;

¹²¹ Sciortino, S., “Gli indices nel processo criminale extra ordinem”, cit., p. 58.

¹²² Varvaro, M., “*Certissima indicia*. Il valore probatorio della *chiamata in correità* nei processi della Roma repubblicana”, cit., p. 388.

¹²³ Petracchia, M. F., *Indices e delatores nell'antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, cit., p. 13.

¹²⁴ Sciortino, S., “Gli indices nel processo criminale extra ordinem”, cit., p. 60.

mientras que, durante el desarrollo de la *cognitio extra ordinem* se nubla la distinción conceptual de los términos analizados tal como “aparece en los escritos de los juristas del periodo severiano”¹²⁵.

En ese sentido, por motivo de la pérdida de claridad en la distinción conceptual de *index* y *delator*, Silverio, con base en su estudio de las fuentes romanas, manifiesta que “aquello que con terminología moderna definimos como delator, entendido ya sea como el informante no involucrado o como el cómplice arrepentido y eventualmente colaborador de justicia, era identificado de vez en vez con el *index*, el *delator* o el *accusator*”¹²⁶.

En esta línea de argumentación, Petraccia señala que, si bien el *index* era identificado con los colaboradores de la justicia, esto es, su accionar trascendía de la comunicación de la noticia criminal (como era el caso del delator), dicho término también era “usado según el contexto para referirse al coimputado arrepentido como al delator”¹²⁷. Por tal motivo, en la doctrina romanista se le otorga al *index* dos sentidos o acepciones jurídicas, tal como manifiesta García Camiñas, quien recurre a los *Anales* de Tácito para establecer que dicho término estaba restringido a la puesta en conocimiento de “los cónsules de algún hecho o indicio que pudiera ser objeto de una acusación criminal”¹²⁸, lo que se conoce como *simple index* (primera acepción), pero, además, un segundo sentido de dicho término es más específico y sirve para referirnos al coimputado que se arrepiente y puede convertirse en un colaborador de justicia. A ese respecto, Silverio precisa que “sea en edad republicana o imperial, se concluye como en efecto *index*, *indicium* e *indicare* son, usualmente, empleados en referencia al *delator* en

¹²⁵ Varvaro, M., “*Certissima indicia*. Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana”, cit., p. 385.

¹²⁶ Silverio, E., “Indices, delatores e accusatores. Questioni terminologiche relative a ‘delatori’, ‘correi dissociati’ e ‘collaboratori di giustizia’”, cit., p. 249.

¹²⁷ Petraccia, M.F., *Indices e delatores nell’antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, cit., p. 12.

¹²⁸ Véase García Camiñas, J., *Delator: Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, cit., p. 67.

sentido genérico, pudiendo ser orientados, según el contexto, también al coimputado arrepentido”¹²⁹.

Es así que la historia jurídica de ambas figuras, *index* y *delator*, se puede resumir en una primera coexistencia durante las épocas monárquica y republicana¹³⁰; seguida por un periodo de homogenización de los conceptos durante el imperio y, por último, un trato político diferenciado en la época postclásica, puesto que la delación fue prohibida con una sanción severa y el *index* sobrevivió al proceso de reforma; de manera que llegó hasta la actualidad con la figura del *arrepentido delator* conservando su mismo valor político criminal para enfrentar la criminalidad de tipo asociativa.

Ahora procederemos a formular un concepto jurídico de la delación que permita comprender su naturaleza jurídica y sus manifestaciones o formas en las que se actúa, lo cual lograremos tomando como punto de partida la etimología de la palabra para describir el cómo se entiende este significante. Para comenzar, a nivel etimológico, la palabra *delación* proviene del latín *delatio*, y se le consigna en el *Diccionario de la lengua española* dos acepciones: la primera ‘acusación, denuncia’; y, la segunda, jurídica, ‘llamamiento a aceptar o repudiar una herencia o legado’¹³¹.

La precisión establecida en la segunda acepción de la palabra ‘delación’ nos conduciría a considerar que su uso jurídico estaría enmarcado en el campo del derecho de sucesiones, en concreto, nos referimos a una de las “fases del fenómeno sucesorio”¹³², esto es, al ejercicio del *ius delationis*, que es el derecho para aceptar o repudiar la herencia. No obstante, por tratarse de una investigación en el ámbito del

¹²⁹ Silverio, E., “Indices, delatores e accusatores. Questioni terminologiche relative a ‘delatori’, ‘correi dissociati’ e ‘collaboratori di giustizia’”, cit., p. 253.

¹³⁰ Petracca, M. F., *Indices e delatores nell’antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, cit., p. 12.

¹³¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <https://dle.rae.es>.

¹³² El fenómeno sucesorio comprende las fases de apertura, vocación, delación y adquisición de la herencia. Véase Orduña, F./Campuzano, A. (dirs.), *Curso de derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 286. A nivel jurisprudencial, encontramos la STS núm. 340/2005 de 4 de mayo de 2005 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a, [RJ 2005\3777]): “En las fases del fenómeno sucesorio, tránsito del patrimonio del causante al heredero, se parte de la apertura de la sucesión, momento inicial producido por la muerte del causante, se sigue por la vocación a la herencia, como llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos, testados o intestados y se llega a la delación, ofrecimiento de la herencia al heredero, que da lugar a un derecho subjetivo, *ius delationis*, que facultan la adquisición por la aceptación”.

proceso penal, utilizaremos la primera acepción, porque, además, nos permite realizar un análisis sistemático con las palabras “delator”, “chivato” y “soplón”. Sobre el particular, en el caso italiano, en el Treccani la palabra *delazione* tiene en su primera acepción un significado más directo a nuestro ámbito de investigación, porque es definida como “el acto de denunciar secretamente, por lucro, por servilismo o por otros motivos, al autor de un delito u otra acción sujeta a pena o sanción, o en cualquier caso para proporcionar información que permita identificarlo”¹³³.

A su vez, verificamos que la palabra *delator*, sujeto activo de la delación, es un adjetivo usado también como sustantivo y significa el ‘denunciador, acusador’ y la palabra *chivato*, por definición, es la versión coloquial de *delator*. Situación diferente sucede con la palabra *soplón*, que también es un adjetivo coloquial que puede ser utilizado como sustantivo para referirse a una persona que ‘acusa en secreto y cautelosamente’, pero que proviene de la palabra *soplar* (*blow*) que, en su acepción de verbo transitivo, significa ‘acusar o delatar’¹³⁴. En consecuencia, sea cual sea la terminología, técnica o coloquialmente, que usemos para referirnos al sujeto que delata la realización de una acción delictuosa, esto es, *delator*, *chivato* o *soplón*, siempre encontramos la palabra *delación* en su base.

La primera acepción de dicha palabra registrada en el diccionario español no nos permite hacer una distinción jurídica en cuanto a las fases del proceso penal, dado que simplemente es definida por el acto natural de “acusar o denunciar”, lo cual sería producto de la homologación conceptual producida durante el derecho romano, de ahí que podemos resaltar un primer elemento conceptual referido a la delación como un acto humano que se configura con el solo acto de denunciar un hecho criminal o, sin sentido técnico, acusar a una persona de haberlo cometido. Esta precisión resulta

¹³³ Istituto Dell’Enciclopedia italiana, *Treccani.it-Enciclopedia on line*, versión en línea: <http://www.treccani.it/vocabolario/delazione>.

¹³⁴ Las definiciones de las palabras *delator*, *chivato* y *soplón* son conforme el *Diccionario de la lengua española*. Véase Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, cit. En el caso italiano, en el Treccani la voz *delatore* refiere a la persona que denuncia de manera secreta, ante una autoridad judicial o política, a los responsables motivados por el lucro, la venganza personal o el servilismo. Istituto Dell’Enciclopedia Italiana, *Treccani.it-Enciclopedia on line*, versión en línea: <http://www.treccani.it/vocabolario/delatore>. Véase también Alonso Hernández, J. L., “La sinonimia en el lenguaje marginal de los siglos XVI y XVII españoles (los sinónimos de ‘delator’, ‘cornudo’ y ‘ojo’)”, en *Archivum: Revista de la Facultad de filología*, Universidad de Oviedo, Oviedo, t. 22, 1972, p. 21; quien menciona que las “designaciones del significado de la palabra delator hacen alusión de manera muy general al aire, al hecho de soplar”.

importante, puesto que, por ejemplo, en el ordenamiento español se reconoce la acusación popular; sin embargo, como hemos indicado, desde la *cognitio extra ordinem* los delatores no se constituían en acusadores.

Sobre el particular, podemos citar la siguiente sentencia del Tribunal Supremo español en la cual se indicaba que la delación era una definición técnica de denuncia anónima y sinónimo de acusar:

“La Sala de casación no comparte la opinión del recurrente, porque consideramos –en línea con la que entendemos doctrina científica mayoritaria– que la cualidad de anónima de una denuncia no impide automática y radicalmente la investigación de los hechos de que en ella se da cuenta, por más que la denuncia anónima (técnicamente “delación”, sinónimo de “acusar”, que puede definirse como “el hecho de revelar a la autoridad judicial, o demás autoridades y funcionarios competentes la perpetración de un delito, designando al autor o culpable, pero sin identificarse el denunciador, cuya identidad se esconde en el anonimato”) deba ser contemplada con recelo y desconfianza”¹³⁵.

Tal como se puede advertir de la jurisprudencia citada, la posición asumida por el Tribunal Supremo español se refiere a una significación basada en la etimología de la palabra ‘delación’, de la cual derivamos que *delator* es el sujeto que denuncia la comisión de un hecho criminal, pero no revela su identidad. Ello es lo que nosotros denominamos el concepto general de delación o delator en sentido general, puesto que no requiere vinculación con el hecho criminal, solo se refiere a la ejecución del acto de puesta en conocimiento de un hecho ilícito que ha conocido sin que reclame algún beneficio a cambio. Esto nos conduce a recordar la configuración histórica de la delación, dado que el delator era quien comunicaba el hecho sin que necesariamente haya participado en su realización; sin embargo, el término *delación* o *delator* también se usa en un sentido más específico para referirse al *arrepentido*, es decir, en este supuesto sí tiene relación con el hecho criminal delatado, lo cual, de manera estricta, sería el *index romano*; pero en la actualidad se usa sin distinción lingüística. Esta segunda vertiente del concepto, la encontramos en la siguiente sentencia del Tribunal Supremo español:

¹³⁵ STS núm. 1335/2001, de 19 de julio de 2001, (Sala de lo Penal, [RJ 2003\6472]). Véase también STS núm. 808/2005, de 23 de junio de 2005, (Sala de lo Penal, [RJ 2005\7684]). STS núm. 318/2013, de 11 de abril de 2013, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2013\5933]). STS núm. 54/2019, de 6 de febrero de 2019, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2019\287]). STS núm. 141/2020, de 13 de mayo de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2020\1150]).

“Como recuerda la STS 145/2015, de 8 de mayo, existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión, acreditan que en nuestro derecho está admitida e incluso alentada en algunas parcelas esa forma de acreditamiento”¹³⁶.

En esta segunda sentencia, el Tribunal Supremo español se refiere a un tipo de delación que tiene como objetivo la obtención de un beneficio, es más, menciona que en el ordenamiento jurídico de España se alienta la delación como un mecanismo de acreditación, lo cual es abordado con una mayor claridad en su sentencia del año 2008 que citamos enseguida, en la que consigna al delator como un coimputado e, incluso, invoca desde el derecho comparado la figura del *immunity* norteamericano, esto es, el arrepentido coimputado:

“No podemos olvidar que ha sido precisamente allí donde el sistema abre cauces de particular beneficio para imputado delator donde se ha procedido a una cierta institucionalización de la desconfianza. Es lo que ocurre en el sistema anglosajón donde el margen de negociación con el acusado (*bargaining*) posibilitando la impunidad (*immunity*) del que con sus declaraciones facilita la imputación y pena de otros, ha dado lugar a cautelas como el establecimiento de las advertencias (*warning*) al Jurado sobre la credibilidad del testigo coimputado”¹³⁷.

Así pues, desde el ámbito etimológico y la aplicación de la figura del delator, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se observa una referencia a un delator simple y a otro específico, puesto que para el primero se resalta el acto de denuncia y para el segundo el ser un coimputado que busca obtener un beneficio penológico a cambio de su delación. No obstante, deberemos analizar un elemento adicional que se refiere al momento en que se produce la delación, porque el acto de denunciar puede ser realizado por cualquier persona y, con ello, cumplir la función de colaboración con la persecución criminal. Además, en cuanto al valor de la delación en sentido simple, el

¹³⁶ STS núm.241/2019 de 9 de mayo de 2019, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2019\1948]). Este fundamento ha sido reiterado en las SSTS núm. 515/2019, de 29 de octubre de 2019, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2019\4546]) y núm. 4/2020 de 16 de enero de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [JUR 2020\74033]).

¹³⁷ STS núm. 593/2008 de 14 de octubre de 2008, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2008\4505]).

Tribunal Supremo español, tratando la delación como una denuncia anónima, ha realizado un balance entre la necesidad de respetar los derechos fundamentales y el cumplimiento del deber de investigación de hechos de apariencia delictiva, producto del cual señaló que la delación, a pesar de ser anónima, puede activar el comportamiento funcional del juez, fiscal o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los cuales luego de realizar un análisis preliminar deberán llevar a cabo la investigación, tal como se lee a continuación:

“Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no solo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo”¹³⁸.

De este modo, fijamos como un primer punto para el logro del objetivo del presente apartado que existe un *delator simple*, que corresponde al sujeto que actúa como un portador de la noticia criminal y, otro, que es quien ha cometido un delito (*delator específico*). Asimismo, ambos no solo tienen en común la traslación del conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, sino también su aparición en un estado posterior de consumación del delito, es decir, por regla general la delación contiene el conocimiento que se ha cometido un acto delictivo. Sirva como ilustración la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación italiana, en la que se utiliza los términos *denuncia* y *delazione* como dos conductas que se rechazan en los códigos de comportamientos de las organizaciones criminales:

“[...] enviar a la autoridad policial una carta anónima, que había denunciado presuntos delitos cometidos por Palumbo Piccionello y la opinión generalizada que Baio fuese el autor, a cuya divulgación también había contribuido el denunciado, según lo informado al acusado por un tercero, cuya identidad nunca había querido revelar, porque fiel a un código de comportamiento

¹³⁸ STS núm. 318/2013 de 11 de abril de 2013, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2013\5933]). Véase también STS núm. 141/2020 de 13 de mayo de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2020\1150]). STS núm. 142/2020 de 13 de mayo de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2020\1126]).

que abjura la denuncia y la delación, y motivo de una acalorada discusión entre Bario y Palumbo Piccionello”¹³⁹.

Además, en la jurisprudencia del año 2018 del Alto Tribunal italiano se desarrolla la diferencia entre la *delación simple* y la *colaboración* que, de la lectura de la sentencia, se advierte que se trata del *delator en sentido específico* porque se le exige que la información sea plena y relevante:

“La colaboración no debe confundirse con la simple delación y debe darse con elementos concretos a través de los cuales se llegue a la incautación de recursos o evitar la consumación de nuevos delitos. La colaboración debe resultar en una contribución completa en la medida del conocimiento del colaborador y definitivamente relevante para neutralizar el futuro de la actividad criminal y, por lo tanto, es necesario que el colaborador haga todo lo que está en su poder, es decir, exprese cada circunstancia y cada elemento que posee”¹⁴⁰.

En este punto, conviene reiterar que el *delator simple* solo denuncia el hecho delictivo, no se requiere que haya participado en el mismo, como sí sucede con el *arrepentido*; por tanto, su conducta se puede fundamentar en cuestiones éticas frente a la criminalidad, sirvan de ejemplo los casos de corrupción pública. Entonces, cuando nos abocamos al *arrepentido delator*, sí resulta necesario estimar el momento en que se produce la delación que generará la valoración positiva en su favor.

Al respecto, partimos de la aplicación del concepto de *consumación formal del delito*, que consiste en la realización de “todos los elementos del tipo legal”¹⁴¹, es decir, en palabras de Antolisei, estamos ante una plena conformidad entre el hecho ejecutado y

¹³⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 42212/2017 de 15 de septiembre de 2017, (Sección primera penal, ([ECLI:IT: CASS:2017:42212PEN])). Véase también la Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 31487/2021 de 19 de agosto de 2022, (Sección primera penal, ([ECLI:IT: CASS:2021:31487PEN])). Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 30687/2022 de 4 de agosto de 2022, (Sección tercera penal, ([ECLI:IT: CASS:2022:30687PEN])).

¹⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 47027/2018 de 9 de mayo de 2018, (Sección sexta penal, ([ECLI:IT: CASS:2018:47027PEN])). Véase también Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 14020/2018 de 26 de marzo de 2018, (Sección primera penal, ([ECLI:IT: CASS:2018:14020PEN])). Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 32031/2022 de 31 de agosto de 2022, (Sección tercera penal, ([ECLI:IT: CASS:2022:32031PEN])).

¹⁴¹ Jakobs, G., “Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 4-13, 2002, p. 13:1.

la hipótesis que el legislador ha establecido en la norma penal¹⁴². Así pues, en mérito al concepto de consumación formal se marca un límite temporal que permite identificar las conductas que se producen posterior a la realización del tipo penal.

De esta manera se determina el momento de la delación, puesto que esta consiste en comunicar un hecho delictivo que se ha cometido; por ende, toda delación contiene la información de un hecho que constituiría un delito, razón por la cual el mínimo análisis que deben hacer las autoridades para iniciar la investigación tiene por objeto verificar si el hecho delatado se ha producido; por tal motivo, no se requeriría mayor información que la aportada en dichos términos por el delator. Sin embargo, en el caso del *delator arrepentido*, quien ha participado en el hecho criminal cometido de forma asociativa, debe diferenciarse, con base en la consumación delictiva, que su delación se produce de manera posterior, dado que no es lo mismo la ejecución que la consumación delictiva¹⁴³.

En consecuencia, posterior a la consumación, el agente que ha cometido o participado en el hecho criminal realiza conductas posteriores, que se encuentran

¹⁴² Antolisei, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, Milán, 1975, p. 378. Esta conformidad entre el hecho y la hipótesis legislativa se evalúa caso por caso debido a la diversidad de estructuras de los tipos penales, sin importar que el autor haya conseguido o no su objetivo, lo cual corresponde al agotamiento del delito, debido a que la consecución de tal objetivo no es un elemento del tipo penal. Véase, Fiandaca, G./Musco, E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bolonia, 1990, p. 228. Orts Berenguer, E./Gonzalez Cussac, J., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 283. Delgado Sancho, C., “Análisis jurisprudencial del *iter criminis*”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 28, Iustel, 2017. Para mayor precisión citamos la siguiente sentencia del Tribunal Supremo español: “Que en el complejo desarrollo genético de la infracción criminal, superada la fase anímica, de íntima gestación, en la que a la ideación primaria subsigue una personalísima deliberación y la resolución decidida de efectivización del hecho criminoso –todo ello afectante únicamente al fuero interno de la conciencia–, y aquella otra propia de los actos preparatorios, incidentes ya en el entorno social, se desemboca en la serie de actos externos, de marcada significación jurídica, propiciadores del resultado perseguido que, agotando el *iter criminis* y dando realidad a los presupuestos normativos del tipo, abocan en su consumación formal, forma perfecta de ejecución”. STS núm. de 4 de julio de 1985, (Sala de lo Penal, [RJ 1985\3956]).

¹⁴³ Tal como resalta el Tribunal Supremo español: “En realidad, es claro que la procesada no intervino en los hechos con posterioridad a la comisión del delito, pues el ocultamiento del dinero en el hotel tuvo lugar durante la ejecución del plan delictivo. Por lo tanto, su colaboración no puede ser considerada en modo alguno de mero encubrimiento, dado que el art. 17 CP exige una intervención que tenga lugar ‘con posterioridad a la ejecución’. En este sentido, no se debe identificar la ejecución con la consumación formal del delito permanente, como probablemente postula la defensa. Por el contrario, en los delitos de esta naturaleza, como la tenencia de drogas para el tráfico, la ejecución se refiere a la acción que se desarrolla y se mantiene en el tiempo. Ello determina que toda participación durante el tiempo de mantenimiento de la situación típica no pueda constituir encubrimiento en el sentido del art. 17 CP, sino una colaboración ‘stricto sensu’”. STS núm. 1834/1993 de 5 de octubre de 1993, (Sala de lo Penal, [RJ 1993\7282]).

incluidas en la categoría jurídica de *comportamientos postdelictivos*, esto es, realizadas por el agente una vez que los elementos del tipo penal han sido ejecutados, las cuales tienen incidencia en la determinación para la imposición de la pena o su exclusión.

Ahora bien, debemos precisar que el tratamiento del *delator arrepentido* no corresponde al de las conductas previstas por el ordenamiento jurídico con efecto atenuante como es el tradicional desistimiento, sino que es la conducta del mismo agente delator la que es valorada a efectos de atenuar o, incluso, eximir las penas. Dicha conducta del delator se produce con posterioridad a la consumación del delito, tal como sucede con la reparación, la confesión o el arrepentimiento, por ello resulta de importancia el concepto previamente citado de consumación formal, puesto que nos permite demarcar, tal como destaca De Remesal, “la frontera del desistimiento y del comportamiento postdelictivo”¹⁴⁴.

Además, los comportamientos postdelictivos son determinantes para imponer o excluir una medida de seguridad o la pena. Al respecto, Luzón-Peña, quien destaca tal nivel de influencia, las califica dentro de las “condiciones o circunstancias del sujeto distintas del delito mismo”¹⁴⁵, las cuales inciden directamente en la punibilidad de la conducta, porque su efecto es aplicable al momento posterior del delito cometido; en consecuencia, el delito (típico, antijurídico, culpable y punible) se produce y el comportamiento postdelictivo fundamenta que se anule la imposición de la pena¹⁴⁶.

¹⁴⁴ De Vicente Remesal, J., *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, León, 1985, pp. 38-42.

¹⁴⁵ Luzón Peña, D., “Alcance y función del derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 42, fasc. 1, 1989, p. 23. Véase también, Demetrio Crespo, E., “Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 50, fasc. 1-3, 1997, pp. 323-362.

¹⁴⁶ Bustos Rubio, M., “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-08, 2017, p. 9. Este autor sustenta que el desistimiento de la tentativa, desde un punto de vista de derecho penal premial, consiste en un comportamiento postdelictivo. Sirva de ejemplo el pronunciamiento del año 2011 de la Corte Constitucional italiana que, siguiendo su desarrollo jurisprudencial de los años 1993 y 2006, resolvió a favor de la legitimidad constitucional de la valoración de las conductas posteriores a la comisión del delito motivando una relación con la finalidad de reeducativa de la pena, la cual no se limita a la fase de ejecución: Excluir que pueda asumir relevancia, para los fines de las atenuantes genéricas, una conducta, posterior al delito, indicativa de una evolución en curso de la personalidad del condenado significa contravenir el art. 27, tercer párrafo, Const. De hecho, el objetivo de la reeducación de los condenados, establecido por esta norma constitucional, no puede ser perseguido efectivamente negando valor a aquellos comportamientos que manifiestan una reconsideración crítica del trabajo de uno y la aceptación de esos valores de coexistencia ordenada y pacífica, en los que se expresa el objeto de la

Dichos comportamientos postdelictivos son de tres tipos, *negativo*, *neutro* o *positivo*, que se diferencian por el carácter de la acción del sujeto. Hablamos de *comportamiento postdelictivo neutro*, cuando la conducta posterior no goza de relevancia jurídica; mientras que será *negativo* si se trataran de actos de resistencia frente a la imputación de la responsabilidad penal; es decir, el agente actúa “en contra de los intereses de la Administración de Justicia”¹⁴⁷. Por el contrario, el *comportamiento postdelictivo positivo* se configura cuando la acción del agente sea considerada beneficiosa por la Administración de justicia para los fines públicos de persecución o en cuanto a la víctima. Además, dentro de los comportamientos postdelictivos positivos, se encuentran la reparación del daño, la confesión y la colaboración con la justicia que realizan los arrepentidos, todo ello posterior a la consumación formal del delito.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico prevé la aplicación de atenuantes y exención de pena en favor de los *comportamientos postdelictivos positivos*, con lo que se ataca directamente la punibilidad de la acción. Ello puede generar dudas sobre si cabe o no una delación como *comportamiento predelictual*. Nuestra respuesta es que no, porque el uso de la categoría jurídica de los *comportamientos postdelictivos* sirve para hacer una precisión conceptual de la *delación en sentido específico*, mas no para introducirla en el núcleo de la definición de la delación. Esto quiere decir que toda delación no configura un comportamiento postdelictivo, puesto que la delación en sentido general y en sentido específico se diferencian en la intervención del delator en el hecho criminal.

reeducación. [...]. Dados estos principios, se debe concluir que con el endurecimiento del tratamiento sancionatorio para los “reincidentes reiterados”, autores de determinados delitos, sin la posibilidad de tener en cuenta su comportamiento posterior a la comisión del delito, aun cuando es particularmente merecedor y expresivo de un proceso de reeducación llevado a cabo, o incluso ya concluido, la norma en examen en violación del art. 27, tercer párrafo, Const., privilegiando un perfil general-preventivo, elude la función reeducativa de la pena”. Sentencia de la Corte Constitucional núm. 183/2011 de 7 de junio de 2011, [ECLI:IT: COST:2011:183]. Además, la Corte Constitucional italiana en el año 1993 señaló que “entre las finalidades que la Constitución asigna a la pena –de un lado, aquella de prevención general y defensa social, con las características asociadas de aflicción y retribución, y, por el otro, aquellas de prevención especial y de reeducación, que tienden a implicar una cierta flexibilidad de la pena en función del objetivo de resocialización del reo– no puede establecerse *a priori* una jerarquía estática y absoluta que valga definitivamente y en todas las condiciones. Es decir, el legislador puede –dentro de los límites de lo razonable– tender a prevalecer, de vez en cuando, una u otra finalidad de la penal, pero con la condición de que ninguna de estas sea eliminada”. Sentencia de la Corte Constitucional núm. 306/1993 de 11 de junio de 1993, [ECLI:IT: COST:1993:306].

¹⁴⁷ De Vicente Remesal, J., *El comportamiento postdelictivo*, cit., p. 40.

La información que otorga el *delator en sentido general* puede tratarse de un hecho consumado –en términos formales– o en uno que esté por ejecutarse, con la salvedad de que los actos preparatorios no son punibles. Ante ello, corresponderá a la Policía o Fiscalía realizar una actividad investigadora que conduzca a la revelación del delito. Generalmente, esto sucede producto de denuncias anónimas o actuación de informantes que, en muchos casos, las realizan para favorecer a su propia actuación criminal (léase como ejemplo, el soplo en los casos de tráfico ilícito de drogas).

Segundo, el uso de la categoría de *comportamientos predelictuales* nos conduce al análisis de las *situaciones predelictuales* que se refieren al hombre en sociedad y su propia peligrosidad criminal o del contexto que lleven a la ejecución de un delito¹⁴⁸. Así pues, vemos que los *comportamientos pre o post delictum* giran en torno a la relación del sujeto con el hecho criminal; de manera que, si las conductas posteriores son positivas, el ordenamiento legal prevé un favorecimiento en el ámbito de la punibilidad. Sin embargo, estas categorías no se centran en la información del hecho que es aportada por el agente, razón por la cual la mención de un *comportamiento predelictual* resulta inoperante para los fines de la presente investigación, porque las acciones o actividades previas a la comisión del delito, ejecutadas por el futuro delator, no son relevantes para la configuración de la delación.

Tercero, situación diferente sucede si dejásemos a un lado las categorías de la dogmática penal, *comportamiento postdelictivo* y *situaciones predelictivas*, y utilizásemos en un sentido literal los términos *delación posdelictual* y *delación predelictiva* para tratar sobre la relación de la conducta del delator con la consumación del hecho delictivo informado. De ellas, la *posdelictual* sería la más importante, porque permite conocer los hechos criminales que se han cometido y a sus presuntos responsables; mientras que la *predelictual* se referiría a los datos sobre hechos delictivos que no han sido consumados y que se realiza por denunciante anónimo o informante.

Así pues, la *delación posdelictual* puede subsumir, y es lo más común, a la *delación predelictual*, toda vez que los *arrepentidos*, cuya delación es posterior a la fase consumativa del delito, cuando delatan el hecho delictivo también revelan hechos

¹⁴⁸ Del Rosal Fernández, J., “El tratamiento de la predelinencia adulta”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 2, 1965, p. 285.

posteriores que deberán ser calificados por el fiscal; asimismo, los *whistleblowers* cuando delatan lo hacen sobre la base de un hecho ya ejecutado, pero es posible que la información que otorgan a las autoridades contengan datos de delitos aun no consumados dentro de la organización pública o privada a la que pertenezcan.

Cuarto, dicho lo anterior, de manera general la delación sirve para valorar la conducta del agente que la realiza (delator), quien ha tomado conocimiento de la realización de un hecho criminal y lo delata ante las autoridades; así también, y más contundente, la delación en sentido específico necesariamente contiene la aceptación de la participación criminal del hecho delatado, respecto del cual busca obtener un beneficio de cara al proceso penal. Por ende, se requerirá siempre que el hecho haya sido consumado.

De este modo, la delación que realiza un arrepentido en la búsqueda de un beneficio premial debe cumplir con la exigencia de colaboración con la administración de justicia. Esta es la acción positiva central en este supuesto de delación, que habilita la aplicación de las normas premiales destinadas a los arrepentidos¹⁴⁹. Por ello, a nuestro entender, la delación del arrepentido configura una delación en un sentido específico, puesto que viene de su antecedente remoto del *index romano*, pero, de acuerdo con lo desarrollado, la doctrina y jurisprudencia le denomina de igual manera como *delator* o *delator premiado*. Esto no implica desconocer la existencia de un posicionamiento diferencial del arrepentido, que se basa en la consecuencia de la delación, esto es, el premio, y, además, en la vinculación con un hecho delictivo de especial gravedad o que haya sido cometido por una organización criminal.

¹⁴⁹ Garro Carrera, E., “Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa” en *InDret-Revista para el análisis del derecho*, n.º 1, Barcelona, 2013, p. 5. Sobre el particular, resulta ilustrativa la siguiente sentencia de la Corte Constitucional italiana que destaca el valor de la conducta de colaboración que realiza el delincuente posterior a la comisión del delito: “Se atribuye, de hecho, una relevancia insuperable a la actividad delictuosa precedente del delincuente –como síntoma de su mayor capacidad para delinquir– respecto a la conducta de colaboración posterior a la comisión del delito, aunque esta última pueda ser, en concreto, igualmente o, incluso, prevalentemente, indicativa de la actual capacidad criminal del delincuente y de su personalidad en general. [...] Es verdad que la atenuante a la cual se refiere el art. 73, párrafo 7, del d. P. R. n. 309 de 1990 no requiere la espontaneidad de la conducta colaborativa y no implica necesariamente una repetición, porque puede ser el fruto de un mero cálculo, pero es igualmente cierto que se trata en cualquier caso de una conducta significativa, también porque implica la separación del autor del delito del ambiente criminal en el cual su actividad en materia de estupefacientes estaba insertada y encontraba alimento, y a menudo lo expone a peligrosas represalias, determinando así una situación de hecho como para inducir en muchos casos un cambio de vida”. Sentencia de la Corte Constitucional núm. 74/2016 de 24 de febrero de 2016, [ECLI:IT: COST:2016:74].

Llegados a este punto, consideramos que la delación, a nivel jurídico, debe ser definida en dos sentidos, uno general y otro específico. Por consiguiente, entendemos por *delación* el acto de comunicación realizado por una persona natural o persona jurídica, mediante el cual informa a la Administración pública sobre la comisión de un hecho que infringe el ordenamiento jurídico cometido por ella misma, por terceras personas, o en conjunto con una pluralidad de personas.

Así pues, a partir de la definición jurídica planteada podemos resaltar, primero, el sentido general de la delación, porque se refiere al resultado de la actuación del delator, que es facilitar el ejercicio del poder sancionador del Estado, lo cual no es exclusivo del derecho penal y permite incluir tanto a la persona que revela un hecho cometido por un grupo del cual forma parte y al ciudadano común que delata los actos irregulares que ha tomado conocimiento, sin que tenga la obligación funcional de denunciarlos.

En cambio, para la formulación del concepto de delación en sentido específico, ya no nos referimos solo al acto de comunicación, sino que el agente delator debe cumplir unos requisitos y características que lo vinculan al hecho delictivo, así como a los efectos premiales que el ordenamiento jurídico prevé para su actuación. Así pues, en la presente investigación asumimos el concepto de *delación en sentido específico* como un comportamiento postdelictivo positivo que consiste en la aceptación de la responsabilidad penal y colaboración con la Administración de Justicia, mediante la entrega de información relevante para el combate de la corrupción pública cometida por una pluralidad de personas o como integrantes de una organización criminal.

Por último, el planteamiento expuesto sirve como insumo para la clasificación de las delaciones, porque delimita el ámbito temporal y, sobre todo, aclara que la valoración positiva es consecuencia de la conducta del agente-delator; de manera que, para los efectos premiales se valora que la persona colabore —en términos generales— con el sistema de justicia para el cumplimiento de los fines públicos del proceso penal y en el restablecimiento del orden normativo vigente.

3. DIFERENCIAS Y PRECISIONES DE LA DELACIÓN FRENTE A OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

El presente apartado tiene como objetivo hacer precisiones que permitan defender la autonomía de la *delación*, debido a que, tanto en su sentido general y específico, el uso de los términos *delator* o *delación* genera confusión respecto de otras instituciones jurídicas afines. Tal situación se produce, por ejemplo, entre el *delator en sentido general* con el *confidente* o *informante*, el *denunciante* y el *whistleblower*; mientras que el *delator en sentido específico* se confunde con el *arrepentimiento espontáneo*.

3.1 El delator y el denunciante

Para comenzar, la confusión más común se da entre *delator* y *denunciante*. No es extraño escuchar la frase de “ha sido delatado” para referirse al hecho de que un sujeto “ha sido denunciado”. Al respecto, ‘denuncia’ y ‘delación’ no son categorías que se opongan totalmente, puesto que, desde un sentido general, los delatores tienen un común denominador con el denunciante: *comunicar un hecho criminal*. No obstante, la diferencia radica en la forma en que se realiza la comunicación del hecho delictivo, el cumplimiento de las exigencias legales y la posibilidad de obtención de recompensas a cambio de la información.

En cuanto a la forma y exigencias legales de ejecución, debemos resaltar que existen dos formas de regular la denuncia en los ordenamientos jurídicos: la *obligatoria* y la *facultativa*. Por la primera, los sistemas legales establecen un deber general de denuncia y, por ende, el denunciante que es todo ciudadano que ha tomado conocimiento de un hecho de apariencia delictiva deberá denunciarlo; mientras que la segunda alternativa consiste en que la denuncia es una facultad de los ciudadanos para poner en conocimiento de los órganos de persecución penal el hecho delictuoso.

El *denunciante* se define como toda persona que tiene conocimiento de la realización de un hecho delictivo¹⁵⁰ que pone en conocimiento de la Fiscalía o de la

¹⁵⁰ Véase, Manzini, V., *Trattato di Diritto processuale penale italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1932, p. 5.

Policía a través de la llamada *denuncia*. Dicho acto podrá ser ejercido en cumplimiento de un deber legal o por ejercicio de una facultad, según la elección del legislador. En el primer caso (España: arts. 259 y 264.1 LECrim.)¹⁵¹, y desde una primera impresión, podríamos pensar que el *denunciante* sería un delator, porque ambas figuras exoneran a la persona de las obligaciones de acusar y probanza del hecho; sin embargo, la motivación de la conducta no es la misma, debido a que el delator actúa por voluntad propia y no por un deber, es más, no se identifica al denunciar, lo cual es un requisito formal indispensable para el trámite de una denuncia¹⁵².

En el segundo caso (Italia: art. 333 CPPI¹⁵³ y Perú: arts. 329 y 426 CPPP)¹⁵⁴ la denuncia no es un deber de los ciudadanos, sino un acto facultativo de ejercicio de la ciudadanía, lo cual no puede conllevar a que se afirma sea un acto de delación, porque se requeriría la no revelación de la identidad del delator que es un rasgo central para el funcionamiento de la delación, sumado a que, quien delata, en algunos supuestos, podría tener la expectativa de obtener una recompensa, todo lo cual delimita la distancia conceptual con el denunciante.

La característica de la no revelación de la identidad del delator nos remite al concepto de *denuncia anónima*, que no es un sinónimo de delación, porque no permite abarcar todo su ámbito de aplicación, pero sí es una forma en que puede ser realizada. Así pues, la relación de ambas no es de sinonimia, sino de género-especie, puesto que la *denuncia anónima* es la categoría jurídica que la jurisprudencia o normas procesales utilizan para referirse al acto mediante el cual una persona sin identificarse transmite

¹⁵¹ Gómez Colomer señala que conforme el art. 259 LECrim todos quienes hayan presenciado un hecho criminal tienen el deber de denunciar. Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 155. Véase también, STS núm. 778/2013 de 22 de octubre de 2013, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2013\7728]).

¹⁵² Bauzá Martorell, F., “*Habeas denuncia. Identidad del denunciante en el procedimiento sancionador*”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 40, Iustel, 2015.

¹⁵³ Ruggieri precisa que los privados no tienen la obligación de denunciar los delitos de persecución pública, a menos que sean delitos considerados de especial gravedad, por ejemplo, en los casos de delitos contra la personalidad del Estado. Ruggieri, F., *Diritto processuale e pratiche criminali*, Zanichelli Editore, Turín, 2022, p. 156. Véase, Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 33999/2022 de 15 de septiembre de 2022, (Sección cuarta penal, ([ECLI:IT: CASS:2022:33999PEN])).

¹⁵⁴ Sánchez Velarde comenta la norma procesal peruana indicando que al considerarse la denuncia como una facultad cualquier persona puede denunciar un hecho delictuoso. Sánchez Velarde, P., *El proceso penal*, Iustitia, Lima, 2020, p. 119.

información de un hecho de apariencia delictiva al fiscal, juez o policía con la finalidad de que se inicie un procedimiento penal.

En consecuencia, estamos frente a una manifestación de la *delación en sentido general*, que en los sistemas de justicia penal recibe un tratamiento de denuncia con la finalidad de no obviar la información de un hecho que deba ser sancionado penalmente, por ende, sirve como un elemento de fundamento para el inicio de una investigación penal.

3.2 El delator y el confidente

En relación con el concepto jurídico de delación, hemos indicado que el delator en su sentido general se configura con el simple traslado de su conocimiento sobre la realización del delito a los órganos de persecución penal. Esto ha generado que el acto de delación se relacione con la conducta del informante o confidente, cuya actuación también consiste en comunicar un hecho delictivo. Al respecto, en primer término, destacamos que el confidente es un colaborador procesal, incluso, es una herramienta de tipo tradicional¹⁵⁵ o que, como precisa Marchal, durante largo tiempo su utilización ha sido habitual y retirada¹⁵⁶, con base en la cual se recurre a los “soplones” o “chivatos”, quienes actúan promovidos por intereses particulares y bajo reserva de su identidad¹⁵⁷.

Ahora bien, los informantes o confidentes tienen una relación directa con la función de investigación de la Policía, porque facilitan información a los efectivos policiales con la seguridad de la no revelación de su identidad, respecto de hechos delictivos, convirtiéndose en una fuente de información que permite diseñar u orientar la investigación policial. Asimismo, existe una pequeña diferencia entre el *confidente* y

¹⁵⁵ Véase STS núm. 250/2020 de 27 de junio de 2020, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2020\2191]). Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 14697/2022 de 14 de abril de 2022, (Sección segunda penal, ([ECLI:IT: CASS:2022:14697PEN])). STEDH de 27 de noviembre de 1990, caso Windisch contra Austria, [TEDH 1990\21]. STEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kotovski contra Países Bajos, [TEDH 1989\21].

¹⁵⁶ Marchal Gonzalez, A., “La figura del confidente policial en el derecho comparado”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, Aranzadi, 2017, p. 2.

¹⁵⁷ Zafra Espinosa De Los Monteros, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 130-131.

el *informante*, debido a que el primero puede estar inscrito dentro de los registros policiales; mientras que el segundo es cualquier persona que se acerca a las fuerzas policiales para dar la información. Chiavario resalta que los *informantes* son conocidos como *confidentes de la Policía*¹⁵⁸, siguiendo a la fórmula legislativa italiana que prohíbe la exigencia de revelar la identidad de los informantes de la Policía¹⁵⁹.

Por lo que se refiere a la diferencia de estas figuras jurídicas, *delator* y *confidente*, sucede lo mismo que con el *denunciante anónimo*, es decir, el delator no solo es un confidente. Para ser más específicos, ambos realizan el acto de comunicación del hecho delictivo que puede generar como efecto el inicio de la investigación penal; sin embargo, el interés particular por recibir una recompensa (principalmente económica) no es un elemento trascendental para la definición de la delación en sentido general, sino que basta la presencia de la libre voluntad del sujeto para que se configure la delación.

En consecuencia, la confusión con el *confidente* o *informante* se debe a que este es un tipo de delación en sentido general; esto es, el confidente cumple el presupuesto de transmitir información del hecho criminal, pero dicha información se trata de hechos en los que no ha participado y su acción busca obtener un beneficio económico¹⁶⁰, esta motivación es destacada por Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, quien describe que el confidente se ubica a nivel extraprocesal proporcionando información a la Policía sin ningún sentido ético o finalidad altruista¹⁶¹.

3.3 El delator y el imputado

Producto de la experiencia de los procesos penales contra la criminalidad organizada y la corrupción, se suele llegar a considerar que “todo delator es un

¹⁵⁸ Chiavario, M., *Diritto processuale penale*, UTET Giuridica, Milán, 2019, p. 445.

¹⁵⁹ Belluta, H./Gialuz, M./Lupária, L., *Codice sistematico di procedura penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2017, p. 273.

¹⁶⁰ Aboso, G., *El arrepentido en el derecho penal premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, cit., p. 65.

¹⁶¹ Gómez De Liaño Fonseca-Herrero, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, p. 146.

imputado”, lo cual solo alude a un extremo del concepto jurídico que hemos formulado, esto es, al *delator en sentido específico*. Sobre el particular, seguimos la definición técnica de imputado que formula Cordero, quien indica que es un adjetivo-participio que corresponde a la persona a quien el fiscal le ha abierto un proceso mediante un acto transitivo que es la “imputación”¹⁶². Barona Vilar precisa que el término “imputado” es el sujeto pasivo del proceso penal que recibe diversas denominaciones según el estado del proceso (por ejemplo, denunciado, sospechoso, procesado, investigado, encausado, o condenado), por lo que para referirnos a la primera fase del procedimiento y al juzgamiento utilizaremos la identificación de investigado y encausado o acusado, respectivamente¹⁶³.

Ahora bien, el concepto legal de imputado, según la técnica legislativa de cada país, se relaciona con la regulación del ejercicio del derecho de defensa. Huertas Martín señala que la atribución de la comisión de un delito puede darse previamente al inicio del proceso penal y que el reconocimiento de esta condición de imputado hace nacer el derecho de defensa que deberá respetarse en todas las fases del procedimiento¹⁶⁴. En ese sentido, podemos señalar, primero, que tanto “delator” e “imputado” son estatus asignados por el ordenamiento jurídico; sin embargo, “imputado” se asigna de manera pasiva al estar dependiente de la acción fiscal o del juez de instrucción; mientras que “delator” es una categoría para la conducta activa de la persona frente a la Administración pública.

Segundo, no toda persona que delata debe estar imputada de haber cometido un delito, puesto que *el delator en sentido general* es aquella persona que pone en conocimiento de las autoridades penales el hecho delictivo (por ejemplo, la denuncia anónima o el *whistleblower*). Tercero, en lo referente al *arrepentido delator*, tampoco existe la necesidad de que se encuentre imputado de un delito, porque el abandono de la actividad delictiva o la disociación delictiva y la colaboración procesal pueden ser realizadas antes del conocimiento del inicio de una investigación o, mejor aún, sin que

¹⁶² Cordero, F., *Procedura penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2012, p. 234.

¹⁶³ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 90.

¹⁶⁴ Huertas Martín, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 206-213.

esta se haya iniciado; no obstante, la categoría de *arrepentido delator* puede englobar también al imputado, dado que este sujeto delataría una vez que ya esté como imputado en el proceso y delata con la finalidad de obtener un beneficio premial.

Cuarto, a nivel de las consecuencias, el *estatus de imputado* genera o activa las garantías de la defensa inviolable por la vigencia del debido proceso; en cambio, el delator en sentido general puede ser la fuente de conocimiento con base en la cual se construya la imputación atribuible a otras personas, lo cual, sucede, en mayor medida, con el *delator en sentido específico*, puesto que la condición de obtención de beneficios premiales es que delate sobre la intervención y datos que permitan identificar a los otros participantes de la organización criminal que obtendrían, posteriormente, el estado de imputado.

Por tanto, afirmamos que un imputado puede ser delator, pero no todo delator es un imputado, ello dependerá de la clase de delación y, además, el *estatus de imputado* queda subordinado cuando quien colabora es un sujeto imputado de haber cometido delitos de especial gravedad con pluralidad de agentes o como parte de una organización criminal.

3.4 Delación y *whistleblowing*

El *whistleblower* se puede definir como “aquel sujeto que, desde el entorno de una organización (sea de naturaleza pública o privada), transmite información socialmente relevante acerca de riesgos generados o irregularidades o negligencias cometidas en su seno (especialmente hechos de apariencia delictiva), ya sea que esté implicado personalmente en ellos o no”¹⁶⁵.

A nivel legislativo, 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, define en su artículo 5 al “denunciante”

¹⁶⁵ Bachmaier Winter, L./Martínez Santos, A., “El régimen jurídico-procesal del *whistleblower*: La influencia del derecho europeo”, en Gómez Colomer, J. L. (dir.), Madrid Boquin, C. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 505.

(utiliza el término formal de denunciante y aclara en el considerando 1 que se trata del whistleblowers) “una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales”. Por su parte, el legislador español ha optado por el término *informante* en vez de denunciante o alertador (así se lee en el preámbulo de la Ley N.º 2/2023).

De acuerdo con este concepto, se advierten las siguientes características: el *whistleblower* se encuentra dentro de una institución pública o privada, es ahí donde conoce del hecho irregular cometido al interior de la organización y decide poner en aviso a las autoridades, cabe mencionar que la implicación personal con el hecho alertado no debe ser interpretada como participación en un hecho delictivo¹⁶⁶.

Así pues, el *whistleblower* cumple los siguientes elementos conceptuales de la delación, primero, transmite el conocimiento de un hecho irregular o ilícito; segundo, actúa por voluntad propia; y, tercero, puede recibir una recompensa a cambio de su información. Además, la actuación de los *whistleblowers* se realiza ante los denominados *canales de denuncia* que son los mecanismos predeterminados para recibir la información objeto de delación. La nueva orientación de la política criminal tiene como objetivo el fortalecimiento del *whistleblowing*, porque permite ampliar la capacidad de respuesta estatal frente a hechos irregulares con mayor énfasis en la corrupción. Por esta razón, la importancia de esta figura reside en que “la información sobre posibles hechos ilícitos fluya adecuadamente y llegue a las instancias adecuadas, sin que interesen apenas los motivos que guían al sujeto denunciante”¹⁶⁷.

Los *whistleblowers* se diferencian de los *confidentes* porque actúan motivados por valores éticos que son los que impulsan la colaboración con la administración de justicia para hacer frente a hechos irregulares en general, ilícitos penales o administrativos. Las razones económicas no son un elemento central del *whistleblowing*, por ello, en su estudio también se produce una confusión con la delación. En la actualidad, los términos *delator* y *whistleblower* suelen ser tratados como sinónimos,

¹⁶⁶ Véase, Pérez Monguió, J., “Del chivato al cooperador: el *whistleblowing*”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 115, 2019, pp. 343-375.

¹⁶⁷ Ragués I Vallès, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 26.

cuando en realidad la relación existente entre ambos es de tipo *género-especie*. Sobre el particular, García-Moreno reconoce al *whistleblowing* como un tipo específico de delación, llamándola *colaboración privada* o *tipo de informantes* que fomenta la denuncia pública contra integrantes de organizaciones públicas o privadas¹⁶⁸.

Dicho esto, podemos advertir que los *whistleblowers* no reciben el mismo tratamiento que los confidentes policiales; sino, por el contrario, se busca promover que los trabajadores públicos o privados actúen como agentes de prevención y colaboración con la administración de justicia, con lo cual se distancian del accionar del *informante* cuyos móviles desvirtúan la fundamentación ética.

De esta manera, la colaboración de los *whistleblowers* se realiza a través de la puesta de conocimiento de hechos irregulares a las autoridades públicas o área empresarial destinada para recibir las denuncias, es decir, en el caso de estos sujetos, ciudadanos que laboran en instituciones públicas o privadas, su actuación no tiene un impacto directo en el sistema de justicia penal. La información delatada es recibida primero al interior de su organización o, de ser el caso, en los canales de denuncia externos, y, posteriormente, llega a los órganos de persecución penal cuando los hechos tengan apariencia delictiva.

En lo que respecta a la diferencia entre *delación* y *whistleblowing*, esta radica en uno de los presupuestos del sujeto activo-*whistleblower*, que es el referido a su vinculación con una institución pública o privada, puesto que el *delator en sentido general* puede ser cualquier ciudadano y la información delatada no solo se restringe a hechos cometidos dentro de una organización estatal o empresarial. Asimismo, la no participación en un hecho delictivo cometido por una pluralidad de agentes también marca la diferencia con la *delación en sentido específico*; por consiguiente, el *whistleblower* es una clase de delator al lado del *confidente* y el *denunciante anónimo*.

Dicho todo lo anterior y realizadas las diferencias conceptuales, la autonomía de la delación, esto es, aceptarla como una categoría jurídica con sus propios presupuestos y clases, nos permite resaltar que la actual visión político-criminal para enfrentar la

¹⁶⁸ García-Moreno, B., *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 30-31.

corrupción pública la considera como un instrumento procesal moderno frente a los tradicionales actos de investigación criminal, entre los cuales encontramos el uso de los *confidentes* o *informantes* que se ubican dentro de las esferas de dominio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Si bien, tal como hemos señalado, estos serían un tipo de delatores, la moderna investigación penal cuando pone énfasis en la delación, tanto en su sentido general y específico, es para referirse a dos figuras jurídicas que se han puesto en la palestra de análisis y discusión en el marco de la persecución de los delitos de corrupción pública, que son el *whistleblower* y, principalmente, el *arrepentido delator*.

Finalmente, durante el desarrollo de los siguientes apartados de la tesis, cuando se aluda a la palabra *delación*, nos referimos al acto de puesta en conocimiento de las autoridades públicas de un hecho que configura una infracción que puede ser penal o administrativa; mientras que utilizaremos la *delación en sentido general* y *delación en sentido específico*, para hacer la distinción jurídica que permita identificar la acción y su motivación. Por ende, será en *sentido general* todo acto de delación que solo consista en la transmisión del hecho delictuoso conocido en el que el delator no ha tenido participación; y se usará el *sentido específico* para abordar todo lo concerniente al *arrepentido delator*, es decir, a la persona que delata un hecho criminal cometido de por una pluralidad de agentes u organización criminal, en el que ha participado, pero que, luego de abandonar la actividad delictiva delata a los demás intervinientes con la expectativa de obtener un beneficio premial.

4. CLASES DE DELACIÓN

En el apartado precedente hemos precisado que el contenido esencial de la delación es el hecho que infringe el ordenamiento jurídico. Por esta razón, no solo sirve para el derecho penal, sino también al derecho administrativo sancionador o al derecho de la competencia. Entonces, es una herramienta jurídica idónea para enfrentar hechos ilícitos en general. A continuación, desarrollaremos una clasificación jurídica de la delación basada en el derecho público: *autodelación*, *heterodelación* y *delación mixta*¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Véase Doménech Pascual, G., “*Roma delatorius praemiat*. La denuncia en el derecho público”, en Díaz Sánchez, J. J. (coord.), *Función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación española de*

4.1 Autodelación o confesión (autodenuncia)

Este tipo de delación consiste en la conducta de la persona natural o jurídica, mediante la cual pone en conocimiento la propia realización de un hecho sancionable conforme al ordenamiento jurídico vigente. Debido a ello, para referirse a esta figura también se usan las denominaciones de *autodenuncia*, *confesión* o *autoincriminación*; por ejemplo, Doménech la define como la acción de quien “se denuncia a sí mismo”¹⁷⁰. Así pues, la *autodelación* o *autodenuncia* está determinada desde el ámbito subjetivo del delator, porque este, de manera voluntaria, comunica a las autoridades administrativas o penales que ha cometido un hecho de relevancia jurídica, es más, la voluntariedad del agente debe ser expresa y no presumida o producto de valoraciones que concluyan sobre la base de los hechos que el sujeto haya aceptado su participación.

Como un supuesto típico de *autodelación*, nos referiremos a la regularización fiscal que se aplica en el derecho tributario con consecuencia directa en el fuero penal, debido a que se requiere de la *autodenuncia* para la aplicación de la exención de pena, es decir, se produce un doble efecto, por un lado, se renuncia al ejercicio de la acción penal por el delito tributario y, por el otro, el contribuyente que se autodelata logra regularizar su situación jurídica con la administración tributaria. Enseguida, nos serviremos de la descripción de los ordenamientos jurídicos español, italiano y peruano para ahondar en el funcionamiento de la regularización tributaria.

a) *La regularización tributaria en España*

La regularización tributaria está prevista en el ordenamiento jurídico español como un supuesto de *autodelación* que tiene efectos directamente en la persecución penal de los delitos contra la Hacienda Pública, puesto que opera como una exención de pena (art. 305.4 CP)¹⁷¹.

profesores de derecho administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, p. 172.

¹⁷⁰ Doménech Pascual, G., “*Roma delatorius praemiat*. La denuncia en el derecho público”, cit., p. 172.

¹⁷¹ Para los efectos de la comparación legislativa, en los casos que sea necesario se citará la redacción literal de las normas para que el lector peruano no tenga necesidad de recurrir a las leyes orgánicas. Para una revisión de la naturaleza jurídica, requisitos y efectos de la regularización tributaria española puede

Así, para que se aplique la regularización tributaria se requiere que el deudor tributario reconozca y pague la deuda tributaria; es decir, se *autodelate* a sabiendas de que su conducta previa no será sancionada e incluso tampoco se sancionan las infracciones contables ni falsedades, siempre y cuando tengan una relación instrumental con la defraudación y no hayan iniciado acciones ni la Administración, ni el Ministerio Fiscal o el juez instructor.

Además, podemos resaltar dos elementos que componen la *autodelación*: primero, el subjetivo, que es la voluntad misma del deudor tributario; y, el segundo elemento, el temporal, que exige la no existencia de un procedimiento iniciado por la autoridad competente. Sobre el particular, Martínez-Buján Pérez precisa que el supuesto de la regularización tributaria, de influencia alemana, contiene un concepto normativo de voluntariedad “al recurrirse a una delimitación objetiva negativa y legalmente formalizada de la misma”¹⁷².

Resulta pertinente precisar que la *autodelación* o *autodenuncia*, en los casos de regularización tributaria, funciona como un requisito para la aplicación de la excusa absolutoria, el cual debe ser complementado con el pago voluntario (reparación). Por eso, si el deudor tributario no cumple con la reparación, se excluye la excusa absolutoria; no obstante, la *autodenuncia* de la defraudación configura el supuesto fáctico de la *confesión*, siempre que se cumplan los demás requisitos que establece el Código Penal.

De este modo, se advierte claramente que estamos ante conductas subsumibles en la categoría de comportamientos postdelictivos positivos orientados a la colaboración con el sistema de justicia, pero la confesión solo tiene como efecto la atenuación de la pena, mas no la exclusión de ella, como sí sucede en el supuesto de la regularización fiscal.

verse González Uriel, D., *El delito de defraudación tributaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 209-242.

¹⁷² Martínez-Buján Pérez, C., “El delito de defraudación tributaria”, en *Revista Penal*, n.º 1, 1998, p. 65. En el mismo sentido, Lander Luri señala que la condición objetiva de la inexistencia del procedimiento administrativo o judicial es una consecuencia de la naturaleza normativa del elemento voluntariedad. Lander Luri, M., *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas. Regularización fiscal, Reintegro en la malversación, Retracción del falso testimonio y Liberación de la persona detenida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 109.

b) *La regularización tributaria en Italia*

En Italia, la regularización tributaria o *pago de la deuda tributaria* es una *causa de no punibilidad* que ha sido introducida en el año 2015 con el art. 11 del Decreto Legislativo N.º 158/2015, “*Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23*”, que establece que los delitos tributarios que tienen como objeto la sanción de la declaración falsa u omisión de declaración serán no punibles si la deuda tributaria con las multas e intereses son totalmente pagados. Para ello, introduce como elementos normativos el *arrepentimiento activo* o la *presentación de la declaración*, así como el límite temporal que consiste en que la acción del deudor tributario se produzca antes de la participación de la autoridad administrativa o el inicio de un proceso penal.

La introducción de esta causa de no punibilidad en Italia, tal como señala Mancini, tiene una justificación político-criminal, porque el legislador ha dado preferencia a la lógica premial con la finalidad de que se induzca al sujeto que ha inobservado la obligación tributaria que afecta las finanzas estatales; sin embargo, establece requisitos como el temporal, cuyo objetivo es descartar que el pago del contribuyente no responda a un arrepentimiento, sino a un cálculo para la mejora de su situación¹⁷³.

c) *La regularización tributaria en el Perú*

En el caso peruano, la regularización tributaria está prevista en el artículo 189 del Código Tributario, cuya redacción tiene como fuente la norma penal española y su efecto es la improcedencia del ejercicio de la acción penal por el ilícito tributario y las irregularidades instrumentales. Si bien la norma tributaria peruana no establece de manera literal el *reconocimiento de la deuda*, como prevé la norma española, el tercer párrafo del citado artículo 189 CTP define a la regularización como el “pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución”, por lo que la exigencia del

¹⁷³ Mancini, A., *Diritto penale tributario*, Laurus Rodolfo, Roma, 2019, pp. 326-327.

pago lleva implícito su reconocimiento por parte del deudor tributario y, por ende, la *autodenuncia*¹⁷⁴.

Adicionalmente, las razones del legislador peruano de establecer esta cláusula de improcedencia de la acción penal también fueron de naturaleza político-criminal, porque está orientada a conseguir una mayor recaudación a costa de no sancionar el ilícito tributario; por tal motivo, este mecanismo es catalogado en la doctrina peruana como un “puente de plata para el contribuyente”¹⁷⁵.

Volviendo al punto principal del presente apartado, la *autodelación* tiene como elemento central la voluntad del delator. Garro Carrera resalta este elemento, por ser la “decisión autónoma del reconocer ante las autoridades su propia participación en un hecho delictivo cuando creía contar con posibilidades de no ser descubierto”¹⁷⁶. Se debe subrayar que la autonomía de la decisión del delator excluye la obligatoriedad de la *autodelación*, es así que la aplicación de la exención de pena responde a factores de valoración político-criminales, puesto que la continencia objetiva de la delación es un delito cometido solo por el delator, pero se prevé un incentivo normativo para promover la voluntad de confesar, porque nadie está obligado a denunciarse a sí mismo; caso contrario, se configuraría un supuesto de infracción a la garantía de la *no autoincriminación*¹⁷⁷.

4.2 Heterodelación

De igual manera que en la *autodelación*, determinamos el concepto de *heterodelación* a partir de su elemento compositivo, esto es, *hetero-* que significa ‘otro,

¹⁷⁴ Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N.º 2-2009/CJ-116: “La regularización tributaria está sujeta a dos requisitos esenciales: actuación voluntaria a través de una autodenuncia y pago total de la deuda tributaria o devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente”.

¹⁷⁵ Yon Ruesta, R./Sánchez Málaga-Carrillo, A., “Análisis crítico de la política criminal y del tipo de injusto del delito fiscal en el Perú”, en *Themis. Revista de Derecho*, n.º 64, Lima, 2013, p. 236.

¹⁷⁶ Garro Carrera, E., “Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa” cit., p. 6.

¹⁷⁷ En España la garantía de la no autoincriminación es reconocida en el art. 24.2 CE y art. 118.1.h LECrim. Por su parte, la constitución italiana en el art. 24 regula la inviolabilidad de la defensa durante todo el procedimiento; y, en el Perú, de manera específica, se ha regulado la garantía de la no autoincriminación dentro del artículo IX del Título Preliminar del CPPP, que corresponde al derecho de defensa.

desigual, diferente'¹⁷⁸; por tanto, para fines jurídicos, consiste en el acto de la persona natural o jurídica con el que pone en conocimiento la comisión de hechos irregulares o delictivos a la administración o a los órganos públicos de persecución penal, según corresponda, cometidos por otras personas sin tener participación, es decir, estamos ante el supuesto en que “uno denuncia a otra u otras personas”¹⁷⁹.

En lo concerniente al proceso penal, se trata de un acto de denuncia, aunque con elementos especiales, puesto que no es la tradicional comunicación del hecho que reviste de naturaleza criminal efectuado por un denunciante plenamente identificado, sino que su característica especial es el anonimato del delator. Dicho anonimato del denunciante-delator puede suscitarse desde el momento de ejecución de la delación por decisión de él mismo, por el mecanismo procedimental establecido para delatar, o por tratarse de una medida de protección evaluada y dictada por la autoridad competente.

Al respecto, por ejemplo, Marchal, define la delación como el “anónimo en el que no resulta identificado el denunciante de los hechos”¹⁸⁰. La postura del autor mencionado requiere de dos precisiones desde un punto de vista general; puesto que, el anonimato no necesariamente es intrínseco al acto de delatar, sino que puede ser consecuencia de una forma de delación, dado que el ocultamiento de la identidad cumple la finalidad de proteger al delator.

Dicho lo anterior, asumir que toda delación es anónima genera la exclusión de la *autodenuncia*, la cual también es una especie de la delación general. Y, en segundo lugar, nominalizar *el anónimo* conllevaría a excluir los supuestos en los cuales la delación es ejercitada contra terceros con fines de obtener beneficios premiales por la comisión de un hecho diferente al delatado cometido por el denunciante o un hecho cometido en calidad de partícipe. Enseguida describiremos la regularización migratoria española y el programa de recompensas de Perú para remarcar que puede haber un encuentro entre la *heterodelación* y la *autodelación*, incluso fuera del supuesto de la delincuencia asociativa.

¹⁷⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, cit.

¹⁷⁹ Doménech Pascual, G., “*Roma delatorius praemiat*. La denuncia en el derecho público”, cit., p. 172.

¹⁸⁰ Marchal Escalona, A., *El Atestado: inicio del proceso penal*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 120.

a) *La regularización migratoria en España en los casos de colaboración en contra de trata de seres humanos*

El artículo 59.1 de la Ley de Extranjería 4/2000 del 11 de enero de 2000 “sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, tiene como claro fundamento político-criminal la persecución penal de los delitos de trata de seres humanos cometidos por organizaciones criminales, tan es así que la sumilla de dicho artículo señala “colaboración contra redes organizadas”. Esta norma administrativa promueve la *heterodelación*, aunque de forma subordinada se encuadra la *autodelación* del migrante irregular en España, por lo cual la aplicación del beneficio premial exige dos componentes, que son: *denunciar* y *cooperar*.

El primer requisito, *denunciar*, tal como precisa García España, es la “delación de los autores del delito”¹⁸¹; y el segundo requisito, *cooperación*, corresponde a la colaboración con la administración. Pero, en el momento en que el migrante se acoge a la exención de responsabilidad administrativa (art. 59.1 Ley de Extranjería 4/2000), acepta su situación irregular; por ende, se configura una *autodelación abstracta* o subsumida en el acto de delación de las redes organizadas.

Ahora bien, el Anteproyecto de la Ley Orgánica integral contra la trata y explotación de seres humanos introduce en el numeral 3 art. 177 quater del Código Penal español una causa de exención de pena para la persona que denuncie (heterodelación) el sometimiento a trabajos, servicios forzosos, servidumbre o esclavitud de seres humanos, a pesar de haber hecho uso ocasional de tales servicios o prestaciones (autodelación), siempre que no se haya instaurado un procedimiento ni iniciado diligencias policiales o judiciales. También se modifica el numeral 3 del art. 59 bis de la Ley de Extranjería, disponiendo que la autoridad competente “declarará” (la redacción vigente señala “podrá”) exenta de responsabilidad administrativa a la víctima de trata o explotación.

¹⁸¹García España, E., *El premio a la colaboración con la justicia especial consideración a la corrupción administrativa*, Comares, Granada, 2005, p. 42.

b) *El programa de recompensas de Perú*

En el caso peruano, como ejemplo de *heterodelación*, encontramos el Programa de Recompensas creado por el Decreto Legislativo N.º 1180 y reglamentado con el Decreto Supremo N.º 011-2016-PCM, modificado por el Decreto Supremo N.º 027-2017-PCM, que amplió sus alcances para la captura de los involucrados en casos de corrupción. Esta norma administrativa regula al delator con el nombre de *ciudadano colaborador*, que es definido como la “*persona natural que proporciona información acerca de la identidad y ubicación de un delincuente buscado por las autoridades policiales u operadores de justicia*”.

Dicho lo anterior, en el proceso penal la *heterodelación* puede suscitarse de manera anónima —como se verá más adelante cuando se traten las formas de la delación—, pero genera la actuación del órgano de persecución penal, debido a que la “delación obliga a la persecución de lo delatado si tiene unos mínimos visos de realidad”¹⁸². Además, este tipo de delación es la que más se ajusta al modelo normativo del *whistleblower*, porque en su núcleo no se configura la *autodenuncia* como un requisito indispensable, sino que la acción principal consiste en la delación de terceras personas, ya sean naturales o jurídicas. En la doctrina se destaca el elemento subjetivo del *whistleblower*, puesto que la voluntad de delatar proviene de un sentido ético del agente. Por ejemplo, Amoedo precisa que “una denuncia en el sentido expresado por el término inglés *whistleblowing* debería ser toda aquella que informe de actividades irregulares o ilícitas sucedidas tanto en el ámbito público como en el privado, que pueda afectar o amenazar el interés público”¹⁸³.

Sobre el particular, García-Moreno desarrolla un parecer diferente y considera que hacer prevalecer el sentido ético del *whistleblowing* reduciría la eficacia de esta estrategia político-criminal porque se perdería el aporte informativo de quienes actúen por intereses personales o, incluso, de personas que tengan el mismo sentido ético de los

¹⁸² Marchal Escalona, A., *El Atestado: inicio del proceso penal*, cit., p. 120.

¹⁸³ Amoedo Barreiro, D., “Hacia una ley de protección para los denunciantes de corrupción en España”, en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º 3, 2017.

comportamientos que sean ilícitos¹⁸⁴. Pero, al margen de los riesgos por venganzas o intereses personales y desde el nivel teórico, los *whistleblowers* son un tipo de *heterodelación* que permite conocer los hechos irregulares que se cometen al interior de instituciones públicas o empresas privadas, por lo que resulta exigible que los Códigos de conducta incluyan su promoción, a través de la especificación de que quien “denuncia una infracción (*whistleblowing*) no llevará consigo ningún tipo de represalia”¹⁸⁵.

Por consiguiente, la protección es el punto clave para el éxito de este tipo de delación, pues los delatores no deben ser víctimas de las represalias por las revelaciones de los hechos irregulares, para lo cual no solo basta con protegerlos, sino también se requieren sanciones para las empresas que actúen en contra de ellos. Sawyer, Johnson y Houlob resaltan que “la clave para la supervivencia del *whistleblower* es la legislación protectora con algunos medios para reparar su legitimidad pragmática y el enjuiciamiento de las organizaciones que tomen represalias contra los *whistleblowers*”¹⁸⁶.

Este es el enfoque recogido en la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, cuando señala en su considerando 88 que la impunidad de las represalias desincentiva a los denunciadores potenciales; mientras que las normas que establezcan responsabilidades y sanciones contra quienes comentan las represalias sirven para incentivar las denuncias y disuadir las conductas contra los denunciadores. En igual sentido, el legislador español en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, “*reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones administrativas y de lucha contra la corrupción*”, ha regulado como una de las finalidades el “otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas” (art. 1.1).

¹⁸⁴ García-Moreno, B., *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, cit., pp. 96-97.

¹⁸⁵ Muñoz De Morales Romero, M., “Programas de cumplimiento ‘efectivos’ en la experiencia comparada”, en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A., (dirs.) *Derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 224.

¹⁸⁶ Sawyer, K./Johnson, J./Holoub, M., “The necessary illegitimacy of the whistleblower”, en *Business & professional ethics journal*, 2006, p. 17.

4.3 Delación mixta

El nombre de esta clase de delación es determinado por el adjetivo “*mixta*”, y se define como el acto de la persona natural o jurídica mediante el cual comunica la comisión de un hecho irregular o criminal cometido “por un grupo del que él mismo forma parte”¹⁸⁷. Cabe precisar que, para los efectos del proceso penal, la información ha de estar ligada a un hecho criminal y a una pluralidad de personas concertadas para cometer delitos graves o como parte de una organización.

Además, para referirse a este tipo de delación también se ha usado la palabra *heteroincrimación*; sin embargo, desde un punto de vista lingüístico, el elemento compositivo “*hetero-*” no es el más adecuado, porque solo nos referiríamos a la incriminación de otro, lo que reduce el ámbito conceptual al supuesto de la *heterodelación*. No obstante, para incidir en la criminalidad asociativa se requiere de un concepto que englobe tanto al delator como a los delatados, porque el efecto premial será obtenido por el disociado.

En la delación mixta se destaca el componente de participación en el hecho delictivo. Aunque en este apartado no ingresaremos a profundidad, la delación mixta corresponde a la conducta postdelictiva del arrepentido delator, al cual se le exige una actitud colaboradora que tenga como eje central la “transmisión a las autoridades de la declaración verdadera de su participación”¹⁸⁸ en los hechos criminales, información de la forma de ejecución de la actividad delictiva y, sobre todo, quienes son los otros responsables (delatados).

La *delación mixta* conlleva una “disociación productiva y determinante”¹⁸⁹ o abandono total de toda actividad delictiva (continencia objetiva de la delación). Valga como ejemplo el caso de los programas de clemencia mediante los cuales “el miembro de un cártel pone en conocimiento de una autoridad nacional de la competencia

¹⁸⁷ Doménech Pascual, G., “*Roma delatorius praemiat*. La denuncia en el derecho público”, cit., p. 172.

¹⁸⁸ Campo Moreno, J.C., *El arrepentimiento postdelictual*, General de Derecho S. L., Valencia, 1995, p. 35.

¹⁸⁹ Campo Moreno, J.C., *El arrepentimiento postdelictual*, cit., p. 62.

información sobre las prácticas perjudiciales que se están llevando a cabo en materia de derecho de la competencia. A cambio, el delator podrá beneficiarse de exenciones o reducciones en el pago de las multas”¹⁹⁰. También se diferencia de la *autodelación* en cuanto a la continencia objetiva y los efectos que el ordenamiento jurídico les asigna, puesto que quien se *autodelata* confiesa el hecho criminal que ha cometido y puede obtener la atenuación de pena por confesión judicial; mientras que la *delación mixta* y la *heterodelación* la superan en aporte informativo, dado que permiten que la persecución se extienda a terceras personas.

Finalmente, de entre las tres clases de delación, la *delación mixta* es la que nos permite conocer la forma en que se ha realizado un delito grave con pluralidad de personas o toda la estructura y funcionamiento de una organización criminal a partir de la información entregada por uno de sus participantes en el hecho delictivo, quien voluntariamente ha decidido romper el silencio con el objetivo de obtener beneficios premiales, lo cual permite distinguirlo del típico agente especial o confidente policial.

En adelante, nos centraremos en la *heterodelación* y *delación mixta*, que expresan el sentido específico de la delación y que fundamentan el movimiento normativo en los países para establecer fórmulas legales que promuevan su ejecución, es decir, se promueve o incita a los delatores para que revelen las acciones irregulares y, con más ímpetu, para conocer los hechos criminales.

5. CARACTERÍSTICAS DE LA DELACIÓN

A continuación, señalaremos las características de la delación que se han determinado atendiendo a la clasificación desarrollada en el apartado precedente (autodelación, heterodelación y delación mixta) y ordenadas según el criterio de concurrencia. El criterio asumido nos obliga a recordar que la *autodelación* y *heterodelación* se diferencian de la *delación mixta* por la intervención en el hecho ilícito y el anonimato; por ello, ubicamos primero al *conocimiento propio del hecho* que está presente en todos los tipos de delación, luego al *anonimato* que excluye a la

¹⁹⁰ Domínguez Ruiz, L., “La exhibición de pruebas en la Directiva 2014/104/UE, sobre reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia, y su transposición al ordenamiento español”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 41, Iustel, 2017, pp. 1-53.

autodelación, y tercero, la *no existencia de procedimiento* que tiene particularidades para la delación mixta que se abordarán en los capítulos posteriores

5.1 Conocimiento propio del hecho

Como hemos indicado, esta característica concurre en los tres tipos de delaciones. En la *autodelación*, el sujeto conoce el hecho ilícito por haberlo realizado o participado en su ejecución; en la *heterodelación* el sujeto tiene conocimiento de un hecho ilícito cometido por otras personas; y en la *delación mixta* el delator también conoce la actividad ilícita por haber intervenido en su realización y conocer a los demás intervinientes.

Dicho lo anterior, el *conocimiento propio del hecho* tiene importancia, porque se refiere a la información de un hecho ilícito¹⁹¹ que está en el núcleo de la definición jurídica de delación, porque permite a las autoridades públicas conocer un hecho que sin la delación quedaría impune. Cabe hacer unas precisiones en torno a la fuente u origen de la información del delator. En primer lugar, en el caso de la *heterodelación*, el conocimiento es adquirido durante su vida cotidiana o por formar parte de una organización pública o privada, como sucede con los *whistleblowers*. En segundo lugar, en la *delación mixta*, el delator conoce los detalles de la ejecución del hecho ilícito por haber participado en su comisión.

Por consiguiente, el origen o fuente del conocimiento del hecho ilícito no determina la validez de la delación como herramienta procesal para que se investiguen y, de ser el caso, se sancione el hecho delatado¹⁹².

¹⁹¹ El concepto asumido de *hecho ilícito* se refiere a toda conducta contraria al ordenamiento jurídico; por ello, la delación puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador o disciplinario (hecho ilícito administrativo), o a un procedimiento penal (hecho ilícito penal o delito). Para mayor referencia, Kelsen señala que “cuando un sistema social, como el orden jurídico, obliga a una conducta en cuanto estatuye para el caso de la conducta opuesta una sanción, cabe describir la situación mediante una proposición que enuncia que, en caso de una determinada conducta, debe producirse una determinada sanción. Con ello, ya queda dicho que la conducta que es condición de la sanción se encuentra prohibida y su contraria es obligatoria. El ser debido de la sanción implica en sí mismo el estar prohibida la conducta que es su condición específica y el ser obligatoria la conducta opuesta”. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, UNAM, México D. F., 1982, p. 39.

¹⁹² Sin entrar al tratamiento específico de la relación entre la prueba ilícita y el *whistleblower*, seguimos el criterio adoptado por el Tribunal Supremo español en el caso denominado “Falciani” en que se señala que la regla de exclusión no es aplicable cuando la prueba es obtenida por un particular sin que haya actividad

5.2 Anonimato

La característica del anonimato se manifiesta de dos formas según el tipo de delación. La primera es de forma intrínseca al acto de delatar, porque el sujeto oculta su identidad cuando comunica el hecho ilícito. Por ejemplo, en el caso de la *heterodelación*, el delator mantiene su anonimato cuando presenta denuncias anónimas o utiliza los buzones de colaboración o canales de denuncia. En la segunda, el anonimato es una consecuencia de la delación, que se produce con el objetivo de proteger al delator mediante el ocultamiento de su identidad, lo cual es aplicable a la *heterodelación* y con mayor énfasis en la *delación mixta*, porque el delator se identifica ante la autoridad pública para poder negociar los beneficios premiales y luego su identidad se oculta para asegurar el órgano de prueba.

estatal, reservándola a los casos en que la obtención de la prueba se produzca con vulneración de derechos fundamentales por parte del Estado: “[...] la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. [...]. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito”. Véase, en la STS núm. 116/2017 de 23 de febrero de 2017, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2017\1908]). El caso fue recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional que confirmó el razonamiento del Tribunal Supremo, señalando que “no se advierte, pues, tampoco desde un punto de vista externo, que exista una necesidad jurídica de extender al proceso penal la tutela del derecho a la intimidad en relación con una intromisión *inter privatos* como la verificada en el caso que nos ocupa. España no tiene un sistema jurídico de opacidad bancaria que exija instrumentalizar el proceso penal para prevenir este tipo de violaciones de derechos fundamentales verificadas entre particulares. Y no existe, obviamente, dentro del ordenamiento español de derechos fundamentales, una obligación de proteger instrumentalmente un sistema de este tipo, aunque pueda existir en otros estados. Véase, STC núm. 97/2019, de 16 de julio de 2019, (Pleno, [RTC 2019\97]). Para un estudio sobre el debate generado por el caso Falciani en la doctrina española puede leerse los siguientes artículos: Marchena Gómez, M., “Prueba ilícita y reglas de exclusión: los matices introducidos por la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia 116/2017, 23 de febrero (caso Falciani)”, en Asencio Mellado, J. M.ª /Rosell Corbelle, A./Gimeno Sendra, J. (coords.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 1181-1200. Bajo Fernández, M., “Creciente insensibilidad ante los derechos fundamentales: la paradoja de Puigdemont y Falciani como ejemplo”, en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razones. Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, T. II, Aranzdi Thomson Reuters, Navarra, 2018, pp. 853-864. Asencio Mellado, J. M.ª, “La STC 97/2019, de 16 de julio: Descanse en paz la prueba ilícita”, en *Diario La Ley*, n.º 9499, 2019. Gimeno Beviá, J., “De Falciani a birkenfeld: la evolución de una cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (*whistleblower vs. bounty hunter*)”, en *Diario La Ley*, n.º 9139, 2018. Richard González, M., “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la ‘lista falciani’ para fundar una condena por delito fiscal”, en *Diario La Ley*, n.º 8946, 2017. Mosquera Blanco, A., “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani. Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero”, en *Idret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2018.

5.3 No existencia de procedimiento

La *no existencia de procedimiento*¹⁹³ sigue la línea histórica de la delación como mecanismo para el inicio de indagaciones y confirma su ubicación dentro de los comportamientos postdelictuales, porque exige que se realice “antes de que el sujeto haya tenido conocimiento del inicio del procedimiento judicial¹⁹⁴. Esta tercera característica debe ser matizada en función de la clase de delación ante la cual nos encontremos. En el caso de la *autodelación* y *heterodelación* se cumple que la delación sea el motor para la activación de la administración o de los órganos de persecución penal.

Sin embargo, en el caso de la *delación mixta*, la investigación criminal puede iniciarse con el mismo acto delación o cuando se haya iniciado el procedimiento penal. Para este último supuesto, la delación no solo debe contener información sobre los hechos investigados, sino, adicionalmente, aportar el conocimiento para la *ampliación de la investigación iniciada* o para *iniciar otra investigación* en contra de terceras personas (delatadas). Por ende, en los supuestos de *delaciones mixtas* la inexistencia del procedimiento es un requisito variable.

6. FORMAS DE LA DELACIÓN

Siguiendo nuestra línea de argumentación, la delación sirve para fortalecer a la Administración pública y, en específico, a la Administración de Justicia, porque amplía el conocimiento sobre hechos ilícitos. Es así que cumple un papel relevante en la lucha contra la corrupción, como veremos en los capítulos posteriores, porque los países requieren de instrumentos normativos o aparatos logísticos que promuevan las

¹⁹³ Cabe precisar que se utiliza la categoría de procedimiento y no proceso para incluir a los órganos no jurisdiccionales. En específico, en el ámbito penal, es idóneo para comprender la fase de investigación preliminar o procedimiento previo de investigación. Gómez Colomer señala que “el proceso penal nace cuando se descubre un hecho tipificado como delito por el Código Penal. En este caso, el Estado apenas sabe algo más que los resultados que ha producido una acción humana, y, por tanto, es necesario averiguar qué es lo que ha podido pasar y quién puede ser responsable de ello. Es necesario un procedimiento previo de investigación. Ese procedimiento previo de investigación estaría a cargo de autoridades públicas de persecución. Esta segunda característica es muy importante también, y la diferencia radicalmente de los demás procesos”. Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J. L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Introducción al derecho procesal. Derecho procesal I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 282.

¹⁹⁴ Campo Moreno, J. C., *El arrepentimiento postdelictual*, cit., p. 26.

denuncias de actos de corrupción. Esta es una preocupación internacional expresada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003.

Pues bien, conforme a la clasificación y las características de la delación desarrolladas se pueden establecer cuatro formas para delatar, que son: *la denuncia anónima*, *los buzones de colaboración*, *los canales éticos de denuncia*, y *la declaración del arrepentido delator*. Esta última forma de delación es la que mayor repercusión genera en la actualidad, puesto que es la aplicación del concepto de *delator en sentido específico*, es decir, se trata del sujeto que nutre a los órganos de persecución de información sobre delitos que ha cometido con pluralidad de personas concertadas o como integrante de una organización criminal.

De este modo, los mecanismos denominados *buzones de colaboración* y *canales éticos de denuncia* que corresponden al tipo de *heterodelación* cumplen un fin de prevención contra los actos de corrupción, sin que ello excluya la posibilidad que produzcan efectos penales; mientras que la *denuncia anónima* (heterodelación) y la *declaración del arrepentido delator* (delación mixta) tienen la finalidad de persecución del delito.

6.1 Denuncia anónima

Es la forma de delación más tradicional, a la cual definimos como un tipo de *heterodelación* que consiste en la comunicación de un hecho de apariencia delictiva ante los órganos públicos penales, sin que se revele la identidad del delator. Si bien la *denuncia anónima* puede tener trascendencia en el ámbito administrativo, en la presente investigación nos circunscribimos al proceso penal tomando como base el concepto de *denuncia* como “un acto procesal por el que una persona emite una declaración de conocimiento, que proporciona al titular del órgano jurisdiccional la noticia de un hecho que reviste los caracteres de delito”¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J. L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 153.

En función de ello, esta forma de delación se relaciona con su par *denuncia formal*, respecto de la cual se diferencia por no cumplir con los presupuestos formales exigidos por ley, ya sea que estemos ante un ordenamiento que establezca la obligación de denuncia (España) o que esta sea una facultad de los ciudadanos (Italia y Perú). No obstante, la *denuncia anónima* encuentra legitimidad como mecanismo que permite la colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción, como se establece en el artículo 13.2 del “Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003”.

Siguiendo a Montero Aroca, la *denuncia anónima* no puede tener el mismo tratamiento que la *denuncia* presentada formalmente, porque, si se permitiese que fundamente la incoación de oficio, se configuraría un fraude de ley al otorgarse al delator “todo lo favorable de la denuncia y ninguno de sus inconvenientes, ni siquiera de ser testigo en el proceso”¹⁹⁶. Es así que la diferencia entre *denuncia anónima* y *denuncia formal* no impide la investigación del hecho denunciado cuando haya verosimilitud de los datos contenidos en la delación; por tal motivo, se requiere de la ponderación¹⁹⁷.

Ante ello, Montero Aroca hace una distinción entre las denuncias anónimas presentadas en órganos jurisdiccionales y órganos no jurisdiccionales (Fiscalía y Policía), precisando que el fiscal sí puede realizar diligencias con la finalidad de esclarecer los hechos denunciados o identificar al autor de la denuncia anónima que haya sido presentada para cometer un delito¹⁹⁸. Esta es la orientación en los

¹⁹⁶ Montero Aroca, J., “La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal”, en González Montes, J. L. (ed.), *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal (denuncia anónima, proceso abreviado, policía judicial y proceso penal, prueba ilícita y privilegios procesales de los diputados autonómicos)*, Universidad de Granada, Granada, 1994, p. 28.

¹⁹⁷ Así se recomienda por el Tribunal Supremo español que “la utilización, como punto de partida para una investigación criminal, de una denuncia anónima debe ser ponderada y examinada con cautela, analizando no solo su contenido, sino también la naturaleza de los hechos que se trata de poner en conocimiento de la Policía Judicial o de los órganos judiciales encargados de la instrucción de un determinado asunto”. STS núm. 867/2002 de 29 de julio de 2002, (Sala de lo Penal [RJ 2002\6357]). Seguido también en la STS núm. 142/2020 de 13 de mayo de 2020, (Sala de lo Penal [RJ 2020\1126]): “Hemos dicho en muchas ocasiones que la información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal”.

¹⁹⁸ Montero Aroca, J., “La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal”, cit., p. 34.

ordenamientos jurídicos español, italiano y peruano, en los que la jurisprudencia y la praxis la admiten como motivo o impulso de inicio de una indagación penal.

Sobre el particular, en las legislaciones procesales de los tres países mencionados (art. 266 LECrim, art. 333.1 CPPI y art. 328 CPPP) se regula que la denuncia debe estar firmada por quien la presenta; por tanto, el incumplimiento de este requisito configura la *denuncia* como *anónima*. En el caso español, encontramos la Instrucción N.º 3/1993 de la Fiscalía General del Estado denominada “Actuación del Ministerio Fiscal para la defensa de los derechos ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas, cumplimiento de velar por el secreto del sumario y consideración de la denuncia anónima como ‘notitia criminis’”¹⁹⁹, en la que se señala que se debe efectuar una ponderación entre la afectación del bien jurídico y la necesidad de investigar, sobre lo cual, el Tribunal Supremo se ha manifestado a favor de que la denuncia anónima, aun cuando no exista una norma facultativa, sea valorada como fuente de conocimiento y fundamento de inicio de la indagación penal²⁰⁰.

Una situación especial sucede en el Perú, en que es innegable la existencia de denuncias anónimas presentadas en las dependencias policiales, por lo que el filtro de ponderación y validación la realiza la Policía, elevando un informe al fiscal para que decida el inicio de las diligencias preliminares. Es decir, la denuncia anónima se

¹⁹⁹ El instructivo señala expresamente: “La ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiere ampararse en el ocultismo y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas”.

²⁰⁰ STS núm. 318/2013 de 11 de abril de 2013, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [2013\5933]): “Nuestro sistema no conoce; por tanto, un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso penal, pero sí permite, reforzadas todas las cautelas jurisdiccionales, convertir ese documento en la fuente de conocimiento que, conforme al art. 308 de la LECrim, hace posible el inicio de la fase de investigación”. Véase también STS núm. 678/2019 de 23 de enero de 2019, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [2020\415]): “En el ámbito del proceso penal la situación es similar porque es admisible el inicio de una investigación criminal a partir de una denuncia anónima, si bien se precisa de un control judicial indiciario para iniciar la investigación”. STS núm. 958/2016 de 19 de diciembre de 2016, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [2016\5901]): “El origen de la información inicial es irrelevante, en la medida en que no consta ninguna vulneración constitucional que pudiera viciar la obtención de la prueba. Es claro que la policía maneja diversas fuentes de información en las investigaciones sobre droga, pero nada impide que una denuncia vecinal ponga en marcha una investigación para constatar su veracidad [...]”.

convierte en un mero insumo, pero el soporte de la investigación es el informe policial que contiene la información de la denuncia anónima²⁰¹.

Por su parte, en Italia se encuentra regulada la prohibición de denuncias anónimas en el art. 333, párrafo 3 CPPI. Al respecto, Aprati define la denuncia anónima como un documento en el que no se consta el autor y, en un sentido peyorativo, la llama “denuncia apócrifa, o con autor no identificado”, que puede ser efectuada por escrito o de manera oral; no obstante, señala también que la denuncia anónima puede ser considerada como una base para que la Policía Judicial o el fiscal realice una preinvestigación²⁰². Además, a nivel de la jurisprudencia italiana, la Corte Suprema de Casación ha delimitado el nivel de prohibición del uso de las denuncias anónimas y ha avalado su capacidad de estímulo de la actividad fiscal o policial, tal como se lee a continuación²⁰³.

Asimismo, el citado art. 333, párrafo 3, del CPPI establece un supuesto de excepción al régimen del tratamiento de la denuncia que se refiere a la aplicación del art. 240 CPPI, que regula los llamados *documentos anónimos y actos relativos a interceptaciones telefónicas*. Esta regulación está dirigida especialmente a la prohibición de uso de los documentos que contengan declaraciones anónimas, los cuales solo podrían ser utilizados cuando sean cuerpo del delito y, sobre todo, si se tratase de documentos que representan los hechos, tales como las fotografías o los audiovisuales;

²⁰¹ Asimismo, vale mencionar que, en el año 2014 la Defensoría del Pueblo, luego de realizar una evaluación de diversas carpetas fiscales del Sistema Especializado Anticorrupción de Perú, indicó que las denuncias anónimas podrían ser presentadas ante la Procuraduría Anticorrupción para que sea esta quien las presente ante la Fiscalía y, de este modo, cumplir con el requisito de identificación del denunciante. Defensoría del Pueblo, *El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2014, p. 286.

²⁰² Aprati, R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penal*, Jovene Editore, Nápoles, 2010, p. 57.

²⁰³ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 43289/2019 de 22 de octubre de 2019, (Sección sexta penal, ([ECLI:IT: CASS:2019:43289PEN]): “Si es cierto, de hecho, sobre la base de una denuncia anónima, no es posible proceder a registros, incautaciones e interceptaciones telefónicas, tratándose de actos que implican y presuponen la existencia de indicios de culpa; sin embargo, los elementos contenidos en las denuncias anónimas pueden estimular la actividad de iniciativa del P. M. [fiscal] y de la Policía judicial para conseguir datos cognitivos, dirigidos a verificar si del anónimo puedan recabarse extremos útiles para la identificación de una *notitia criminis* y, posteriormente, la identificación de la persona alcanzada por los indicios de culpa”.

sin embargo, los datos e información a la que refiere el art. 240 del CPPI pueden tratados como *notitia criminis*²⁰⁴.

Dicho todo lo anterior, si bien la *denuncia anónima* supone la puesta en conocimiento de hechos delictivos, no puede considerarse veraz automáticamente, sino que requiere de una ponderación, pese a suponer la puesta en conocimiento de hechos delictivos. Por esta razón, Ortiz Pradillo destaca que “un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal estaría alentando a la erosión, no solo de los valores de convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle”²⁰⁵.

6.2 Buzones de colaboración

Esta forma de delación está compuesta por dos elementos, que son la participación ciudadana y el uso de la tecnología, con la que esboza una relación de *medio-fin*. Ambos componentes conjugados permiten afirmar que “los medios electrónicos facilitan la colaboración social en la lucha contra la corrupción”²⁰⁶. De este

²⁰⁴ Belluta, H./Gialuz, M./Lupária, L., *Codice sistematico di procedura penale*, cit., p. 292.

²⁰⁵ Ortiz Pradillo, J. C., “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, cit., p. 45. Así lo ha dicho el Tribunal Supremo, precisando que “nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo”. STS núm. 141/2020 de 13 de mayo de 2020, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2020\1150]). El Tribunal Supremo también indica que “no es la denuncia anónima la que puede viciar o dar lugar a la nulidad de una investigación, sino la vulneración de las normas reguladoras de la prueba”. STS núm. 676/2019 de 23 de enero de 2019, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2020\415]). STS núm. 54/2019 de 6 de febrero de 2019, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2019\287]): “Nuestro sistema no conoce, por tanto, un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso penal, pero sí permite, reforzadas todas las cautelas jurisdiccionales, convertir ese documento en la fuente de conocimiento que, conforme al art. 308 de la LECrim, hace posible el inicio de la fase de investigación”. Asimismo, el Alto Tribunal español ha señalado que “es a partir del atestado policial donde se encuentra el origen de incoación de la instrucción de la causa, porque este ya incorpora esos datos lo suficientemente sólidos como apreciar unos hechos con presumible relevancia delictiva y un juicio de verosimilitud sobre la participación en los mismos de una determinada persona, que luego pasa por el filtro de la instrucción sumaria, bajo control judicial, de lo cual, lo que, en su caso, acceda al juicio oral, como prueba, sometido, por lo tanto, a los principios de oralidad, contradicción e intermediación, es lo que servirá como fundamento de la sentencia, que es como se ha operado en el caso que nos ocupa”. STS núm. 224/2021 de 11 de marzo de 2021, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2021\938]).

²⁰⁶ Cerrillo I Martínez, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n.º 35, 2014, pp. 43-71.

modo, podemos definir los buzones de colaboración como un mecanismo tecnológico que, mediante el uso de correos electrónicos, telefonía o medios telemáticos permite la transmisión de información sobre hechos irregulares por parte de cualquier ciudadano²⁰⁷.

Esta forma de delación es parte del conjunto de medidas administrativas que adoptan las instituciones públicas para promover que la ciudadanía participe y sienta que integra la lucha contra la corrupción estatal. De ahí que, como resultado de las exigencias de transparencia y rendición de cuentas que debe imperar en la moderna gestión pública, se fomenta la participación de los ciudadanos con la delación²⁰⁸, puesto que la Administración pública tiene el deber de generar valor público; es decir, que todas sus actuaciones en el uso de los recursos deben tener como horizonte el interés general.

Así pues, el éxito de los buzones de colaboración requiere que el Estado, a través de sus instituciones públicas, no solo implemente los medios tecnológicos para que los ciudadanos puedan presentar sus denuncias por internet (correos electrónicos o formularios electrónicos), sino, además, que se instauren mecanismos internos de procesamiento en cuanto a la identidad del ciudadano-delator y del hecho delatado, por lo que el personal profesional asignado para esta labor debe ser “expertos en materia de administración digital”²⁰⁹ y de alta confiabilidad, porque la revelación de la identidad de los delatores pondría en riesgo su seguridad por las posibles represalias en su contra.

A continuación, haremos una breve referencia a los ejemplos de buzones de colaboración que se encuentran implementados en España, en específico en Barcelona y

²⁰⁷ Sobre la experiencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), véase Ortiz Aguilar, M., “Los canales de denuncia en los órganos de control: La experiencia de la CNMC”, en Gimeno Beviá, J./López Donaire, B. (dirs.), *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 267-268.

²⁰⁸ Véase Hermosa Del Vasto, P./Alcaraz Quiles, F./Urquia Grande, E., “Transparencia pública y rendición de cuentas como base para la construcción de una sociedad democrática en América Latina”, en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º 4, 2017. Estos autores resaltan que el uso del internet fortalece la rendición de cuentas porque facilita la obtención de información.

²⁰⁹ García Jiménez, A., “El empleado público como epicentro de buen gobierno”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 49, Iustel, 2018.

Valencia²¹⁰; así como del sistema de denuncias de la Contraloría General de la República (CGR) de Perú, que sirve de supuesto similar para ser incorporado en esta forma de delación.

a) Buzones de colaboración en España

Tal como hemos indicado, en España²¹¹ se han encontrado ejemplos de aplicación de esta forma de delación, sobre todo a nivel autonómico, por lo que destacamos los casos de Barcelona y Valencia. Respecto de Barcelona, a la fecha tiene implementado el denominado “Buzón ético y de buen gobierno”, que es una herramienta electrónica que brinda acceso a los ciudadanos, con la garantía de protección de su identidad mediante la asignación de un código alfanumérico, para que comuniquen las conductas irregulares que se comentan en la Administración municipal y puedan hacer seguimiento a los resultados arribados²¹².

La base legal de esta iniciativa catalana está compuesta por sus normas reguladoras (publicadas en el 2017 en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona) y la Ordenanza reguladora de la Administración Electrónica que se aplica de forma supletoria. Asimismo, el buzón está a cargo de un órgano gestor, que es la Dirección de Análisis, cuyos integrantes tienen la garantía de independencia funcional y el deber de secreto (art. 25 de las Normas reguladoras del Buzón Ético y de Bueno Gobierno).

De acuerdo con los objetivos, se advierte que la finalidad es de carácter preventivo, porque busca evitar los conflictos que puedan generarse producto de una

²¹⁰ Junto a estos dos ejemplos que hemos seleccionado, también se puede revisar el Buzón de denuncias de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de Islas Baleares (<https://www.oaib.es/denuncias/>); el Buzón de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra; y el Buzón de denuncias de la Oficina Andaluza Antifraude de Andalucía (<https://buzon.antifraudeandalucia.es/#/>).

²¹¹ La Ley 9/2013, de 9 de diciembre de 2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno establece que los procedimientos sancionadores por infracciones al buen gobierno pueden ser iniciados a instancia de la denuncia de los ciudadanos (art. 31); sin embargo, no legisla en materia de los buzones de colaboración.

²¹² Véase <https://ajuntament.barcelona.cat/bustiaetica/es>.

mala gestión o por actos de corrupción²¹³; sin embargo, tal como sucede en los supuestos de *heterodelación*, la comunicación ingresada en este medio tecnológico puede tener efectos penales, porque en los casos en que el resultado de la investigación interna determine que las conductas delatadas podrían ser de naturaleza penal, el órgano gestor recomendará que se formule la denuncia correspondiente (arts. 16 y 17 de las Normas reguladoras del Buzón Ético y de Bueno Gobierno). Por su parte, la Generalitat de Valencia cuenta con la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción, creada con la Ley 11/2016 de 28 de noviembre. En el art. 1 numeral 3 de la referida ley se señala como un objetivo de la Agencia el “fomento de una cultura de buenas prácticas y de rechazo del fraude y la corrupción en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas, así como en la gestión de recursos públicos”, además, el art.11 numeral 2 regula que “cualquier persona puede dirigirse a la agencia para comunicar conductas que puedan ser susceptibles de ser investigadas o inspeccionadas por esta”.

Es así que se ha regulado el buzón de denuncias con la Resolución N.º 8301, de 25 de abril de 2018, “del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se crea el Buzón de Denuncias de la Agencia y se regula su funcionamiento”, definiéndolo en su artículo segundo como una “oficina virtual del empleado público, para permitir a este personal, de forma confidencial, comunicar irregularidades administrativas de las que puedan tener conocimiento en el ejercicio de sus funciones”.

Como parte de la innovación con medios tecnológicos en la lucha contra la corrupción en la Comunidad Valencia, se destaca la implementación de “El sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la administración de la Generalitat y su sector público instrumental”, creado con la Ley 22/2018, basada en el uso de un sistema lógico e informático de procesamiento de datos internos y externos. Estas bases de datos determinan el funcionamiento exitoso del sistema de alertas, por lo que la ley obliga, a nivel interno, que la Generalitat y otros entes mantengan actualizada la información (art. 18.3 Ley 22/2018); mientras que a nivel externo la información se obtiene por el conducto de colaboración interinstitucional para que el sistema de alertas pueda conocer

²¹³ Asens Llodrá, J./Vernia Trillo, S., “El Buzón ético y de buen gobierno del Ayuntamiento de Barcelona”, en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º 6, 2018.

las actividades mercantiles y financieras de sus trabajadores o contratistas en general (art. 19 Ley 22/2018).

De igual manera que en el ejemplo precedente, nos encontramos ante una herramienta preventiva, conforme su misma norma de creación lo establece (art. 17 Ley 22/2018), puesto que el Sistema de alertas valenciano busca detectar la *mala praxis* para que sea corregida y no se cometa el acto de corrupción, y ello es logrado “sobre la base de la recopilación de los datos que genera su actividad y la prevención se incrementa por la colaboración ciudadana”²¹⁴. Este funcionamiento del sistema de alertas con el buzón en la web es calificado como un adelantamiento de la vigencia de la Directiva (UE) 2019/1937 por permitir la entrega de información de manera anónima para garantizar la confidencialidad y seguridad del denunciante ²¹⁵.

b) El servicio de gestión de denuncias de la Contraloría General del Perú

En el año 2022, la Contraloría General de la República aprobó la Directiva N.º 020-2022-CG/GCSD, “Servicio de Gestión de Denuncias”, cuya finalidad es “promover la participación ciudadana en el control social mediante la gestión de las denuncias, evaluando las situaciones comunicadas, referidas a presuntos hechos irregulares ocurridos en las entidades sujetas a control”. El artículo 6.2 de la Directiva define al Sistema Nacional de Denuncias (SINAD) como el “conjunto de procesos, sistemas de información, normas, procedimientos, unidades orgánicas y órganos, incluidos los desconcentrados de la Contraloría y los OCI, en cuyo marco se ejecuta, en forma desconcentrada, el servicio de gestión de denuncias, que comprenden las etapas de recepción y evaluación de la denuncia”.

Las denuncias pueden ser presentadas de forma presencial o virtual por cualquier ciudadano, funcionarios o servidores sobre hechos presuntamente irregulares. En el caso de las denuncias virtuales, la Contraloría General en su portal web tiene activado el

²¹⁴ Cerrillo I Martínez, A., “Diez propuestas para la colaboración ciudadana en la alerta de malas prácticas en la Administración pública”, en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º 6, 2018, p. 2.

²¹⁵ Cotino Hueso, L./Martínez Martínez, R., “Políticas de transparencia, calidad democrática y buen gobierno”, en Martín Cubas, J./Garrido Mayol, V./Roig Berenguer, R. (eds.), *Política y gobierno y en la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 457.

aplicativo “denuncias en línea”. El denunciante puede ser anónimo e indicar un correo electrónico para ser informado del resultado de su denuncia (art. 6.3.3).

Para garantizar la protección ciudadana, tanto la identidad de quien denuncia y el contenido de la misma se mantienen en reserva y con carácter confidencial, conforme el art. 22 literal n) de la Ley N.º 27885, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y el art. 9 de la Ley N.º 29542, “Ley de Protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal”. Es más, dicha reserva se mantiene luego que haya concluido el procedimiento de la denuncia, salvo que la autoridad administrativa verifique que se trataba de una denuncia maliciosa, el denunciante dé su consentimiento o haya una norma expresa que obligue a la revelación de la identidad del denunciante (art. 6.5).

En consecuencia, los buzones de denuncia se caracterizan por el anonimato intrínseco al acto de delación y al uso de la informática que permite otorgar al denunciante no solo la reserva de su identidad al formular la denuncia, sino también la posibilidad de dar seguimiento para conocer el resultado²¹⁶.

6.3 Canales éticos de denuncia

Esta tercera forma de delación corresponde de manera específica al *whistleblowing* anglosajón que, desde el ámbito terminológico, no tiene una traducción directa al castellano ni al italiano, razón por la cual se ha usado el término *canal ético de denuncia* o *sistema di segnalazione*. Como hemos mencionado anteriormente, el *whistleblower* ha sido traducido como *alertador*²¹⁷ o *delator*, por lo que, de acuerdo con la definición asumida, el *canal ético de denuncia* es el instrumento que se incorpora dentro de las organizaciones públicas o privadas para que los delatores (*whistleblowers*), que tengan o hayan mantenido un vínculo laboral o contractual con la institución, delaten los hechos irregulares que han conocido.

²¹⁶ Boehm, F./Graf Lambsdorff, J., “Corrupción y anticorrupción: Una perspectiva neo-institucional”, en *Revista de Economía Institucional*, vol. II, n.º 21, 2009, p. 68.

²¹⁷ Véase García-Moreno, B., *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, cit., pp. 85-87. García Moreno, B., “El concepto de alertador (o *whistleblower*). Consideraciones a la luz de la directiva (UE) 2019/1937”, en Rodríguez García N./Rodríguez López, F., (coords.), “*Compliance*” y *responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 441-460.

Asimismo, el *whistleblowing* tiene como fundamento una lógica de prevención delictiva aplicada a las instituciones públicas o privadas, el cual funciona mediante el ofrecimiento de garantía de protección a cambio de que los servidores públicos o trabajadores de las empresas delaten los hechos sin temor a sufrir las represalias por parte de los sujetos delatados que integran la organización.

Actualmente, el impulso de estos *canales éticos de denuncia* se produce en relación directa con la exigencia de implementación de programas de cumplimiento (*compliance*) en el campo empresarial, porque estos canales de denuncia y las medidas de protección de los *whistleblowers* “constituyen una parte esencial de cualquier programa de cumplimiento y prevención de delitos”²¹⁸. Además, estas medidas preventivas sirven para evitar la comisión de actos de corrupción y se han convertido también en recursos que permiten presumir la reputación empresarial²¹⁹, a tal punto — como se verá más adelante—, por razones político-criminales, los ordenamientos jurídicos le asignan un valor de fundamento para la aplicación de una eximente (por ejemplo, en España con el art. 31 bis CP)²²⁰.

Así pues, los *whistleblowers*, cuyo análisis inicial ha estado marcado por su necesidad de implementación en las personas jurídicas privadas, sirven no solo para enfrentar la criminalidad económica, sino también como herramienta de prevención de la corrupción; por ello, se le define como el “acto de un individuo que pertenece a una organización que revela información en orden a reportar y corregir la corrupción”²²¹,

²¹⁸ Gómez-Aller, J. “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica”, en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A., (dirs.) *Derecho penal económico en la era compliance*, cit., p. 179. Orsi y Rodríguez-García destacan que “los programas de cumplimiento penal⁵¹ se insertan en el más amplio marco de los sistemas integrales de gestión, inspirados en la idea de transmitir el compromiso de la entidad de cumplir con la normativa legal, los códigos de la industria y los estándares de la organización, del buen gobierno corporativo, las mejores prácticas, la ética y las expectativas de la comunidad en general”. Orsi, O./Rodríguez-García, N., “Las investigaciones defensivas en el *compliance* penal corporativo”, en Rodríguez-García, N./Rodríguez-López, F., *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 305-306.

²¹⁹ Puñal García, L., “*Whistleblowing* y transparencia en el sector privado de Alemania”, en *DILEMATA-Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n.º 27, 2018, pp. 203-219.

²²⁰ Armenta Deu, T., “Colaboración premiada en el proceso penal español”. en *Actualidad Penal*, n.º 68, Instituto Pacífico, Lima, 2020, p. 225.

²²¹ Benítez Palma, E., “El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)”, en *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, n.º 59, 2018, p. 16.

Sobre el particular, entiéndase *organización* en el sentido general, que comprende tanto a las empresas como a la Administración pública²²², en las cuales se promueve el sentido ético y de interés general para que los trabajadores delaten los actos de corrupción, por lo que estos canales de denuncia deben ser implementados de la mano de medidas de protección para los denunciantes (*whistleblowers*); caso contrario, quedarán a expensas de las acciones de reacción de los intereses de poder que se vean afectados por la delación. Así, por ejemplo, en la doctrina americana Boyne destaca que la protección del *whistleblower* se hace más imperiosa en nuestra sociedad actual debido a las filtraciones que realizan los medios de comunicación²²³.

Estos canales éticos de denuncia cuentan con una legitimidad y legalidad desde el plano supranacional, dado que en el año 2019 se ha aprobado la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento y Europeo y del Consejo, que en su artículo 7.2 establece la necesidad de que los Estados miembros de la Unión Europea promuevan su implementación. Tal como se advierte de la mencionada Directiva, los canales de denuncia pueden ser internos o externos, cuya diferencia reside en el órgano receptor y tramitador de la delación.

a) *Los canales de denuncia internos*: Son los implementados por las mismas instituciones públicas o privadas. Raguès I Vallès destaca que el factor central de estos canales no se circunscribe al personal de la empresa, funcionarios públicos o directivos de la empresa, sino que también abarca a los proveedores y clientes. En estos canales, lo importante es que el control esté a cargo de la misma organización en la que se ha cometido el acto irregular y no tanto la relación interna (*delator-empresa*)²²⁴. García-Moreno también precisa que los canales de denuncia internos deben ser accesibles para que faciliten la comunicación y que se garantice la confidencialidad; de tal manera que,

²²² Fernández González, M., “¿Proteger o premiar al *whistleblower*?: un debate pendiente en España”, en Rodríguez-García, N./Carrizo Gonzalez-Castell, A./Rodríguez-López, F., *Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 432.

²²³ Boyne, S., “An Overview of U.S. Whistleblowing Law” en *Indiana University Robert H. MacKinney School of Law Research Paper N.º 2013-38*, versión digital disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343590.

²²⁴ Ragués I Vallès, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, cit., p. 91.

de no tomarse en consideración estos dos aspectos, se pondría en riesgo tanto al *whistleblower* como a la *organización*²²⁵.

b) *Los canales de denuncia externos*: Estos canales se implementan por motivos de deficiencia o riesgo de represalias en contra de los denunciantes, por lo que su naturaleza es subsidiaria. La administración de estos puede estar a cargo de organismos reguladores o, como sucede en España con la Ley 2/2023 (reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción) de una autoridad administrativa independiente o autoridades u órganos autonómicos. Al igual que en el caso del canal interno, el factor distintivo no es la relación del delator con la organización (puede pertenecer o haber pertenecido), sino la administración del canal que estará a cargo de una institución ajena a la organización donde ha sucedido el hecho²²⁶.

De lo descrito, observamos que la tendencia del movimiento internacional para luchar contra la criminalidad empresarial y la corrupción se orienta hacia la promoción de las delaciones. Por ejemplo, en España e Italia se impulsaron, desde los primeros años del segundo milenio, reformas legislativas para promover el *whistleblowing*; mientras que en el Perú se puede establecer el año 2016 como un punto de partida serio con las incorporaciones normativas exigidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En la doctrina española, Ragués I Vallès describe el avance progresivo del *whistleblowing* fijando dos momentos: antecedente y principal o decisivo. El primero de ellos surge con la implementación de los llamados principios de buen gobierno corporativo; y, el segundo, por el establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica²²⁷. Sobre el particular, Neira Peña señala que “los canales de denuncia se generalizaron en España como obligación de las personas jurídicas a raíz de la tipificación de su responsabilidad penal”²²⁸.

²²⁵ García-Moreno, B., *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, cit., p. 272.

²²⁶ Ragués I Vallès, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, cit., p. 149.

²²⁷ Ragués I Vallès, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, cit., pp. 99-100.

²²⁸ Neira Peña, A. M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, *compliance* y canales de denuncia interna. Una tarea inconclusa en el derecho español”, en Robles Sevilla, W., (coord.), *Delatores y colaboradores eficaces en el siglo XXI. Desafíos contemporáneos del Whistleblower y el colaborador eficaz*, Ideas, Lima, 2022, p. 79.

En el primer momento de desarrollo, ubicamos el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de la Comisión Nacional de Mercado de Valores implementado en el 2006, en el que se mencionaba la palabra *whistleblowing*, que ha sido actualizado durante los años 2013 y 2015. Sin embargo, la regulación española sobre la materia ha estado paralizada en línea con la situación europea en general, tal como resalta Benítez Palma al mencionar la evaluación de la Comisión Europea que la caracteriza como fragmentaria y desigual²²⁹. Esta situación se ha mantenido hasta inicios del año 2020, en que se ha aprobado la Directiva (UE) 2019/1937 y se inició el procedimiento de trasposición a la normativa española.

El segundo momento mencionado, ligado directamente al ámbito penal, se trata de la reforma del año 2010 del Código Penal español con la que se introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica con el art. 31 bis 1 CP. La persona jurídica queda exenta de responsabilidad en los casos en que haya contado con mecanismos de control idóneos de prevención delictivo que fueron eludidos por las personas físicas²³⁰. Sobre el particular, la Fiscalía General del Estado en su Circular N.º 1/2016, de 22 de enero, *sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, ha precisado la necesidad de que los programas de prevención cuenten con los canales de denuncia y un sistema de protección a los denunciantes. Finalmente, en febrero de 2023 se ha promulgado la Ley 2/2023, *“reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción”*, con la que se regula el sistema de información en el sector privado (capítulo I) y el canal externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante – A.A.I y las autoridades u órganos autonómicos (Título II y Título VIII).

En el caso peruano, la incorporación de los canales de denuncia se produjo con el reconocimiento de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, mediante la Ley N.º 30424, de 20 de abril de 2016, *“Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”*.

²²⁹ Ver, Benítez Palma, E., “La propuesta de Directiva Europea de protección de los denunciantes: Un avance importante con algunas matizaciones”, en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n.º 9, 2019.

²³⁰ Ragués I Vallès, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, cit., p. 110.

Luego, se promulgó la Ley N.º 30737, de 12 de marzo de 2018, “*Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos*”, que en su Título III regula la implementación de programas de cumplimiento. Y, finalmente, en el año 2019 se aprobó el Reglamento de la Ley N.º 30424 fijándose unos elementos mínimos de prevención, entre los que se encuentran los canales de denuncia con el nombre de *canales de información* (art. 39), que integra a los correos electrónicos, líneas telefónicas, entre otros²³¹.

A diferencia de Perú y España, el ordenamiento jurídico italiano muestra una evolución desde el año 2012 al 2016 de la figura del *whistleblowing*. En la doctrina italiana su concepto gira en torno a la protección del sujeto que alerta del hecho irregular; por ejemplo, Lattanzi señala que el término hace referencia a las garantías (*anti-retaliation*) previstas en beneficio de los trabajadores que informen sobre delitos cometidos o aporten para que sean revelados, lo cual se ejecuta de dos maneras: por un lado, mediante los canales de comunicación establecidos por el empleador (*internal whistleblowing*) o directamente a las autoridades judiciales o administrativas (*external whistleblowing*)²³².

Fue en el 2012, en que se promulga la Ley 190/2012, “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”, la cual estableció la tutela del empleado público que informa (*segnala*) ilícitos. Parrota indica que dicha norma se basó en el modelo de *unauthorized whistleblowing*, dando preferencia al deber de informar sobre la comisión de un ilícito por encima de la lealtad a la administración; sin embargo, llama la atención que en aquel momento en la doctrina el término se reservaba a que el conocimiento de los

²³¹ La norma citada señala: “Canales de información sobre irregularidades, abierta y ampliamente difundida entre los trabajadores y directivos, independientemente de la posición o función que ejerza, así como a los socios comerciales cuando corresponda [...]. Los canales que pueden consistir en líneas telefónicas, buzones de correo electrónico exclusivos, sistemas de denuncia en línea, reportes presenciales u otros que la organización considere idóneos, los mismos que pueden estar administrados por esta misma o por un tercero”.

²³² Lattanzi, R., “Riflessioni sul *whistleblowing*. Un modello da replicare ‘A occhi chiusi’?”, en Fraschini, G./Parisi, N./Rinoldi, D., (coords.) *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno Editore, Roma, 2011, pp. 136-137.

delitos informados sea en el lugar de trabajo y no de manera amplia en cuanto al trabajo en sí²³³.

Posteriormente, el legislador italiano ha promulgado la Ley N.º 179/2017, *Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, la cual sirve para fortalecer el *whistleblower* con la mayor protección de su identidad, aplicación de sanciones contra las represalias y, sobre todo, la extensión de este sistema al mundo privado, al regularse en su artículo 2 la tutela del empleado o colaborador que informa ilícitos en el sector privado. No obstante, en clave de proporcionalidad y para garantizar un equilibrio, en el art. 3, párrafo 3, se excluyen las conductas que excedan la finalidad de eliminar el ilícito o que la información sea revelada al margen de los canales de comunicación, respecto de lo cual Parrotta comenta que tal evaluación queda dentro de las competencias del juez, quien no cuenta con parámetros que sirvan para identificar cuando estamos en supuestos de exceso no admitido por la norma italiana²³⁴.

Dicho todo lo anterior, uno de los extremos por los que el *whistleblowing* se diferencia de otras figuras jurídicas consiste en la motivación de la conducta del sujeto, porque se resaltan los fundamentos éticos que determinan la inclinación de la balanza a favor de un *derecho a la manifestación* que, por ejemplo, vuelve lícita la infracción de la obligación de reserva de los secretos corporativos²³⁵. Además, si bien para evitar los

²³³ Parrotta, A., “Il *whistleblowing* in Italia”, en Parrotta, A./Razzante, R., *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell’assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione da responsabilità degli Enti*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 42-43.

²³⁴ Parrotta, A., “La segnalazione del *whistleblower*: Orientamenti e modelli”, en Parrotta, A./Razzante, R., *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell’assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione da responsabilità degli Enti*, cit., p. 89.

²³⁵ Ferrante, V., “Rapporti di lavoro e *whistleblowing*. Diritto a ‘spifferare’ e tutela del posto di lavoro nell’ordinamento italiano”, en Frascini, G./Parisi, N./Rinoldi, D., (coords.) *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, cit., p. 130. Además, la Corte Suprema de Casación italiana ha destacado la prevalencia del fortalecimiento de la lucha contra la corrupción: “El instituto, que presenta analogías con otras figuras del ámbito internacional (del que se deriva también el término *whistleblowing*) estructuralmente se ajusta la art. 361 cod. pen., pero se distingue en referencia a los presupuestos y ámbito de operatividad, en la doble declinación de la tutela de la relación laboral y del fortalecimiento de las medidas de prevención y lucha contra la corrupción. [...]. El informe en examen responde, de hecho, a una doble ratio, consistente, por un lado, en delinear un particular status legal-laboral en favor del sujeto que informa ilícitos y, por otro lado, en favorecer la regularización al interno de las organizaciones públicas, de hechos ilícitos, promoviendo formas más incisivas para combatir la corrupción”. Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 35792/2018 de 26 de julio de 2018, (Sección quinta penal, ([ECLI:IT: CASS:2018:35792PEN]).

riesgos de desconfiguración de los fines preventivos de los canales de denuncias, resultaba importante que se establezcan criterios objetivos que reduzcan la legitimación para quienes mantengan una relación vigente con la empresa, con la finalidad de evitar las venganzas personales que intenten afectar el prestigio empresarial²³⁶.

Sin embargo, ello no ha sido recogido por la Directiva (Unión Europea) 2019/1937, la cual permite denunciante que ya culminaron su vínculo laboral con la organización. Igualmente, en España, el art. 2 de la Ley N.º 2/2023 aplica las medidas de protección a “los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral o estatutaria ya finalizada, voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así como a aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado”. En palabras de Corso, se trata de un modelo de *whistleblowing* en que se da mayor relevancia a las medidas de protección en favor del *whistleblower* que en reconocimientos económicos, destacando su función de prevención general²³⁷.

Cabe precisar que, aunque estos canales de denuncia tienen una finalidad preventiva, los efectos del conocimiento de la información pueden extenderse al ámbito penal. En consecuencia, las delaciones obtenidas por la acción de los *whistleblowers* acarrearán cuestiones de prevención, responsabilidad administrativa o responsabilidad penal. En este último caso, el diseño de los canales de denuncia debe establecer que cuando el hecho delatado constituya delito se informará a la Fiscalía para que realice diligencias siguiendo el criterio descrito para las denuncias anónimas²³⁸.

²³⁶ Véase García Moreno, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en Nieto Martín, A., (dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 205-231.

²³⁷ Corso, S. M., *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro pubblico e privato nella disciplina del whistleblowing*, Giappichelli Editore, Turín, 2020, pp. 352-353.

²³⁸ Así lo ha manifestado, por ejemplo, el Tribunal Supremo español para el que “la implantación de este canal de denuncias forma parte integrante de las necesidades a las que antes hemos hecho referencia del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planea, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma”. STS núm. 35/2020 de 06 de febrero de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2020\298]).

6.4 La colaboración del arrepentido

Esta cuarta forma de delación tiene su antecedente en el *index* romano y corresponde a la clase de *delación mixta*. Estamos ante la que mayor debate genera, porque tiene en su núcleo la ejecución de un delito de especial gravedad por una pluralidad de personas o la existencia de una organización criminal, el abandono o disociación del arrepentido y la negociación de este con los órganos de persecución penal para la obtención de beneficios penales y procesales. Es así que podemos definirla como el acto de un arrepentido²³⁹, que abandona toda actividad delictiva o se disocia de una organización criminal, decide de manera voluntaria delatar la comisión de los hechos delictivos en los que ha participado o no, ejecutados en concierto con una pluralidad de personas o en el marco del programa de una organización criminal, y colabora con los órganos públicos de persecución para la identificación de los demás responsables, así como para conocer las circunstancias del hecho delictivo grave o la estructura de la organización criminal, facilitando la obtención del material probatorio idóneo para la sanción de los delatados.

No se trata de una simple declaración de un imputado sobre el delito objeto del proceso penal, sino que se requieren elementos configuradores, como es el abandono de la actividad delictiva y la colaboración²⁴⁰. Esta forma de delación responde a una lógica utilitarista; sin embargo, su utilización también tiene un fundamento político criminal, que es la necesidad de información relevante para la lucha contra la criminalidad organizada, por lo que el ordenamiento jurídico habilita a los órganos de persecución penal a negociar con los integrantes de dichas organizaciones.

²³⁹ D'Amico señala que, en estricto, se trata de un sujeto inmerso en un proceso penal que confiesa su responsabilidad y brinda información útil tanto para la corroboración del delito, así como la individualización de los demás intervinientes²³⁹; ²³⁹ D'Amico, S., *Il collaboratore della giustizia*, cit., p. 17.

²⁴⁰ Así lo ha precisado, por ejemplo, la Corte Suprema de Casación italiana: “[...] sobre el tema de la *chiamata di correo*, no son asimilables a puras y simples declaraciones ‘de relato’ aquellas con las cuales un intraneus reporta información tomada en el ámbito asociativo, que constituye un patrimonio común, en relación con asociados y actividades propias de la pandilla mafiosa”. Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 28239/2018 de 19 de junio de 2018, (Sección primera penal, [(ECLI:IT:CASS:2018:28239PEN)]).

Por consiguiente, se excluyen razones de ética para promover la delación del *arrepentido delator*, diferenciándose de los fundamentos teórico-normativo que rigen el *whistleblower*. Como hemos indicado, el fundamento del *whistleblower* consiste en la colaboración mediante el uso de los canales de denuncia. Ragués I Vallès sostiene la restricción en el uso del concepto de *whistleblower* “exclusivamente para los casos en que el delator es o ha sido empleado de una empresa o de la administración, no tanto cuando pertenece a una organización *per se* delictiva”²⁴¹. De manera diferente, el núcleo de la conducta del arrepentido delator es el comportamiento postdelictivo del autor o partícipe del hecho delatado.

Cabe señalar que, esta forma de delación también cuenta con legitimidad supranacional, puesto que el Convenio de la Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 37.1 señala que los Estados parte deberán promover o incitar la delación en los supuestos de corrupción cometidos por organizaciones criminales. Además, con esta forma de delación se busca que el arrepentido delator coadyuve con la identificación de los participantes en el acto de corrupción o, de ser el caso, con el desmantelamiento de la organización.

Pero, aun cuando el abandono de la actividad delictiva es voluntario, la voluntariedad no es el elemento central, como sí sucede en la *autodelación* y *heterodelación*, sino el resultado que se obtenga como producto de la actuación de la información aportada por el delator, razón por la cual Garro precisa que esta “conducta postdelictiva parece adquirir relevancia únicamente mediante el resultado que puede obtenerse a través de ella”²⁴².

7. SUJETOS DE LA DELACIÓN

7.1 Sujetos activos de la delación

Con base en una coherencia en el desarrollo teórico que planteamos, los *sujetos activos* de la delación se desprenden de la definición de esta figura jurídica, de sus

²⁴¹ Ragués I Vallés, R., “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”, en *InDret-Revista para el análisis del derecho*, n.º 3, 2006, p. 4.

²⁴² Garro Carrera, E., “Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa”, cit., p. 10.

características y las formas o mecanismos legítimos para delatar; por tanto, consideramos a 4 sujetos activos, que son: *el ciudadano común*, *el funcionario público*, *el arrepentido delator* y *la persona jurídica*. Como veremos a continuación, *el ciudadano común*, *el funcionario público* y *la persona jurídica* serán incluidos dentro del ámbito conceptual del *delator en sentido general* o *delator en sentido específico*, según la forma de delación que empleen; mientras que el *arrepentido delator* es el *delator en sentido específico* por excelencia, cuya delación tendrá directamente consecuencias de orden penal y procesal penal.

a) **El ciudadano común**

El *ciudadano común* es la persona que delata un hecho irregular o penal mediante una de las formas de delación descritas previamente, siguiendo los incentivos que el ordenamiento jurídico establezca. Se excluye de esta categoría a las personas que hayan cometido los hechos delatados en acuerdo con una pluralidad de personas o como integrante de una organización criminal, puesto que en dicho caso se aplica la categoría de *arrepentido*. Así pues, el *ciudadano común* cuando actúa como agente delator lo hace de manera voluntaria y su identidad es ocultada de acuerdo con la forma de delación que utiliza o por razones de seguridad.

La delación del *ciudadano común* puede darse mediante la denuncia anónima, el uso de los buzones de colaboración o de los canales internos o externos de denuncia (cuando se trata del trabajador de una institución pública o privada). En todos estos supuestos, se advierte la finalidad político-criminal de promover denuncias ciudadanas, entendidas como herramientas de lucha contra la corrupción²⁴³.

Finalmente, dentro de esta categoría se encuentran los *whistleblowers*, porque son *ciudadanos comunes* que trabajan o han trabajado en una institución pública o privada que delatan hechos irregulares cometidos en el interior de la organización. Así

²⁴³ Ragués I Vallés, R., “El fomento de las denuncias en la Administración pública como instrumento de lucha contra la corrupción”, en Ponce Solé, J., (coord.), *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 289.

pues, con base en los beneficios que prevé la legislación de cada país, García-Moreno los clasifica en alertadores incentivados o no por el Estado²⁴⁴.

b) El funcionario público

El segundo sujeto activo es el *funcionario público*, que en los diversos países se encuentra definido en el Código Penal o en leyes especiales, pero el común denominador es el ejercicio de la función pública o el cumplimiento de un servicio público. Al respecto, conforme el art. 2, literal 2, del Convenio de la Naciones Unidas contra la Corrupción, señalamos tres aspectos que engloban al concepto de “funcionario público”: a) la posesión de un cargo legislativo, ejecutivo o administrativo o judicial, en mérito a una designación o elección; b) el desempeño de la función pública; y c) cualquier persona a la que el ordenamiento jurídico interno de los Estados la defina como funcionario público.

En cuanto se refiere al derecho penal y procesal penal, debido a la especial vinculación con la Administración pública, los funcionarios públicos se encuentran obligados a formular denuncias por los hechos delictivos que hayan tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, por ejemplo, las legislaciones procesales italiana y peruana se diferencian de la española cuando regulan la denuncia como una facultad de cualquier ciudadano. Pero las tres sí coinciden (art. 262 LECrim, art. 331 CPPI y art. 326.2 CPPP) con la obligación de los funcionarios a denunciar los delitos de persecución pública²⁴⁵. Para dar cumplimiento a su obligación, el *funcionario público* debe identificarse cuando presenta su denuncia; de lo contrario, estaríamos frente a un simple documento anónimo²⁴⁶.

²⁴⁴ García-Moreno, B., *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, cit., p. 103.

²⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 51717/2018 de 15 de noviembre de 2018, (Sección quinta penal, ([ECLI:IT: CASS:2018:51717PEN])). STS núm. 778/2013 de 22 de octubre 2013, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2013\7728]).

²⁴⁶ Cobo Del Rosal, M., “Problemas penales y procesales de la denuncia”, en González Montes, J. (ed.) *Primeras jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal*, Universidad de Granada, Granada, 1994, p. 44.

Centrándonos en la orientación de promover las delaciones dentro de las instituciones públicas y las formas de delación descritas, podemos diferenciar los supuestos en que el *funcionario público* actúa como *whistleblower* o *arrepentido delator*. En el primer caso, el *funcionario público-whistleblower* es el sujeto que descubre la comisión de actos de corrupción y decide delatar mediante el uso de los canales de denuncia internos o externos de la institución en la que trabaja. El segundo caso, el *funcionario público-arrepentido delator* es quien ha cometido un delito con pluralidad de agentes o como integrante de una organización criminal y decide delatar para obtener un beneficio premial.

Así pues, la figura del *funcionario público-whistleblower* tiene cuestionamientos referidos a la legitimidad de su conducta. Se le califica de traidor al haber incumplido el deber de fidelidad, porque la revelación de la corrupción afectaría a la Administración pública²⁴⁷. Ante ello, consideramos que debe prevalecer el interés general de la lucha contra la corrupción frente al deber de lealtad o confidencialidad, por lo que, aplicando la causal de estado de necesidad y un juicio de ponderación, la conducta del *funcionario público* resulta adecuada para “evitar un perjuicio para los bienes jurídicos más elementales de otras personas”²⁴⁸. García-Moreno añade que en este supuesto se requiere proteger laboralmente al funcionario público para transmitir el mensaje a los potenciales denunciadores de que serán protegidos tanto personal como profesionalmente²⁴⁹.

c) El arrepentido delator

El *delator en sentido específico* es la persona natural o jurídica que abandona toda actividad delictiva o se disocia de una organización criminal para delatar los actos criminales de especial gravedad cometidos con una pluralidad de personas o como parte del programa de una organización criminal, en los cuales ha participado y aportará la

²⁴⁷ Ragués I Vallés, R., “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”, cit., p. 14.

²⁴⁸ Ragués I Vallés, R., “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”, cit., p. 13.

²⁴⁹ García-Moreno, B., *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, cit., p. 95.

información necesaria para para identificar a los demás responsables, conocer las circunstancias de la comisión del delito y, de ser el caso, la estructura organizacional. De acuerdo con la clasificación asumida en la presente investigación, este sujeto realiza una *delación mixta*, puesto que se “autodeclara culpable y a la vez delata a otros coimputados buscando un trato de favor punitivo”²⁵⁰.

Este no es el supuesto del clásico arrepentido, porque se ubica en la frontera entre el arrepentimiento y el desistimiento; es más, no es determinante para el sistema penal si realmente se ha producido un arrepentimiento por los hechos criminales cometidos, dado que de producirse queda en el fuero interno del delator, porque a nivel externo prima el carácter utilitarista. Por ende, el delator actúa motivado por la finalidad de conseguir la reducción o exención de la pena.

También se debe precisar que la delación o colaboración del *arrepentido delator* no debe conducirnos a la interpretación general de la *colaboración judicial*, que también podría ser realizada por testigos o peritos, sino que, por el contrario, dichos términos están reservados para los supuestos de delación en sentido específico. Por ello en la doctrina italiana se denomina *collaboratore di giustizia* a quien efectúa la *chiamata di correo*.

De este modo, para que un sujeto sea tratado como un *arrepentido delator*, requiere que su abandono de la actividad delictiva o su disociación no solo sea actual, sino que permita a las autoridades realizar una proyección a futuro las “prestaciones que denoten una voluntad firme de asumir su responsabilidad en el daño causado y reflejen su esfuerzo en tratar de compensarlo”²⁵¹. A nivel de la regulación de la figura del *arrepentido delator*, se advierte que los ordenamientos jurídicos lo incorporan en la norma penal o procesal o en leyes especiales siempre vinculadas a la lucha contra la criminalidad organizada y, de manera reciente, para enfrentar la corrupción.

²⁵⁰ Sánchez García De Paz, I., “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 07-05, 2005, p. 05:9.

²⁵¹ Garro Carrera, E., “Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa”, cit., p. 23.

Finalmente, conviene añadir que una consecuencia derivada de la categoría analizada es que el agente delictivo, al ser quien de manera voluntaria decide ser delator, puede utilizar la delación como una forma de ejercicio de su derecho de defensa; por lo tanto, se descarta que la delación o sus beneficios sean medios coactivos que lo “induzcan a brindar información o que implique un atentado contra la prohibición de autoincriminación”²⁵².

d) La persona jurídica

Resulta un punto especial el concerniente a la *persona jurídica* por toda la discusión existente a nivel dogmático de que pueda responder penalmente por la comisión de actos delictivos, pero, en cuanto al tema que nos ocupa, también se abre una línea de análisis sobre la posibilidad de que pueda tener participación procesal como un sujeto activo de delación; es decir, delatar hechos ilícitos. Al respecto, partimos del concepto de ciudadano, puesto que desde un ámbito restrictivo este podría solo considerar a la persona natural; sin embargo, por ejemplo, ya el Tribunal Constitucional español en su jurisprudencia ha establecido desde el año 1983 que dicho concepto abarca también a la persona jurídica, motivo por el cual le reconoció la capacidad para accionar el amparo²⁵³. Luego, en el año 1992, dicho órgano jurisdiccional vuelve al tema y reconoce a las personas jurídicas, con base en una interpretación extensiva del concepto de ciudadano, la posibilidad de ejercitar la acción popular conforme al art. 125 CE.

De acuerdo con ello, la *persona jurídica* está dentro del alcance del término constitucional de *ciudadano*, a tal punto de que puede ejercer la acción popular. Es así

²⁵² Hendler, M./Bello, L., “La verdad del arrepentido: Eficacia penal y cuestiones constitucionales”, en *Revista Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2019. Sobre el particular, el Tribunal Supremo español se pronunció en el año 1999 al referirse al artículo 376 CP de la siguiente manera: “El Código Penal de 1995 acoge en este precepto la figura del arrepentido-colaborador, a quien se beneficia con una respuesta penal más benévola, que responde a criterios de política criminal en el enfrentamiento a la denominada delincuencia organizada, y que resulta ciertamente polémica por la problemática credibilidad de los testimonios acusatorios obtenidos mediante la promesa de una sustancial reducción de la pena”. STS núm. 777/1999, de 18 de mayo de 1999, (Sala de lo Penal [RJ 1999\3821]).

²⁵³ “La referencia que hace el art. 53.2 de la C.E. a ‘cualquier ciudadano’ como sujeto que puede recabar la tutela de las libertades y derechos a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y las notas que para algunos tipifican el concepto de ciudadano no debe llevarnos a negar a las personas jurídicas y, entre ellas, a las sociedades mercantiles, como es aquí la actora, el que frente a una eventual violación del derecho que proclama el art. 24.1 de la C.E., puedan acudir al proceso de amparo”. STC núm. 53/1983 de 20 de junio de 1983 (Sala Primera, RTC 1983\53).

que, si durante el desarrollo de sus actividades se revela la comisión de un hecho irregular o ilícito, puede actuar la delación, a través de las formas descritas, ya sea vía una denuncia anónima, los buzones de colaboración o, sobre todo, los canales éticos de denuncia. En este último supuesto, la persona jurídica actúa como un *whistleblower*, debido a que, tal como lo hemos definido, dicho concepto no se restringe a la persona natural, sino también engloba a la persona jurídica.

En consecuencia, puede denunciar o poner en conocimiento a través de los canales éticos de denuncia externos la comisión de actos irregulares o delictivos conocidos en el marco de su actuación dentro del mercado. Es de esta manera como se regula la participación de las personas jurídicas en la lucha contra los carteles empresariales que afectan a la libre competencia, incluso, se prevén beneficios administrativos o económicos a cambio de su delación.

Un segundo extremo referido a la persona jurídica se trata de la imputación por actos delictivos cometidos por organizaciones criminales o de especial gravedad de forma asociativa, lo cual nos remite a un ámbito complejo para la dogmática penal, que es la tan discutida responsabilidad penal de las personas jurídicas, discusión que también pone en entredicho la posibilidad de regularse su responsabilidad administrativa; es decir, en general se discute que la persona jurídica sea susceptible de la aplicación del poder sancionatorio del Estado. Sobre el particular, las críticas a la renuncia del tradicional principio de *societas delinquere non potest* vienen desde la consideración del derecho penal de culpabilidad, con base en el cual sería inadmisibles reconocer que la persona jurídica pueda cometer delitos; sin embargo, frente a la rigidez dogmática, el otro extremo que impulsa su validación se basa en razones de índole pragmática.

Del debate por la responsabilidad de la persona jurídica se puede decir que ha prevalecido la necesidad de sancionar a las personas jurídicas como punto de orientación de la política criminal de los ordenamientos jurídicos²⁵⁴, puesto que,

²⁵⁴ González Cussac, remarca que el fundamento de la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica es una decisión de política-criminal enmarcada dentro de las políticas públicas, según el contexto y opción ideológica. González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 25-56. Fue en el año 2016, en que el Tribunal Supremo por primera vez resolvió la responsabilidad penal de la persona jurídica, véase STS

además, los mismos instrumentos internacionales han señalado que los Estados asuman un tipo de responsabilidad para sancionarlas, con el fundamento de que se trata de un mecanismo para luchar contra el crimen organización y la corrupción. Así, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece en su artículo 26 la incorporación de una responsabilidad autónoma de las personas jurídicas que puede ser penal, civil o administrativa a efectos de que sean sancionadas por su participación en los delitos de corrupción.

A consecuencia de ello, se le reconoce a la persona jurídica derechos y garantías, pero, sobre todo, al tener estatus procesal de imputado en un proceso penal, como el caso español producto de una imputación judicial independiente o incorporada vía un procedimiento específico, como sucede en el proceso penal peruano; las personas jurídicas pueden acogerse a los beneficios premiales que el ordenamiento jurídico les reconoce, es decir, le es aplicable la categoría de arrepentido delator. En este sentido, de manera expresa, la norma procesal penal peruana precisa la admisibilidad de la persona jurídica en el proceso especial de colaboración eficaz (art. 474.7 CPPP).

7.2 Los sujetos pasivos de la delación

Los *sujetos pasivos* de la delación son las personas *delatadas* por haber cometido un hecho ilícito. En esta categoría se encuentran tanto la persona natural y la persona jurídica, respecto de las cuales se instará un procedimiento administrativo o un proceso penal en función de la calificación jurídica del hecho objeto de delación.

Siguiendo el desarrollo de las formas de delación, en los casos del *whistleblowing*, los sujetos pasivos son las personas físicas o personas jurídicas a quienes el *whistleblower* les atribuye la realización de una infracción, denominados en la Directiva UE 2019/1937 como *personas afectadas* (art. 5, 1.10). Tales *personas – físicas o jurídicas– afectadas* son sometidas al procedimiento administrativo que establezca el canal de denuncia con la finalidad de corroborar la información aportada por el *whistleblower*, lo que puede desencadenar hasta en un proceso penal según la

núm. 154/2016 de 29 de febrero de 2016 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2016\600]). En el caso italiano, sobre las razones y criterios para adoptar la responsabilidad de las personas jurídicas, véase Presutti, A./Bernasconi, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, Milán, 2018, pp. 3-15.

naturaleza del hecho delatado, razón por la cual el art. 22 de la misma Directiva UE 2019/1937 establece medidas de protección en su favor que consisten, fundamentalmente, en el respeto a la presunción de inocencia, derecho de defensa, juez imparcial y tutela judicial efectiva.

En cuanto al proceso penal, la información de la delación cumple una finalidad práctica, como veremos en el siguiente capítulo dedicado a los efectos, porque coadyuva en la formulación de la imputación y la atribución de esta convierte a un sujeto en imputado. Sin embargo, conforme a una estructura del proceso penal dividida en las fases de *indagación preliminar*, *investigación formalizada* o *instrucción*, *etapa intermedia* y *juzgamiento*, la denominación del sujeto pasivo procesal varía en aplicación, conforme señala Sabatini, del *principio progresividad y modificación del estatus del inquisito* según el avance progresivo de la actividad de investigación para la recolección de los elementos objetivos que fundamenten la atribución del hecho denunciado²⁵⁵. No obstante, la persona no pierde sus derechos fundamentales, pues, como bien precisa Esparza Leibar, existe una relación indisoluble entre Estado de derecho y proceso debido²⁵⁶.

De este modo, el sujeto pasivo o delatado de un hecho criminal será el sujeto pasivo del proceso que se instaure a consecuencia de la delación, al que se le denominará *investigado*, *imputado* o *acusado*, según la fase procesal en que se encuentre. Barona Vilar señala que para tercer la capacidad procesal se requiere que la persona sea consciente y comprenda que es investigado o acusado para que ejerza los derechos de parte²⁵⁷. Así pues, como se ha dicho, el término clásico de investigado se utiliza para aludir al sujeto que está inmerso dentro de un procedimiento que se encuentra en la fase de investigación o indagación preliminar; por ende, el estatus se adquiere con la admisión de la denuncia, incluso, es aplicable cuando nos encontremos ante una *denuncia anónima*. Luego, el término *imputado* corresponderá a quien ya tenga en su contra una imputación formal por la presunta comisión de un hecho delictivo,

²⁵⁵ Véase, Sabatini, G., *Principii costituzionali del processo penale*, Jovene, Napoles, 1976, pp. 45-47.

²⁵⁶ Esparza Leibar, I., *El principio del proceso debido*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 176.

²⁵⁷ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J. L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 91.

dicha imputación en un posterior grado de corroboración fundamentará la presentación de la acusación fiscal que determina el cambio de estatus de imputado por el de *acusado*.

Hay que mencionar, además, que la misma terminología es aplicable a la persona jurídica independientemente de la admisión o no de la responsabilidad penal, puesto que, sea un ilícito penal o ilícito administrativo, de conformidad con los dos principales modelos de responsabilidad autónoma, para los efectos procesales la persona jurídica también está inmersa en un procedimiento estructurado en fases desde la investigación al juzgamiento, motivo por el cual su estatus procesal varía en función al avance progresivo del proceso. Belluta resalta la aplicación de las normas procesales que regulan los derechos y garantías del imputado implica la prohibición de que se establezca un régimen de garantías inferior o defectuoso en perjuicio de la persona jurídica respecto del marco normativo constitucional reconocido para el imputado²⁵⁸.

7.3 Los destinatarios de la delación

La delación como acto de comunicación de un hecho ilícito requiere de un sujeto receptor que la valide y tenga la competencia para promover la investigación de los hechos delatados. Estos sujetos son los *destinatarios de la delación*, que varían según la forma y la relevancia jurídica de la delación:

- a) Si la decisión es ejecutada mediante los *buzones de colaboración*, los destinatarios de la delación serán los administradores establecidos por la Administración pública.

²⁵⁸ Belluta, H., “Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistiche e autonomia di sistema in evoluzione”, en Bernasconi, A. (coord.), *Il processo penale de societate*, Giuffrè Editore, Milán, 2006, p. 43. Véase Bajo Fernández, M./Gómez-Jara Díez, C., “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica”, en Bajo Fernández, M./Feijoo Sánchez, B./Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 313-362. Gascón Inchausti, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Barcelona, 2012. Neira Pena, A., *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018. Madrid Boquin, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Inglaterra: consideraciones sustantivas y procesales sobre el papel del *criminal compliance*”, en Gómez Colomer, J. L. (dir.)/Madrid Boquin, C. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1429-1476. Neira Pena, A., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Gimeno Beviá, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2014.

- b) Si la delación es ejecutada por los *whistleblowers*, los destinatarios de la delación serán los administradores del canal de denuncia interno o externo.
- c) Si la delación es ejecutada por *denunciantes anónimos*, *confidentes* o *arrepentidos delatores*, los destinatarios serían los órganos de persecución penal, según el diseño adoptado por el sistema normativo de cada país.

Dicho esto, conviene hacer algunas precisiones respecto a la competencia de los *sujetos destinatarios* y el tratamiento de la información delatada. Así pues, de tratarse de hechos irregulares sin relevancia penal, la competencia se mantendrá en los administradores de los *buzones de colaboración* o *canales de denuncias*; mientras que, si el hecho tiene apariencia delictiva, *prima facie*, deberían ser las autoridades reconocidas por el sistema penal (Policía, Ministerio Fiscal o juez de instrucción) las que reciban la delación. Además, puede suceder que la información de la delación sea tratada preliminarmente como una irregularidad administrativa, a pesar de que configure realmente un delito. Esto genera que la competencia inmediata o inicial sea asumida por los administradores de los *buzones de colaboración* o *canales de denuncias*; sin embargo, el administrador designado por la institución pública o privada una vez que advierta que el hecho tiene naturaleza delictiva deberá, siguiendo la reglamentación interna, ponerlo de conocimiento de la Fiscalía para que se inicie la investigación.

a) Policía, Ministerio Fiscal o juez de instrucción

Como se afirmó anteriormente, en los casos en que la delación en sentido general o, más aún, cuando se ejecuta en su sentido específico referido al arrepentido delator, tenga como contenido un hecho de relevancia penal, los *sujetos destinatarios* de la delación por regla general son las autoridades a las que la legislación procesal penal reconoce la competencia para recibirla, calificarla y disponer el inicio de actos de investigación destinados a su verificación.

De manera general, los ordenamientos jurídicos reconocen a la policía, fiscalía o juez de instrucción la competencia de recibir las denuncias. Con base en ello, podrán también ser destinatarios de las delaciones, porque se trata de una transmisión de *notitia criminis*. De las tres autoridades mencionadas, se destaca la función de los efectivos policiales por dos motivos: el primero, porque se encuentran más cercanos a la

comunidad; y, el segundo, reciben en mayor medida las *delaciones en sentido general*. Por ejemplo, los *informantes* o *confidentes* tienen una relación de confianza con los policías, en específico, con la denominada *policía judicial*²⁵⁹.

De acuerdo con lo anterior, la delación de un acto delictivo podrá ser presentada ante los órganos policiales que cumplan la función de *policía judicial*; no obstante, puede darse el supuesto de que la información delatada sea recibida por los efectivos policiales que cumplen labores de prevención, como sucedería con una *denuncia anónima*; la cual deberá ser derivada a la policía judicial para su corroboración.

En lo que respecta al juez de instrucción, su cualidad de *destinatario de la delación* se mantiene en los sistemas judiciales en que no haya reformado el proceso criminal, por lo que procederá con el mismo tratamiento procesal de la *denuncia anónima*. Cabe subrayar que, la tendencia eurocontinental se da hacia la desaparición de los jueces de instrucción y establecer que la participación judicial en sede de investigación no tenga por objeto la investigación del delito, sino el cumplimiento de las funciones de control y garantía²⁶⁰, razón por la cual, cuando la delación sea presentada ante un juez de garantía que no tiene funciones de instrucción se deberá remitir a la Fiscalía.

Consideremos ahora a la Fiscalía, Ministerio Fiscal o Ministerio Público, que es el órgano constitucional que tiene reconocido como función el ejercicio de la acción penal y su participación en el proceso penal es determinante para los intereses de la persecución del delito frente a la exigencia de imparcialidad judicial²⁶¹. Es así que se

²⁵⁹ Cabe precisar que, la diferencia en los modelos de organización policial que asumen los países, impide que se aprecien claramente las funciones de represión y prevención. Ante ello, Gómez Colomer postula la necesidad de que se legisle una verdadera policía judicial que sea “autónoma respecto a la Policía administrativa u otras clases de Policía, por tanto, no subsidiaria al Poder Ejecutivo (Ministerio de Interior), al servicio exclusivo de la justicia penal”. Gómez Colomer, J. L., “Estado democrático y modelo policial: Una propuesta de diseño de cara a lograr una investigación eficaz del crimen”, en Ambos, K./Gómez Colomer, J. L./Vogler, R. (coords.), *La Policía en los Estados de derecho latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Bogotá, 2003, p. 5.

²⁶⁰ Ferraioli, M., *Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari*, CEDAM, Milán, 2014, p. 117.

²⁶¹ Scaparone, M., *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Giuffrè Editore, Milán, 1999, p. 79. Véase, Conde-Pumpido Ferreiro, C., *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 1999. Gimeno Sendra, V., *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción*, Iustel, Madrid, 2006. Marchena Gómez, M., *El Ministerio Fiscal. Su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Barcelona, 1992. Díez-Picazo Giménez, L. M.^a, *El poder de acusar. Ministerio fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.

constituye en un *destinatario de las delaciones* de hechos criminales y, es más, cuando se trata de la *delación del arrepentido delator*, su participación como órgano receptor e impulsor del proceso resulta necesaria por el carácter transaccional que busca el delator para obtener un beneficio premial.

b) Los administradores de los buzones de colaboración y de los canales de denuncia

De la misma forma que en el supuesto de que la delación se trate de hechos de naturaleza delictiva, la *delación* de actos irregulares que requieren una intervención de la administración estatal se presenta ante *los destinatarios* que las instituciones establezcan como competentes para tal función. Este supuesto se refiere a las formas de delación vinculadas con una finalidad preventiva contra actos de corrupción, razón por la cual se mantienen reservados en el ámbito extrapenal, aunque puedan, posteriormente, generar la instauración de un proceso penal cuando de las actuaciones administrativas se advierta apariencia delictiva del hecho delatado.

Tales formas de delación son los *buzones de colaboración* y los *canales éticos de denuncias* que, si bien tienen un mismo fundamento general de prevención, difieren a nivel específico tanto en la actuación del delator como en las consecuencias que se genera. En ambos casos, con sus respectivas particularidades reglamentarias, los *destinatarios de la delación* serán los administradores designados por la institución pública o privada, según corresponda. Así, respecto de los *buzones de colaboración* que hemos descrito como una experiencia surgida del impulso de prácticas de buen gobierno, los administradores se ceñirán al reglamento interno de cada institución que permita procesar la información delatada e implementar las medidas de corrección.

Por lo que se refiere a los *canales éticos de denuncia*, escenario de actuación de los *whistleblowers*, el *destinatario de la delación* será el administrador del canal de denuncia interno o canal de denuncia externo designado por las instituciones públicas o las empresas en el cumplimiento de los programas de prevención (*compliance*). Sobre el

Sánchez Velarde, P., “El Ministerio Público y el proceso penal en las sentencias del Tribunal Constitucional”, en *La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal*, PUCP, Lima, 2009, pp. 221-234.

particular, la Directiva (UE) 2109/1937 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, los regula con el término de *autoridad competente*²⁶². La regulación española (títulos II y III de la Ley N.º 2/2023) denomina “órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad” que está a cargo del sistema interno de información (canal interno de denuncia) y “Autoridad Independiente de Protección del Informante” (canal externo de denuncia).

²⁶² Definido como “[...] toda autoridad nacional designada para recibir denuncias de conformidad con el capítulo III y para dar respuesta a los denunciantes, y/o designada para desempeñar las funciones previstas en la presente directiva, en particular en lo que respecta al seguimiento” (art. 5 numeral 14 de la Directiva (UE) 2019/1937).

CAPÍTULO II

LOS EFECTOS DE LA DELACIÓN

En el capítulo precedente se abordó el concepto jurídico de delación, desde un sentido general y otro específico. Si bien en este trabajo el concepto que más nos interesa es el de *arrepentido delator* o, por decirlo de otra forma, el concepto de *delator en sentido específico* que consiste en el sujeto que abandona toda actividad delictiva o se disocia de la organización criminal y colabora con la justicia, nuevamente tendremos que hacer referencia a los otros tipos de delaciones con la finalidad de que cada punto analizado nos conduzca a la diferenciación conceptual de los efectos premiales que se impulsan para enfrentar la criminalidad asociativa.

Los efectos de la delación no se producen solamente en el proceso penal, sino también en el ámbito administrativo, impulsando el inicio del procedimiento y contribuyendo a su finalización. En definitiva, estamos ante un acto jurídico procesal, definido por Barona Vilar como aquel que produce “una repercusión directa e inmediata proceso”²⁶³. De este modo, la delación produce efectos jurídicos que hemos clasificado en tres categorías, que son las de *naturaleza procedimental*, *naturaleza procesal* y *naturaleza penal, administrativa y económica*.

1. EFECTOS DE NATURALEZA PROCEDIMENTAL

Las diversas formas de delación (*denuncia anónima, buzones de colaboración, canales éticos de denuncia y colaboración del arrepentido delator*) impulsan la actividad de la Administración o de los órganos de persecución penal, mediante el *inicio de investigación, el rechazo de investigación o el cambio de procedimiento*, a los cuales hemos denominado *efectos de naturaleza procedimental de la delación*. Estos efectos procedimentales tienen sus particularidades en función del sujeto delator debido a que cada uno de ellos poseen un ámbito de acción específica, sea a nivel administrativo o en el proceso penal.

²⁶³ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Introducción al derecho procesal. Derecho procesal I*, p. 296.

1.1 Inicio de investigación

Este primer efecto se refiere al sentido literal de la palabra *inicio*, dado que no se restringe a la imputación formal en contra del delatado, sino al impulso de la actividad investigadora del fiscal, policía o juez de instrucción, según corresponda al modelo procesal de dirección de la investigación. En este caso, el *inicio de la investigación* resulta aplicable para la delación en *sentido general* y la del *arrepentido delator* (*delación en sentido específico*), puesto que en ambos supuestos se requerirá una mínima actuación de corroboración de la validez de la información delatada.

Ahora bien, el efecto de *inicio de la investigación* se deriva de la interacción de dos de las características de la delación, que son el *conocimiento propio del hecho* e *inexistencia de proceso*. Al respecto, la primera de ellas es determinante para que se produzca el efecto analizado porque los órganos administrativos y de persecución penal no tienen la capacidad suficiente para poder conocer todos los hechos irregulares o delictivos que se cometen en la sociedad. Ante ello, el aporte cognitivo de la delación coadyuva en la mejora de la capacidad de actuación frente a tales hechos, porque sirve para que las instituciones públicas o empresas conozcan y procesen internamente los hechos irregulares delatados.

Es así que el inicio de una investigación producto de la transmisión del *conocimiento del hecho* mediante la delación requiere que la información proporcionada resista una mínima valoración de su órgano receptor. Esta valoración que es llevada a cabo, según corresponda, por los órganos administrativos o penales; indiscutiblemente debe ser más rigurosa cuando se delaten hechos de apariencia delictiva, puesto que las indagaciones penales no pueden ser iniciadas como un simple trámite administrativo.

Además, en el procedimiento penal, el *inicio de la investigación* —efecto de la delación— rige como barrera temporal o cronológica, porque la información que es objeto de la delación no debe ser conocida por los órganos de persecución penal. Si la información delatada no es inédita y forma parte del conocimiento oficial del hecho, carecería de sentido la admisión de la delación.

Valga como ejemplo la siguiente jurisprudencia del Tribunal Supremo español en la que se realiza una valoración de la delación en función de la información policial obtenida con anterioridad:

“La delación facilitadora de la imputación de otros tampoco fue relevante. Respecto de ellos había información policial obtenida con anterioridad harto suficiente. Como pone en evidencia la narración de hechos probados describiendo secuencialmente la actividad investigadora”²⁶⁴.

En esa misma línea, la Corte Suprema de Casación de Italia desarrolla el concepto de colaboración irrelevante:

“Por lo tanto, la tipificación normativa de la noción de colaboración imposible o irrelevante, sujeta al principio de estricta interpretación como una disposición que hace una excepción a la regla general de la validez del título de delito, implica que no pueda abarcarse en la colaboración inexigible la situación del sujeto que no realiza una colaboración procesalmente relevante debido a una conducta voluntaria que consiste en la elección de ejercer el derecho al silencio”²⁶⁵.

Ahora bien, una vez obtenida la valoración positiva (*admisibilidad*) de la información delatada, se produce el efecto procedimental del *inicio de investigación*. Para llegar a este punto, la delación puede ser realizada mediante tres de sus formas previamente mencionadas, conforme a las siguientes precisiones:

a) Denuncia anónima

Como se ha dicho, esta forma de delación se caracteriza por la inexigibilidad de la identificación del denunciante, la cual es un requisito formal para la denuncia (como acto procesal). El delator solo proporciona la información que dará *inicio a la investigación*, previo análisis de ponderación para determinar la validez de los datos recibidos. En consecuencia, este efecto procedimental está determinado por la información contenida en la denuncia anónima, puesto que, a pesar de no contar con la

²⁶⁴ STS núm. 783/2015 de 9 de diciembre de 2015, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2015/5741]). Véase también, STS núm. 867/2015 de 10 diciembre de 2015, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2015\6230]).

²⁶⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 49045/2017 de 25 de octubre de 2017, (Sección quinta penal, [ECLI:IT: CASS:2017:49045PEN]). Véase también, Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 49275/2022 de 27 de diciembre de 2022, (Sección primera penal, [ECLI:IT: CASS:2022:49275PEN]).

identidad del delator (denunciante), no puede obviarse que los datos contenidos se refieren a la posibilidad de que se haya cometido un delito.

b) Buzones de colaboración

La administración acoge la información que se transforma en el motor que produce el efecto de *inicio de las investigaciones* de las áreas administrativas facultadas para tal función. Con este efecto, los *buzones de colaboración* cumplen su finalidad preventiva de fortalecer la confianza de los ciudadanos de que se investigarán los hechos irregulares que delaten. Por tal motivo, Cerrillo resalta que los *buzones de colaboración* son idóneos para “canalizar las irregularidades que se detecten hacia los órganos o entidades encargados de su investigación y eventual sanción”²⁶⁶.

c) Canales éticos de denuncia

La información transmitida por los *whistleblowers* determina la producción del efecto procedimental de *inicio de investigación*, la cual se desarrollará según la naturaleza pública o privada de la organización y la formalidad del canal de denuncia (interno o externo). El inicio de la *investigación* como efecto de la actuación de los *whistleblowers* debe interpretarse en dos momentos.

El primero sucede al interior de la empresa o institución pública con la denominada *investigación interna*. En estos casos, se excluye el *whistleblower externo*, debido a que en ese supuesto dependerá de la institución a la que recurra el delator; por ejemplo, si se dirige a la Fiscalía o a la Policía, estos tienen el deber de iniciar las acciones de verificación. Así pues, retomando, en las instituciones en que se haya implementado los canales de denuncia internos, como manifiesta Ragués, puede incluirse dentro de los protocolos la *investigación interna* con la finalidad de corroborar que la información del *whistleblower* sea veraz y recabar las pruebas del hecho delatado²⁶⁷.

²⁶⁶ Cerrillo I Martínez, A., “Diez propuestas para la colaboración ciudadana en la alerta de malas prácticas en la Administración pública”, cit., p. 2.

²⁶⁷ Ragués I Vallès, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, cit., p. 136

Dicho inicio de las indagaciones por denuncias de los *whistleblowers* cuenta con respaldo supranacional con la Directiva UE 2019/1937 y ha establecido que se refuercen los canales internos y externos de denuncias por ser vías idóneas para que los trabajadores, de forma segura, denuncien los hechos irregulares y que, una vez recibida la información, se proceda con la investigación por parte de las áreas u organismos competentes. La Directiva utiliza el término “seguimiento” para referirse a la investigación generada con la delación (art. 5.12).

Por otro lado, el segundo momento, respecto del efecto procedimental de *inicio de la investigación*, se refiere al hecho de que no se circunscribe a la realización de una *investigación interna* en las instituciones públicas o empresas, sino que también puede trascender al ámbito penal; es decir, existe la posibilidad de que la información delatada produzca el inicio de una investigación penal. Para ser más específicos, una vez que los órganos que administran los canales internos o externos culminan con la evaluación de la delación y advierten que el hecho delatado tiene apariencia delictiva, corresponde, sin revelar la identidad del *whistleblower*, que se disponga la comunicación a la Fiscalía, la cual deberá darle el valor de una denuncia anónima.

Así se ha plasmado en la posición del Tribunal Supremo español que ha destacado el valor de la delación del *whistleblower* para la revelación y procesamiento de los delitos:

“En definitiva, se busca reforzar la protección del whistleblower y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas, como en este caso se llevó a cabo y propició la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos”²⁶⁸.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Casación italiana destaca la valoración de la información del *whistleblower* de manera conjunta con las verificaciones que se hayan efectuado:

“Como se acaba de señalar anteriormente, en primer lugar, debe reiterarse que, más allá de lo opinado por el mismo g. i. p., el contenido de las revelaciones del “whistleblower” sobre las

²⁶⁸ STS núm. 35/2020 de 06 de febrero de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2020/298]).

compra-ventas de seguros inmobiliarios en uso en la oficina de Santa María Capua Vetere, incorporado en el informe 16.09.2015 enviado por el Departamento Central de Auditoría de la Hacienda Pública [...], no constituye un mero punto de partida de investigación, sino que se eleva al rango de una verdadera y real declaración acusatoria, a la que se suman los resultados (evaluados) de las verificaciones realizadas por dicha Central de Auditoría”²⁶⁹.

d) La colaboración del arrepentido

Con relación al *arrepentido*, el efecto de *inicio de una investigación* se genera como consecuencia de su conversión en delator y colaboración con información para los órganos de persecución penal. Lo anterior no quiere decir que este efecto procedimental requiera de manera indispensable la inexistencia de un procedimiento penal, porque el *arrepentido delator* puede constituirse en delator dentro de un procedimiento penal iniciado en su contra. Por ello, el momento en que se produce la delación determina los alcances del efecto procedimental analizado, conforme se precisa a continuación:

i. Delación extraprocesal: Se configura cuando el *arrepentido delator* decide convertirse en delator sin que exista un procedimiento penal en su contra, de tal manera que el *inicio de la investigación* resulta como una consecuencia de su delación. Cabe precisar que, una vez que se produce la delación, la Fiscalía o el juez de instrucción, según corresponda, dispondrá la realización de los actos de verificación de la información para luego dar por iniciada la investigación. Así pues, la imputación inicial o material en este nuevo proceso penal comprenderá tanto al *arrepentido delator* como delatados.

ii. Delación intraprocesal: En este supuesto, ya existe un procedimiento penal, ante lo cual el *arrepentido* negocia su conversión en delator, luego de admitida la delación, se produce el efecto procedimental de *inicio de investigación*. De igual manera que el caso anterior, la Fiscalía o el juez de instrucción deberá realizar los actos de verificación de la información contenida en la delación del *arrepentido delator*. Asimismo, posterior a la validación de la información, el *inicio de la investigación* puede concretarse con la ampliación del componente subjetivo del procedimiento penal existente, esto es, se dispone la inclusión de otras personas o, en caso de que se trate de

²⁶⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 9047/2018 de 27 de febrero de 2018, (Sección sexta penal, ([ECLI:IT: CASS:2018:9047PEN])).

un hecho delictivo en el que no ha participado el delator, el nuevo procedimiento penal no lo incluiría a él, sino a otros autores.

1.2 Rechazo de la investigación o de la acusación

El siguiente punto trata de un efecto procedimental de carácter negativo, porque la administración o los órganos de persecución penal rechazan el inicio de una investigación o no formulan ni mantienen una acusación, según corresponda la naturaleza jurídica del procedimiento. Al respecto, hemos mencionado, como premisa general, que las particularidades de los efectos procedimentales dependen de quien formule la delación, *ciudadano común*, *funcionario público* o *arrepentido delator*, puesto que se canalizará su conducta a través de una de las cuatro formas de delación (*denuncia anónima*, *buzones de colaboración*, *canales éticos de denuncia* o *colaboración del arrepentido delator*), lo cual determina cómo se manifiesta el presente efecto procedimental.

En lo concerniente a los dos primeros sujetos mencionados, *ciudadano común* y *funcionario público*, conforme a la posición asumida en la tesis, estos delatan mediante *la denuncia anónima*, *los buzones de colaboración* o *los canales éticos de denuncia*. Sobre el particular, la verificación de la validez de la información delatada puede realizarse de manera inmediata cuando se trate de hechos notoriamente falsos, por ende, el efecto negativo consistirá en el archivo directo. El mismo efecto se producirá en el caso que se ejecuten actos de verificación y de la revisión de los resultados se advierta también que la información es falsa, por lo que corresponderá que los órganos administrativos o penales no inicien un procedimiento de investigación y se configure así el *rechazo de la investigación*

Situación especial sucede en el caso del *arrepentido delator*, porque el carácter negativo de este efecto procedimental resulta favorable para sus intereses procesales. Así pues, una vez que el *arrepentido* decide convertirse en delator y transmite la información mediante la forma de delación que hemos denominado *colaboración del arrepentido delator*, la producción del efecto procedimental de rechazo de investigación no es inmediata, sino que depende del resultado positivo de los actos de verificación que realiza el órgano de persecución penal. De ser así, recién se dará por admitida la

delación y se podrán disponer actuaciones procesales en beneficio del delator como es el *rechazo de la investigación, la no formulación de la acusación o el retiro de la acusación*. Por todo ello, consideramos que el presente efecto procedimental puede sistematizarse con los siguientes puntos:

a) *Intraprocesal*

A pesar de que el nombre del efecto procedimental se refiera a rechazar una investigación, en el ámbito penal solo se producirá si existe un procedimiento penal en curso. Este procedimiento puede haberse originado previamente a la delación o a partir de ella, pero lo determinante es que la decisión del órgano de persecución penal es producto de la delación del *arrepentido delator* y el resultado de las mínimas actuaciones de corroboración.

b) *Paralización de actos de investigación*

Tal como se ha expuesto anteriormente, la delación del *arrepentido delator* debe contener el reconocimiento de los hechos que él ha cometido, es decir, se configura una *autodelación* subordinada. Con dicho reconocimiento, los órganos de persecución penal habrán alcanzado un extremo de su objeto de investigación, porque tendrían identificado a uno de los participantes en el hecho delictivo. En consecuencia, realizada la mínima corroboración, se podrá disponer la paralización de los actos de investigación destinados a la identificación del imputado convertido en delator, sin que ello implique no continuar con los actos de investigación que se generen como producto de la delación.

c) *No formulación o retiro de acusación*

De acuerdo con el principio acusatorio, esta actuación procesal solo puede ser ejecutada por el fiscal y es la mayor concreción del efecto procedimental analizado, pero dependerá no solo del control de legalidad judicial, sino de la fase procesal en la que el *arrepentido* decida convertirse en delator. En efecto, si la delación se produce en la fase de investigación (formalizada o preparatoria), como resultado favorable el *arrepentido delator* podría no ser acusado; mientras que, si es efectuada durante el

juzgamiento, se deberá disponer la ejecución de actos de investigación complementarios que fundamenten el retiro de la acusación.

A todo esto, para fortalecer el efecto procedimental objeto de análisis, se ha encontrado en la doctrina española la propuesta de incorporar dentro de los alcances del principio de oportunidad reglado la opción del no ejercicio de la acusación como un mecanismo premial que sirva para promover las delaciones en los procesos penales contra organizaciones criminales. Es así que Ortiz Pradillo señala que “todo parece indicar que la futura reforma del proceso penal español incluirá manifestaciones del principio de oportunidad para incentivar la colaboración de determinados sujetos en la investigación y desbaratamiento de las redes de criminalidad organizada”²⁷⁰.

Según el autor citado, la propuesta de ampliación del alcance del principio de oportunidad reglado permitiría en España que el Ministerio Fiscal no ejerciese la acción penal por los fundamentos de “prevención y desarticulación de la criminalidad organizada gracias a la vital cooperación del investigado colaborador”²⁷¹. Al respecto, formularemos algunas apreciaciones desde la configuración del ordenamiento jurídico peruano. En primer lugar, los fundamentos político-criminales que sustentaron la introducción del principio de oportunidad reglado en nuestra tradición jurídica han tenido como punto de referencia el combate de crímenes que no tengan gran *interés público*. Por esa razón se flexibilizó la reserva de jurisdicción y se otorgó discrecionalidad al fiscal para que disponga la abstención del ejercicio de la acción. Sin embargo, en los casos de corrupción, criminalidad organizada o, peor aún, cuando la corrupción pública es cometida por pluralidad de agentes u organizaciones criminales, prima el interés público que ha conllevado que el Estado deba modernizar sus actos de investigación, al punto de volverlos más ofensivos contra los derechos fundamentales.

En segundo lugar, si se hace referencia a la oportunidad plena, en sentido anglosajón, la cual se manifiesta en los diversos mecanismos de negociación legalmente previstos, cabe precisar que, dada la naturaleza de los acuerdos premiales que negocian

²⁷⁰ Ortiz Pradillo, J., “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”, en *Diario La Ley*, n.º 8560, 2015.

²⁷¹ Ortiz Pradillo, J., “Una propuesta de proceso penal eficiente: la suspensión de la acusación ‘por colaboración eficaz’ del investigado”, en Jiménez Conde, F./Bellido Penadés, R. (dirs.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 869-877.

el fiscal y el delator (*arrepentido delator*), estos quedan en el ámbito de la reserva jurisdiccional. Es decir, los acuerdos premiales deben ser sometidos a control judicial; por ende, el no ejercicio de la acción penal o no formulación de acusación será una consecuencia de la aprobación del órgano jurisdiccional competente. Por último, en tercer lugar, debido a que el Ministerio Fiscal o Ministerio Público carecen de potestad jurisdiccional y actúan como un órgano administrativo de naturaleza constitucional, se encuentra limitado para tener la discrecionalidad absoluta en el tratamiento de los delatores, puesto que la aceptación de la culpabilidad de un hecho criminal o la aplicación de una atenuación o exención de pena requieren necesariamente de la intervención del órgano jurisdiccional.

En suma, el efecto procedimental de *rechazo de la investigación o rechazo de la acusación* dependerá de la fase del proceso penal en la que se manifieste la voluntad del *arrepentido delator* de constituirse en delator. Además, si bien ambos pueden producirse en el mismo procedimiento penal seguido contra el delator, cabe el supuesto de que se extiendan a otros procedimientos penales conforme a los términos de los acuerdos negociados y validados judicialmente.

Con el objetivo de ejemplificar todo lo dicho, tomamos en consideración las dos propuestas de reformas de la LECrim en las que se establece la regulación de este efecto, así, primero, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal impulsado durante el gobierno del Partido Socialista Obrero Español (2011) incluyó dentro del capítulo de terminación por oportunidad el supuesto de archivo por colaboración activa contra una organización criminal (art. 153), el cual quedaría dentro de la esfera discrecional del fiscal; sin embargo, no sería cosa juzgada hasta dentro de 5 años, como periodo de prueba, en el que se solicite el sobreseimiento, tal como se lee a continuación:

- “1. En los supuestos de delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión o con penas de otra naturaleza, cualquiera que sea su extensión, cometidos en el seno de una organización criminal, el fiscal podrá disponer el archivo del procedimiento siempre que:
- a) el investigado haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado, y haya colaborado activamente con éstas para impedir la producción del delito o

b) coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

2. Será en todo caso necesario para hacer uso de esta facultad que el investigado haya satisfecho las responsabilidades civiles que directamente le alcancen o que acredite la imposibilidad de cumplirlas.

3. El archivo quedará condicionado a que el investigado no frustre con su propia conducta la efectividad de la colaboración prestada y a que no reanude la actividad delictiva.

4. Transcurridos cinco años desde la fecha del archivo sin que el sujeto investigado haya reiniciado la actividad delictiva abandonada y sin que haya vuelto a colaborar con la organización criminal, podrá interesar de la autoridad judicial el sobreseimiento del procedimiento archivado, con pleno efecto de cosa juzgada”.

El segundo proyecto de reforma, el llamado Código Procesal Penal, formulado durante el gobierno del Partido Popular, reguló la colaboración como un supuesto de sobreseimiento por razones de oportunidad (art. 91.1.4):

“4. Cuando el autor o partícipe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado”.

En el caso peruano, si bien hay discrecionalidad de negociación entre el fiscal y el *arrepentido delator*, se requiere de validación judicial. De ahí que, para la aplicación del efecto procedimental examinado, la delación debe producirse durante las fases de *investigación preparatoria* o *etapa intermedia*, luego de lo cual se efectuaría un cierre de investigación o no formulación de la acusación en beneficio del delator, previo pronunciamiento del órgano jurisdiccional, tal como se prevé en los artículos 477.1 CPPP y 476-A.4 del CPPP:

“Cuando el proceso por colaboración eficaz está referido a hechos que son materia de un proceso penal que se encuentra en la etapa de investigación o incluso si no existe investigación, el Acuerdo de Beneficios y Colaboración se remitirá al Juez de Investigación Preparatoria. (Las negritas son nuestras).

Si el Juez aprueba el Acuerdo y los procesos donde el colaborador es imputado se encuentran en investigación preparatoria, el Fiscal podrá no acusar al colaborador”.

Asimismo, aunque resulte obvio, cuando la delación se refiera al mismo objeto procesal, con la producción del efecto procedimental de *rechazo de la investigación*, se excluye la realización de la fase de juzgamiento en beneficio del delator. Sin embargo, existe la posibilidad de que la delación produzca *el retiro de la acusación* o, incluso, como efecto extensivo *el rechazo de la investigación* en otro proceso penal, lo cual dependerá de la relación entre información e imputación, tal como se precisa a continuación:

i. *Cuando la delación recae sobre el mismo hecho imputado*: En este supuesto, el delator reconoce el hecho acusado y aporta información que permita procesar a los demás participantes o integrantes de la organización criminal. Luego de la aprobación judicial del acuerdo de beneficios, el fiscal podrá retirar la acusación (Por ejemplo, así lo establece el numeral 5 del art. 476-A del CPPP).

ii. *Si la delación contiene hechos no consignados en la imputación*: También puede suceder que la información contenida en la delación producida durante el juzgamiento no solo se refiera a la imputación sometida al contradictorio, sino también a hechos diferentes que se encuentren en fase de investigación de otro procedimiento penal. Ante ello, el fiscal podría disponer la suspensión de la ejecución de los actos de investigación dictados en el segundo procedimiento penal y ampliar su objeto de investigación.

1.3 Cambio de procedimiento

Los ordenamientos jurídicos pueden regular la conversión del *arrepentido en delator* de dos maneras, la primera, siguiendo la regla de unidad del procedimiento, y el segundo, con un procedimiento especial basado en el criterio de autonomía. En el primer caso, siguiendo la unidad del procedimiento: “todos los elementos de un mismo hecho vendrán reunidos en un solo proceso (unidad de delito)”²⁷². Asencio Mellado fundamenta la unidad del procedimiento en la garantía de la seguridad jurídica, por lo

²⁷² Vallespín Pérez, D., *La conexión en el proceso penal*, CIMS, Barcelona, 2007, p. 33. Este autor precisa también que en los casos de *conexión penal* no hay una necesidad de indivisibilidad, porque la unión de los diversos hechos delictivos se justifica por los nexos comunes que hacen que sea más favorable enjuiciarlo en un proceso único.

que a cada hecho procesal le corresponderá un solo proceso²⁷³. Así pues, siguiendo el criterio de unidad del objeto del proceso, el beneficio premial se resuelve al final del proceso penal en que están comprendidos el delator y los delatados. Esta es la posición asumida en los casos de Italia (art. 8 Decreto Legge N.º 152/1991 convertido en ley con la Ley N.º 203/1991) y España (art. 376 CPE).

En la segunda opción, se reconduce al *arrepentido delator* a un procedimiento especial que tiene por finalidad corroborar su información y establecer un acuerdo que contenga los beneficios concedidos al delator y las reglas que deberá cumplir para que no sean revocados, el cual será sometido a la validación judicial. Aquí se ubica la legislación procesal peruana (art. 472.3 CPPP) que establece el denominado *proceso especial de colaboración eficaz es autónomo*²⁷⁴. Asimismo, la información que se obtenga del proceso especial puede ser utilizada en los diversos procesos penales, cuyo objeto procesal sea abarcado en la delación (art. 472.3 CPPP).

De este modo, una vez que se produce la delación y esta es calificada por el fiscal, el delator es reconducido de manera formal (*cambio de procedimiento*) al proceso especial de colaboración eficaz, lo cual puede suceder en las diversas fases procesales, conforme la siguiente descripción:

a) *Durante la investigación*

Debemos entender que en este supuesto se comprende tanto la investigación en curso como aquella que se inicia a consecuencia de la delación. En ambas situaciones el proceso se bifurca, esto es, continúa el proceso penal iniciado, pero con una ampliación de su objeto para incorporar a los delatados, o se inicia un proceso penal en contra de ellos; mientras que para el delator se produce una remisión o cambio al proceso especial de colaboración eficaz.

²⁷³ Asencio Mellado, J.M.^a, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, p. 43.

²⁷⁴ La autonomía del proceso de colaboración eficaz peruano demanda cuestiones procedimentales que evidencien no estar ante un incidente procesal; por tanto “se necesita de un expediente propio, formado por una serie de actas que acrediten las diligencias realizadas”. San Martín Castro, C., *Lecciones de derecho procesal penal*, INPECCP-CENALES, Lima, 2015, p. 875.

b) *Durante la etapa intermedia o el juzgamiento*

En cuanto a estas fases procesales, como se ha resaltado en el efecto procedimental precedente, el fiscal podría ejecutar el desistimiento o retiro de la acusación, posterior a la aprobación judicial del acuerdo premial. Para ello, se requiere que, previamente, el fiscal haya reconducido simultáneamente al delator al procedimiento especial de colaboración con la finalidad de corroborar la información delatada y negociar los extremos del acuerdo, el cual será sometido a control judicial.

c) *Durante la ejecución de la condena*

La decisión de ser *delator* también puede darse luego de una sentencia condenatoria. Igual que en los casos anteriores, el fiscal inicia el procedimiento de colaboración eficaz (*cambio de procedimiento*) para corroborar la información aportada por el condenado y solicitar al órgano judicial que se valide la concesión de los beneficios de *remisión de pena* o *suspensión de ejecución de la pena* o *la conversión de pena la pena privativa de libertad* por la de *multa*, *prestación de servicio a la comunidad* o *limitación de días libres*. También se podrá acordar en beneficio de una persona jurídica condenada, la *remisión de la medida administrativa* o su *conversión a multa* (art. 478.3 CPPP).

En resumen, si los legisladores procesales optan por la opción de establecer una vía procedimental especial para el *arrepentido* que decida convertirse en delator, deberán regular que, una vez producida la delación (*intraprocesal* o *extraprocesal*), el delator sea reconducido a dicho procedimiento, el cual tendrá como objeto la corroboración de la delación, así como la negociación del beneficio premial.

Ahora bien, desde la doctrina española, una crítica a la opción legislativa peruana del diseño del *proceso especial de colaboración eficaz* es realizada por Asencio Mellado, quien afirma que aquella:

“ [...] no es un proceso, pues le falta la nota esencial de la contradicción y de la dualidad de partes, de modo que la intervención judicial no es estrictamente jurisdiccional, sino

administrativa o de control de legalidad y oportunidad de un acuerdo entre fiscal y delator con el fin de sujetar la actuación del fiscal a la ley y a la transparencias debidas”²⁷⁵.

Por esta razón, dicho autor considera que se trata de un expediente o mero procedimiento administrativo, cuyas actuaciones serían nulas por tramitarse de forma paralela al proceso penal de los imputados (delatados), configurando una conducta de mala fe y fraudulenta. Es así que aplica la litispendencia para fundamentar la nulidad de las actuaciones, puesto que “lo practicado en el expediente fiscal está en directa dependencia del proceso penal y sus actuaciones constituyen una investigación paralela respecto de un proceso ya incoado”²⁷⁶.

Al respecto, en la doctrina peruana, San Martín Castro destaca que la colaboración eficaz es un *proceso especial* ²⁷⁷. Ahora bien, la defensa de la autonomía de la colaboración eficaz peruana no puede basarse en simples cuestiones operativas sobre el mejor manejo para el fiscal de la información delatada²⁷⁸, sino en razones de dogmática procesal y de valoración político-criminal. En primer lugar, resulta aceptable la crítica sobre el *nomen juris* que utilizó el legislador procesal peruano, puesto que en el Libro Quinto del Código Procesal (D. L. N.º 957) incorporó los denominados “procesos especiales”, entre los que se encuentran el *proceso inmediato*, el *proceso por razón de la función pública*, el *proceso de seguridad*, el *proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal*, el *proceso de terminación anticipada*, el *proceso por falta* y el *proceso por colaboración eficaz*.

²⁷⁵ Asencio Mellado, J. M.^a, “El procedimiento por colaboración eficaz. La ilícita e inconstitucional incorporación de sus actuaciones al proceso penal”, en Asencio Mellado, J. M.^a/Castillo Alva, J.L. (coords.), *Colaboración eficaz*, Ideas, Lima, 2018, p. 32.

²⁷⁶ Asencio Mellado, J. M.^a, “El procedimiento por colaboración eficaz. La ilícita e inconstitucional incorporación de sus actuaciones al proceso penal”, cit., pp. 74-82.

²⁷⁷ San Martín Castro, C., *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 875.

²⁷⁸ Por ejemplo, Quispe Farfán defiende la autonomía de la colaboración eficaz con base en el incremento de la eficacia de la colaboración, aduciendo que otorga una mayor reserva de la identidad del colaborador, permite la negociación y la sentencia del procedimiento especial abarca una mayor cantidad de causas penales. No obstante, desde la teoría procesal, las razones indicadas por esta autora no se contradicen con el criterio de unidad de procedimiento. Véase Quispe Farfán, F., “La colaboración eficaz en el Perú”, en *Actualidad Penal*, n.º 43, 2018, pp. 20-23. Por otro lado, Gómez Colomer crítica que, en vez de centrar los argumentos en cuestiones de política criminal y dogmática jurídica para una mejora del proceso penal, solo se mantenga el pragmatismo de la reducción de la carga procesal. Gómez Colomer, J. L., *La contracción del derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 166-167.

Así pues, en el Perú se tiene regulado el *proceso por colaboración eficaz* en el que no hay contradicción, porque el presupuesto para su inicio es la renuncia al derecho de *autoincriminación* y el derecho al *silencio* del arrepentido, por lo que el nombre adecuado debería ser *procedimiento de colaboración eficaz*. No obstante, la regulación de *procedimientos especiales* mantiene la lógica del Código de Procedimientos Penales de Italia (Libro VI); de manera que, como indica Giunchedi, estos procedimientos se regulan con formas diferentes al proceso ordinario o común para cumplir finalidades particulares²⁷⁹.

Dicha finalidad especial, de índole político-criminal, es la persecución de la corrupción pública cometida por una pluralidad de personas concertadas y el crimen organizado; y, aquí, es relevante promover las delaciones. Por ejemplo, Orlandi destaca que “el colaborador con la justicia o arrepentido es, en la experiencia italiana, el instrumento más usado para superar las dificultades de prueba típicas de los procesos de criminalidad organizada”²⁸⁰. Como veremos en el tercer capítulo, la justicia premial no es contraria al principio de legalidad y tampoco es inconstitucional la regulación de procedimientos especial, porque lo que se debe garantizar es que no se distorsione la esencia del modelo procesal²⁸¹.

Ahora bien, la existencia de un procedimiento especial tampoco configuraría un supuesto de litispendencia penal, puesto que se requería como base que la duplicidad procesal se fundamente en la vulneración de una norma de competencia²⁸². Esto no se cumple en el caso peruano por el diseño de regulación de procedimientos especiales que tienen prioridad. Respecto a ello, Marafioti afirma que “la opción legislativa que intenta confiar a modelos diversificados respecto al esquema ordinario la solución de gran parte de los procedimientos confirma que el desarrollo de los procesos separados debe ser privilegiado”²⁸³.

²⁷⁹ Giunchedi, F., *Introduzione allo studio del procedimenti speciali*, Cedam, Padua, 2018, p. 11.

²⁸⁰ Orlandi, R., “La justicia penal italiana, a la búsqueda continua de un proceso justo”, en Gómez Colomer, J. L./González Cussac, J. L. (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 477.

²⁸¹ Giunchedi, F., *Introduzione allo studio del procedimenti speciali*, cit., p. 47.

²⁸² Bontempelli, M., *La litispendenza penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2017, p. 42.

²⁸³ Marafioti, L., *La separazione dei giudizi penali*, Giuffrè Editore, Milán, 1990, p. 332.

Por consiguiente, el *procedimiento especial de colaboración eficaz* no es ilícito ni inconstitucional *per se*. No obstante, requiere que en su funcionamiento se respeten las finalidades principales del modelo procesal; por ejemplo, que no exista coacción, se respete la presencia del abogado defensor de elección, y que haya un reforzamiento de las garantías procesales para el uso de la información en contra de los delatados. El mismo Asencio Mellado señala que no hay oposición a que el enjuiciamiento de un mismo hecho sea por separado, precisando “la evitación de desintegraciones que podrían ser tendentes, como en el caso de los coimputados, a eludir garantías fundamentales”²⁸⁴.

Así pues, el cumplimiento de exigencias básicas, conforme el debido proceso, dotarán de constitucionalidad al procedimiento de colaboración eficaz, puesto que, siguiendo el derecho internacional de los derechos humanos, toda persona acusada debe tener la posibilidad de contradecir la prueba en su contra. Sobre el particular, Esparza Leibar afirma que:

“[...] solamente con base en un modelo procesal penal compatible con el estado de derecho —es lo que llamamos el proceso debido— será posible avanzar con seguridad, y de forma respetuosa con los derechos de las personas, hacia una globalización razonable y eficaz en lo jurisdiccional, que es técnicamente viable y que será esencialmente beneficiosa para las personas y las sociedades”²⁸⁵.

Las exigencias de respeto de garantías procesales (en especial el derecho de contradicción) se enmarcan dentro del *derecho al proceso equitativo o debido proceso*, reconocido en el art. 6.3.d de la CEDH y en el art. 8.2.f) de la CADH y art. 14 del PIDCP. En esta línea de garantizar el derecho de contradicción de los imputados, el art. 111 de la Constitución italiana regula expresamente que en todo proceso debe ser contradictorio frente a un juez imparcial. Adicionalmente, sin llegar a ser precisos en la

²⁸⁴ Asencio Mellado, J.M.^a, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, cit., p. 85.

²⁸⁵ Esparza Leibar, I., “El proceso debido como único modelo aceptable para la resolución de conflictos en un estado de derecho y como presupuesto para la globalización”, en Gómez Colomer, J.L./Barona Vilar, S./Calderón Cuadrado, P. (coords.), *Juan Montero Aroca. El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 326.

redacción, la Constitución española reconoce el derecho de defensa en el art. 24.2, y la Constitución peruana hace lo propio en el art. 2.23.

En consecuencia, sí mantenemos una defensa del procedimiento especial de colaboración eficaz, con la finalidad de luchar contra la corrupción pública. Más aún, en el Perú, en que la crisis política e institucional tienen como base los actos de corrupción. Sin embargo, se requerirá introducir mejoras y precisiones para que la delación no se convierta en una herramienta arbitraria, sino que se ajuste a los parámetros constitucionales del debido proceso.

2. EFECTOS DE NATURALEZA PROCESAL

Hemos señalado que los sujetos activos de la delación son el *ciudadano común*, el *funcionario público* y el *arrepentido delator*. De estos tres, solo el *arrepentido delator* se convierte en parte procesal, mientras que los otros quedan fuera del proceso penal, reservándose su actuación al ámbito administrativo como *whistleblowers*. A continuación, desarrollaremos los efectos que hemos denominado de *naturaleza procesal* que se pueden aplicar a los delatores según el ámbito jurídico en que se desarrolle la delación, por lo que, se verá la *mejora del estatuto personal a favor de la libertad* (arrepentidos delatores) y las *medidas de protección específicas* (*whistleblowers*),

2.1 Mejora del estatuto personal a favor de la libertad

Este efecto procesal se produce con el otorgamiento del beneficio de no restringir o cesar la restricción de la libertad del delator. Es necesario recalcar que, debido a la gravedad y complejidad de los delitos de corrupción pública cometidos por pluralidad de personas concertadas u organizaciones criminales, la medida cautelar más utilizada en los procesos penales que se instauran (denominados *complejos*), es la prisión provisional o preventiva, que es la mayor afectación a la libertad de un imputado a fin de asegurar su sujeción al proceso penal²⁸⁶.

²⁸⁶ Pisa señala que el respeto a la libertad personal del imputado caracteriza el tipo de proceso penal, de modo que, un proceso penal será liberal si se protege la libertad, mientras que será autoritario cuando está mayormente restringida. Pisapia, G.D., *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padua, 1975, p. 227.

De este modo, para incentivar que los arrepentidos se conviertan en delatores, la norma procesal prevé la obtención de la *mejora de su estatuto personal en favor de la libertad*, que puede producirse durante la ejecución de la prisión provisional o previamente a su imposición. Cabe recordar que, la delación debe ser voluntaria, que el *arrepentido* decida que es la mejor opción para su interés individual, por lo que, el incentivo a la delación no debe conllevar la desnaturalización de la finalidad cautelar ni su excepcional. Montero Aroca señala que “para el individuo al que se convierte en parte pasiva en el proceso penal el proceso penal es la garantía de sus derechos, algunos materiales y otros procesales, pero especialmente de su derecho a la libertad”²⁸⁷.

En consecuencia, *la mejora del estatuto personal a favor de la libertad del arrepentido delator*, imputado por delitos de corrupción pública, tiene como presupuesto que se encuentre sometido a una prisión provisional o que el fiscal haya formulado, ante el órgano jurisdiccional, un requerimiento de prisión preventiva en su contra. Así pues, una vez admitida la delación, conforme la situación procesal del *delator*, el efecto premial se concretará con la *variación de la prisión preventiva* o con *el desistimiento fiscal del requerimiento de prisión preventiva*. Enseguida se harán unas precisiones referidas a las características y las manifestaciones del efecto analizado:

a) *La mejora del estatuto personal se produce intraproceso*

Esta es una característica y, a la vez, un presupuesto para que se produzca el efecto *de mejora del estatuto personal a favor de la libertad* del delator, puesto que el incentivo solamente funciona en un procedimiento penal iniciado, en el que se haya restringido la libertad del delator o se haya presentado el requerimiento fiscal con tal finalidad.

b) *Variación de la prisión preventiva*

Luego de que el *arrepentido* comunica su decisión de convertirse en delator, se inician las negociaciones con el fiscal, quien producto de la calificación primigenia de la información delatada decidirá la concesión de la *mejora del estatuto personal*. Si el

²⁸⁷ Montero Aroca, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 66.

resultado de la ponderación fiscal es positivo, requerirá la variación de la prisión preventiva por otra medida cautelar menos gravosa que permita garantizar la integridad física del delator, que mantenga la seguridad en su decisión de delatar, que genere confianza con el órgano de persecución penal, todo ello sin que se ponga en riesgo el conocimiento de su ubicación mientras se realicen las diligencias de corroboración.

c) Desistimiento de la prisión preventiva

En este supuesto, la libertad del *arrepentido* aún no se encuentra restringida por la imposición de una prisión preventiva, aunque es posible que estuviese con detención preliminar. Así pues, la decisión del *arrepentido* de convertirse en *delator* es posterior a que conozca que el fiscal ha requerido al órgano jurisdiccional que disponga la prisión preventiva en su contra. Dicha decisión es comunicada al fiscal para que se produzca la negociación y evalúe el valor de la información contenida en la delación, luego de lo cual, si el resultado es positivo para los intereses procesales del delator, el fiscal formulará su desistimiento del requerimiento de prisión preventiva y variará su pretensión por otra medida cautelar de inferior afectación a la libertad.

d) Razones de negociación o seguridad

El efecto de *la mejora del estatuto personal a favor de la libertad* del delator puede ser fundamentado por dos razones que son: la negociación *delator-fiscal* y la seguridad. El primer fundamento (*razones de negociación*), consiste en que la mejora procesal en beneficio del delator forma parte del acuerdo premial, es decir, uno de los puntos que se negocia en la delación es, por ejemplo, la exclusión de la prisión preventiva. Mientras que el segundo fundamento (*razones de seguridad*), corresponde a una evaluación y decisión del fiscal por fines procesales, puesto que para garantizar la integridad del futuro órgano de prueba decide requerir la variación o se desiste de la prisión preventiva.

Normalmente se invoca este fundamento cuando en el establecimiento penitenciario podría ponerse en riesgo la integridad del delator o que este sea sometido a coacción por los otros integrantes de la organización que se encuentren también recluidos. Ahora bien, este efecto procesal podría ser objeto de críticas basadas en que

las *capacidades intelectual y volitiva* del delator estarían reducidas por el hecho de estar internado en un centro penitenciario, por cumplimiento de una medida cautelar de prisión preventiva, o por el mero conocimiento de la existencia del requerimiento de prisión en su contra que genera la alta probabilidad que su libertad sea restringida.

Sin embargo, como hemos defendido previamente, la decisión de constituirse en delator es personal y, sobre todo, cuando existe un procedimiento penal, tal decisión deberá ser producto de la evaluación acorde a la estrategia procesal que asuma el *arrepentido* y su defensa técnica, porque la delación podría ser la vía más idónea no solo para cesar o evitar la restricción de su libertad, sino también para obtener un mejor resultado al final del proceso.

2.2 Medidas de protección específicas

Las *medidas de protección específicas* aplicables en casos de delación son aquellas que sirven para otorgar seguridad al *ciudadano común, funcionario público y arrepentido* frente a posibles actos de represalias en su contra. Estas medidas tienen una doble finalidad, por un lado, la protección de los delatores y, por el otro, promover más delaciones. Ambas finalidades se complementan porque se garantiza que los delatores no sufran ataques por parte de las personas delatadas y, esto a su vez, promueve la confianza o seguridad en otros potenciales delatores para que decidan delatar. Al respecto, García-Moreno señala que “en el ámbito público como en el privado, los potenciales delatores solo se decidirán a dar el paso y reportar la infracción cuando sientan que ello no les acarrearán consecuencias negativas”²⁸⁸.

En lo concerniente al *ciudadano común* y al *funcionario público*, cuando actúan como *whistleblowers* (se exceptúa la denuncia anónima) les son aplicables las medidas de protección destinadas para proteger su identidad, integridad o que no se afecten sus derechos laborales. Ello es objeto de la Directiva (UE) 2019/1937 que regula en el art. 19 la prohibición de represalias (*amenaza, tentativa o ejecutada*) en contra de los *whistleblowers*. Es así que, en su capítulo VI se regulan tres grupos de medidas de

²⁸⁸ García-Moreno, B., “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la Administración pública”, en Nieto Martín, A./Maroto Calatayud, M., (dirs.) *Public compliance. Prevención de la corrupción en Administraciones públicas y partidos políticos*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, p. 55.

protección: *medidas de apoyo, medidas de protección frente a represalias y medidas para la protección de las personas afectadas* (arts. 20, 21 y 22), las cuales, indiscutiblemente, resultan importantes para promover que los *whistleblowers* utilicen los canales de denuncia. Por el contrario, las posibilidades de verse afectados no solo en lo laboral, sino también en su integridad, desincentivan la delación, de manera que sin el temor a las represalias los ciudadanos y funcionarios públicos “tomarán la decisión cívica de informar”²⁸⁹ los hechos irregulares.

Ahora bien, en el caso italiano, como hemos indicado, desde el 2001 hasta la última reforma del año 2019 en materia de *whistleblowers*, se han fortalecido las medidas de protección que tienen como eje la prohibición de represalias e, incluso, que dentro de la organización se le pueda instaurar procesos disciplinarios por una infracción al deber de lealtad²⁹⁰. Siguiendo la orientación de la Unión Europea, en España la Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, que reconoce a las medidas de protección como un derecho de los denunciantes (art. 35) y, concretamente, en el art. 36 regula la prohibición de las represalias definidas como:

“cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública”.

Por el contrario, en el Perú aún no se cuenta con una ley integral sobre el *whistleblower*, pero sí se han previsto el otorgamiento de medidas de protección en favor de los denunciantes. Para tal efecto, el Decreto Legislativo N.º 1327, “*Decreto Legislativo que establece medidas de protección para el denunciante de actos de corrupción y sanciona las denuncias realizadas de mala fe*”, establece un conjunto de *medidas de protección* en beneficio de los denunciantes de actos de corrupción que son clasificadas de la siguiente manera: *la reserva de la identidad, medidas de protección*

²⁸⁹ Fernández González, M., “¿Proteger o premiar al *whistleblower*?: un debate pendiente en España”, cit., p. 443.

²⁹⁰ Armone, G., “*Whistleblowers* e ordinamento italiano: Posibili percorsi normativo”, en Fracchini, G./Parisi, N./Rinoldi, D., (coords.) *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, cit., p. 126

laboral y otras medidas de protección (art.9), las cuales deberán ser cumplidas al interior de la institución pública en la que se efectúe la delación del *whistleblower*.

Por otro lado, cuando se trata de *arrepentidos delatores*, las medidas de protección se dictan una vez que se hayan convertido en delatores y es el fiscal quien deberá realizar la evaluación de la necesidad de su concesión. De ahí que la importancia de otorgar protección a estos delatores no solo se fundamenta en la función promocional de incentivar a la delación, sino, además, en la necesidad procesal de asegurar que el órgano de prueba no sufra afectaciones que pongan en riesgo la continuidad de su aporte de información, así como su participación en el proceso penal contra los delatados.

Estas medidas pueden estar dentro de la esfera de competencia del fiscal, quien las ejecuta a través de las áreas administrativas de la institución o con apoyo de la Policía, o pueden estar reservadas a la jurisdicción. En este último caso, si el modelo que se sigue es de fiscal instructor, este deberá requerir al juez de garantías la aplicación de la medida de protección que corresponda.

Por último, a continuación, describiremos los tres tipos de medidas de protección que sirven para la delación:

a) *Reserva de identidad*

Esta medida de protección tiene como función principal evitar la identificación del delator. Para ello, se le asigna un código que solo deberá conocer la Fiscalía o la Policía (proceso penal), o la autoridad designada para administrar los canales de denuncia o buzones de colaboración de la institución pública o empresa, según corresponda. Al respecto, Ortiz Pradillo destaca que la *reserva de identidad* supone un “interesante incentivo para que el delator se decida a colaborar”²⁹¹. Esta afirmación del autor tiene respaldo en la siguiente jurisprudencia del Tribunal Supremo español con la que se admite la prolongación del anonimato durante el juzgamiento:

²⁹¹ Ortiz Pradillo, J. C., “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, cit., p. 50.

“[...] ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad (sentencias Ciulla y Kostovski), mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad (sentencia Windisch)”²⁹².

b) *Protección de la integridad*

Su objetivo es asegurar que tanto los *whistleblowers* como los *arrepentidos delatores* no sufran actos de violencia que atenten contra su integridad física o psicológica. Esta medida de protección se vincula con la *reserva de identidad*, puesto que procede en los supuestos en que es insuficiente la protección de la identificación del delator. Además, la protección podría extenderse a los familiares de los delatores, quienes podrían ser víctimas de las represalias.

Así pues, se podrán disponer medidas de seguridad en favor de los *whistleblowers* cuando hayan decidido revelar su identidad en el canal de denuncia, mientras que, cuando se trate de *arrepentidos delatores* la evaluación de la procedencia corresponderá al fiscal. Cabe precisar que, estas medidas de protección son importantes y requieren de una evaluación objetiva desde la búsqueda de la finalidad de proteger al delator, puesto que, en muchas ocasiones sucede que las características del hecho o la manera en que es delatado podrían permitir que las personas delatadas infieran la identidad del delator y ejecuten directamente o a través de terceras acciones represalias que atenten contra la integridad de los delatados.

c) *Protección laboral*

Garantiza que no se afecte la permanencia de los delatores en sus centros laborales como consecuencia de la delación. Esta medida con efecto de protección,

²⁹² STS núm. 378/2009, de 27 de marzo de 2009, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [2009/4827]). También señala el Tribunal Supremo “que la protección de testigos y peritos es un instrumento de investigación que está reservada para los casos de delincuencia grave y, sobre todo, para hacer frente al crimen organizado. No se puede justificar su utilización en casos banales como el presente sin desbordar el principio de proporcionalidad y desvirtuar la excepcionalidad de la norma vulgarizándola y convirtiéndola en un instrumento generalizable y extensible a supuestos para los que no los contempló el legislador”. STS núm. 100/2012 de 23 de febrero de 2012, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2012\2962]). Posición que es desarrollada en la STS núm. 1110/2007 de 19 de diciembre de 2007, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2008\1314]).

sumado a su ámbito promocional, cumple también una función legitimadora de la delación respecto de los *whistleblowers*, puesto que reafirma que la denuncia de un hecho irregular no es una *traición*, sino el cumplimiento de un *deber ciudadano* de coadyuvar en la lucha contra la corrupción. Conviene indicar que, desde nuestra posición, esta medida no alcanza a los *arrepentidos delatores* porque no se puede garantizar un vínculo laboral en la Administración pública luego de haber delinquido.

3. EFECTOS DE NATURALEZA PENAL, ADMINISTRATIVA Y ECONÓMICA

En este apartado se han incluido tres tipos de efectos que se relacionan con el ámbito premial de la delación, aplicable tanto a los *delatores en sentido general* como a los *delatores en sentido específico*; sin embargo, precisamos que en los supuestos que se vinculen directamente con el *arrepentido delator*, serán abordados de manera más específica en el apartado de las recompensas que serían idóneas para incentivar la delación en los casos de corrupción pública cometidos por una pluralidad de personas concertadas u organización criminal.

3.1 Aplicación de la atenuante genérica de confesión

De manera general, las atenuantes son circunstancias modificativas de la responsabilidad penal cuyos efectos se aplican en la fase de la determinación de la pena, puesto que sirven para fijar el marco concreto de la pena y se valoran al momento de la individualización judicial²⁹³, reduciendo la pena a imponer.

Dicho lo anterior, la denominada *atenuante genérica de confesión* es una norma promocional de naturaleza premial, en que la reducción de la sanción penal se produce a cambio de la confesión del hecho criminal. Esta atenuante se incorpora en los ordenamientos jurídicos a través de una norma penal, como sucede, por ejemplo, en España, en que está regulada en el art. 21.4 CP²⁹⁴. En el caso italiano, la *confesión*

²⁹³ Véase Orts Berenguer, E./Gonzalez Cussac, J., *Compendio de derecho penal. Parte general*, cit., p. 498.

²⁹⁴ Para un análisis específico sobre la atenuante genérica de confesión en España, véase Garro Carrera, E./Asua Batarrita, A., *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria* (A

espontánea está dentro de las circunstancias atenuantes genéricas previstas en el art. 62 bis del Código Penal, respecto de la cual la Corte Suprema de Casación italiana ha destacado su efecto de mitigación de la pena:

“En materia de atenuantes genéricos, entre los elementos positivos que pueden sugerir la necesidad de atenuar la pena conminada para el delito, pudiendo, sin embargo, se incluye la confesión espontánea, sin embargo, el juez de mérito puede excluir su valor, cuando se contrasta con otros elementos específicos de desvalor surgidas de los actos o se fundamenta en el reconocimiento de la inevitabilidad probatoria de la acusación o está dirigido exclusivamente a la expectativa utilitaria de la reducción de la pena y la colaboración judicial o procesal sea en todo caso aparentemente inerte o neutral, en el sentido de que ni siquiera ha facilitado el juicio de responsabilidad de los coimputados, por estar ya confesados o por otro motivo plausible”²⁹⁵.

La legislación peruana prevé en el art. 46 numeral 1 literal g) del Código Penal como una atenuante genérica la conducta del imputado que, cometido el delito, reconoce ante las autoridades su responsabilidad; complementándose con el art. 161 del Código Procesal Penal, en el que se otorga un valor de reducción de la pena cuando está es calificada como *sincera*²⁹⁶.

Además, como la atenuación de la pena está determinada por el acto de confesar, podemos afirmar que se configura un supuesto de efecto premial en favor de la *autodelación*, cuya finalidad consiste en el reconocimiento del hecho propio, es decir, se valora positivamente el *comportamiento postdelictivo* de confesar la realización del

propósito de una controvertida Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Sevilla), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

²⁹⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 46568/2017 de 11 de octubre de 2017, (Sección primera penal, ([ECLI:IT: CASS:2017:46568PEN]). La Corte de Casación también ha señalado que la *ratio* del art. 62 bis CPI no exige que el juez realice una valoración de cada alegación de defensa, sino que basta con que indique los elementos relevantes que excluyen la circunstancia atenuante, pudiendo utilizar los antecedentes penales del acusado. Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 3715/2023 de 30 de enero de 2023, (Sección cuarta penal, ([ECLI:IT: CASS:2023:3715PEN]).

²⁹⁶ La Corte Suprema de Justicia peruana ha establecido que los requisitos de la confesión sincera La confesión sincera está regulada en el artículo 160 del Código Procesal Penal y consiste en la admisión por parte del imputado de los cargos incriminados en su contra siempre que: (a) esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción, (b) sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas, (c) sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado y (d) sea sincera y espontánea. En esta última exigencia, se requiere que la declaración sea libre, veraz, consciente, coherente y uniforme en todo el curso del proceso; de lo contrario, no serán aplicables las reglas de reducción por bonificación. Corte Suprema de Justicia, Cas. N.º 1970-2019-Tacna de 14 de julio de 2022, Sala Penal Permanente,

hecho criminal²⁹⁷. Finalmente, tal como hemos desarrollado en el acápite de la *autodelación*, la confesión es un comportamiento postdelictivo que no requiere la presencia de un *arrepentimiento* como elemento subjetivo. El factor determinante para la aplicación de la atenuación (*efecto penal*) es la colaboración con el sistema de justicia, puesto que, con la confesión se tendrá más claro el hecho objeto de la investigación penal. Para tal fin, el Tribunal Supremo español ha establecido requisitos de aplicación de esta atenuante genérica, que son:

“1º) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2º) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3º) La confesión ha de ser veraz en lo sustancial; 4º) La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5º) La confesión ha de hacerse ante la autoridad, sus agentes o funcionarios cualificados para recibirla; 6º) Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión no tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él”²⁹⁸.

3.2 Aplicación de la atenuante analógica por colaboración

La regulación de beneficios premiales implica una ponderación del legislador entre el valor de la información que reduzca los tiempos de un proceso y amplíe el alcance de la persecución penal y que no se imponga o reduzca la pena a quien haya cometido un delito. De este modo, con base en “una lectura utilitarista que propicia la efectividad de la investigación”²⁹⁹, se ha reconocido desde la jurisprudencia española la denominada *atenuante analógica por colaboración*, cuya base legal se encuentra en el

²⁹⁷ En un sentido crítico, Obregón considera que resulta cuestionable la legitimación de la confesión en la determinación de la pena, porque no hay un efecto positivo para el bien jurídico. Obregón García, A., *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 219.

²⁹⁸ STS núm. 684/2016, de 26 de julio de 2016, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2016/3936]). STS núm. 233/2017, de 4 de abril de 2017, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2017/1373]). STS núm. 241/2017, de 5 de abril de 2017, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2017/2250]). En el Perú, la Corte Suprema de Justicia ha señala que “la confesión es irrelevante no solo cuando no sea espontánea e inmediata, sino también cuando se capturó al imputado en flagrancia o cuasiflagrancia o cuando los elementos probatorios de cargo, con independencia de la confesión, sean definitivos y suficientes para enervar la presunción constitucional de inocencia”. Corte Suprema de Justicia, Cas. N.º 670-2018-Cusco de 25 de noviembre de 2019, Sala Penal Permanente.

²⁹⁹ Armenta Deu, T., “Colaboración premiada en el proceso penal español”, cit., p. 224.

art. 21.7 CP que habilita el “reconocimiento de situaciones que supongan un idéntico sentido informador de todas las atenuantes”³⁰⁰.

Esta *atenuante analógica por colaboración* cumple la finalidad de expandir el campo de acción de la justicia premial en el proceso penal, porque permite la concesión del beneficio premial, aun cuando el proceso penal haya sido iniciado y sea de conocimiento del imputado, a diferencia de la *atenuante genérica de confesión* que establece la inexistencia o desconocimiento del procedimiento como requisito de procedencia (art. 21.4 CP).

Cabe precisar que, tanto la *confesión* como la *colaboración* son atenuantes *ex post facto*, cuyo fundamento político-criminal es impulsar la colaboración con la justicia³⁰¹, en concreto, en el caso de la *atenuante analógica por colaboración* el elemento primordial es el aporte informativo del *arrepentido*, tal como se ha pronunciado el Tribunal Supremo español:

“Por tanto, en aquellos casos en los que el reconocimiento tardío de los hechos va acompañado de la aportación de datos de objetiva y relevante utilidad para el íntegro esclarecimiento de los hechos, el fundamento de la atenuación no desaparece, admitiéndose esta modalidad de atenuación analógica (SSTS. 1063/2009 de 29.10)”³⁰²

³⁰⁰ Orts Berenguer, E./Gonzalez Cussac, J., *Compendio de derecho penal. Parte general*, cit., p. 517.

³⁰¹ STS núm. 240/2012, de 26 de marzo de 2012, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2012\5457]). STS núm. 495/2010, de 24 de abril de 2010, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2010\2556]).

³⁰² STS núm. 516/2013, de 20 de junio de 2013, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2014\1571]). En esta sentencia el Tribunal se remite al año 2009 en que fundamenta que por “razones pragmáticas ligadas a la conveniencia de estimular una confesión relevante para el esclarecimiento de los hechos, hacen explicable que la ausencia de un presupuesto cronológico -que la confesión se produzca antes de conocer el imputado que el procedimiento se dirige contra él- no se erija en requisito excluyente, sobre todo, cuando entre la atenuante genérica de confesión (art. 21.4 CP) y la analógica (21.6 CP) puede predicarse el mismo fundamento. Ese fundamento atenuatorio, pues, no desaparece en los supuestos excepcionales en los que la relevante confesión es ulterior al inicio de las investigaciones, pudiendo ser reconducida por la vía de la integración analógica que ofrece el art. 21.6 del CP . Es también cierto que, [...] la veracidad de la confesión representa un presupuesto material asociado a la aplicación, aun analógica, de la atenuante de confesión que reivindica la defensa. STS núm. 1063/2009, de 29 de octubre de 2009, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2009\5838]).

3.3 Exención y remisión de penas y sanciones administrativas

Este efecto consiste en la no aplicación de las penas o sanciones administrativas (*exención*) o extinguir la responsabilidad penal (*remisión*). Cuerda-Arnau sostiene:

“la causa de remisión se asimila materialmente a aquellas causas –de naturaleza material, no procesal– que tienen en común el excluir la aplicación de la pena por causas ajenas al injusto o a la culpabilidad, las cuales sólo pueden explicarse por la ponderación legislativa de otros y diversos intereses, con base en los cuales pudiera resultar conveniente prescindir de la pena”³⁰³.

Dicho lo anterior, el efecto descrito solo es aplicable a los *arrepentidos delatores* por ser quienes buscan no ser sancionados penal ni administrativamente por los delitos cometidos. Este es el “mayor premio” que puede concederse al delator, porque le garantiza que no se le impondrán las consecuencias penales o administrativas del delito. Por ello, para su incorporación en los ordenamientos jurídicos se debe seguir un adecuado juicio de ponderación entre el beneficio que signifique promover las delaciones contra organizaciones criminales y la no sanción de las conductas criminales de los delatores.

Así pues, por ejemplo, en el ordenamiento español no se regula la excusa absolutoria en el caso de la comisión de criminalidad asociativa, sino solo se permite la disminución de la pena (art. 376 CP); mientras que en el Perú sí está reconocida la posibilidad de que el *arrepentido delator* sea exento de pena por su colaboración (art. 475.2 CPPP), incluso, en los supuestos de que quien delate sea una persona jurídica se prevé la exención de responsabilidades administrativas (art. 475.7CPPP).

Para comprender mejor este efecto penal, nos referiremos a la excusa absolutoria prevista en la legislación penal española, para los casos de cohecho conforme el artículo 426 CP. Esta excusa absolutoria tiene dos componentes que son importantes destacar para los fines de la investigación: a) *solo es aplicable al particular* y b) *establece un límite temporal*. Al respecto, el uso del elemento cronológico refuerza el efecto promocional, porque la extinción de la posibilidad de ser exento de pena acelera la toma

³⁰³ Cuerda-Arnau, M.^a L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, cit., p. 308.

de decisión de delatar; no obstante, la restricción del ámbito premial solo para el sujeto particular reduce la potencia del efecto premial.

Sobre el particular, García España considera que el “objetivo de esta excusa absoluta que se inspira en una concepción individualista de la corrupción es intentar sanear la Administración pública de funcionarios o autoridades que actúan en contra de los intereses generales”³⁰⁴. Este fundamento serviría para justificar la restricción del ámbito subjetivo del beneficio premial, debido a que la finalidad político-criminal de la norma no se centra en obtener información sobre una organización criminal o las circunstancias de un acto delictivo con pluralidad de agentes, sino en identificar al funcionario que ha solicitado una dádiva, la cual ha sido entregada “ocasionalmente” por el particular que delata *a posteriori*.

Por tanto, la norma analizada solo busca “romper los vínculos de solidaridad que caracterizan el *pactum sceleris*”³⁰⁵, surgido entre el funcionario y el particular por la comisión del delito de cohecho. Conviene mencionar que, en Italia, con la Ley N.º 3/2019, de 9 de enero de 2019, “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*”, se ha introducido la causa de no punibilidad³⁰⁶ para el arrepentido en los casos de corrupción:

“No es punible quien haya cometido algunos de los hechos previstos por los artículos 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitados a los delitos de corrupción y de inducción indebida indicada en ellos, 353, 353-bis y 354 si, antes de tener noticia que se están realizando investigaciones en su contra en relación a tales hechos y, de todos modos, dentro de los cuatro meses de la comisión del hecho, lo denuncia voluntariamente y proporciona indicaciones útiles y concretas para asegurar la prueba del delito y para identificar a otros responsables”.

³⁰⁴ García España, E., *El premio a la colaboración con la justicia especial consideración a la corrupción administrativa*, cit., p. 113.

³⁰⁵ Vázquez-Portomeñe Seijas, F., “Concusión y corrupción: su delimitación en el derecho penal español”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-16, 2018, p. 15.

³⁰⁶ Desde una perspectiva de derecho comparado, Cuerda-Arnau comenta que en Italia la doctrina mayoritaria asume que las causas de no punibilidad consisten en la renuncia a la pena frente a un hecho que cumple los requisitos objetivos y subjetivos del delito, por lo que no impactan ni en el injusto ni en la culpabilidad. Véase, Cuerda-Arnau, M.^a L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, cit., pp. 268-269.

3.4 Recompensas económicas

Las *recompensas económicas* son las retribuciones de dinero en efectivo o exoneraciones de pagos que se conceden a cambio de las delaciones. Así pues, las normas promocionales que contienen “la promesa económica” podrían aplicarse a todos los sujetos de la delación, *ciudadano común, funcionario público, arrepentido delator, persona jurídica*, quienes serían beneficiados económicamente por ser delatores.

Sin embargo, consideramos que el otorgamiento de recompensas económicas debe ser matizado en función a los sujetos y a la forma de delación que se utilice, puesto que establecer los fines económicos como el incentivo para la delación pone en riesgo su funcionamiento, lo cual, además, —como se destacó en el primer capítulo— fue uno de los motivos que produjo su degeneración en la época romana. De este modo, los filtros para la incorporación legal de las recompensas económicas deberían ser los siguientes:

- a) Solo puedan ser aplicadas en el ámbito administrativo, en beneficio de los *whistleblowers*.
- b) Quedan excluidos los *arrepentidos delatores* y funcionarios públicos que estén obligados a denunciar.
- c) Se realice una valoración de costo-beneficio entre el valor de la información y el interés público.
- d) Los delatores no puedan constituirse en partes de un futuro proceso.

Unos ejemplos de la aplicación de estas recompensas los encontramos en los ordenamientos jurídicos español y peruano, que describimos a continuación:

a) *Recompensas económicas en España*: En el ordenamiento español la Ley 15/2007, *de Defensa de la Competencia*, establece en sus artículos 65 y 66 que la Comisión Nacional de la Competencia, previa evaluación de la información que aporte una empresa o una persona física, puede disponer la exención o reducción del pago de la multa por haber cometido infracciones al derecho de la competencia (art. 63).

b) *Recompensas económicas en Perú*: Al igual que en España, en el Perú para hacer frente a las conductas anticompetitivas se ha establecido un programa de recompensas, aprobado con el Decreto Legislativo N.º 1396, “*Decreto Legislativo que modifica la Ley de represión de conductas anticompetitivas aprobada con el Decreto Legislativo n.º 1034*”, cuya Secretaría Técnica decide el otorgamiento de la recompensa y se toman las medidas de protección de la identidad del delator.

Además, aunque con efectos penales, el ciudadano peruano puede delatar la ubicación de un sujeto procesado por delitos de alta gravedad y criminalidad asociativa, a cambio de obtener una recompensa económica. Para tales efectos, la norma administrativa establece el procedimiento con el cual se garantiza la reserva de identidad del delator. Así pues, este beneficio económico se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N.º 1180, “*Establecimiento de recompensa para promover y lograr la captura de miembros de organizaciones criminal, organizaciones terroristas y responsables de delitos de alta lesividad*”.

Finalmente, si se sigue con el cauce de la regulación de “premios” para los delatores, no se podría negar que la recompensa económica sirve, como una “fundamental herramienta de obtención de información”³⁰⁷; sin embargo, por las características o efectos que produce un proceso penal, no deberían admitirse premios económicos a los *arrepentidos delatores*, porque configuraríamos una privatización de la acción penal que nos decantaría hacia la orientación de un Estado que realice constantemente “un negocio jurídico con el delator”³⁰⁸.

³⁰⁷ Ortiz Pradillo, J. C., “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, cit., p. 50.

³⁰⁸ Gimeno Beviá, J., “Problemas que plantea la asunción del modelo norteamericano de recompensas al denunciante en el ordenamiento español y frente al cumplimiento normativo”, cit., p. 300.

CAPÍTULO III

LA JUSTICIA PREMIAL EN LOS CASOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

Durante el desarrollo de la tesis se ha podido advertir que existe un binomio *delación-recompensa*, el cual se ha dado a lo largo de la evolución histórica de la delación, desde el derecho romano hasta la actualidad. Ahora bien, cuando se habla de las recompensas en el lenguaje coloquial se suele asumir que estamos ante entregas económicas otorgadas en calidad de beneficio y como consecuencia de la ejecución de un acto valorado positivamente por las autoridades públicas. Sin embargo, las recompensas no deben ser comprendidas solo desde un punto de vista meramente retributivo, puesto que, como veremos en el presente capítulo, tienen una configuración dual de retribución e incentivo. Para el cumplimiento de ambas funciones se requiere de fórmulas legales que han sido agrupadas bajo la denominación de *justicia premial*.

En la actualidad es imposible descartar la premisa de que los diversos ordenamientos jurídicos han asumido la *justicia premial* como un mecanismo para fortalecer la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción pública, debido a que las características de estos delitos han develado la necesidad de apoyo que requiere el sistema de persecución penal, el cual es obtenido, por ejemplo, con la actuación de los delatores. Esto nos conduce a preguntarnos si es legítimo que los órganos públicos negocien con criminales o que deba recompensarse a los ciudadanos para que delaten, cuando, por el contrario, la búsqueda del bien común y la protección de los valores comunitarios deberían ser fundamento suficiente para que todos contribuyan con el buen funcionamiento del sistema de administración de justicia.

En ese sentido, el objetivo del presente capítulo es analizar la legitimidad y necesidad de la justicia premial en los casos de corrupción pública, cometida con pluralidad de personas concertadas o por organizaciones criminales, fenómeno delictivo que es rechazado de forma unánime por la comunidad internacional. Para cumplir el objetivo abordaremos la relación existente entre justicia premial y principio de legalidad. También se analizarán los fundamentos para recurrir a fórmulas premiales en los casos de corrupción pública cometida por pluralidad de personas concertadas, incluyendo al poder político, o por organizaciones criminales, los cuales permitan desestimar las denuncias de expansionismo público o de renuncia del Estado de

perseguir el delito con sus instrumentos procesales reconocidos en la legislación ordinaria y constitucional.

1. LOS OBSTÁCULOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA: LA DENOMINADA “JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA” Y EL CRIMEN ORGANIZADO

La corrupción no es un fenómeno criminal reciente, sino que ha estado vinculado a la evolución histórica de la Administración pública o del Estado, por ello las legislaciones penales y procesales, desde el derecho romano, preveían mecanismos para sancionarla. No obstante, se han presentado diversos factores que han dificultado su descubrimiento, investigación y sanción, lo cual en la actualidad se ha agudizado por la evolución de la sociedad. Es así que en el presente apartado analizaremos los principales problemas que se encuentran en la lucha contra la corrupción pública, que servirá más adelante para justificar que los Estados de derecho se enfrentan a una crisis de investigación que reduce la eficiencia de la persecución de la corrupción pública y que se manifiestan desde la obtención de la *notitia criminis* (del hecho corrupto) hasta la posibilidad de su juzgamiento.

Debemos precisar que la presente investigación se concentra en la corrupción pública. Para definirla, partimos de la premisa que la corrupción es un problema latente en todo tipo de organización estatal, pero resulta necesario considerar que su impacto tiene mayor gravedad dentro de un Estado de derecho en el que, a diferencia de los absolutismos donde la previsión de conductas corruptas suele tener como finalidad la desvinculación de la responsabilidad penal de quienes poseen el poder, rige el principio de legalidad que funda la actuación de la potestad pública y exige la aplicación general de las leyes para todos los ciudadanos sin favorecimientos específicos³⁰⁹. Por tal motivo, la corrupción afecta los cimientos del Estado de derecho, dado que el ejercicio del poder público en vez de garantizar una administración que vele por los intereses generales³¹⁰ y

³⁰⁹ Bin, R./Pitruzzella, G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, Turín, 2000, pp. 42-43.

³¹⁰ Gimeno Feliu, J. M.^a, “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y transparencia”, en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n.º 9, 2019, p. 1.

no por intereses particulares, se convierte en un instrumento de usufructo personal en perjuicio de la comunidad.

Así pues, Calsamiglia afirma que la corrupción tiene una carga ideológica y de valoración que dificulta formular un concepto general de la misma. Precisamente por eso, el citado autor describe dos maneras de abordar este fenómeno: por un lado, desde la función pública, esto es, la lealtad de los funcionarios hacia las obligaciones derivadas de su cargo; y, por otro lado, desde un punto de vista economicista que consiste en estudiarla desde la teoría del libre mercado ante el máximo beneficio que busquen los funcionarios³¹¹.

Para los fines de la investigación consideraremos el primer enfoque, porque la vinculación a la función pública permite adoptar un concepto de corrupción ligada al funcionamiento de la Administración pública y a la legalidad exigible como base del Estado de derecho. En ese sentido, citamos la definición formulada por Villoria Mendieta, para quien la corrupción pública se trata de “la acción y omisión realizada por un actor público que incumpla las normas jurídicas y viole las obligaciones del cargo, con abuso de posición y la finalidad de obtener beneficios privados personales o para un grupo del que forma parte el corrupto”³¹².

La definición citada amplía el alcance del término *corrupción*, esto es, no se limita al campo derecho penal. Destacamos ello, porque tradicionalmente se ha enfocado la corrupción desde la compra de la función pública o retribución económica a cambio del acto funcional³¹³. El soborno ha sido el elemento fundamental para las regulaciones penales, tal como se puede apreciar en los catálogos de delitos de

³¹¹ Calsamiglia Blancafort, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 25-26.

³¹² Villoria Mendieta, M., “Corrupción pública”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 5, 2013-2014, p. 160. Seminara señala también que el delito de corrupción no solo está ligado a la utilidad, sino también al acto contrario o conforme al deber que se ejecuta como retribución a la utilidad aceptada previamente. Ver Seminara, S., “La corruzione: Problemi e prospettive nella legislazione italiana vigente”, en Fornasari, G./Luisi, N.D., *La corruzione: Profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, CEDAM, Milán, 2003, p. 150.

³¹³ Tradicionalmente, basados en la etimología de la palabra *corrupción*, esta ha sido enfocada solo en el acto de *sobornar*. Sin embargo, el término latín de *corrompere* también hace referencia a la alteración o destrucción, lo cual sirve para fundamentar que la distorsión de la función pública en general, también es corrupción.

corrupción incorporados en diversos Códigos Penales. Sin embargo, actualmente, el uso de la palabra corrupción no solo sirve para referirse a la compra-venta de la función pública, sino de manera general también comprende a la defraudación de los deberes de integridad e imparcialidad que deben cumplir todos los sujetos públicos.

Al respecto, consideramos que se hace necesario dejar de lado el reduccionismo conceptual y ampliar el concepto de corrupción, más aún cuando se trate de su variante pública. Esta precisión nos permite hacer hincapié en que la corrupción siempre ha estado vinculada a una conducta abusiva, pero que sus especificaciones generaron diversos tipos de corrupción. Por ejemplo, actualmente, tenemos la corrupción privada que abarca los efectos internos y externos a la empresa producidos por las conductas corruptas del competidor y el proveedor, respectivamente, de modo que el fundamento del reconocimiento legal de los tipos penales de corrupción privada consiste en el reforzamiento de la protección de los intereses internos de la empresa, así como los externos, entre los que destaca la competencia leal³¹⁴.

En ese sentido, los diversos tipos de corrupción tienen como base la configuración pública de los actos corruptos, esto es, el mal uso de la función pública, por lo que el fortalecimiento del concepto de corrupción debe orientarse hacia la exigencia del buen funcionamiento de la Administración pública³¹⁵, lo cual va a posibilitar el aumento del alcance del tipo penal, dotando de eficiencia a la lucha contra la corrupción.

Dicho lo anterior, ingresamos al primer obstáculo para luchar con la corrupción que es la intervención de los actores políticos. Este factor hace exigible la variación del concepto o el enfoque del fenómeno de la corrupción, porque se suele relacionar corrupción con cualquier hecho irregular en el que intervenga un político³¹⁶. Sin

³¹⁴ Bartoli, R., “Corruzione tra privati”, en Mattarella, B. G./Pelissero, M. (eds.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Turín, 2013, p. 438.

³¹⁵ Fernández Cabrera destaca la importancia de considerar los conceptos de objetividad, imparcialidad y neutralidad para asegurar un mejor funcionamiento de la Administración. Fernández Cabrera, M., *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 80-104.

³¹⁶ Gutiérrez Pérez, E., “Corrupción pública: Concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales”, en *Política Criminal*, vol. 13, n.º 25, 2018, p. 107.

embargo, ello no puede ser admisible de manera general, porque no toda infracción consiste en un acto de corrupción, pero, a la vez, esta consideración no debe servir de óbice contra la persecución penal de los políticos que cometan actos corruptos. De este modo, los actores políticos sí pueden ser sujetos pasivos de la acción penal, no están desligados del sistema de justicia penal; por más que tengan en su favor prerrogativas o aforamientos procesales.

Asimismo, esta situación de complejidad entre el reduccionismo y la alteración del uso del término *corrupción* se suma a los problemas tradicionales del derecho penal, tal como precisa Planchadell, para quien “el gran problema del derecho penal en la lucha contra la corrupción, reconociendo que su intervención es necesaria, es la determinación de la frontera entre qué comportamientos son exigibles y deseables socialmente y cuáles no, a lo cual se suma los problemas para su persecución procesal”³¹⁷. Por todo ello, corresponde establecer un concepto de corrupción pública que abarque no solo los supuestos compra-venta de la función pública, sino que, en general, a la defraudación que esta implica.

Esta necesidad se evidencia cuando los casos de corrupción son transnacionales; por ejemplo, en el Perú, por el caso de corrupción de la empresa Odebrecht se conoció que los políticos acordaban con los empresarios beneficiarlos con el uso de la función pública si ganaban el proceso electoral. Por tanto, desde una perspectiva de política-criminal, se demanda que se ponga atención al principio de imparcialidad de la función pública que actúa como un principio constitucional que orienta la gestión pública³¹⁸, la cual no solo es realizada por funcionarios y servidores de la carrera administrativa o designación de confianza, sino, sobre todo, por los gobernantes.

Con ello se concluye que ya no se puede reservar el concepto de corrupción solo a los casos donde exista un soborno, sino que se requiere reorientarlo al abuso de la función pública que haya sido encomendada o atribuida por designación o elección popular, puesto que este enfoque permite enfrentar mayores conductas corruptas que se

³¹⁷ Planchadell Gargallo, A., “Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, p. 4.

³¹⁸ Gómez Rivero, M.^a, “Derecho penal y corrupción: Acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, en *Estudios Penales y Criminológico*, vol. XXXVII, 2017, p. 261.

realizan en contextos sociales donde la corrupción se ha institucionalizado, como por ejemplo la corrupción política. Por tal motivo, cada vez se hace más difícil imputar un acto corrupto a funcionarios de alto nivel jerárquico o de poder político. En este último supuesto, la política aparece como un factor que coadyuva a la institucionalización de la corrupción socavando las bases institucionales de un Estado de derecho³¹⁹.

En la presente investigación, asumimos que la corrupción pública consiste en “un abuso de poder, con un beneficio directo o indirecto para el corrupto o los grupos de los que forma parte este, con incumplimiento de normas jurídicas o de las normas éticas que una comunidad asume como válidas, y donde el actor corrupto siempre pone por delante el interés privado sobre el interés general”³²⁰. Como hemos dicho, es importante destacar el abuso del poder, porque nos permite afirmar que la corrupción política no es una modalidad autónoma de la corrupción, sino una manifestación de la corrupción pública que atenta contra las bases del sistema político, debido a que los gobernantes desconociendo el pacto social hacen uso del poder para su beneficio personal o de su grupo por encima de los intereses generales.

Aquí anotamos la importancia del enfoque integrador, porque podemos resaltar que la corrupción política, también llamada criminalidad de los gobernantes³²¹, distorsiona totalmente las bases democráticas de un Estado. Esta definición también nos da pie a precisar que no se persigue a los gobernantes por su ideas o actos políticos, sino por usar en beneficio particular el poder; esto es, dejar la búsqueda de los fines públicos para la satisfacción de su interés privado, por lo cual las políticas públicas, programas y las instituciones en general, son puestas al servicio de los intereses privados de los corruptores³²². Esta desnaturalización de los fines públicos de los recursos del Estado impacta negativamente en el desarrollo económico de los países por la incertidumbre para las inversiones y, peor aún, incrementa los niveles de desigualdad porque la

³¹⁹ Queralt Jiménez, J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, en *Revista crítica penal y poder*, n.º 2, 2012, p. 22.

³²⁰ Villoria Mendieta, M., “Corrupción pública”, cit., p. 163.

³²¹ Díez-Picazo define la criminalidad de los gobernantes como las “conductas de los propios gobernantes y, por ello, salvo en casos extremos, su esencia última no radica en la subversión, sino en la manipulación interesada de los resortes del propio orden establecido”. Díez-Picazo, L. M., *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 2000, p. 23.

³²² Malem Seña, J., “La corrupción política”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 37, 2000, p. 30.

afectación del bienestar de las personas que viven en las zonas donde se producen los efectos de la corrupción³²³.

Ante ello, la sociedad demanda que las conductas ilícitas de los actores políticos deban ser sancionadas. Esto último puede ser objeto de críticas que denuncien un retribucionismo penal, pero, como destaca Díez-Picazo, este es uno “de los elementos básicos del contrato social”³²⁴, que es un acuerdo de intercambio entre pares³²⁵, con base en el cual, ante una infracción de las leyes emanadas del poder constituido se aplicará una sanción en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos. Esta regla no excluye a los actores políticos; por ende, no estamos ante un impulso retribucionista, sino en el cumplimiento constitucional de que todos somos iguales ante la ley.

Es por esto que reiteramos que no se puede reducir la lucha contra la corrupción pública a los casos en que haya un soborno a cambio de infringir la ley, sino que, por el contrario, “existen casos de corrupción de contraprestación indefinida o expectativas de contraprestación”³²⁶. Por ejemplo, en el caso típico de la financiación de partidos políticos, dado que, si bien las regulaciones penales se orientan por un delito electoral o, incluso, una infracción administrativa, el hecho configurador del injusto contiene la promesa de servir al interés privado una vez que se asuma el cargo político; en consecuencia, las financiaciones políticas pueden ser irregulares por violación de las normas administrativas electorales, o ilegales (delitos electorales), pero la financiación corrupta de políticos y organizaciones políticas debe generar responsabilidad penal en los actores políticos porque se configura un pacto corrupto entre los integrantes del partido político y financistas, sin que ello desconozca, naturalmente, la responsabilidad política con sus respectivas consecuencias fijadas en el ordenamiento constitucional³²⁷.

³²³ Artés Caselles, J./Jiménez González, J.L., “Efectos políticos y económicos de los escándalos de corrupción y de su difusión pública”, en Rodríguez García, N./Rodríguez López, F. (coords.), *Corrupción y desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 64.

³²⁴ Díez-Picazo, L. M., *La criminalidad de los gobernantes*, cit., p. 21.

³²⁵ Matteucci, N., *Lo Stato moderno*, Il Mulino, Bolonia, 1993, p. 248.

³²⁶ Calsamiglia Blancafort, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, cit., p. 27.

³²⁷ Sandoval Coronado, J., “Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 22, Iustel, 2014.

Así pues, la presente investigación se centra en el ámbito de la corrupción pública, en la cual incluiremos –aunque con sus debidas particularidades– a la corrupción política; además, asumimos la necesidad de que una política criminal contra la corrupción pública debe enfocarse en la prevención y represión de aquellas conductas que atentan contra el buen funcionamiento de la Administración pública, mediante la subordinación del interés general por el interés particular de los funcionarios o gobernantes. Por esta razón, no excluimos a los actores políticos, contra quienes se puede instar los juicios políticos que prevé la Constitución, pero también resulta imperioso, con el objetivo de mantener el sistema democrático, que sean procesados penalmente cuando sus conductas configuren actos de corrupción.

Este es el escenario de corrupción pública al que se enfrenta el sistema de persecución penal de los Estados de derecho en el mundo global, porque la corrupción no es un fenómeno delictivo que haga surtir sus más potentes efectos en un país en concreto, sino que trasciende las fronteras y se interconecta con los agentes públicos y agentes corruptores de diversos países. Por tal motivo, la comunidad internacional ha puesto atención en la regulación de la corrupción en los Códigos Penales de los diversos países y en la necesidad de hacer más eficaz los instrumentos procesales³²⁸.

Es así que en 1999 se suscribió el Convenio Civil contra la Corrupción (Estrasburgo), en el cual, a diferencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), sí se encuentra una definición de *corrupción*, que tiene como elementos la solicitud, ofrecimiento u otorgamiento, así como la aceptación de un soborno o ventaja indebida, ya sea que esto se realice de manera directa o indirecta, siempre que dicho acto afecte/siendo necesario que dicho acto afecte el normal desempeño funcional que se le exige a quien se beneficia del soborno. Ahora bien, al no hacerse precisión de que el beneficiario se trate de un funcionario público, la definición

³²⁸ En España se menciona la lucha contra la corrupción como un motivo para la reforma procesal penal, pues sus normas resultarían insuficientes para perseguir las conductas corruptas por la especialización, la globalización y la conexión con la criminalidad organizada. Véase, Ferrandis Ciprián, D./Teruel García, I., “Algunos retos de la administración de justicia frente al fenómeno de la corrupción”, en Blanco Valdés, R./Vásquez-Portomeñe Seijas, F. (dirs.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el derecho penal y derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 268.

del Convenio de Estrasburgo incluye tanto a la corrupción pública como a la corrupción entre particulares en sus modalidades nacional y transnacional³²⁹.

La necesidad de sancionar la corrupción pública genera que seamos conscientes de que actualmente en su ejecución se destacan dos factores centrales que son: *el transnacional* y *el político*. La manifestación de ambos se resume en la dinámica de la intervención de organizaciones criminales que se mezclan con el usufructo del poder público. Ante ello, el ordenamiento jurídico debe reaccionar firmemente, porque, a diferencia de otros delitos, la corrupción no solo trastoca los cimientos del sistema democrático, sino que también llega a pervertir la finalidad de las políticas o programas públicos que deben estar orientados hacia resultados en beneficio de la colectividad.

Adicionalmente, en el mundo global ha fomentado el empoderamiento de dos factores en la comisión de la corrupción pública, primero que se vuelva transnacional, debido a que la globalización ha implicado la reducción de fronteras, la implementación de un mercado global con base en los tratados de libre comercio, fomentado por los organismos internacionales, lo cual, a su vez, genera la necesidad de participación de funcionarios de alto nivel que puedan tener el poder de decisión para favorecer a las empresas transnacionales. No cabe duda de que este ha sido el aspecto de la clásica corrupción política, que ahora hace a la corrupción más dañina o la convierte en una corrupción institucionalizada que atañe a los tres poderes del Estado. Todo ello hace que se dificulte su persecución penal y genere una crisis de investigación con repercusiones a gran escala, porque también altera el sistema democrático.

De este modo, los dos factores considerados como los *principales obstáculos* que representan la lamentable simbiosis entre la *corrupción* y la *política* son la denominada *judicialización de la política* (por la pluralidad de personas que intervienen con actores políticos) y el crimen organizado. Al respecto, la evolución constante del fenómeno de la *criminalidad organizada* hace complejo establecer una definición que pueda ser aplicada para todos los ordenamientos jurídicos, de tal manera que optamos por la determinación de los elementos comunes presentes en todas las organizaciones criminales, que son, tal como Savona señala, la organización de personas estructurada

³²⁹ Véase, Cerina, G., “La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado”, en *Iustitia*, n.º 9, 2011, pp. 108-109.

de manera jerárquica o flexible, la permanencia en el tiempo, la orientación hacia el enriquecimiento, la ejecución de delitos, así como el uso de la corrupción y la violencia³³⁰.

Los tres últimos elementos indicados, *delitos, corrupción y violencia*, se constituyen, a la vez, en medios idóneos para lograr la finalidad de *enriquecimiento* de la organización en sí misma o de sus integrantes; esto es, la *corrupción* se convierte en un delito instrumental para los fines organizacionales. Esta situación descrita es producto de la evolución criminológica de las organizaciones criminales que, en la actualidad, adoptan las formas jurídicas que le permitan ingresar al sistema bancario, empresarial y financiero de los países donde desarrollan su actividad, de modo que, una vez lograda la apariencia de legalidad necesaria para permanecer en el circuito económico, dirigen también sus acciones a la *res publicae* a través de la participación en las contrataciones estatales³³¹.

Adicionalmente, la globalización que reduce las fronteras permite que la criminalidad participe en la *mundialización económica*³³² y, así, las organizaciones criminales se insertan en los sistemas económicos, debido a su característica de flexibilidad y maximización del intercambio económico y cultural que se produce en el mundo global. Esto ha generado un cambio del paradigma de la interrelación mundial, que ha hecho que el contacto entre los ciudadanos globalizados no se base en cuestiones elitistas, sino, por el contrario, se *maximice* para que el mayor número de personas intervengan y, de ese modo, pase de ser aquel encuentro ocasional entre sujetos de distintos países a convertirse en una necesidad a la que todos deben sumarse³³³.

³³⁰ Savona, E. U., “Criminalità organizzata”, en *Enciclopedia del Novecento. Il supplemento*. Treccani, 1998, p. 428.

³³¹ Manganaro, F., “Corruzione e criminalità organizzata”, en La Camera, C. (ed.), *L'area grigia della Ndrangheta*, Aracne Editrice, Roma, 2012, p. 128.

³³² Borja Jiménez, E., “Seguridad como producto de mercado en la justicia penal globalizada”, en Barona Vilar, S. (ed.), *Claves de la justicia penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 534.

³³³ Ferrarese, M. R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 45.

Tal escenario de apertura de fronteras digitales e intensificación del intercambio que promueve la globalización permite, y he aquí el aumento del riesgo de corrupción, que las organizaciones criminales participen en la vida económica y política de más de un país convirtiéndose en organizaciones transnacionales, las cuales para asegurar la maximización de su enriquecimiento requieren del poder político; por tanto, a mayor aumento de participación de la criminalidad organizada en un país mayor es también la necesidad de la corrupción pública que le permita entorpecer la actividad económica tanto de empresas lícitas como de otras organizaciones criminales rivales, lo que genera, finalmente, que las Administraciones públicas se contaminen de funcionarios y políticos³³⁴ que están al servicio de una finalidad criminal.

Así pues, *corrupción-poder-crimen organizado* conforman un trinomio que se refuerza con los crímenes económicos o financieros; tal como destaca González, las “íntimas conexiones del crimen global, de suerte que criminalidad organizada y corrupción, por un lado, junto con blanqueo de dinero y criminalidad financiera, por otro, son aspectos visibles de un mismo fenómeno de raíces comunes”³³⁵. Cabe precisar que, si bien la relación *corrupción-crimen organizado* se sustenta en el factor de la globalización, en la actualidad los procesos penales por corrupción transnacional han demostrado que las organizaciones criminales tienen la necesidad de la intervención de actores políticos que tengan la capacidad de decisión e injerencia gubernamental; por lo tanto, hemos colocado el elemento “poder” en el medio del trinomio formulado debido a que actúa como engranaje de ambos.

Dicho lo anterior, en el enfoque de la corrupción pública que adoptamos se encuentran comprendidas la pluralidad de personas concertadas y su dimensión internacional. Es así que en la actualidad los actores corruptos son personas que se sirven de la *internacionalización o globalización* de la economía para conformar grupos delictivos profesionalizados. Pues bien, el nuevo rostro de la corrupción pública, propio

³³⁴ Manganaro, F., “Corruzione e criminalità organizzata”, cit., p. 128.

³³⁵ Gonzalez, J., *Corrupción y justicia democrática. Introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio*, Clamores, Madrid, 2000, p. 38.

de los llamados delitos de *cuello blanco*, a partir del agregado de la actividad política³³⁶, desnuda la debilidad de los sistemas políticos y económicos por la facilidad con la que pueden introducirse en la Administración pública y servirse de ella para enriquecerse³³⁷.

Ahora bien, no queremos sostener que toda forma de corrupción pública implica criminalidad organizada, sino que la gran corrupción se ha vuelto un objetivo criminal de los grupos organizados, los cuales han sido favorecidos por los factores de la globalización económica, porque, como destaca Mongillo, las organizaciones criminales, que antes tenían un impacto rural, han utilizado el avance tecnológico, el desarrollo económico y la reducción de las barreras territoriales para adoptar una fisonomía transnacional que hace que sus prácticas corruptas se manifiesten en el tráfico económico internacional³³⁸. De ese modo, el impacto *transnacional* refuerza la actividad de las organizaciones criminales que son favorecidas por la corrupción³³⁹, esto explica la razón por la cual los programas criminales de las organizaciones criminales incluyen como una de sus finalidades la obtención del poder político para lograr incrementar el enriquecimiento de la organización.

La alianza entre el crimen organizado y la corrupción impacta en la forma de ejecución de esta última, tal como destaca Cingari son las organizaciones criminales quienes determinan el funcionamiento del sistema corrupto³⁴⁰. En la actualidad, los actos de corrupción que más daño hacen a los Estado de derecho son aquellos cometidos

³³⁶ Castresana Fernández, C., “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, en Rodríguez García, N./Fabián Caparrós, E. (coords.) *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 215.

³³⁷ Salazar Méndez destaca que la corrupción implica que se haga un ejercicio del poder público para que el funcionario obtenga un beneficio personal o que un grupo sea beneficiado. Salazar Méndez, D., “Corrupción y derecho penal: una respuesta urgente”, en Rodríguez-García, N./González-Castell, A./Rodríguez-López, F. (eds.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 19.

³³⁸ Mongillo, V., “Crimine organizzato e corruzione: dall’attrazione elettiva alle convergenze repressive”, en *Rivista trimestrale. Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 1, 2019, p. 166. Becucci resalta también el papel de la tecnología en el fortalecimiento de la conexión transnacional de las organizaciones criminales, véase, Becucci, S., “La criminalità organizzata di origine straniera in Italia. Una proposta di anilisi secondo la prospettiva transnazionalista”, en Fiandaca, G./Visconti, C. (coords.), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazione normative*, Giappichelli Editore, Turín, 2010, p. 17.

³³⁹ Savona, E. U., “Criminalità organizzata”, cit., p. 435.

³⁴⁰ Cingari, F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modelo di contrasto ‘integrato’*, Giappichelli Editore, Turín, 2012, p. 30.

de manera asociativa; no obstante, ello no implica un abandono a las finalidades tradicionales, sino que la interacción e integración genera que las organizaciones criminales incrementan sus beneficios con la corrupción y, a la vez, cuando esta última se convierte en un elemento dentro de los programas criminales de las organizaciones se transforma de la simple o clásica corrupción esporádica o hasta institucionalizada en un país, en una *corrupción organizada*, tipología utilizada por La Spina, quien extiende al que llama *derecho penal de la corrupción* los elementos configurativos de los grupos mafiosos o terroristas, lo cual permitiría, según su análisis, la elaboración de figuras delictivas específicas y la regulación de facultades de investigación criminal que ya se usan para combatir los delitos de las organizaciones mafiosas o terroristas³⁴¹.

Ahora bien, esta nueva característica criminológica de la corrupción tiene consecuencias en el proceso penal. En concreto, afecta a la investigación del delito porque en muchos casos la inversión económica de las organizaciones para obtener los favores políticos no busca una retribución inmediata, sino que es un juego económico a futuro. Por ejemplo, cuando se “capta” la atención de políticos que tengan una imagen de integridad, las organizaciones criminales los financian o apoyan en cuanto sea necesario para que se mantengan dentro del escenario político nacional con la expectativa que de llegar al poder beneficiará a la organización. Por eso, es importante tomar nota de que las organizaciones criminales se sirven de actores políticos que gozan de legitimidad para lograr sus objetivos criminales.

El ejemplo citado expresa la típica actuación de los empresarios transnacionales, incluso en tales casos, el apoyo económico se entrega por intermediarios que tienen una relación estrecha de confianza con los actores políticos, permitiendo obtener una forma de garantía de que en el futuro las decisiones públicas favorecerán a los intereses de la organización³⁴². Como las organizaciones requieren que su red criminal sea la más amplia posible, no financian solamente al candidato político de su preferencia ideológica o política, sino a todo aquel que tenga opción de ganar una elección popular; en consecuencia, las organizaciones pueden donar dinero a candidatos con opciones

³⁴¹ La Spina, A., “La corruzione organizzata. Aspetti concettuali e sviluppi legislativi”, en Ingrassia, R. (coord.), *Economia, organizzazioni criminali e corruzione*, Aracne editrice, Roma, 2018, p. 49.

³⁴² Musacchio, V., “Corrupción política y criminalidad organizada: peligrosas conveniencias”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20, Iustel, 2013.

políticas totalmente contrapuestas, porque la finalidad no es la victoria de una opción política determinada o el cumplimiento de un programa político orientado a la generación de valor público, sino se busca el beneficio económico de la organización a través de las decisiones de gobierno que se tomen posteriormente. Es aquí donde se advierte la parte más nociva de la relación entre *empresarios* que pertenecen a grupos criminales y los *actores políticos*, porque la Administración pública pierde el horizonte de la finalidad pública.

Adicionalmente, esta relación de la criminalidad organizada con la corrupción, como indica Zúñiga Rodríguez, manifiesta una triada compuesta por la criminalidad organizada, criminalidad de empresa y corrupción política, fundamentada en que las organizaciones criminales necesitan del poder político por dos motivos: primero, evitar que sean descubiertas y procesadas en el sistema de justicia penal, y, segundo, con la captación de los funcionarios y servidores pueden generar una mayor influencia en la sociedad³⁴³. Recordemos que la corrupción política es una manifestación de la corrupción pública, la cual brinda el sustento político que garantiza una orientación de las decisiones públicas en sintonía con las finalidades de la organización criminal. Esta relación de necesidad también hace evidente la ampliación del catálogo de actores corruptos, puesto que, tal como ha sucedido con los emblemáticos casos de corrupción transnacional (ejemplo, Odebrecht), no basta con corromper a los gobernantes, sino también a los funcionarios designados por estos o que pertenecían a la Administración pública, los cuales, incluso, llegan a formar parte de la estructura de las organizaciones criminales.

Por consiguiente, destacamos que dentro del esquema de relación *corrupción-crimen organizado* se incorporan a los actores políticos con un doble propósito, primero, asegurar la toma de decisiones públicas que beneficien a la organización criminal y, segundo, servirse del poder político para garantizar su permanencia dentro del sistema legal nacional e internacional, a través del impedimento u obstaculización que se inicien investigaciones penales en contra de la organización o alguno de sus integrantes en particular.

³⁴³ Zúñiga Rodríguez, L., “Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, en *Foro jurídico*, n.º 10, 2010, p. 165.

De esta manera, la corrupción cometida por organizaciones criminales se fortalece con la incorporación de las autoridades políticas de los diversos niveles de gobierno local, regional o nacional, las cuales venden o empeñan la función pública no solo para direccionar las decisiones contractuales del Estado, sino que también aportan la capacidad de bloquear las reformas anticorrupción o aprobar reformas que resulten ineficaces y, de ese modo, entorpecer las investigaciones penales en contra de las organizaciones criminales corruptas. Con tal propósito y para prescindir de actores intermediarios, las organizaciones criminales también operan directamente dentro del sistema político de igual modo que un partido político regular impulsando una militancia que apoye un programa político de fachada, generar consensos y relaciones con otros partidos o movimientos sociales³⁴⁴.

En lo que respecta a la participación obstruccionista de los actores políticos, consideramos que, esta puede subsumirse en el supuesto de actividad corrupta cometida con pluralidad de agentes concertados o como integrante de una organización criminal. Estos actores políticos tienen en común como argumento de defensa la denominada *judicialización de la política*. Es decir, los políticos procesados por delitos de corrupción utilizan dicho concepto para denunciar la supuesta intromisión de los órganos jurisdiccionales en el quehacer de los políticos, con lo cual plantean dos acusaciones contra el sistema de justicia penal que son: primero, que se ha introducido en las esferas del juego político; y segundo, que ha sido subordinado a los intereses del gobernante de turno.

Como consecuencia de tales acusaciones, los actores políticos investigados por corrupción se autodenominan *perseguidos políticos*, a pesar de que los procedimientos penales que se instauran en su contra sean conforme a los cánones constitucionales, esto es, se defienden de las imputaciones penales por corrupción mediante su presentación como víctimas de una persecución política, pero cabe resaltar que esa alegación la realizan sin perder su nivel de injerencia política producto del cargo político que ejerzan o hayan ejercido, lo cual les permite tener representación mediante sus partidos políticos o con los altos cargos de las instituciones públicas.

³⁴⁴ Branaccio, L., “Mafia Capitale: associazione mafiosa e fazione politica”, en *Meridiana*, n.º 87, 2016, p. 97.

La posibilidad de procesar penalmente a los políticos no solo es un efecto del empoderamiento de la magistratura, sino también la prevalencia de la legalidad como base del sistema político, debido a que la cesión de libertades que significa el contrato social demanda que el Estado sancione a quienes hacen un mal uso del poder político que les ha sido encomendado por los ciudadanos. De este modo, en la persecución penal y en el procedimiento de aplicación judicial de las leyes, se debe garantizar la igualdad de todos los ciudadanos, políticos o no políticos, excluyéndose consideraciones especiales, más allá de las previstas legalmente, para los políticos criminales. Esto es, todos deben ser tratados con los mismos derechos y garantías que los criminales comunes; por ende, no se sanciona un acto por su orientación política y ningún imputado debe ni mejorar ni empeorar su situación jurídica por el solo hecho de pertenecer a una agrupación política, sino que se somete a investigación y enjuiciamiento a los ciudadanos-políticos por hechos prohibidos por la ley³⁴⁵.

Sin embargo, la *igualdad ante la ley* no es una pretensión que busquen los actores políticos cuando se enfrenten a procesos penales, todo lo contrario, intentan gozar de privilegios que impidan su sanción. Esta intención de obtener un tratamiento procesal diferenciado se agudiza cuando los involucrados por razón de su cargo poseen prerrogativas que responden a la lógica constitucional de que el proceso penal no sea utilizado para fines políticos, pero que se convierten en barreras a las que se aferran para eludir el sometimiento al sistema judicial. En ese supuesto se encuentran las *prerrogativas*, que comprenden a las inmunidades de los cargos políticos y las facultades constitucionales que derivan de ellas³⁴⁶, con base en las cuales no solo se restringe la responsabilidad del presidente, sino también a otros altos funcionarios con las inmunidades parlamentarias e inmunidades de proceso.

Sobre el particular, tal como precisan Gómez Colomer y Esparza Leibar, para abordar la problemática derivada de la inmunidad e inviolabilidad, se debe tener en

³⁴⁵ De Santin, S., “L’uso político degli strumenti processuali penali”, en *Archivio Penale*, n.º 3, 2012, p. 21.

³⁴⁶ Grupponi, T., *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Giappichelli Editore, Turín, 2005, p. 25.

consideración sus tres dimensiones: jurídica, sociológica y política³⁴⁷. De manera tradicional se ha entendido en los diversos ordenamientos jurídicos que el mantenimiento de estas instituciones sirve para garantizar el buen ejercicio del cargo, sin que se utilice el sistema penal para fines políticos; por ello, conforme Gupponi, en la actualidad el término *prerrogativa* comprende tanto a la *inmunidad* y a la *inviolabilidad* que el ordenamiento constitucional reconoce a ciertos cargos políticos o públicos según el interés público³⁴⁸.

Conviene precisar que, la *inviolabilidad* tiene como fundamento jurídico garantizar la protección frente a una posible acusación penal³⁴⁹ en beneficio, por ejemplo, de los llamados *altos funcionarios*, quienes se vuelven inmunes a la jurisdicción penal³⁵⁰. Por su parte, la *inmunidad* se establece con base en la protección del interés público que el constituyente ha considerado necesario conceder a ciertos actores políticos o cargos públicos por encima del sometimiento de todos por igual ante la ley³⁵¹, razón por la cual tiene un menor grado de legitimidad, porque condiciona la actuación del sistema de justicia a la aprobación de las cámaras parlamentarias³⁵².

Pues bien, estos niveles de protección constitucional, debido a la revelación de la intervención de los funcionarios o políticos que están dentro de sus alcances sufren una pérdida de legitimidad, aun cuando no se trate, en términos normativos, de una injerencia en la independencia de los fiscales o jueces. Tal como precisa Orlandi,

³⁴⁷ Gómez Colomer, J. L./Esparza Leibar, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 42.

³⁴⁸ Giupponi, T., *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Giappichelli, Turín 2005, p. 24

³⁴⁹ Gómez Colomer, J. L./Esparza Leibar, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado*, cit., p. 56.

³⁵⁰ Chiavario, M., “Lessico essenziale delle immunità politiche”, en Orlandi, R./Pugiotto, A., (coords.), *Immunità politiche e giustizia penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2005, p. 18.

³⁵¹ Hayo, A.A., *L'immunità penale come species dell'inesigibilità*, Giappichelli, Turín, 2006, p. 120.

³⁵² Gómez Colomer, J. L./Esparza Leibar, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado*, cit., p. 74.

analizando la *autorizzazione a procedere*, el obstáculo procedimental no afecta el nivel interno del ejercicio de la función de la magistratura que mantiene la potestad de decidir y el modo en que lo realiza, sino que tiene impacto en el ámbito externo de tal función judicial porque puede conllevar a la imposibilidad de que se dicte una decisión sobre el hecho de relevancia penal³⁵³.

Dicho escenario se vuelve más complejo cuando el sistema de prerrogativas también garantiza un aforamiento procesal que conlleva que su procesamiento no esté a cargo del juez competente (siguiendo la regla común de la competencia), para los delitos cometidos, sino que la ley altera los criterios de competencia y establece un fuero especial³⁵⁴ para que se juzguen los actos delictivos que hayan cometido en el ejercicio de su función. Este privilegio genera dudas sobre el procesamiento penal eficiente de estas autoridades una vez que concluyan el ejercicio del cargo o se haya obtenido la autorización de la cámara parlamentaria correspondiente, puesto que se trata de funcionarios que han estado en constante relación con los magistrados supremos por el rango jerárquico institucional. Esta situación se agrava cuando son estos quienes serán procesados por sus pares, a tal punto que puede surgir la situación de que haya existido una relación jerárquica entre quien investiga o juzga con el acusador o juzgador.

Llegados a este punto, consideramos que la llamada “judicialización de la política” y el crimen organizado tienen un mismo nivel de impacto para la obstaculización de la lucha contra la corrupción, debido a que la capacidad de los actores políticos reforzada con sus vinculaciones a la red criminal puede permitirles obstruir las investigaciones, desde la desaprobación de normas que sean útiles para los fiscales y jueces, pasando por la alteración de información, hasta los intentos de destitución de magistrados que tengan a su cargo procesos de corrupción en los que se ponga en riesgo los intereses de la organización criminal³⁵⁵.

³⁵³ Orlandi, R., *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, Giappichelli Editore, Turín, 1994, p. 28.

³⁵⁴ Gómez Colomer, J. L./Esparza Leibar, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado*, cit., p. 133.

³⁵⁵ Cantone, R., “I riflessi della legge N. 190 sulle indagini in materia di corruzione”, en Cingari, F., (dir.) *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze Univeristy Press, Firenze, 2013, p. 127.

Definitivamente, estos factores incrementan los problemas críticos para poder procesar la corrupción, puesto que el poder político con su injerencia y los rasgos del crimen organizado agudizan o elevan a la máxima potencia el rasgo central de los delitos de corrupción, esto es, su ejecución en secreto; por ende, una ausencia de testigos que puedan ser determinantes para su procesamiento, lo cual pone el acento en la necesidad de tener un proceso penal apto para vencer estos obstáculos.

2. LA JUSTICIA PREMIAL: EL RELAJAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En el binomio *delación-recompensa* se produce una confluencia de dos conceptos generales que transitan la órbita de todos los ordenamientos jurídicos cuando se decide legislar en materia de lucha contra la criminalidad organizada, que son: la *justicia premial* y el *principio de legalidad*. Ambas categorías podrían estar en una relación de oposición cuando se trata de incentivar la delación contra el crimen organizado debido al efecto de flexibilidad que introduce la lógica de premios o recompensas frente al principio de legalidad. Pero, para ser más precisos, el otorgamiento de premios a los delatores en sentido específico (*arrepentidos delatores*) es la manifestación del balance político-criminal que realizan los Estados para renunciar en parte al ejercicio del *ius puniendi*.

Ahora bien, en las siguientes líneas se defenderá que estos dos conceptos no son absolutamente excluyentes, sino que pueden convivir dentro de un ordenamiento jurídico, puesto que, por más que la aplicación de la justicia premial o *derecho premial* exija la flexibilización de la aplicación de la ley, su implementación no puede obviar la vigencia del principio de legalidad penal, que es una conquista del derecho penal liberal y, por tal, base del sistema democrático.

2.1 Principio de legalidad

Para comenzar, trataremos el *principio de legalidad* que, a diferencia de la *justicia premial*, es la regla que rige en un orden constitucional contemporáneo y se constituye como una garantía para los ciudadanos de que las leyes son promulgadas en cumplimiento de los procedimientos parlamentarios. Asimismo, la vigencia del

principio mencionado es connatural al Estado de derecho que garantiza a los ciudadanos que las normas que componen el ordenamiento jurídico están subordinadas a la Constitución³⁵⁶.

El principio de legalidad actúa como un límite al *ius puniendi*, y protección de los ciudadanos frente a la intervención estatal arbitraria. Debido a ello, la política criminal y la seguridad jurídica son manifestaciones de la función de garantía del principio de legalidad, con la que se exige que toda intervención pública deberá respetar un mínimo fundamental que se expresa en la famosa frase *nullum crimen, nulla poena sine legem*. Esta locución resume los contornos del principio de legalidad, porque describe cómo la legalidad se manifiesta durante desde que se formula el delito, su procesamiento y la ejecución de la sanción³⁵⁷. Cabe precisar que, conforme desarrolla Esparza Leibar, si bien se suele indicar que la ejecución de la condena corresponde al Poder Ejecutivo, el proceso de ejecución tiene naturaleza jurisdiccional, puesto que los jueces de ejecución (juez de vigilancia penitenciaria de España o juez de investigación preparatoria de Perú) forman parte del Poder Judicial; por ende, estamos ante el ejercicio de la potestad jurisdiccional³⁵⁸.

En igual sentido, en la doctrina italiana Capriole y Vicoli reconocen la naturaleza jurisdiccional de la ejecución pena, precisando que solo de ese modo cumple su constitucionalidad por la exigencia que se reconozcan un conjunto mínimo de garantías constitucionales³⁵⁹.

Tal como se ha descrito, el principio de legalidad irradia a los tres poderes del Estado durante su participación en la formulación de las leyes penales. También brinda seguridad jurídica a los ciudadanos, dado que, al excluirse la responsabilidad penal de autor por la responsabilidad penal por el hecho, toda sanción penal requiere de la “tipificación previa de una conducta especialmente grave con auténtica capacidad lesiva

³⁵⁶ Matteucci, N., *Lo Stato moderno*, cit., p. 37.

³⁵⁷ Orts Berenguer, E./Gonzalez Cussac, J., *Compendio de derecho penal. Parte general*, cit., p. 93.

³⁵⁸ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 582.

³⁵⁹ Caprioli, F./Vicoli, D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, Turín, 2009, pp. 1-14.

de un bien jurídico penal”³⁶⁰. En consecuencia, el principio de legalidad, que ha sido incorporado en las diversas Constituciones y Códigos Penales, según Antolisei, se caracteriza por tener un contenido político al ser un elemento constitucional que garantiza el ejercicio de las libertades políticas de todos los ciudadanos³⁶¹, quienes no podrán ser sancionados por conductas que, al momento de su realización, no hayan sido reguladas como delitos.

Esta es la vertiente material del principio de legalidad, pero existe una segunda vertiente, de naturaleza procesal, que se relaciona directamente con las garantías derivadas de la legalidad penal, con base en la cual se exige que el proceso penal solo pueda y deba ser incoado en contra de conductas que se subsuman en los tipos penales que cumplan los parámetros de *lex praevia*, *lex certa* y *lex stricta*.

Así pues, la vertiente procesal del principio de legalidad se materializa en el denominado *principio de oficialidad* o necesidad³⁶², con el que se excluye la discrecionalidad absoluta para la incoación del proceso penal y que mediante ley se determinará al sujeto facultado para inicio del proceso³⁶³. De este modo, la ley establece el órgano público encargado de ejercer la acción penal cuando se presenta un hecho con apariencia delictiva³⁶⁴, a consecuencia de lo cual se excluye la autonomía de la voluntad y prevalece interés público por la comisión de hechos delictivos que deben ser puestos de conocimiento del órgano jurisdiccional³⁶⁵. La previsión descrita genera también la

³⁶⁰ Demetrio Crespo, E., “Constitución y sanción penal”, en *Libertad. Revista de la Función Internacional de Ciencias Penales*, n.º 1, 2013, p. 90.

³⁶¹ Antolisei, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 46.

³⁶² Gómez Colomer precisa que al principio de necesidad se le conoce con el nombre de principio de oficialidad o principio oficial, el cual no está regulado en la Constitución española, pero que está presente en la legislación procesal cuando se obliga la investigación del delito. Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Introducción al derecho procesal. Derecho procesal I*, cit., p. 279.

³⁶³ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 80.

³⁶⁴ Líbano Beristáin, A., *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la Reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 63.

³⁶⁵ Muerza Esparza, J., “La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro”, en *REDUR*, n.º 9, 2011, p. 192.

obligación de persecución, esto es, ante un hecho delictivo resulta necesario que se active el proceso penal para su investigación y posterior juzgamiento.

Se entiende entonces que mediante la oficialidad se exige la persecución de los hechos delictivos a cargo de un órgano público para que el ejercicio de la acción penal contra delitos públicos no quede dentro de la esfera de dominio de los particulares, es decir, este principio garantiza que el aparato estatal persiga los delitos y se sancione a los responsables. Por ello, Armenta Deu señala que el principio de oficialidad actúa como garantía de “la efectividad de la persecución penal”³⁶⁶.

En resumen, con el principio de legalidad se establece la exigencia de regulación previa de toda conducta que se quiera sancionar penalmente, incluso, aplicable a ordenamientos jurídicos diferentes al penal como, por ejemplo, en el derecho administrativo sancionador. Además, dicho principio se manifiesta en el proceso penal de dos formas; primero, para garantizar que solo pueda incoarse un proceso contra una persona cuya conducta se encuentre tipificada como delito, conforme a las garantías de la legalidad; y, segundo, exige que toda conducta prevista como delito deba ser perseguida para su correspondiente sanción. Justamente, en este último ámbito de manifestación del principio de legalidad tienen aplicación los efectos de la delación, en específico, en los casos de arrepentidos delatores, debido a que por razones de política criminal se decide exonerar o atenuar la sanción penal en favor de ellos a cambio de la información que proporcionen.

Ahora bien, en términos generales, esta renuncia a la sanción penal no solo ha existido para hacer frente a la criminalidad organizada, sino que está concebida como parte de un paquete de supuestos normativos mediante los cuales, con respeto de la legalidad penal, se establecen beneficios destinados a ciertas conductas que el ordenamiento jurídico considere favorables para la obtención de la finalidad político-criminal de un Estado.

Dichos beneficios, en la actualidad, se han vuelto casi imprescindibles en la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción que han demandado la atención

³⁶⁶ Armenta Deu, T., “Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no”, en *Ius et Veritas*, n.º 16, p. 217.

inmediata de la legislación penal y procesal penal. Por ejemplo, en el derecho penal los tipos delictivos están orientados hacia la incriminación de las conductas o a la persecución de los bienes efectos del delito³⁶⁷, mientras que en el proceso penal se ha tenido que adecuar o modernizar los instrumentos de investigación para lograr la acreditación de la comisión delictiva.

En consecuencia, los referidos beneficios han sido incorporados bajo una lógica de premios. Sin embargo, esto puede generar confusión con el reconocimiento de la negociación dentro del proceso penal. Por tal motivo, enseguida, nos abocaremos a definir la justicia premial y su relación con el principio de legalidad penal, puesto que el ordenamiento jurídico tiene incorporado supuestos de justicia premial (*derecho penal premial* y *derecho procesal penal premial*), fundamentando su legitimidad en servicio del cumplimiento de las finalidades del sistema de administración de justicia.

2.2 La justicia premial

El término “premial” no se encuentra reconocido en el *Diccionario de la lengua española*, sino que es producto del consenso de la doctrina. Se utiliza para referirse a la categoría de *justicia premial*, que comprende al conjunto de normas sustantivas o procesales que prevén el otorgamiento de una recompensa a quien cumpla con el supuesto de hecho previsto en ellas, razón por la cual se ha llegado a sostener que se ubica en una “zona de nadie” dado que transita entre el derecho constitucional, el derecho civil, derecho administrativo y, sobre todo, en el derecho penal³⁶⁸.

Al respecto, el derecho premial o, dicho de manera más general, la justicia premial puede manifestarse dentro del derecho penal (*derecho penal premial*) y en el derecho procesal (*derecho procesal penal premial*). Entonces, para que podamos comprender su contenido y legitimación, resulta necesario considerar dos puntos vitales: primero, su antecedente y fundamento; y, segundo, cómo se incorporan en los

³⁶⁷ Vidales Rodríguez, C./Larriba Hinojar, B., “Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España”, en *Revista Penal México*, n.º 8, 2015, p. 218.

³⁶⁸ García-Mercadal/García-Loygorri, F., “Penas, distinciones y recompensas: Nuevas reflexiones en torno al derecho premial”, en *Emblemata*, n.º 16, 2010, p. 210.

ordenamientos jurídicos, puesto que, como sostendremos, forma parte del cumplimiento de la función promocional del derecho que data desde el derecho romano.

De este modo, para analizar la justicia premial se requiere conocer su principal componente, esto es, el “premio”. Tal categoría jurídica de “premio” no es de reciente surgimiento, sino que tiene sus orígenes en el derecho romano, puesto que se encuentra mencionado en el Digesto 1, 1, 1, 1³⁶⁹, para hacer referencia a que los juristas en la tarea de lograr que los hombres actúen bien no solo utilicen el temor de la pena, sino también los premios, que no son otra cosa que la recompensa por el acto realizado. Al respecto, Luraschi resalta que el uso de *praemium* es coherente con la “más antigua y auténtica concepción romana, que ve en la *utilitas* (pública y privada) el elemento esencial y el fin mismo del derecho”³⁷⁰. Así pues, conforme destaca Jiménez de Asúa, pena y premio son las dos grandes palancas para la actuación sobre la voluntad humana, debido a que la persona se aleja del mal accionar, ya sea por el temor que le produzca la pena o por el deseo de obtener la recompensa³⁷¹.

Esta es la base de la justicia premial o justicia laudativa; vale decir que al aludir a ambos componentes queda evidenciada la influencia del derecho romano. No obstante, en la doctrina se considera que la sistematización del derecho premial se debe a Jeremy Bentham, quien introduce el principio de utilidad en el otorgamiento de las recompensas a los ciudadanos. Sobre el particular se destaca la posición del profesor

³⁶⁹ “Cuius merito quis nos sacerdotes appellet; iustitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes”. La traducción del pasaje citado de Ulpiano sería: “Por lo cual nos puede llamar cualquiera, *sacerdotes*: pues cultivamos la justicia; profesamos la noticia y ciencia de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito; deseando hacer buenos a los hombres, no solo por el miedo de las penas, si también con la esperanza del premio: deseando con vehemencia (si no me engaño) la verdadera filosofía, y no la aparente”. Véase la edición de Gómez Marín, M./Gil Y Gómez, P., *Cuerpo del derecho civil o sea Digesto, Código, Novelas e Instituta de Justiniano*, cit., p. 31.

³⁷⁰ Luraschi, G., “Il ‘praemium’ nell’esperienza giuridica romana”, en *Studio in onore di Arnaldo Buscardi*, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, Milán, 1983, p. 250.

³⁷¹ Jiménez de Asúa, L., “La recompensa como prevención general. El derecho premial (1)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 125, 1914, p. 7. El artículo es firmado con el nombre de Luis Jiménez Asúa.

Jiménez de Asúa, quien afirmó lo siguiente: “Jeremy Bentham es, a nuestro modo de ver, el fundador del *derecho premial*”³⁷².

Es así que, para los fines de la presente investigación, resaltamos la lógica de utilidad de la recompensa a la cual añadimos su contribución para lograr un fin general, que es el bien común o bienestar de la comunidad. Otro rasgo de los premios o recompensas es que son entregados por motivo de acciones que la merezcan, las cuales en términos de Dragonetti deberán ser virtuosas o, según la clasificación de Bentham, configurar los denominados servicios ocasionales que realizan los ciudadanos entre los que se encuentra la delación en sentido general, así como la recompensa a los coimputados que serían nuestros actuales arrepentidos delatores.

Según Dragonetti el objeto de la recompensa son las virtudes definidas como las “acciones que tenían por objeto la felicidad de los demás hombres, o la preferencia del bien de otros al suyo propio”³⁷³. Para este autor, la virtud tiene dos elementos que son el *sacrificio* y la *utilidad* de la comunidad; por ello, no admite que esta sea producto de un cumplimiento legal, esto es, el sujeto no actúa motivado por una obligación, es más, rechaza que los actos ejecutados por obediencia de una ley sean considerados como virtudes.

Por su parte, Bentham formula un concepto de recompensa que incorpora directamente la acción sobre la que esta recae, definiéndola como “una porción de la materia del bien, concedida por un servicio real o supuesto”³⁷⁴, en mérito a la cual realiza la clasificación mencionada: *servicios arreglados, ocasionales y extraordinarios*. Para este autor, como luego describió Jiménez de Asúa llamándolos palancas de la voluntad, la *pena* y la *recompensa* son resortes combinados íntimamente, dado que “a toda la fuerza de la pena une toda la suavidad y la certidumbre de la recompensa”³⁷⁵.

³⁷² Jiménez de Asúa, L., “La recompensa como prevención general. El derecho premial (1)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 125, 1914, p. 24. El artículo es firmado con el nombre de Luis Jiménez de Asúa.

³⁷³ Dragonetti, G., *Tratado de las virtudes y de los premios*, Madrid: por D. Antonio de Sancha, Madrid, 1775, p. 15.

³⁷⁴ Bentham, J., Bentham, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, T. III, En casa de Masson e Hijo, París, 1826, p. 1.

³⁷⁵ Bentham, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., p. 25.

Como es sabido, Bentham desarrolló el principio de utilidad como “aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción de que se trate, según la tendencia que parece tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en juego; o, en otras palabras, promover u oponerse a ella”³⁷⁶. Dicho principio de utilidad se encuentra presente en la aplicación de la recompensa. Al respecto, para darle valor, indica Bentham, que “siendo costosa la materia de la recompensa, no se la debe emplear sino en utilidad de los que la pagan”³⁷⁷. Cabe precisar que el autor no solo se refiere a cuestiones económicas, sino que toda recompensa tiene un costo que es la carga que le da valor para el correspondiente servicio, incluso, cuando aborda las exenciones de pena, destaca que el valor consiste en que la renuncia a la sanción pueda generar un debilitamiento para el incumplimiento de las leyes, así como el aumento de la criminalidad, lo cual genera un costo para las víctimas de los delitos.

Actualmente, tales recompensas o premios son las medidas premiales previstas para los delatores, cuyo tema particular también fue abordado por ambos autores fundamentales para la justicia premial. Dragonetti defiende la entrega de recompensas e incluso manifiesta que debido a su ausencia no se generarían acciones virtuosas, afirmando que “no se me ponga, que cuando las virtudes son premiadas, ya no se deben mirar como acciones generosas, sino como mercenarias: engañese el que tal diga, pues que ellas siempre serán efecto de un vigoroso y magnánimo esfuerzo. La falta de premios en nuestros días es la causa de la falta de acciones virtuosas”³⁷⁸.

La defensa de las recompensas por parte de Dragonetti nos hace ver la necesidad de que estas sean consideradas en los ordenamientos jurídicos, puesto que, cuando hemos analizado el *whistleblower* se resaltó que no se trata de personas que han delinquido, sino de ciudadanos que actúan motivados por un sentido ético, sin llegar a excluir la posibilidad de obtener beneficios derivados de su actuación. Mientras tanto, Bentham sí aborda expresamente la recompensa a la delación, es más, encontramos en su texto el tratamiento premial para lo que hemos denominado *delación en sentido general y sentido específico*. Pues bien, en cuanto a las delaciones en sentido general, se

³⁷⁶ Bentham, J., *Los principios de la moral y la legislación*, Claridad, Buenos Aires, 2008, p. 12.

³⁷⁷ Bentham, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., p. 48.

³⁷⁸ Dragonetti, G., *Tratado de las virtudes y de los premios*, cit., p. 12.

destaca el papel del denunciante, porque permite conocer la infracción de la ley penal y, sin tal conocimiento, sería imposible su aplicación. Además, Bentham sustenta que los ciudadanos no suelen cumplir con el deber de denunciar, es más, afirma que “todos queremos dispensarnos, los unos por una piedad mal entendida para con el criminal, los otros porque desaprueban alguna parte de la ley, algunos por miedo de hacerse enemigos, muchos por indolencia, y casi todos por ocupaciones que no pueden interrumpir sin perjudicarse”³⁷⁹.

Respecto al otorgamiento de los premios, como se excluye la opción de la ley general, Bentham indica que se debe dejar a la discrecionalidad judicial, porque ello garantiza que no haya una impunidad absoluta para los delincuentes que se quieran acoger posteriormente a la delación. De esta manera “habrá siempre un intervalo, en que todo criminal estará sujeto al temor de sufrir la pena”³⁸⁰; por tanto, el objetivo de la aceptación de la entrega de recompensas como la exención de pena es que estas sirven para motivar la voluntad de coimputados para que delaten su participación criminal y la de terceros en los delitos graves cometidos. Es así como la recompensa abre el camino del/al arrepentimiento³⁸¹.

Ahora bien, las recompensas entregadas a coimputados suelen ser rechazadas por cuestiones morales basadas, por ejemplo, en la crítica que no se debe premiar a los traidores. Ante ello, Bentham responde que “las traiciones no son perniciosas, sino en cuanto las convenciones son inocentes, pues el subordinar la seguridad general de la sociedad al cumplimiento de todas, sin exceptuar las que le dañan es subordinar el fin a los medios”³⁸². De este modo, se sustenta que la crítica del pago a los traidores se basa en las convenciones sociales que subordinan u olvidan a finalidad de utilidad general que se logra con la delación de coimputados.

De esta manera, el objetivo de las recompensas en los casos de coimputados, descrito por Bentham, es el fundamento político-criminal para la *justicia premial*,

³⁷⁹ Bentham, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., p. 134.

³⁸⁰ Bentham, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., p. 142.

³⁸¹ Bentham, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., p. 144.

³⁸² Bentham, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., p. 143.

puesto que la delación no solo servirá para promover la conducta de los coimputados hacia la delación, sino que también permitirá emitir un mensaje a la sociedad que busque la formación de la desconfianza entre los integrantes de una organización criminal de no saber si uno de ellos pueda convertirse en delator³⁸³.

Estos son los fundamentos de la *justicia premial* que encuentra sus antecedentes en el derecho romano, que daba valor al premio, y que con Bentham ha alcanzado un desarrollo, del que somos los actuales herederos. Es así que, teniendo presente los postulados de Bentham, encontramos la manifestación del *principio de utilidad* en el momento de la valoración político-criminal a favor de normas de *justicia premial* que promuevan conductas positivas de los ciudadanos a cambio de que reciban recompensas por su delación (delación en sentido general); pero, sobre todo, cuando se refiere a los arrepentidos delatores, puesto que se produce un relajamiento del principio de legalidad, en específico, su manifestación procesal, *el principio de oficialidad*.

Cabe precisar que el criterio de utilidad es un fundamento de la justicia premial, sumado a una impronta pragmática propia de los ordenamientos anglosajones; sin embargo, la utilidad desde su sentido prescriptivo se relaciona con la utilidad pública, para ser más específicos, con el interés público conformado por la suma de los intereses individuales. Esto no implica que la *justicia premial* sea un mero cálculo de costo beneficio, sino que permite conseguir que las conductas de los individuos sean acordes con el interés público³⁸⁴.

De este modo, los premios sirven de incentivo de conductas que hagan maximizar el interés colectivo. Promueven la conducta libre de los ciudadanos para contribuir en la búsqueda de la verdad, puesto que una de las consecuencias del

³⁸³ Bentham señala que “ojalá fuese posible introducir entre ellos la mayor desconfianza, el armarlos unos contra otros, el hacerles temer continuamente que hallarían un delator en cada cómplice, el inspirarles tal deseo de denunciarse y perderse mutuamente, que cada uno de ellos inquieto y temblando en medio de sus compañeros, los temiese tanto como a sus jueces, y no pudiese tener esperanza de seguridad, sino renunciando a sus crímenes”. Bentham, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., p. 5.

³⁸⁴ Moreso manifiesta que la “teoría de la legislación benthamiana parte de la base de que la legislación es un instrumento susceptible de variar los intereses de los individuos y de hacer que se conformen con el interés público. Fundamentalmente se trata de que la legislación desincentive aquellas conductas contrarias a la maximización del bienestar colectivo”. Moreso Mateos, J. J., “Jeremy Bentham: Luces y sombras”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 47, 2013, p. 240.

otorgamiento de recompensas es que se coadyuve a que los órganos de persecución penal conozcan las infracciones penales cometidas. Ante ello, la importancia del principio de utilidad radica en que la renuncia de la aplicación de la sanción penal contra quienes hayan participado en hechos criminales graves se sustenta en que el bien que se obtendrá será superior³⁸⁵.

Dicho todo lo anterior, consideramos que, la justicia premial relaja la aplicación del principio de legalidad sin llegar a su exclusión absoluta; por ende, no estamos ante categorías excluyentes. Esta relación nos demanda analizar cómo se incorporan las recompensas o premios en los ordenamientos jurídicos del *civil law*, dado que, conforme a nuestra tradición jurídica, la misma solo puede darse a través de normas que respeten el procedimiento legislativo nacional, puesto que no se pueden crear leyes a través de la jurisprudencia³⁸⁶.

De esta manera, nos aproximamos al concepto de *función promocional* desde el aporte de Lumia, quien sostiene, muy al estilo del derecho romano –antes comentado– que existen dos técnicas que sirven para inducir que los sujetos no realicen los comportamientos que serían considerados negativos para la sociedad: la *técnica disuasoria* y la *técnica promocional*. La primera se refiere al establecimiento de una consecuencia que sea desfavorable a los intereses del sujeto; y, la segunda, por el contrario, consiste en “ligar consecuencias favorables al comportamiento socialmente deseado”³⁸⁷. Este es el punto de partida para considerar la función promocional.

La aplicación de la técnica promocional se produce mediante las denominadas *sanciones positivas*. Lumia señala que las sanciones positivas se diferencian de las sanciones negativas porque generan una ventaja para el ciudadano y precisa que es la tendencia en el panorama legislativo de su tiempo porque “está destinada a ganar cada

³⁸⁵ Armellini sostiene que la *promozionalità* surge de la aplicación del derecho por los órganos estatales en la sociedad donde se desenvuelven. Armellini, S., *Le due mani della giustizia. La premialità del diritto come problema filosofico*, Giappichelli Editore, Turín, 1996, p. 1.

³⁸⁶ Sobre el particular, Jiménez de Asúa se cuestiona si la el otorgamiento de premios ¿es misión del derecho? Solo es jurídico, se dice, lo que es necesario para el mantenimiento de la armonía social”. Jiménez De Asúa, L., “La recompensa como prevención general. El derecho premial (II)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 125, 1914, p. 371.

³⁸⁷ Lumia, G., *Principio de teoría e ideología del derecho*, Debate, Madrid, 1986, p. 14.

vez más terreno respecto a la disuasoria, sobre todo como consecuencia de las nuevas funciones que el Estado ha venido asumiendo como órgano de promoción social”³⁸⁸.

Respecto de ese punto, Bobbio destaca la necesidad de abandonar la percepción de mera técnica para sustentar una función del Estado. Para dicho autor, “quien habla de técnicas y no de función renuncia a ver este nexo entre el uso de ciertas técnicas y la formación de un estado diferente al que había dominado durante la estación del libre mercado”³⁸⁹; no obstante, según el mismo Bobbio, tanto la *función de represión* como la *función promocional* tienen como punto de partida la concepción del derecho como un medio para condicionar los comportamientos³⁹⁰.

De acuerdo con ello, Lumia sostiene que en el marco del desarrollo de las funciones sociales del Estado se ha dado mayor cabida a normas promocionales, que son sanciones positivas, pero no las clasifica; labor que sí fue realizada por Bobbio y, en la doctrina española, continuada por Pérez Lledó³⁹¹. Así pues, Bobbio fija como punto de partida la definición de sanciones positivas que son “una técnica de estimulación y de propulsión de actos considerados socialmente útiles, más que a la represión de considerados socialmente nocivos”³⁹². La definición formulada por el autor italiano tiene como objetivo resaltar la nueva visión funcional del derecho que trataba de pasar de un mero instrumento de reacción en contra de las acciones contrarias al ordenamiento a ser estimuladora de conductas positivas.

Para formular una clasificación de las sanciones positivas, Bobbio desarrolla las distinciones que existen entre las sanciones negativas, penas o medidas de reparación, así como las que son de prevención o sucesivas, producto de lo cual formula la siguiente clasificación: los *premios*, que son los equivalentes a la pena en cuanto a sanciones

³⁸⁸ Lumia, G., *Principio de teoría e ideología del derecho*, cit., 43.

³⁸⁹ Bobbio, N., “Sulla funzione promozionale del diritto rivisata”, en *Sociologia del diritto*, n.º 3, 1984, p. 25.

³⁹⁰ Bobbio, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di comunità, Milán, 1984, p. 116.

³⁹¹ Pérez Lledó, J., “Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual”, en *Doxa*, n.º 23, 2000, pp. 665-687.

³⁹² Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, p. 386.

negativas, los cuales tienen como objetivo la retribución favorable al comportamiento que beneficia a la sociedad; las *compensaciones*, equivalentes a las sanciones negativas de reparación, destinadas a indemnizar al sujeto por el esfuerzo o gastos realizados por lograr una ventaja a la sociedad; las *promocionales*, cuyo equivalente son las sanciones negativas de tipo preventivas, que buscan promover el comportamiento deseado con la expectativa de obtener un beneficio; y las *sucesivas*, que se tratan de una reacción directa a la conducta considerada favorable³⁹³.

Bobbio defiende también que las sanciones positivas son sanciones jurídicas, entendidas estas últimas desde la concepción de la coacción como una garantía de que se cumpla la sanción. Por consiguiente, dicha concepción es aplicable al tipo de sanciones positivas que “crean en el destinatario del premio una pretensión al cumplimiento protegida incluso mediante el recurso a la fuerza organizada de los poderes públicos”³⁹⁴. Continuando el desarrollo de Bobbio, el profesor español Pérez Lledó ha formulado una clasificación de las técnicas promocionales en el *premio puro*, que cumple la función de retribución; las *promesas premio*, que son retributivas y motivadoras, es decir, reconocen la conducta considerada favorable, pero posteriormente a su ejecución. La configuración de estas medidas tiene como finalidad incentivar; por lo cual indica que “las promesas premio incentivan la conducta *ex ante*, y la reconoce *ex post* (además de incentivarla en terceros para el futuro)”³⁹⁵.

Así pues, de acuerdo con la estructura de las medidas descritas en el párrafo precedente, Pérez Lledó destaca que son las *promesas premio* y *el incentivo* las que cumplen una función motivadora de la conducta, pero considera que las *promesas premio* son las más potentes para el logro de la función promocional del derecho, al ser una categoría mixta, dado que “es la categoría que surge de la suma, en una misma medida, del premio puro y del incentivo puro”³⁹⁶.

³⁹³ Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, cit., p. 385.

³⁹⁴ Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, cit., p. 387.

³⁹⁵ Pérez Lledó, J., “Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual”, cit., p. 675.

³⁹⁶ Pérez Lledó, J., “Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual”, cit., p. 683.

Por consiguiente, los beneficios premiales que se otorgan por la delación son sanciones positivas que se enmarcan en la función promocional del derecho y, entre los tipos de sanciones positivas, corresponden a la clase de *promesa-premio* que son consideradas “sanciones jurídicas positivas propiamente dichas”³⁹⁷, porque promueven una conducta de delación que es favorable a la sociedad.

El rasgo de valoración favorable se fundamenta en que las *promesas-premio* permiten motivar de manera general la acción de los ciudadanos para delatar, pero, sobre todo, al dirigirse a quienes han cometido actos de corrupción con pluralidad de agentes o como integrantes de las organizaciones criminales incentivan a que abandonen la actividad delictiva o se disocien de la organización y delaten con la promesa de obtener un beneficio. En este último caso, el beneficio implica la renuncia a la persecución del delito en contra del sujeto delator, decisión que justifica con base en la obtención de un beneficio mayor que es el bienestar general, objetivo contenido dentro de la función promocional del derecho.

Llegados a este punto, podemos decir que el relajamiento del principio de legalidad está ligado a la decisión del Estado de incorporar *promesas-premio*. Tal como precisa Cordero, la *promesa* es un fenómeno reflexivo que implica la autoimposición³⁹⁸, por lo que el Estado acepta cumplir con otorgar un premio a cambio de información, lo cual no significa la exclusión total del *principio de legalidad*; por el contrario, el desarrollo de la función promocional del derecho y la técnica promocional sirven como justificación para afirmar que la incorporación de medidas premiales cumple con la legalidad de nuestro sistema eurocontinental.

Dicho lo anterior, los sistemas de administración de justicia de los diversos Estados han incorporado las fórmulas premiales por una razón primordial que consiste en la falta de capacidad suficiente para hacer frente a dos situaciones concretas: por un lado, conocer todos los hechos que infringen la ley penal; y, por otro, las limitaciones para poder procesar y sancionar a los responsables de su ejecución. Es por ello que los Estados han utilizado la *justicia premial* como un respaldo para luchar contra la

³⁹⁷ Pérez Lledó, J., “Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual”, cit., p. 677.

³⁹⁸ Cordero, F., *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè Editore, Milán, 1967, p. 162.

criminalidad, lo cual conlleva a que se relaje el cumplimiento del principio de legalidad penal y procesal.

Prosigamos, la criminalidad ha seguido en aumento y ha perfeccionado sus métodos de actuación, a tal punto de que los problemas de la investigación del delito ya no solo consisten en cuestiones de sobrecarga procesal, sino también la posibilidad de conocer los hechos criminales cometidos por organizaciones criminales y procesar a sus integrantes. Esta situación puede ser descrita como una crisis de la capacidad del sistema de justicia, el cual se ve superado producto de la expansión de las organizaciones criminales dentro de un mundo globalizado que da cabida a nuevas estrategias delictivas y dota a la organización de una gran complejidad que hace reducir las opciones para su descubrimiento, investigación y sanción penal.

Al respecto, en la doctrina esta situación crítica del sistema de justicia penal recibe el nombre de *emergencia de investigación*. Rugga precisa que el término de *emergenza investigativa* proviene de la palabra en alemán *Ermittlungsnotstand* “que sirve para indicar una situación de impase, de dificultad o bloqueo de las investigaciones con la consiguiente imposibilidad de determinación judicial de los delitos y de las responsabilidades de los autores”³⁹⁹. Esta es la situación que atraviesan los Estados democráticos para enfrentar a las organizaciones criminales en general y, en específico, en los casos de corrupción pública, puesto que el bloqueo de las investigaciones no solo se produce por las acciones directas de los integrantes de las organizaciones, sino también por la intervención del poder político vinculado a este tipo de delitos, es más, las mismas autoridades que integran los órganos públicos de persecución se ven influidas para generar diversos obstáculos que hagan inviable una investigación.

Es innegable que cuando se agudiza la imposibilidad de procesar a los corruptos también emergen de manera constante el impulso hacia el aumento de las sanciones penales, no solo en cuanto a la redacción de tipos penales, sino también al *quantum* de pena, porque la *impunidad* de los delitos de corrupción produce la indignación de la

³⁹⁹ Rugga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 415.

población y, así, la rigidez o *emergencia penal* se convierte en un rasgo característico de nuestra democracia⁴⁰⁰.

Ante ello, la política criminal debe orientarse hacia la búsqueda de alternativas proactivas que den una mayor flexibilidad y dinamismo al sistema de justicia penal, esto es, que promuevan la acción de los ciudadanos para que delaten los hechos criminales que se hayan suscitado en sus centros de labores (instituciones públicas o privadas), a quienes se les garantiza el otorgamiento de medidas de protección para que se sientan seguros ante posibles represalias en su contra. Sobre todo, la principal manifestación de esta orientación, como respuesta a la emergencia investigativa, es la formulación de las *promesas-premio*, las cuales tienen como objetivo, tal como ya lo había descrito Bentham, generar la desconfianza interna de la organización para debilitar los “elementos fácticos de disciplina y jerarquía”⁴⁰¹, que son los rasgos centrales que dificultan la investigación de los crímenes cometidos por organizaciones criminales y que contribuyen a la agudización de la emergencia investigativa.

Así pues, la justicia premial, a través de sus medidas promocionales, se configura como un arma principal para hacer frente a la criminalidad, pero que, a la vez, genera un relajamiento del principio de legalidad. Sin embargo, conforme a criterios de ponderación, resulta importante conseguir un doble impacto: por un lado, que los ciudadanos que conozcan de hechos irregulares o criminales los denuncien para que sean investigados y sancionados; y, por otro lado, con mayor énfasis conseguir que aquellos sujetos que abandonan la actividad delictiva decidan colaborar con el sistema de Administración de Justicia.

De este modo, la emergencia en los casos de corrupción pública hace evidente que los mecanismos de prevención y represión no han surtido efecto, es decir, no se produce el efecto disuasorio esperado, por lo que resulta necesario recurrir a la función promocional del derecho que se enfoca en incentivar el comportamiento de los delatores

⁴⁰⁰ Losappio, G., “Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. Tempus fu(g)it”, en *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 7-8, 2019, p. 7.

⁴⁰¹ Garro Carrera, E., “Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa”, cit., p. 9.

y premiar la colaboración⁴⁰². En esta orientación encontramos el llamado *pentitismo* italiano, que se trata de un neologismo judicial derivado del verbo *pentire*⁴⁰³; sin embargo, con ese término se comprende a la orientación de política criminal elegida por el legislador italiano para introducir la legislación premial y que ha servido como punto de referencia para los demás ordenamientos jurídicos del *civil law*.

Cabe precisar que la elección del *derecho premial* es la primera decisión que adopta un legislador para enfrentar el tipo de crímenes que produce la *crisis de investigación*, puesto que la segunda decisión se refiere al aspecto formal de la normativa premial porque puede incorporarse al ordenamiento jurídico nacional con la forma de *normas penales, normas procesales o mixta*. Al respecto, Ruga describe las tres opciones: la primera, *penal o sustancial*, consiste en la regulación de *causas de no punibilidad* cuya aplicación es decidida por el juez al momento de la sentencia; la segunda, *procesal*, propio del modelo anglosajón se centra fundamentalmente en la discrecionalidad de la acción penal que se manifiesta en el archivo y la aplicación de la antes mencionada inmunidad, así quien cumple el papel central para la administración de los beneficios premiales es el fiscal con una intervención judicial que se reserva para la función de control; la tercera, *la opción mixta*, estructura la legislación premial con normas de ambos tipos penales y procesales⁴⁰⁴. Para ejemplificar, veremos la situación en los ordenamientos jurídicos español, italiano y peruano:

a) *La opción legislativa premial italiana*

De acuerdo con la clasificación mencionada sobre las opciones legislativas para la incorporación de la *premialità*, el legislador italiano ha optado por la solución sustantiva, aunque también se reconocen normas penitenciarias, de tal modo que se encuentra implementado un “sistema diferenciado y selectivo respecto del régimen común bajo el perfil sancionatorio, procesal y penitenciario”⁴⁰⁵. Así pues, el sistema

⁴⁰² Pisani, M., *Studi di diritto premiale*, Edizioni Universitarie di Lettere, Economia, Diritto, 2010, p. 19.

⁴⁰³ Randazzo, E., “Il ‘pentitismo’ nella storia”, en Neuburger, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, CEDAM, Padua, 1992, p. 63.

⁴⁰⁴ Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 26.

⁴⁰⁵ Puleio, F., *Associazione mafiosa, chiamata di correo e processo. Un vademecum per l'operatore*, Giuffrè Editore, Milán, 2008, p. 14.

italiano se caracteriza por el régimen de atenuaciones de pena y las *causas de no punibilidad* como beneficios para los colaboradores con la justicia, estos, *arrepentidos delatores* conocidos como *i pentiti*, que ha sido aplicado para los delitos de secuestro con fines de extorsión, terrorismo, tráfico de drogas y, desde el 2019, corrupción.

b) *La opción legislativa premial española*

En España, la opción legislativa elegida también ha sido la sustantiva, porque como hemos descrito anteriormente, la evolución de la legislación premial española se ha centrado en la incorporación en las normas penales de causas de atenuación hasta la exención de pena y, asimismo, ha estado vinculada a los procesos políticos, luego extendido al terrorismo, tráfico de drogas y, en el caso de corrupción, se aplica a los particulares que han intervenido en un acto de cohecho.

Sobre el particular, en la doctrina española, Benítez fundamenta que las normas premiales son incorporadas en la legislación penal material en los ordenamientos en que rige la obligatoriedad de la acción penal, aun cuando la culpabilidad se determine en un proceso penal⁴⁰⁶, de tal manera que el juez español decide en la sentencia el otorgamiento del premio previsto en la norma penal.

c) *La opción legislativa premial peruana*

La regulación peruana, a pesar de que la Constitución y el Código Procesal Penal establecen la obligatoriedad de la acción penal, se ubica dentro de la opción legislativa procesal, puesto que, como hemos dicho anteriormente, el procesamiento de los colaboradores se realiza en un *proceso especial*, que es el *proceso de colaboración eficaz*, en el que interviene el juez solo para realizar un control del acuerdo de colaboración de suscrito entre el fiscal y el *arrepentido delator*, lo cual es validado en la *sentencia de colaboración eficaz*, a partir de la cual rigen los efectos de los beneficios premiales acordados, con base en los supuestos de *premiabilità* previstos en la misma norma procesal penal.

⁴⁰⁶ Benítez Ortúzar, I., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, cit., p. 43.

En consecuencia, definimos a la *justicia premial* –en función a todos los conceptos desarrollados y aplicados a la lucha contra la corrupción pública–, como el uso de normas promocionales que establecen la concesión de beneficios o premios de naturaleza penal, procesal o administrativa-económica a quienes hayan cometido delitos de corrupción pública con pluralidad de personas concertadas o como parte de una organización criminal para que delaten su propia participación y de los otros intervinientes, facilitando información que permita conocer las circunstancias de la comisión del delito o, de ser el caso, la estructura y funcionamiento de la organización criminal. Dichos incentivos también podrán ser utilizados para incentivar las delaciones de aquellas personas que hayan tomado conocimiento de un hecho de corrupción cometido dentro de su institución pública o privada.

Por otra parte, no se puede dejar de mencionar que el relajamiento del principio de legalidad producto de la incorporación de medidas premiales es objeto de críticas, las cuales tienen fundamentos de tipo moral. Es así que se cuestiona el uso de las fórmulas premiales como mecanismo de lucha contra la criminalidad, dado que se premiaría al “felón”, “traidor”, “chivato”, “soplón”, etc. Al respecto, Guzmán Dalbora manifiesta que en “todos los países y épocas los hombres han condenado moral y socialmente el llevar a alguien por precio ante el Estado que juzga y al individuo que, sin otra ganancia que la de mejorar su situación procesal, delata a otros, les atribuye hechos propios o asegura que realizaron más de lo que realmente les incumbe⁴⁰⁷”.

Según la crítica de Guzmán, las delaciones atentan contra la moral por premiar con mejoras procesales a los delatores; sin embargo, no toma en consideración el porqué de la necesidad de recurrir a la delación para enfrentar la criminalidad organizada, lo cual nos conduce un plano de discusión de larga data en la filosofía del derecho como es la relación entre la *moral* y el *derecho*, que aplicado al tema de investigación nos plasma la pregunta: ¿es contrario a la moral premiar a los corruptos arrepentidos? Sobre el particular, Fuller nos recuerda que desde una visión moral del deber las sanciones tienen una posición mejor privilegiada que los premios, pero las instituciones, remarca,

⁴⁰⁷ Guzmán Dalbora, J., “Del premio de la felonía en la historia jurídica y en el derecho penal contemporáneo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 7, 2012, pp. 175-196.

se construyen desde el sentido común⁴⁰⁸. Dicho esto, la construcción de las instituciones se basa en la práctica social que están en un momento *prejurídico* y no como un derivado de las reglas, de tal manera que la norma expresa un conjunto de comportamientos que se desarrollan con regularidad en la sociedad⁴⁰⁹.

De este modo, debemos ser conscientes de que es una realidad que en la sociedad existen personas que trabajan en instituciones públicas o privadas que están en contra de las actuaciones irregulares, pero que no las denuncian por temor a las consecuencias en su contra dentro de la institución. Igualmente, es innegable que dentro de las organizaciones criminales se producen arrepentimientos, personas que deciden disociarse y que están dispuestas a dar información; no obstante, ha participado en actos criminales de los que es consciente que, de revelarse, tendría que admitir la responsabilidad penal con todo lo que ello implica.

Pues bien, esta es la realidad que se toma como punto de partida para la regulación de las *promesas-premios*, por un lado, darle la seguridad a los *whistleblowers* que no sufrirán represalias por su empleador, así sea la Administración pública o un empresario, pero, sobre todo, ofrecen un *punte de oro* para los *arrepentidos delatores* de lograr un beneficio penal o procesal a cambio de su delación, por considerarse una forma efectiva de conocer a los demás participantes del acto de corrupción o la estructura, plan criminal e integrantes de una organización criminal que comete corrupción pública.

Siguiendo nuestro argumento, quienes critican la *justicia premial* aplicada para los delatores, desde la moral, olvidan la *crisis de investigación* o *emergencia de investigación* que sufren actualmente los sistemas de persecución penal frente a los crímenes graves y complejos que afectan el interés general de la sociedad a la que presuntamente se “afectaría su moral” con el uso de las fórmulas premiales.

Cabe precisar que esta elección por la *justicia premial* implica elegir una orientación ideológica que se plasma en el proceso penal, porque se prefiere renunciar a

⁴⁰⁸ Fuller, L., *La moralità del diritto*, Giuffrè Editore, Milán, 1986, pp. 42-45.

⁴⁰⁹ Battaglia, F., *Corso di Filosofia del diritto*, vol. II, Soc. Ed. El Foro Italiano, Roma, 1950, p. 225.

la persecución y castigo por un bien mayor que sería la lucha contra la corrupción, esta es una elección imprescindible, puesto que, como señala Cordero, cuando se regula el proceso penal la elección ideológica se dificulta y se vuelve ineludible⁴¹⁰.

Así pues, el uso de los premios para hacer frente a la criminalidad organizada responde a una lógica de utilidad y pragmatismo que permite contribuir al descubrimiento de la verdad en el proceso penal. Benítez Ortúzar, destaca que la “razón pragmática de utilitarismo social respecto a la lucha contra la delincuencia organizada fundamentada en razones político-criminales legitimarían la exención de pena al colaborador”⁴¹¹.

Adicionalmente, una crítica más atendible consiste en considerar la lógica de los premios solo como una legislación de emergencia y que no se justifique tal situación para su incorporación permanente en el ordenamiento jurídico. Así lo manifiesta Enrico Cottu, para quien actualmente se ha generado una normalización de la orientación premial, por la cual el legislador penal ni siquiera justifica su necesidad ante una situación de emergencia. Dicho autor no niega que la lógica premial fuese necesaria, pero considera que siempre debe responder a una emergencia político-criminal reservada a los delitos de terrorismo u otros que fundamenten la emergencia⁴¹².

Al respecto, rechazamos la normalización de una técnica premial. Recordemos que Bentham cuestionaba precisamente que de manera general se admita la entrega de premios para delatores coimputados de cualquier tipo de delitos, puesto que ello implica una desnaturalización de la recompensa y se vuelva una entrega automática frente a la actividad criminal. Por ello, resulta necesario que el uso de premios esté justificado con base en el criterio de necesidad producida por la emergencia de investigación. Valga precisar también que no puede tomarse como punto de referencia cualquier tipo de *emergencia de investigación*, sino aquella que, realizado un balance de política criminal,

⁴¹⁰ Cordero, F., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè Editore, Milán, 1966, p. 165.

⁴¹¹ Benítez Ortúzar, I., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del ‘arrepentido’*”, cit., pp. 49-50.

⁴¹² Cottu, E., “Altre ‘suavi inquisizione’: le tecniche premiale di renuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo”, en *Diritto penale contemporaneo*, n.º 01, 2017, pp. 205-206.

se concluya que es *razonablemente insuperable* a tal punto que no exista otra opción idónea que recurrir a la legislación premial⁴¹³.

Pues bien, la clave para la legitimidad de optar por el *derecho premial*, con el relajamiento del principio de legalidad que ello implica, reside en que la crisis del sistema de investigación penal conlleva a un impedimento de conocimiento de los hechos, lo cual altera la determinación de la responsabilidad penal en el proceso penal debido a que el método está ligado al objeto del proceso, de manera que la investigación de los hechos delictivos depende del contexto en el que se desarrolla⁴¹⁴. Esto produce que el fiscal no logre conocer los hechos para ejercer la acción penal; y, de ese modo, aumenta la impunidad, porque el proceso penal no logra su finalidad básica que es la búsqueda de la verdad.

Dicho todo lo anterior, es innegable que actualmente la dificultad de descubrir y procesar los delitos de corrupción pública cometidos por una pluralidad de personas (incluyendo actores políticos) o las organizaciones criminales modernas ha recrudecido la crisis o emergencia de la investigación penal. Por tal motivo, los Estados democráticos se han orientado hacia la *justicia premial*, que ha desarrollado una relación intrínseca entre la disciplina de los premios y las sanciones penales⁴¹⁵, para el establecimiento de normas promocionales que permitan, a partir del ofrecimiento de “premios”, que los ciudadanos con sus denuncias colaboren en la lucha contra la criminalidad y, más importante aún, que surjan *arrepentidos delatores* que decidan convertirse en *delatores* sin exigirles un verdadero arrepentimiento, porque tiene prevalencia el fundamento de utilidad de la información de la delación.

En esa línea de orientación, el proceso penal ha emprendido la lucha contra la criminalidad organizada, la cual debe ser aplicada a los casos de corrupción pública, debido que también este fenómeno criminal ha impactado en la emergencia investigativa. Por tanto, esta alarma social fundamenta considerar que el combate de este tipo de delitos es primordial para el Estado y se requiere de mecanismos político-

⁴¹³ Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 418.

⁴¹⁴ Pastore, B., “Criteri epistemologici e principi costituzionali nel processo penale” en Negri, D./Pifferi, M., *Diritto individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 164.

⁴¹⁵ Pisani, M., *Studi di diritto premiale*, cit., p. 24.

criminales eficaces, como es el tratamiento penal favorable a ciertos delincuentes a cambio de su colaboración⁴¹⁶, cuya idoneidad se sustenta en el objetivo de reducir o eliminar la *emergencia de investigación* que impide que en el proceso penal se acrediten los hechos de corrupción pública cometidos y sus responsables⁴¹⁷.

Finalmente, la justicia premial va de la mano con la política criminal del Estado, en tanto que contribuye a la lucha contra los delitos graves, pero no solo con un enfoque de acción represiva, sino de motivación de la conducta. Para tal fin se implementan normas que tienen un carácter mixto, es decir, que motivan y retribuyen la acción; de esta manera, estas normas establecen los parámetros por los cuales se pueda otorgar el premio. La regulación de los supuestos de procedencia permite mantener vigente el principio de legalidad con la incorporación de una visión transaccional que sirva como escenario en los que el coimputado pueda hacer valer libremente la información, es decir, que no se le exija la conducta, sino que actúe motivado por la búsqueda de su bienestar individual, que sería una mejora en el tratamiento penal; por ende, el imputado de manera voluntaria y consciente logra un beneficio.

Así pues, dicha acción también contribuye con el bienestar general, porque se combaten los delitos graves que se han cometido y se genera una prevención general persuasiva a quienes integren las organizaciones criminales que contiene el mensaje que pueden ser descubiertos y procesados; por consiguiente, cuanto más se fortalezcan estas herramientas se generará un mayor desaliento de cometer actos de corrupción o de pertenecer a la organización; sin embargo, debemos resaltar que el uso de medidas promocionales siempre debe ser residual y legitimada por la crisis de las tradicionales herramientas procesales de investigación.

⁴¹⁶ Corda, A., “Le forme di diritto penale premiale nella legislazione di contrasto al terrorismo politico”, en Bertagna, G./Ceretti, A./Mazzucato, C., (dirs.) *Il libro del incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Il saggiatore, Millán, 2015, p. 338.

⁴¹⁷ Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 518.

3. ¿ES NECESARIO PREMIAR AL DELATOR? LAS FINALIDADES DE LA JUSTICIA PREMIAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

De acuerdo con el desarrollo del apartado anterior, la corrupción pública es el fenómeno jurídico del mundo global que genera un desvalor público, a tal punto que puede ser considerada como un delito de *lesa humanidad*, porque desnaturaliza la función pública, que debería estar orientada al desarrollo de la sociedad mediante el uso adecuado de los recursos públicos y genera un abandono e incremento de los problemas sociales que son olvidados o tratados como costos secundarios del pacto corrupto.

Ante ello, tal como suele suceder con el estudio de todo fenómeno delictual, los esfuerzos para enfrentar la corrupción pública se han enfocado por un lado en el ámbito de la prevención con la proposición de políticas públicas (ética, transparencia, rendición de cuentas, etc.) y, por otro lado, en el ámbito de la represión penal. En este último, el derecho penal ha sido el prisma predominante, bajo el error conceptual de que el problema de la corrupción se soluciona con el incremento de tipos penales o de sanciones punitivas.

Sin embargo, la implosión del sistema penal como consecuencia de los denominados *megacasos* de corrupción pública ha provocado la revaloración de la función del proceso penal, puesto que es donde se define la situación jurídica de los actores corruptos. En dicho sentido, Kudlich manifiesta que la lucha contra la corrupción, para que sea efectiva, requiere no solo “incorporar las prohibiciones materiales y su alcance, sino, obviamente, también se tiene que indagar sobre su realidad procesal”⁴¹⁸. Así también, se ha puesto atención al *derecho premial* debido a que, como destaca Pisani, la lógica de los premios opera como la otra cara de la misma moneda de la *justicia penal*, porque, ante la clásica prevención y represión, surge la premiación e incentivación⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Kudlich, H., “Corrupción y proceso penal”, en Gómez Martín, V./Montiel, J./Satzger, H., (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 200.

⁴¹⁹ Pisani, M., *Studi di diritto premiale*, cit., p. 19.

3.1 Crisis en la investigación en los procesos penales contra la corrupción pública

Para comenzar, recordemos que la relación *proceso penal y corrupción pública* se ha puesto en la palestra, porque ha develado la agudeza de la crisis de la investigación penal en estos casos como consecuencia de su modernización alcanzada por la intervención de los actores políticos y la globalización. Es así que vivimos en un tiempo en que los instrumentos procesales tradicionales resultan insuficientes y se requiere la defensa o promoción de actos de investigación modernos, como, por ejemplo, el uso de informantes, interceptaciones telefónicas y la colaboración de delatores, a pesar de que ello implique un mayor nivel de intervención en los derechos fundamentales y la flexibilidad de garantías procesales.

Ahora bien, respecto de la forma de abordar el estudio del proceso penal frente a la corrupción, Gómez Colomer⁴²⁰ describe dos tipos de enfoques que son los siguientes:

- i. El estudio de los actos de investigación y los medios de prueba aplicados a los delitos de corrupción, al cual denomina generalista. Sin embargo, Gómez Colomer precisa que este enfoque tiene una falencia, debido a que, desde un plano abstracto, la investigación y prueba siempre son las mismas sin importar el delito que se juzgue.
- ii. Estudiar los actos de investigación y los medios probatorios que se encuentren regulados en las normas procesales penales y que sean los más apropiados para enfrentar la corrupción.

La presente investigación se adhiere al segundo enfoque de Gómez Colomer, por lo que, desde un análisis de los instrumentos procesales que sean idóneos para enfrentar la corrupción, se destaca no solo a los llamados *actos de investigación garantizados*⁴²¹, sino también la colaboración de los delatores en sentido general y específico. De esta manera, entre los instrumentos procesales que puedan ser fortalecidos por el

⁴²⁰ Gómez Colomer, J. L., “Proceso penal y corrupción: consideraciones sobre el fracaso general de su persecución y castigo”, ponencia presentada en el *II Congreso internacional de la FICP* (Fundación Internacional de Ciencias Penales), denominado: “Problemas actuales de las ciencias penales” que se llevó a cabo los días 13, 14 y 15 de marzo de 2017, versión digital disponible en: <https://ficmp.es/wp-content/uploads/2017/03/G%C3%B3mez-Colomer.-Ponencia.pdf>.

⁴²¹ Véase Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., pp. 219-272.

ordenamiento jurídico, la delación cuenta con un campo de acción mayor que va desde la prevención hasta la represión de la corrupción pública, puesto que las formas de delación, previamente descritas, coadyuvan a disuadir los actos corruptos y, sobre todo, a sancionarlos en un proceso penal constitucionalizado en el que se apliquen las fórmulas legales de la justicia premial, con lo cual se configura *un derecho procesal premial*.

Lo dicho hasta aquí nos permite adelantarnos en responder la pregunta inicial: *¿es necesario premiar al delator?*, con firmeza respondemos que sí. Pero, la aplicación de recompensas debería reservarse a delitos graves, requisito que es cumplido en el supuesto de la corrupción pública cometida en por una pluralidad de agentes concertados o como parte de una organización criminal. Además, la emergencia de la investigación o crisis de investigación es el factor fundamental que legitima el reconocimiento de premios para quienes delaten. A continuación, sin entrar a un recorrido histórico de la corrupción, describiremos un ejemplo de este fenómeno criminal sucedido en España, Italia y Perú, países en los cuales se puede observar la realización del trinomio *corrupción-poder-crimen organizado*.

a) El caso italiano: *Tangentopoli, mani pulite*

En nuestra tradición de Europa continental, Italia es el país que tiene una mayor experiencia en cuanto al combate de la criminalidad organizada, desde la historia de la mafia, el terrorismo y la corrupción. En este último caso, la experiencia italiana nos permite estudiar la relación entre corrupción pública y proceso penal mediante el caso emblemático conocido como *Tangentopoli* o ciudad de los sobornos, el cual dio origen a la operación *mani pulite* conocida a nivel internacional, que se produjo durante los años 1992 a 1994 y tuvo como sede a la ciudad de Milán.

De acuerdo con el relato de Orlandi, el caso fue conocido en el año 1992 cuando se descubrió en flagrancia a Mario Chiesa, político italiano que ejercía como presidente de un hospicio para ancianos, cuando recibía un soborno a cambio de garantizar, en

favor de un empresario, el contrato de limpieza⁴²². Este hecho fue el primero de una larga cadena de actos de corrupción que luego fueron revelados, lo cual puso en evidencia la normalización del soborno tanto para los políticos como para los funcionarios; esto es, la entrega del soborno se había convertido en una regla tácita para todo tipo de obra pública⁴²³.

A diferencia de otros procesos en los que una detención no determina el éxito de la investigación, el avance del proceso *Tangentopoli* fue un espiral, a tal punto que durante el año 1993 se multiplicaron los casos de corrupción denunciados y se sumó la implicación de altos funcionarios del gobierno italiano, parlamentarios y empresarios. Tal situación generó una grave crisis en la Italia del novecientos, cuyo desenlace en la esfera política fue la interrupción de la legislatura en 1994, convocándose a elecciones en el mes de marzo de dicho año⁴²⁴.

Ahora bien, es importante señalar, y aquí se tiene el proceso penal, que el arresto de Mario Chiesa pudo ser logrado por la operación denominada *Mani pulite*, que fue ejecutada por un grupo especial policial encargado de la investigación. Dicha labor de investigación tuvo que ser reservada debido a que la principal sospecha era que en la ejecución de los actos de corrupción intervenían políticos de alto poder. Es así que *Tangentopoli* se ha convertido en parte de la historia contemporánea italiana, puesto que, al ser una expresión de la corrupción política sus efectos se dirigieron a las bases del sistema democrático de Italia, razón por la cual Gentiloni señala que *Tangentopoli* no solo puso en debate la relación entre las autoridades políticas electas y los ciudadanos electores, sino también la estructura política-institucional y la identidad nacional italiana⁴²⁵.

⁴²² Orlandi, R., “Operazione mani pulite e seu contexto político, jurídico e constitucional”, en *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 8, n.º 15, Curitiba, 2016, p. 380.

⁴²³ Véase, Vanucci, A., “L’evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto”, en Merloni, F./Vandelli, L., (dirs.) *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, Astrid-Passigli Editore, Firenze, 2010, pp. 37-61.

⁴²⁴ Orlandi, R., “Operazione mani pulite e seu contexto político, jurídico e constitucional”, cit., p. 380.

⁴²⁵ Gentiloni Silveri, U., *Storia dell’Italia contemporanea. 1943-2019*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 267.

Pues bien, *Tangentopoli* es el caso típico de la nueva faz de la corrupción pública, por la demostración de los lazos entre los actores políticos y empresarios italianos, quienes limitaban las actuaciones oficiales de persecución penal. En ese sentido, se afirma que dicho término ya no solo sirve para hacer referencia al caso de Milán en los años noventa, sino para representar a cualquier lugar donde se desarrolle la corrupción⁴²⁶, la cual se oculta beneficiada por el poder político. Por eso, siguiendo a Pulitano, que destaca el papel de la magistratura, debemos recordar la siguiente frase: “Tangentopoli existía, no había sido una invención de los magistrados”⁴²⁷, que abarca todas las realidades procesales en que la primera reacción política frente a las investigaciones es culpar a fiscales y jueces de servir a un sector político.

Respecto del valor que ha representado *Tangentopoli*, primero, Davigo destaca que la sociedad italiana no imaginaba el nivel de corrupción existente en su política, a tal punto que los partidos políticos opuestos se repartan el soborno (*tangente*)⁴²⁸. Segundo, Gómez Colomer manifiesta que permitió revitalizar la función de jueces y fiscales en la lucha contra la corrupción, a pesar de que al otro extremo se encontrasen los políticos⁴²⁹ o, como se ha llamado también, los criminales poderosos.

De este modo, *Tangentopoli* confirma la *revolución de los magistrados* frente a la injerencia del poder político, mediante una posición superior del poder de la magistratura frente al gobierno de las leyes en que los políticos pueden llegar a tener el control por su desempeño parlamentario, pero, también, confirma la superioridad o dominio de las soluciones procesales respecto de las penales y, más aún, el nuevo papel protagónico que asume la Fiscalía al tener el dominio de la fase preliminar⁴³⁰.

⁴²⁶ Nencioni, A., “La corruzione tradotta: L’Italia degli scandali sulla stampa spagnola”, en *Livius*, n.º 7, 1995, p. 114.

⁴²⁷ Pulitano, D., “Quale agenda per la giustizia penale?”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 3, 2013, p. 69.

⁴²⁸ Davigo, P., *Il sistema della corruzione*, Laterza, Bari, 2017, p. 4.

⁴²⁹ Gómez Colomer, J. L., “Proceso penal y corrupción: consideraciones sobre el fracaso general de su persecución y castigo”, cit., p. 7.

⁴³⁰ Colao, F., *Giustizia e politica il processo penale nell’Italia repubblicana*, cit., p. 309.

Dicho papel del *Pubblico Ministero* italiano durante los procesos de “*mani pulite*” se debió, como resalta Illuminati, gracias a la vigencia del que era el nuevo Código Procesal Penal, el cual tenía pocos años de vigencia cuando se produjo el arresto de Chiesa en 1992, porque la norma procesal italiana otorgaba a los fiscales fuertes poderes para desarrollar las investigaciones que estaban a su cargo⁴³¹, de tal manera que las normas procesales de investigación demostraron ser vitales para el éxito de un proceso penal contra la corrupción pública.

b) España y el caso Gürtel

En cuanto a España, hemos seleccionado el caso Gürtel por ser contemporáneo y, a la vez, el que produjo una reciente crisis política, a tal punto de ser considerado el caso de corrupción más grave en tiempos de democracia española. Sobre el particular, Villoria y Jiménez recuerdan, con la finalidad de establecer la percepción como un criterio de medición de la corrupción, que el caso Gürtel fue fuertemente abordado en la televisión española desde telediarios hasta programas de entretenimiento⁴³².

La crisis desatada por el caso Gürtel no solo generó la desestabilización política, sino también reveló la participación de partidos políticos desde la fase de financiamiento de las campañas electorales, con lo que se conoció que se compraba a actores políticos para que realicen una función de facilitación⁴³³. Este caso salió a la luz en el año 2007 a partir de la delación del funcionario José Luis Peña Domingo, quien había grabado conversaciones que tenían como eje los actos de corrupción.

Luego de ello, se inició, al igual que el caso *Tangentopoli*, una revelación constante de información que vinculaba a diversos actores políticos y empresarios, entre los que destaca la organización política Partido Popular y el empresario Francisco

⁴³¹ Illuminati, G., “I riflessi della satagione di ‘mani pulite’ sulla procedura penale degli anni novanta”, en Negri, D./Pifferi, M., (coords.), *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana. Materiali dall’incontro di studio, Ferrara 12-13 novembre 2010*, cit., p. 278.

⁴³² Villoria Mendiente, M./Jiménez Sánchez, F., “¿Cuánta corrupción hay en España? los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 156, 2012, p. 34.

⁴³³ De La Mata Barranco, N. J., “La lucha contra la corrupción política”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-01, 2016, p. 13.

Correa. Es así que, en el año 2018, se emitió la primera sentencia, en la cual la Audiencia Nacional daba por acreditada la formación de un sistema de corrupción institucional entre el Partido Popular, los funcionarios pertenecientes a dicho partido y el empresariado para verse beneficiados de las contrataciones públicas que se realicen en las ciudades gobernadas por políticos de tal agrupación.

El caso descrito pone en contraste la persecución de la corrupción y el sistema político, porque fue el detonante de una crisis política en España. Por ejemplo, Francisco Camps Ortiz dimitió como presidente de la Comunidad Valencia por el caso denominado “los trajes” que habría recibido por la trama Gürtel y sucedió igual con Mariano Rajoy Brey quien presentó su dimisión presidencial mientras se tramitaba una moción de censura. Todo lo cual permite afirmar que la decisión judicial tuvo impacto en el orden político español.

c) Un caso peruano: Lava jato-Odebrecht

En el Perú, a pesar de haber vivido un proceso anticorrupción posterior a la caída del régimen fujimorista, que tuvo las características de ambos casos reseñados anteriormente, puesto que durante la década del gobierno de Alberto Fujimori Fujimori se conocían casos de corrupción, pero la investigación era imposible debido al control político de las instituciones de justicia. Marcus-Delgado, describe que Fujimori logró permanecer en el poder durante diez años por el debilitamiento de la oposición, reestructuración política que permitió centralizar en ámbito de poder las decisiones políticas y de administración de los recursos públicos;⁴³⁴.

Los factores señalados permitieron la institucionalización del régimen fujimorista y garantizaron en el año 2000 una re-reelección presidencial, lo que hacía ver como un hecho imposible la caída de Fujimori. No obstante, fue una filtración de un video por parte de Matilde Pinchi Pinchi, otrora personal de confianza del asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres. La filtración consistió en un video hecho público por el político Fernando Olivera Vega. La grabación revelaba el pago de

⁴³⁴ Marcus-Delgado, J., “El fin de Alberto Fujimori: Un estudio de legitimidad presidencial”, en Marcus-Delgado, J./Tanaka, M., *Lecciones de final del fujimorismo. La legitimidad presidencial y la acción política*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2011, p. 9.

Vladimiro Montesinos Torres (asesor) al congresista Luis Alberto Kouri Bumacher para que se traslade a la bancada oficialista. Esta denuncia pública generó la renuncia del expresidente Fujimori, nuevas elecciones presidenciales y, tras un número importante de delaciones, el inicio de diversos procesos penales por corrupción contra ministros o funcionarios del régimen que fueron condenados durante el inicio del nuevo milenio.

Hasta el año 2015, existía un consenso entre los peruanos respecto a que los casos de corrupción procesados posteriormente a la caída del régimen dictatorial eran los más graves en la historia republicana. Sin embargo, el escándalo *Odebrecht* o *Lavajato-Perú* ha demostrado que las sanciones penales y reformas preventivas aplicadas desde el año 2000 fueron insuficientes y también sesgadas, porque fueron aplicadas con base en un enfoque local de la corrupción, es decir, no fue un objeto principal de la reforma la incorporación de medidas para prevenir o combatir una corrupción transnacional. Dicho sesgo se ha puesto en evidencia con los actuales procesos penales, puesto que la empresa *Odebrecht*, principal ejemplo de corrupción transnacional en la historia reciente peruana, ya operaba en Perú desde la década del 80.

Ahora bien, la revelación de *lava jato* en Brasil, cuyo nombre viene del caso madre, que fue el lavado de activos que se producía en una empresa de lavado de autos, significó la revelación de cómo la corrupción se había apoderado del sistema político en Latinoamérica. Al respecto, Durand describe que *lava jato* produjo a nivel de la región la vinculación con actos de corrupción a diversos empresarios y políticos, desde el año 2016. Este año es clave en esta trama, porque se suscribió un acuerdo entre los ejecutivos de *Odebrecht* y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos que tuvo impacto inmediato en Brasil⁴³⁵.

A partir de ese acuerdo, *Odebrecht* reconoció, hechos de escala internacional que revelaban su influencia política en diversos países latinoamericanos, que había financiado campañas electorales y sobornado a altos funcionarios públicos en el Perú. Dicha información fue ampliada en la medida que se producían las delaciones de los ejecutivos brasileños; y, fue así como los medios de comunicación peruanos dieron a conocer el caso *lava jato peruano*. Ese fue el escenario precedente que generó la

⁴³⁵ Durand Arp Nissen, F., *Odebrecht. La empresa que capturaba gobiernos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2018, p. 28.

necesidad de conformar un Equipo Especial de Fiscales que utilizando la legislación de colaboración eficaz y la cooperación internacional pudieron acceder a la información que aportaba en Brasil el principal actor empresarial de Odebrecht en el Perú, Jorge Simoes Barata, quien a la fecha con sus declaraciones y la de otros ejecutivos han revelado el pago de sobornos a todos los presidentes peruanos posteriores a la caída del régimen fujimorista, así como a los principales políticos que, aun sin haber ganado las elecciones, fueron financiados con el propósito de asegurar que las decisiones públicas futuras sean de acuerdo a los intereses de la transnacional brasileña.

Dicho lo anterior, si realizamos un balance desde la crisis de corrupción del gobierno fujimorista y los actuales descubrimientos producto de las delaciones en el caso de *Odebrecht* o *huracán lava jato*, se advierte que el fenómeno de la corrupción en el Perú se produce de forma cíclica, tal como lo manifestó el historiador Quiroz, quien resumió la historia de la corrupción en el Perú como “ciclos de corrupción, seguidos por periodos sumamente breves de reforma anticorrupción, interrumpidos por intereses contrarios a la reforma”⁴³⁶. Así, el nuevo ciclo de corrupción descubierto, en el Perú se desarrolló a la par de la bonanza económica que nos hizo vivir, a los peruanos, en una *primavera constitucional y económica*, debido a la realización continua de elecciones presidenciales, al abandono de los militarismos como solución de los problemas políticos, al desarrollo económico y a la apertura al mundo globalizado. Sin embargo, la bonanza e inserción peruana en la globalización económica conllevó que el Perú no quedara exento de los riesgos potenciales que son el “incremento de la corrupción y una facilitación de la actividad de los grupos de delincuencia organizada”⁴³⁷.

Por último, el caso *lava jato* ha hecho que en el Perú se agudice la confrontación entre políticos involucrados y los que no lo están. Los primeros exigen un mayor rigor en la investigación y los otros utilizan sus niveles de injerencia para evitar el procesamiento penal; sin embargo, en medio de esta crisis política se ha producido una *revolución de los magistrados peruanos*, quienes se enfrentan a los actores que

⁴³⁶ Quiroz Norris, A., *Historia de la corrupción en el Perú*, IEP, Lima, 2013, p. 424.

⁴³⁷ Castresana Fernández, C., “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, en Rodríguez García, N./ Fabián Caparros, E., (coords.) *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 214.

componen el sistema político para asegurar la investigación y sanción de los actos de corrupción⁴³⁸.

3.2 La necesidad de delatores premiados en los procesos penales por corrupción pública

De acuerdo con los casos descritos en el apartado precedente, se advierte la confluencia entre la corrupción, el poder político y el crimen organizado. Ante ello, Cantone señala que los instrumentos tradicionales de investigación se encuentran limitados para hacer frente al nuevo rostro de la corrupción pública, porque se presentan factores que impiden tener conocimiento de la noticia criminal. Estos tres mecanismos, los cuales son la denuncia de quien haya recibido una solicitud de soborno, la interceptación telefónica y el examen documental, sirven para paliar este problema⁴³⁹. Sin embargo, están supeditados a que exista una comunicación del hecho, no necesariamente que se presente una denuncia formal, sino que las autoridades de persecución puedan tener información de la comisión de un delito de corrupción, lo cual resulta difícil por una característica de la nueva corrupción pública, aportada desde la criminalidad organizada, que es el *silencio* u *omertà*.

La lucha procesal penal contra la corrupción busca penetrar en la naturaleza silenciosa (*omertosa*) de la corrupción y el crimen organizado, por lo que resulta innegable la necesidad de que el proceso penal cuente con instrumentos normativos que refuercen la eficacia de la investigación criminal con la posibilidad de hacer uso de medidas excepcionales, porque la *emergencia investigativa* da cuenta de que los actos de investigación vigentes han perdido funcionalidad para garantizar una estrategia eficaz frente a estos delitos⁴⁴⁰. Del mismo modo, en el otro extremo, se requiere del *derecho premial* con lo que se introduce la figura de los *colaboradores de justicia*⁴⁴¹ para combatir la gran criminalidad.

⁴³⁸ Para mayor descripción, véase Durand Arp Nissen, F., *Odebrecht. La empresa que capturaba gobiernos*, cit., p. 286.

⁴³⁹ Cantone, R., “I riflessi della legge N. 190 sulle indagini in materia di corruzione”, cit., pp. 129-130.

⁴⁴⁰ D’Amico, S., *Il collaboratore della giustizia*, cit., p. 12.

⁴⁴¹ Orlandi, R., “Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal Maxi-processo al Grande processo”, Giostra, G./Insolera, G., *Lotta alla criminalità organizzata: Gli strumenti normativi*, cit., p. 90.

De tal manera que *proceso penal y justicia premial* se unen dentro del concepto de *derecho procesal penal premial*, porque el primero es el escenario en el que se decide la aplicación de la sanción, negativa o positiva. Esta necesidad del proceso penal demanda también que las instituciones procesales se modernicen. Así, por ejemplo, Perron, comentando el caso alemán frente al terrorismo, señala que “los órganos de persecución penal deben poseer medios coactivos e instrumentos de investigación efectivos”⁴⁴². Esta ha sido la orientación de los Estados cuando legislaron en materia de terrorismo y criminalidad organizada, que debe ser ampliada para los casos de corrupción pública debido a la situación crítica descrita.

Al respecto, no puede negarse que la incorporación de *normas premiales* para brindar eficiencia al *proceso penal* eleva el riesgo para los derechos de los imputados-delatos, que necesariamente deben respetarse por mandato y supremacía constitucional. No obstante, como precisa Gómez Colomer, la relación de *actos de investigación-derechos constitucionales* requiere del control judicial directo para asegurar tales derechos⁴⁴³.

Dicho lo anterior, la posición asumida en la presente tesis es la de dar prioridad a la necesidad de combatir la corrupción pública, por lo que la justicia premial que se materializa en el proceso penal con las delaciones, sobre todo de *arrepentidos delatores*, debe fortalecerse sin que ello conlleve dejar sin contenido los derechos fundamentales de los imputados, que es el gran cuestionamiento que reciben las legislaciones de emergencia que surgen frente a las crisis de investigación, puesto que, siguiendo a Orlandi, una vez superada la emergencia, el desequilibrio que afectó a las garantías del imputado debería de cesar, porque, de lo contrario, supondría una arbitrariedad⁴⁴⁴.

⁴⁴² Perron, W., “La legislación antiterrorista en el derecho penal material alemán”, en Gómez Colomer, J. L./González Cussac, J. L. (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 241.

⁴⁴³ Gómez Colomer, J. L., *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. Fortalezas debilidades del proceso penal acusatorio con juicio oral y público. Su interpretación en América Latina*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2015, p. 174.

⁴⁴⁴ Orlandi, R., “Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana”, en Negri, D./Pifferi, M., (coords.), *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana. Materiali dall’incontro di studio, Ferrara 12-13 novembre 2010*, cit., p. 76.

Pues bien, tal como decía Tiedemann, “el derecho penal y el derecho procesal penal desempeñan casi siempre un papel especial, al ser considerados como las armas más potentes que tiene el Estado”⁴⁴⁵, ya que al fortalecer la persecución penal con nuevos medios de investigación se produce el empoderamiento de una de las armas que tiene el Estado para combatir el crimen. Por ello, se debe garantizar que el desequilibrio generado por la elección de la *eficiencia del proceso* no avasalle totalmente los derechos del delatado e, incluso, del delator; de manera que el funcionamiento de la persecución penal con la finalidad de búsqueda de la verdad debe estar sometida a controles y límites que se encuentran en la Constitución. Aquí también se destaca la necesidad del proceso penal que tiene como función la protección de la libertad del imputado a través de la regulación que impide la arbitrariedad judicial⁴⁴⁶, lo cual se logra con el respeto de los principios de proporcionalidad y legalidad que rige la actuación de todos los sujetos que intervienen en el proceso penal pero que, sobre todo, garantiza al ciudadano de no ser tratado como un mero objeto del proceso penal.

Del Moral resalta las complicaciones de poder tomar conocimiento de un hecho corrupto⁴⁴⁷ por la dificultad de introducirse en los esquemas de corrupción. Por tal motivo, el fomento de la delación se fundamenta en la posibilidad de garantizar la conexión entre el hecho cometido y la persecución penal, es decir, las delaciones que realizan los ciudadanos (*whistleblower*) o arrepentidos delatores actúan como detonantes necesarios de investigaciones penales. Esta necesidad de actuación de ciudadanos no involucrados en actos de corrupción y de aquellos que sí han participado requiere por parte del sistema de justicia penal un incentivo o recompensa, por lo que es aplicable una lógica de justicia premial. Por un lado, los denunciantes requieren de medidas de protección por su colaboración y, en el caso de los arrepentidos, tienen la expectativa de conseguir la atenuación o exención de pena, así como cuestiones procedimentales que le permitan variar su situación procesal, para todo lo cual se le

⁴⁴⁵ Tiedemann, K., “El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial sobre la lucha antiterrorista”, en Gómez Colomer, J. L./González Cussac, J. L. (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, cit., p. 435.

⁴⁴⁶ Pagano, F.M., *Considerazioni sul processo criminale*, Il Mulino, Bolonia, 2010, p. 48.

⁴⁴⁷ Del Moral García, A., “La justicia penal ante la corrupción”, en *Govern Obert*, Generalitat de Catalunya, 2015, p. 41.

exige una admisión de su propia responsabilidad⁴⁴⁸ y la aportación de información de calidad.

De este modo, la necesidad de premios a los delatores se fundamenta en que sirven de contrapeso a la crisis de investigación que sufrimos, producto de la cual cada vez es más difícil que los órganos de investigación puedan conocer los hechos de corrupción pública cometidos por pluralidad de agentes o por organizaciones criminales, las cuales —como hemos mencionado— se rigen con base en criterios de jerarquía y pactos de silencio. Dicha crisis se empeora cuando la sociedad tolera la corrupción, lo cual es un síntoma que demuestra que este fenómeno criminal ha alcanzado un nivel de institucionalización y, por tanto, los cimientos institucionales de un país se encuentran gravemente afectados.

En consecuencia, ¿por qué alarmarnos?, ¿por qué revisar los instrumentos procesales?, ¿por qué considerar la corrupción pública un delito de especial atención?, ¿por qué se necesita la justicia premial? Todas estas preguntas se responden con base en la fenomenología de la corrupción que demuestra que esta “trasciende el mero incumplimiento formal del deber estatutario para romper el vínculo jurídico, que es la base del proyecto colectivo, ya sea público o privado”⁴⁴⁹. Es decir, las bases de nuestro Estado de derecho se ponen en peligro con la propagación de la corrupción, la cual ya no se agota en el *pactum sceleris* de un funcionario y un particular que compra la función pública para obtener un beneficio concreto, sino que el objeto del pacto de corrupción trasciende nuestras fronteras, a través de los contratos públicos con empresas transnacionales y, además, “genera también efectos negativos de contenido económico”⁴⁵⁰, todo lo que, como anota Tesi “compromete a la democracia”⁴⁵¹.

Adicionalmente, los sujetos de la corrupción son las altas autoridades políticas, quienes con el control de la gestión de los recursos públicos venden su investidura

⁴⁴⁸ Cantone, R., “I riflessi della legge N. 190 sulle indagini in materia di corruzione”, cit., p.132.

⁴⁴⁹ Gonzalez, J., *Corrupción y justicia democrática. Introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio*, cit., p. 104.

⁴⁵⁰ Terradillos Boscoso, J., “Apuntes político-criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 93, 2019, p. 15.

⁴⁵¹ Tesi, M. A., *Le tipologie della corruzione*, Gappichelli Editore, Turín, 2012, p. 9.

funcional obtenida por designación o elección popular o, incluso, en el caso de los partidos políticos, durante la campaña electoral realizan una preventa a cambio de financiamiento privado, de tal manera que quedan condicionados a cumplir con el financista sin importar el interés general de la sociedad por la mejora del país. Este escenario hace necesario que, para la aplicación de las sanciones, se deban establecer mecanismos procesales que garanticen la investigación contra los hechos corruptos, puesto que, como destaca Orlandi, se “hace necesaria la predisposición de actividades de investigación inspiradas en rigurosos criterios de secreto (también interna) y estructuradas en modo de asegurar el efecto sorpresa de la operación”⁴⁵².

Es así como el proceso penal se convierte en el instrumento estatal necesario para combatir la corrupción, pero también sabemos que la constitucionalización del derecho procesal prohíbe la incorporación de actos de investigación contrarios a la Constitución; por tanto, un Estado de derecho no debe actuar como una *agenzia criminal*, es decir, no puede responder con las mismas estrategias con las que actúan las organizaciones criminales, sino que, con base en la reserva de jurisdicción, toda conducta corrupta deberá ser investigada y sancionada en un proceso penal que respete los derechos y garantías reconocidas en el texto constitucional e instrumentos internacionales.

En ese sentido, sin desconocer el fundamento constitucional que orienta el proceso penal moderno, debemos tener en consideración la situación de crisis de investigación descrita previamente, tal como indica Cantone: “la eficacia de las investigaciones en este sector específico es, del todo, significativamente condicionada por las dificultades conexas a la adquisición de las *notitias criminis*”⁴⁵³. Por esta razón, reiteramos que se necesita de medidas efectivas que hagan posible el descubrimiento del acto de corrupción pública y de sus actores para que se puedan incoar los procesos penales.

⁴⁵² Orlandi, R., “Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata del maxi-processo al ‘grande processo’”, en Giostra, G./Insolera, G., *Lotta alla criminalità organizzata: Gli strumenti normativi*, Giuffrè Editore, Milán, 1995, p. 89.

⁴⁵³ Cantone, R., “I riflessi della legge N. 1990 sulle indagini in materia di corruzione”, en Cingari, F. (dir.) *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University Press, Firenze, 2013, p. 129.

Pues bien, la nueva orientación procesal penal contra la corrupción tiene como punto de referencia la pregunta que se formula Giostra acerca de si a partir del reconocimiento que el proceso penal es un instrumento idóneo para combatir el crimen organizado se puede establecer una estrategia procesal diferenciada⁴⁵⁴, ante la cual nuestra respuesta es afirmativa por la obstaculización que beneficia a la corrupción, la globalización y la participación de actores políticos que de manera constante buscan interferir las investigaciones penales.

Ante ello, el instrumento procesal que ha trascendido históricamente es la *delación*, en específico, en su vertiente del *arrepentido delator* o *colaborador de justicia*, porque las deficiencias de obtención de la información para el proceso penal se compensan con la colaboración de los *pentiti*, cuyo conocimiento es cualificado al haber participado en un acto de corrupción con pluralidad de agentes o haber pertenecido a la organización criminal. Sobre el particular, Orlandi señala que este es “el instrumento más usado para superar las dificultades de pruebas típicas de los procesos de criminalidad organizada”⁴⁵⁵, por lo que, para asegurar la colaboración de los *arrepentidos delatores* se requiere de las técnicas premiales de legislación con las que se incorpora en los ordenamientos jurídicos las recompensas o *premios* a los delatores.

Dicho lo anterior, la *justicia premial* cumple una triple finalidad en favor de la persecución penal de la corrupción que son la de *retribución o premio, descubrimiento y prevención*. La primera se centra en el intercambio que se produce entre los delatores y los órganos públicos de persecución penal, así se premia por el aporte cognitivo que permita conocer y sancionar los actos de corrupción pública. La segunda va dirigida a nivel general a todas las personas que tengan la intención de delatar o de incentivar a la delación de la corrupción pública. Y la tercera consiste en coadyuvar al fortalecimiento del ámbito preventivo de los mecanismos de delación.

De este modo, necesitamos estimular las delaciones y ello se obtiene con *premios a los delatores*, los cuales no son contrarios a la Constitución, es más, la lucha

⁴⁵⁴ Giostra, G., “Il processo penale ‘contro’ la criminalità organizzata: Rischi di strumentalizzazione”, en Giostra, G./Insolera, G., *Lotta alla criminalità organizzata: Gli strumenti* normativi, cit., p. 155.

⁴⁵⁵ Orlandi, R., “La lucha procesal penal contra la criminalidad organizada en Italia”, en Gómez Colomer, J. L./González Cussac, J. L. (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, cit., p. 477.

contra la corrupción pública demanda a las democracias tomar medidas para enfrentarla, como defiende Ackerman, mediante el establecimiento de “formas alternativas de quejarse y ofrecer a los concernidos un incentivo para ser honrados”⁴⁵⁶, puesto que una característica de los países con mayor nivel democrático consiste en que los criminales sientan un mayor riesgo de ser sancionados⁴⁵⁷. Finalmente, debemos ser conscientes de que el uso de delatores puede convertirse en un arma de doble filo, debido a que resulta favorable a los intereses estatales, porque permite obtener información que sería de difícil acceso y, a la vez, podría fomentar injusticias si es utilizada para incriminar personas inocentes⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Rose-Ackerman, S., *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI, Madrid, 2001, p. 173.

⁴⁵⁷ Fiorini, N./Galli, E., *La corruzione in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 55.

⁴⁵⁸ Madia, T.T., “Il ‘pentitismo’ nella giustizia”, en, Neuburger, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, cit., p. 81.

CAPÍTULO IV

LA DELACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

En los capítulos precedentes hemos abordado el concepto de delación, sus características, los sujetos, las formas, efectos y la legitimidad para su utilización en los procesos penales por delitos de corrupción pública. Todo ello nos ha permitido obtener las bases conceptuales para el tratamiento de la delación. En el presente capítulo, analizaremos los requisitos, la actuación mínima oficial con fines de corroboración, la posición jurídica del delator, las recompensas y el valor asignado a la delación que la hagan servir para la incoación de la instrucción criminal y el valor que se le otorga para la imposición de medidas cautelares personales, así como la ejecución de medidas limitativas de derechos fundamentales idóneas para la persecución penal de la corrupción pública.

1. WHISTLEBLOWERS Y ARREPENTIDOS DELADORES: LAS DOS CATEGORÍAS JURÍDICAS MODERNAS QUE ENGLOBALAN LA DELACIÓN EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

La utilización de la palabra *moderna* para referirnos al *whistleblower* y a los *arrepentidos delatores* no solo sirve para referirse a la modernización en términos de actualización, sino a la necesidad de un derecho penal eficaz o, mejor aún, de un sistema penal eficaz en la lucha contra la corrupción pública asociativa. Al respecto, Faraldo Cabana sintetiza que existen dos formas de entender el uso del término *moderno* con el derecho penal. La primera de ellas tiene connotaciones negativas, porque se refiere a la existencia de un “derecho penal moderno”, que se opone al “derecho penal liberal”. Dicha oposición es fundamentada en que actualmente se vive una expansión del derecho penal que distorsionaría la protección de los bienes jurídicos. La segunda excluye la referida oposición y, por el contrario, defiende que este “derecho penal moderno” es parte de la evolución del Estado liberal al Estado democrático de derecho, cuyo cambio ha suscitado la atención adicional de otras esferas de la criminalidad que no habían

recibido atención por parte del derecho penal liberal, sin que ello implique vulnerar los principios constitucionales⁴⁵⁹.

Ante las dos opciones descritas, la presente investigación se adhiere a la segunda, debido a que la orientación moderna del derecho penal requiere enfocar los esfuerzos por proteger bienes jurídicos supraindividuales, esto es, dejar de promover un derecho penal que solo se avoque a la clásica criminalidad patrimonial. Todavía más, el empleo del término “moderno”, según la orientación adoptada, comprende también al derecho penal eficaz que no solo se enfoca en la seguridad ciudadana, sino que, en palabras de Hassemer, concuerda con una política criminal moderna que lo lleva a ampliar su “ámbito de acción a aquellos sectores que en la opinión pública se consideran más amenazados”⁴⁶⁰. Si bien Hassemer se muestra crítico respecto a que el derecho penal eficaz sea idóneo para resolver los problemas, también acepta la existencia de la “necesidad” no solo de nuevas medidas penales, sino también procesales, puesto que ambos se incrementan de manera directamente proporcional, por lo que alega una “resignación impuesta por las necesidades del derecho penal moderno”⁴⁶¹.

Como se ha dicho, la posición asumida en esta investigación es que la modernidad del derecho penal no debería ser oponible a las conquistas del derecho penal liberal, pero sí que implica fortalecer la persecución penal en ámbitos cuya alarma social ha sido activada con mayor fuerza en los últimos tiempos, como es el caso de la corrupción pública. No se puede negar –tal como ya se ha dicho en el capítulo anterior– que estos delitos afectan gravemente a los ciudadanos y las bases del Estado de derecho, por lo que la crisis del sistema penal demanda la implementación de medidas legislativas más rígidas frente a los derechos de los ciudadanos. Esta es una tarea del proceso penal en un Estado democrático, tal como nos lo recuerda Gómez Colomer,

⁴⁵⁹ Véase Faraldo-Cabana, P., “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo-Cabana, P./Puente Aba, L. M.^a (coords.) *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 299-340.

⁴⁶⁰ Hassemer, W., “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz”, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, n.º 15, 1990-1991, p. 190.

⁴⁶¹ Hassemer, W., “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 45, fasc./mes 1, 1992, p. 247.

quien afirma que “muchas veces el proceso penal sirve también para defender a la democracia, lo que exige tomar decisiones que aparentemente nos pueden parecer conservadoras o poco avanzadas desde un prisma político, pero que en el fondo son progresistas al significar un avance para toda la sociedad”⁴⁶².

Así pues, en el contexto descrito, la modernización o especialización en la comisión de los delitos de corrupción pública ha incrementado la alarma de la opinión pública debido a que sus efectos ya no solo se limitan a un Estado determinado, sino que, apoyados por la globalización, sus efectos nocivos han logrado ser transnacionales y afectan al desarrollo socioeconómico del país, ante lo cual la exigencia de eficacia y eficiencia del derecho penal pone en relieve la necesidad de una legislación coherente de lucha contra este fenómeno criminal⁴⁶³.

Actualmente se valoran los dos sentidos de la delación, *general y específico*, lo cual no implica desconocer que el principal valor político criminal procesal de la reside en el segundo que comprende al *arrepentido delator o colaborador arrepentido*. Esto se enmarca en la lucha contra la corrupción pública que ha puesto en emergencia la capacidad del sistema penal y expuesto la necesidad de utilizar instrumentos procesales extraordinarios.

La lucha procesal penal en el mundo globalizado coincide también con medidas preventivas y de reacción de otras esferas del ordenamiento jurídico, como es el *compliance* y la responsabilidad de la persona jurídica, el incentivo a que las personas colaboren en el combate contra la corrupción, etc., todo lo cual ha puesto el acento en dos figuras centrales que son *el whistleblower* y *el arrepentido delator*. Ambas representan la modernización de la estrategia procesal para hacer frente a la corrupción pública en un Estado de derecho constitucional, puesto que a la fecha la orientación de la normativa de la Unión Europea es por el reconocimiento y regulación de los canales de denuncia en favor de la actuación de los *whistleblowers* o alertadores, así como la

⁴⁶² Gómez Colomer, J. L., “Proceso penal moderno e investigación del crimen, el problema del aumento del intervencionismo público”, cit., p. 275.

⁴⁶³ Cerina, G., “La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado”, en *Iustitia*, 2011, p. 100.

evidente necesidad de contar con delatores arrepentidos para el esclarecimiento de los hechos de corrupción.

Por consiguiente, el fortalecimiento del *whistleblowing* y la *colaboración del arrepentido delator* va en la línea de los retos de eficacia que afronta el sistema penal ante la corrupción pública, por lo que, en concordancia con lo que señalaba De la Cuesta -para el crimen organizado en general- la aplicación del derecho penal debe ser efectiva para sancionar tales conductas y “evitar la penetración de entidades o empresas por parte de las organizaciones criminales, las más de las veces buscada con objeto de alcanzar una cierta apariencia de legitimidad”⁴⁶⁴, la cual se ha visto en la actualidad representada por la incorporación de actores políticos con el suficiente nivel de injerencia para obstaculizar la actuación de la Policía y la Fiscalía.

2. LOS REQUISITOS DE LA DELACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

Un punto crítico del tratamiento de la delación en el proceso penal es la falta de regulación expresa o sistemática, lo cual no significa que no existan normas materiales y procesales que le son aplicables. Sin embargo, los *whistleblowers* y los *arrepentidos delatores* son manifestaciones del derecho penal moderno; por ende, su utilización se adhiere a la orientación de la exigencia de eficacia del sistema penal y, con ello, la posibilidad de flexibilización de garantías reconocidas de manera general para cualquier imputado.

Ahora bien, el derecho penal moderno no tiene por qué dejar de ser constitucionalizado, dado que la eficacia del sistema es una labor del mismo Estado democrático de derecho, el cual se sirve del derecho penal y, con mayor medida, del proceso penal para poder sancionar las conductas corruptas. Es así que las legislaciones que regulen a los *whistleblowers* y *arrepentidos delatores* deben de ser lo más claras posibles, para que la indeterminación no provoque la deslegitimación de estas dos figuras jurídicas. Por lo mismo, en el primer nivel de atención se encuentran los

⁴⁶⁴ Véase, De la Cuesta Arzamendi, J. L., “El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, en Gutiérrez-Alviz Conradi, F./Valcárcé López, M. (dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2011, pp. 85-123.

requisitos que deben cumplirse para la admisibilidad y eficacia de la delación de los *whistleblowers* y *arrepentidos delatores*, los cuales serán sistematizados en *requisitos comunes* para ambos y los *requisitos específicos* que los diferencian⁴⁶⁵.

2.1 Requisitos comunes

Como se ha dicho, la delación es un acto de transmisión de conocimiento que es ejecutada por una persona no involucrada en el hecho criminal (*whistleblowers*), o por aquel sujeto que ha tenido participación en el delito (*arrepentido delator*). No obstante, en ambos casos se deberán cumplir requisitos básicos de carácter subjetivo, objetivo y formal, los cuales son: *la capacidad volitiva e intelectual, la aportación de información del hecho delictivo y el momento oportuno*.

2.1.1. Requisito subjetivo

Este primer requisito, de manera general, exige que los *whistleblowers* y los *arrepentidos delatores* se encuentren con sus plenas facultades para ejercer sus derechos civiles, es decir, estamos ante la capacidad natural. Al respecto, Nuria Torres, desde el análisis del elemento subjetivo de la denuncia, señala que la capacidad natural es la que permite formular una denuncia a todo aquel ciudadano que no “sufra deficiencias o alteraciones que les impidan realizar todas o algunas de las actividades cognoscitivas”⁴⁶⁶. Ello aplicado a nuestro concepto de delación nos permite afirmar que el sujeto delator no debe tener afectada su capacidad volitiva ni intelectual al momento que delate para garantizar la legalidad y legitimidad del acto.

Así pues, se requiere que los delatores actúen de manera voluntaria con conocimiento de los efectos jurídicos de la delación, puesto que, como señala Querzola, la voluntad es el elemento que une al sujeto con el contenido del acto procesal sin que la ley intervenga en el *iter voluntatis*, dado que, siguiendo el paradigma de la

⁴⁶⁵ Barona Vilar diferencia entre requisitos y presupuestos procesales, indicando que los primeros son los que deben concurrir para la validez del acto y los segundos se verifican para validar la relación procesal. Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J. L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Introducción al derecho procesal. Derecho procesal I*, p. 297.

⁴⁶⁶ Torres Rosell, N., *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo S. A., Madrid, 1991, p. 82.

manifestación de voluntad, la *voluntad* se da por cumplida con la determinación del agente⁴⁶⁷.

La voluntad en la delación se asume con su determinación para delatar el hecho criminal, pero cabe resaltar que el delator deberá determinarse por sí mismo. La importancia de este requisito resulta de dos motivos: primero, las fórmulas premiales buscan incitar o promover la voluntad de los sujetos para que delaten los hechos ilícitos cometidos por terceras personas o aquellos que hayan realizado como parte de un conjunto de personas o de una organización criminal; y, segundo, permite alinear la delación con la garantía de la *no autoincriminación*, dado que no se puede exigir a un sujeto que declare contra sí mismo.

En el caso de los *whistleblowers*, en principio la voluntariedad se cumpliría en el momento en que decide presentar su denuncia ante los *canales de denuncia internos o externos* de la institución pública o privada; sin embargo, la voluntad puede verse afectada por actos de coacción o extorsión de los cuales sea víctima para que realice la delación. Así, por ejemplo, dentro de la institución pública los trabajadores pueden ser coaccionados por funcionarios públicos que aspiren a puestos superiores dentro de la organización y, por tal motivo, ante la sospecha de la realización de un acto irregular, coaccionen a un determinado trabajador para que delate sin que exista el riesgo de que pueda ser identificado; del mismo modo, dentro del campo empresarial, un *whistleblower* podría actuar bajo presión ilícita de empresarios que buscan afectar a la empresa que pertenece el *whistleblower* para obtener una mejor posición competitiva en el mercado.

Ante ello, dado que la voluntariedad de los *whistleblowers* se presume con el acto de delación, los vicios podrán ser constatados de manera posterior durante la verificación del hecho delatado. No obstante, consideramos que, de confirmarse que la conducta del *whistleblower* fue producto de actos de coacción o extorsión, pero el acto delatado sí haya existido, la administración del canal de denuncia deberá continuar con el procedimiento establecido. Además, se deberá derivar el extremo de los actos de

⁴⁶⁷ Querzola, L., *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Giappichelli Editore, Turín, 2018, p. 72.

coacción o extorsión revelados a las autoridades competentes, esto es, al órgano de procedimientos disciplinarios y a la Fiscalía para la indagación penal.

Por otro lado, respecto del *arrepentido delator*, el requisito de la voluntariedad puede ser objeto de crítica, debido a que existen casos en los que la delación se produce cuando ya existía un procedimiento penal en contra del futuro delator, lo que trae como consecuencia que se ponga en duda que la delación sea realmente voluntaria. Iglesias Ríos comenta que si esta se lleva a cabo posteriormente a una detención “escasamente podría visualizarse un comportamiento voluntario espontáneo”⁴⁶⁸; sin embargo, también en dicho supuesto la delación requiere de la voluntad del imputado, porque no está obligado a realizarla en mérito a la garantía de la *no autoincriminación* y puede proseguir con la conducta procesal de resistencia a la imputación.

Ahora bien, la capacidad para delatar, al igual que en la denuncia, conforme a los argumentos de Torres Rosell, se refiere a la aptitud para poder tomar conocimiento de un hecho criminal, transmitirlo a las autoridades y valorar jurídicamente el hecho conocido⁴⁶⁹; de tal manera que, como la delación no es un deber, sino un acto voluntario, la edad requerida para su ejecución será la que corresponda al goce pleno de la capacidad para obrar cuando el agente sea un *whistleblower* y, en el caso del *arrepentido delator*, la edad deberá ser la misma a la edad de imputabilidad por la necesidad de comprensión de las consecuencias jurídicas de su actuación.

En el primer caso, *whistleblower*, estamos ante la llamada *capacidad para obrar* o en italiano *capacità di agire* definida por Santoro-Passarelli como “la aptitud para la actividad jurídica concerniente a la esfera jurídica propia de la persona”⁴⁷⁰, la cual es diferente a la *capacidad jurídica* que se obtiene desde el nacimiento. La capacidad para obrar requiere que el ser humano se haya desarrollado al punto de poder satisfacer sus propios intereses; y es así como, cada ordenamiento jurídico establece la edad en la que el ser humano habrá logrado tal situación que, normalmente, se determina con la

⁴⁶⁸ Iglesias Río, M., “Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del derecho penal preventivo y de la seguridad: un ejemplo en el anteproyecto de reforma del CP de 2010”, en *Revista de Derecho Penal*, n.º 39, 2013, pp. 9-38.

⁴⁶⁹ Véase, Torres Rosell, N., *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 89.

⁴⁷⁰ Santoro-Passarelli, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápolés, 2012, p. 34.

obtención de la mayoría de edad a los 18 años⁴⁷¹. De este modo, todo ciudadano que posea la *capacidad para obrar* podrá constituirse como *whistleblower* ante los canales de denuncia de las instituciones públicas o privadas, puesto que cuenta con la aptitud de reconocer que su acción es beneficiosa y, a la vez, su acción será voluntaria⁴⁷² cumpliendo el requisito subjetivo de la delación.

En el segundo caso (*arrepentido delator*), no solo basta la *capacidad para actuar*, que puede ser *sustancial o procesal*, sino que es necesario que posea *imputabilidad*, que el mismo Santoro-Passarelli diferencia de la *capacità di agire*, porque se trata de la capacidad de entendimiento y voluntad para que se impute a la persona por actos ilícitos civiles o penales⁴⁷³. Aquí se ubica la llamada *edad penal*, que determina la *imputabilidad* de la persona, porque tendría la capacidad de discernimiento de su conducta prohibida por la norma penal⁴⁷⁴.

En consecuencia, esta capacidad de entendimiento y voluntad se presume desde los 18 años; se trata de una presunción relativa, porque la madurez que la ley atribuye a partir de dicha edad puede ser excluida o disminuida por vicios que la ley misma establece⁴⁷⁵. Esta es la orientación legislativa, por ejemplo, en España, Italia y Perú, se regula que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años (art. 322 CCE, 2 CCI y art. 42 CCP). Esta misma edad se aplica para la imputabilidad en España⁴⁷⁶ y Perú⁴⁷⁷, porque

⁴⁷¹ Galgano, F., *Diritto privato*, Cedam, Padua, 1981, p. 75.

⁴⁷² Linacero de la Fuente precisa que la capacidad jurídica de la persona no está dentro de la autonomía de la voluntad, sino comprendida en el orden público. Linacero de la Fuente, M., *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 35.

⁴⁷³ Santoro-Passarelli, F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 34.

⁴⁷⁴ Dawan, D. J., *I nuovi confini dell'imputabilità nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2006, p. 12.

⁴⁷⁵ Fiandaca, G./Musco, E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 164.

⁴⁷⁶ El Tribunal Supremo ha señalado que “es evidente que el artículo 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media”. STS núm. 557/2015, de 20 de octubre de 2015, (Sala de lo Civil, Sección 1.ª [RJ 2015\4900]). STS núm. 269/2021, de 6 de mayo de 2021, (Sala de lo Civil, Sección 1.ª [RJ 2021\2381]). STS núm. 654/2020, de 3 de diciembre de 2020, (Sala de lo Civil, Sección 1.ª [RJ 2020\4815]).

⁴⁷⁷ La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CJ-116, de 12 de junio de 2017 señala lo siguiente: “El primer elemento sobre el que descansa el juicio de

excluyen la responsabilidad penal para los menores de 18 años (art. 19 CPE⁴⁷⁸ y art. 20 CPP). De manera diferente, en Italia la edad de imputabilidad inicia desde los 14 años, por lo que, todo sujeto que tenga la capacidad de *entender* y *querer* será imputable desde esa edad (art. 85 CPI)⁴⁷⁹.

La importancia de que se aplique al *arrepentido delator* la edad penal como requisito subjetivo permite *presumir* que su actuación voluntaria y consciente de asumir su participación en actos criminales, así como la revelación de la identidad de otras personas que habrían participado en el acto de corrupción o conformarían junto a él la organización criminal, respecto de las cuales, deberá otorgar información relevante a cambio de obtener los beneficios premiales legalmente previstos.

En el caso de la persona jurídica, existe un consenso en la doctrina que admite que tiene la misma *capacidad jurídica* que la persona física, al ser dos especies de un mismo género⁴⁸⁰, con las únicas particularidades que se determinen al momento de su constitución. Así pues, también posee *capacidad para obrar* que le permite desarrollar sus actividades jurídicas para lograr sus objetivos⁴⁸¹, tal actividad es ejecutada por sus órganos integrados por personas físicas⁴⁸². A nivel penal, como ya hemos desarrollado anteriormente, es más discutible su imputabilidad, por lo que, siguiendo el modelo de

culpabilidad es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad –condición previa e indispensable de la culpabilidad–. Esta tiene dos ámbitos: a) el sujeto debe alcanzar una edad determinada: dieciocho años; y, b) el sujeto no debe padecer graves anomalías psíquicas, que eliminen el grado mínimo de capacidad de autodeterminación exigido por nuestro ordenamiento jurídico”.

⁴⁷⁸ Muñoz Conde precisa que esta norma no establece que el menor de 18 años sea absolutamente irresponsable, toda vez que se le puede aplicar la legislación penal de menor de edad. Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 160.

⁴⁷⁹ Por ejemplo, citamos la siguiente sentencia de la Corte Suprema de Casación italiana: “[...] el imputado, menor en el momento de la comisión del delito, ha alcanzado la mayoría de edad antes de la celebración del juicio de apelación, dado que, con el logro de la mayoría de edad, adquiere plena capacidad de obrar”. Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 19727/2015 de 13 de mayo de 2015, (sección segunda penal, ([ECLI:IT: CASS:2015:19727PEN])). También recuerda la Corte Suprema italiana que “la categoría dogmática de incapacidad de comprender y querer no es del todo superponible a la incapacidad de obrar, total o parcial, que conforme a la ley sea imputable al menor, a la persona interdicta o incapacitada [...]”. Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 21869/2022 de 7 de junio de 2022, (Sección cuarta penal, ([ECLI:IT: CASS:2022:21869PEN])).

⁴⁸⁰ Galgano, F., *Diritto privato*, cit., p. 79. Por tal razón, las persona jurídica, en ejercicio de su capacidad civil, tienen deberes y derechos. Véase, Blasco Gascó, F., *Instituciones de derecho civil. Parte general. Introducción. Los sujetos de derechos. La relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 216.

⁴⁸¹ Santoro-Passarelli, F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 44.

⁴⁸² Galgano, F., *Diritto privato*, cit., p. 80.

responsabilidad penal o administrativa, se puede extraer como características que las *personas jurídicas* deberán tener, para individualizarla respecto de las personas físicas que la componen, un interés autónomo⁴⁸³, organización estable y patrimonio propio⁴⁸⁴.

Es necesario recalcar la situación especial que sucede con el *arrepentido*, porque, si bien solo basta aplicarle la capacidad natural para ejercitar la delación, ello conlleva el reconocimiento de la participación criminal; por ende, se convertirá en parte acusada en el proceso penal. De este modo, las capacidades intelectual y volitiva del *arrepentido delator* se relacionan con las exigencias constitucionales del derecho de defensa y del debido proceso (o proceso justo). De este modo, la aplicación del concepto de *capacidad* para el *arrepentido delator* implica que no deba tener afectadas sus capacidades intelectual y volitiva, porque tendrá que reconocer su responsabilidad en los hechos criminales de los delatados.

Por tanto, la capacidad del delator garantizará que comprenda los diversos escenarios jurídicos, *de imputación y negociación*, que se generarán a partir de su delación, los cuales se describen a continuación:

- a) Reconocimiento o aceptación de la imputación que existe en su contra por realizar delitos de corrupción con pluralidad de agentes o como integrantes de una organización criminal (*delación intraproceso*).
- b) Comprensión y reconocimiento de la imputación que se formulará en su contra por los delitos reconocidos en su delación (*delación extraproceso*).
- c) Comprensión de la imputación que se formulará contra los delatados.
- d) Comprensión y aceptación de los beneficios premiales previstos en el ordenamiento jurídico y que les sean aplicables.

⁴⁸³ Zugaldía Espinar señala que no se exige que el beneficio haya sido obtenido para la persona jurídica, sino que la acción desplegada tenga dicho objetivo. Zugaldía Espinar, J.M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 219.

⁴⁸⁴ Véase, Guerini, T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, cit., p. 59. Buján Pérez afirma que el fundamento de la imputación contra la persona jurídica también se basa en la realización de una conducta ilícita cometida personalmente, por lo que, tienen similitud con el sistema de imputación de la persona física. Martínez Buján-Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 812.

En consecuencia, la decisión de convertirse en delator en un proceso penal es *personalísima*, incluso puede ser una herramienta de defensa. Es así que, el tratamiento procesal de la delación es *intuitu personae*, no opera una rigidez que conlleve a una uniformización de la asignación de beneficios premiales, pero sí es importante que los órganos de persecución pública, cuando logren acuerdos con los *arrepentidos delatores*, garanticen la libertad de decisión, esto es, que sea resultado de la valoración consciente del *arrepentido delator* asesorado por su defensa técnica, de que la delación sea el recurso más favorable para su situación procesal. Por ejemplo, en la legislación procesal peruana se menciona expresamente que el *arrepentido* es quien se presenta al fiscal “mostrando disposición” (art. 474 CPPP), al igual que, en Italia con el vigente art. 323 ter CPI que utiliza la fórmula “denuncia voluntariamente”.

2.1.2. Requisito objetivo

Este requisito se refiere a la información sobre el hecho delatado que, como hemos descrito, resulta de obtención dificultosa en los casos de corrupción pública por el nivel de secreto de la comisión delictiva, sumado a la ley del silencio (*omertà*) que caracteriza a las organizaciones criminales. A continuación, analizaremos este requisito aplicable para el *whistleblower* y el *arrepentido delator*, el cual será tratado con mayor detenimiento en el apartado tercero del presente capítulo cuando abordemos la calidad de la información para el acceso a los beneficios premiales.

Comencemos con la idea de que la *delación* es un acto de *declaración o transmisión del conocimiento* adquirido de un hecho de apariencia delictiva. Esto último resulta importante, toda vez que al delator en sentido general no se le exige que realice previamente una calificación jurídica del hecho como un delito (acción típica, antijurídica, culpable y punible); incluso, al *arrepentido delator* tampoco debe exigirse como presupuesto de admisión que el hecho sea un delito, lo cual no quiere decir que se le conceda el beneficio premial con la sola mención de datos fácticos.

Por ello, debemos realizar dos precisiones: primero, el delito es un hecho jurídico y, como tal, altera la realidad generando consecuencias jurídicas⁴⁸⁵. De ahí que

⁴⁸⁵ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Introducción al derecho procesal. Derecho procesal I*, cit., p. 289.

no se delata cualquier hecho natural, sino uno que cumpla la llamada *apariencia delictiva*, que no es lo mismo que la confirmación de los elementos del tipo penal; es decir, el contenido de la delación es un hecho que por sus características externas consistirían en un delito. Esta categoría se asigna con la aplicación de la ley, porque el delito cumple la descripción fáctica que la ley prevé para la aplicación de una sanción; en consecuencia, un hecho será delictivo si ha infringido la ley penal⁴⁸⁶.

La segunda precisión se refiere a la *notitia criminis*, que es el conocimiento del hecho, en específico, el cómo se ha conocido y qué se conoce del mismo; por ende, la información de la delación contiene la manera en que el sujeto logró conocer el hecho y su relevancia jurídica respecto de un tipo penal⁴⁸⁷. Ahora, las legislaciones procesales no establecen una definición de *noticia criminal, notitia criminis o notizia di reato*, sino que regulan su obtención por parte de la Fiscalía, el órgano jurisdiccional o la Policía Judicial, según corresponda, así como el acto procesal de denuncia. Sin embargo, debemos precisar que esta no es una categoría jurídica material, sino procesal, en tanto que se trata de la información de un hecho de relevancia jurídica que sirva para impulsar la actividad procesal de los operadores del sistema de justicia.

Dicho lo anterior, el requisito objetivo de la delación concerniente a la aportación de información de un hecho se cumple al poner de conocimiento de las autoridades, fiscales, judiciales o policiales de un hecho que de manera abstracta configuraría un delito. Por lo tanto, el *whistleblower* y el *arrepentido delator* con la delación transmiten información de un *hecho* de apariencia delictiva, lo que se complementa con el requisito subjetivo, dado que el sujeto al tener la mayoría de edad se presume que tenga la capacidad de discernimiento frente al hecho del que toma conocimiento y que cuente con elementos propios de un hecho penal. Torres Rosell afirma que “el contenido de la denuncia no es el delito; al igual que tampoco este es el

⁴⁸⁶ Véase, Antolisei, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 127-128.

⁴⁸⁷ Aprati, R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, cit., pp. 6-7. Nieva Fenoll señala que la finalidad principal de la denuncia es la puesta conocimiento del hecho y no la voluntad de ser acusador. Nieva Fenoll, J., *Derecho procesal III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 197.

objeto del proceso. El contenido de la denuncia y el objeto del proceso es el hecho aparente y abstractamente delictivo”⁴⁸⁸.

En consecuencia, no le es exigible al *whistleblower* conocimientos jurídicos que le permitan diferenciar las categorías de la teoría del delito o si estuviera ante un delito grave o leve, sino que el requisito objetivo se cumple solamente con la información del hecho que ha conocido dentro de su institución y que, de manera abstracta, considere que tiene los rasgos de una actuación irregular. Por el contrario, en el caso del *arrepentido delator*, el hecho delatado sí tiene que ser un acto criminal, porque él ha participado en su realización y es la naturaleza delictiva del hecho que permite iniciar la negociación del beneficio premial.

2.1.3. Requisito formal

Este requisito se trata del momento oportuno de la delación. Cuando nos referimos a la categoría *momento*, nos introducimos en el concepto de *tiempo*, que es definido como “el momento determinado en que un acto procesal debe verificarse”⁴⁸⁹, respecto del cual, en la doctrina se hace la diferencia entre *término* y *plazo*. Así pues, el primero se refiere a las horas o días específicos en que se debe realizar un acto procesal; mientras que el segundo es un periodo o lapso establecido entre máximos o mínimos en que se realiza el acto procesal⁴⁹⁰.

De acuerdo con lo mencionado, la categoría aplicable a la delación es la de *plazo*, por lo que la norma deberá establecer el lapso en que debe ejecutarse la delación, el cual será establecido en función de criterios de idoneidad e incentivo de la voluntad para que los delatores ejecuten el acto de delación. Además, este requisito tiene particularidades según se trate del *whistleblower* o del *arrepentido delator*, debido a que el *momento oportuno* de la delación de los *whistleblowers* solo estará sujeto a que la Administración pública o privada no haya iniciado el procedimiento interno de

⁴⁸⁸ Torres Rosell, N., *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 186.

⁴⁸⁹ Fenech, M., *Curso elemental de derecho procesal penal. Desarrollo sistemático del derecho positivo español*, Bosch, Barcelona, 1945, p. 11.

⁴⁹⁰ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Introducción al derecho procesal. Derecho procesal I*, cit., p. 293-296.

indagación sobre el hecho que se desea delatar. Mientras que para los *arrepentidos delatores* el *momento* de la delación se ubica entre la comisión del delito y el acto mismo de delación. Si bien el parámetro temporal básico es hasta que no se haya iniciado un procedimiento penal, actualmente los ordenamientos jurídicos se orientan a determinar el tiempo para la delación en función a una relación entre la disociación y el aporte de la información con el acceso a los beneficios premiales, para fortalecer el incentivo a la delación de la corrupción pública.

2.2 Requisitos específicos

El propósito de este apartado es sistematizar los requisitos que son aplicables de manera individual al *whistleblower* y al *arrepentido delator*. Esto servirá como puente de paso para el desarrollo posterior de la tesis, debido a que, si bien ambas formas de delación pueden ser consideradas modernas para enfrentar la corrupción, se diferencian por sus fundamentos, consecuencias y valor dentro de un proceso penal que busca, como herramienta eficaz, contribuir a la lucha contra la corrupción pública.

2.2.1 Whistleblower

En este punto seguiremos el esquema de los requisitos comunes, esto es, *requisito subjetivo*, *requisito objetivo* y *requisito formal*, de manera que iniciamos con el ámbito subjetivo para responder quiénes pueden ser *whistleblowers*; luego, abordaremos el *objeto* del *whistleblowing* y, finalmente, desde el ámbito formal, el diseño del canal de denuncia interno o externo, todo lo cual será desarrollado siguiendo la Directiva (UE) 2109/1937 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.

a) Requisito subjetivo: *La relación del whistleblower con la institución pública o privada*

La reflexión sobre la relación o vinculación del *whistleblower* con la institución pública o privada nos hace surgir dos cuestiones de análisis. Primero, qué relación debe existir entre el *delator* y la institución, es decir, si el sujeto trabaja en la organización al

momento en que delata o también pueden serlo quienes hayan trabajado para la Administración pública o empresa, o, incluso, un tercero que no tenga vínculo laboral de dependencia con la institución, pero que ha tomado conocimiento del hecho debido a sus actividades personales que lo vinculasen con la organización. La segunda cuestión, que ya ha sido mencionada previamente, se refiere a los deberes de lealtad y reserva que serían infringidos por el *whistleblower*.

La finalidad político-criminal de lucha contra la corrupción resuelve en favor de la delación el análisis proporcional entre el cumplimiento de los deberes de lealtad con la organización y la necesidad de descubrir los actos contrarios al ordenamiento jurídico. Por el contrario, la vinculación laboral del *whistleblower* con la institución pública o privada genera un debate, dado que la misma necesidad de conocimiento del hecho justificaría que dentro de la categoría de *whistleblowers* se incluyan a quienes ya no trabajen dentro de la institución o a terceras personas que se relacionen con ella, como es el típico ejemplo de los proveedores. Al respecto, Ragués I Vallès menciona que estos *denunciantes externos* “pueden mostrar una mayor disposición a denunciar que los empleados, al no hallarse sujetos a posibles represalias como en el caso de empleados o proveedores”⁴⁹¹.

Sin embargo, extender la posibilidad de que personas ajenas a la organización puedan actuar como *whistleblowers* no resulta acorde con los fundamentos de la institución jurídica (*whistleblowing*), porque no se trata de una ampliación de la figura de la denuncia, sino de un mecanismo especial para que las personas puedan comunicar o *denunciar* al interior o exterior de la organización un hecho que consideren irregular.

Por tanto, los *terceros* (proveedores, contratistas, etc.) que solo tienen una relación esporádica con la institución pública o privada no deberían utilizar los canales de denuncia, debido a que estos se implementan para impulsar el valor de denunciar de los trabajadores de la organización con la seguridad de que no sufrirán represalias por su actuación; por el contrario, los terceros que conozcan de la existencia de un hecho ilícito cometido en una organización deberán o podrán, según el sistema normativo, denunciar ante los órganos de persecución penal.

⁴⁹¹ Ragués I Vallès, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, cit., p. 121.

En el caso del sujeto que haya dejado de trabajar para la institución pública o privada, si nos mantenemos en el esquema rígido de que el canal de denuncia solo podría recibir las denuncias de los que tienen vínculo vigente con la organización, ello nos conduciría a negar la posibilidad de que estas personas puedan acceder al sistema de *whistleblowing* y que deban dirigirse a la Fiscalía o a la Policía para la formulación de la denuncia. Sin embargo, aparece un elemento importante, anteriormente mencionado, que son los compromisos de reserva o lealtad que en muchos casos se mantienen hasta años posteriores a la culminación de la relación laboral. Este elemento actúa como un desincentivo para que el sujeto formule una denuncia, dado que por las formalidades exigidas deberá identificarse, con lo cual la institución podría disponer el inicio de acciones legales en su contra.

Asimismo, la forma de la *denuncia anónima* tampoco resulta idónea para satisfacer las expectativas de un sujeto que desea delatar, pero teme a las consecuencias negativas posteriores, porque en muchos casos la información consignada en el documento anónimo puede permitir a la organización presumir al sujeto delator. Ante ello, el *whistleblowing* es el único mecanismo que le puede generar confianza al extrabajador para que delate a sabiendas de que su identidad se mantendrá en reserva y podrá ser beneficiado de medidas de protección. Se configura un balance entre la prioridad de que el sistema de justicia obtenga la información de calidad que ha conocido el sujeto dentro de la institución y el riesgo de que los canales de denuncia puedan ser utilizados por sujetos que quieran perjudicar la reputación de la organización debido a la culminación de la relación laboral.

Por esta razón, la orientación normativa se inclina por la prevalencia de la obtención de la información y se garantiza al *whistleblower* que, a pesar de que ya no tenga vínculo con la organización, pueda delatar, en caso contrario, se reduce su funcionalidad y perdería utilidad.

De este modo, el art. 4 de la reiterada Directiva (UE) 2019/1937 sistematiza en tres grupos a las personas que pueden actuar como *whistleblowers*⁴⁹²:

⁴⁹² Fernández Ajenjo, en su análisis de la Directiva sintetiza que el ámbito personal “se extiende al sector público y privado, pero únicamente a aquellos sujetos vinculados ex ante, durante o ex post en un contexto laboral a la denuncia presentada”, Fernández Ajenjo, J., “Comentarios a la Directiva UE

i. *Personas que tienen vínculo laboral vigente con instituciones del sector público o privado:* Este supuesto abarca al sujeto que actualmente tiene el estatus de empleado de la institución pública o privada. Aquí, la Directiva ubica a todos los *trabajadores* así no sean asalariados, a los accionistas e integrantes de los órganos de administración, dirección o supervisión; además, en el mismo art. 1. Entonces, la Directiva tiene la voluntad de ampliar al máximo el alcance del *whistleblowing* incluyendo a los no ejecutivos que pertenezcan a los órganos de administración, dirección o supervisión, a los voluntarios y a los practicantes aun cuando no sean remunerados por la institución. También permite que sean *whistleblowers* los terceros trabajadores de los privados con relación contractual con el Estado (contratistas, subcontratistas o proveedores).

ii. *Personas que tienen una relación laboral concluida con una institución del sector público o privado:* En este supuesto se encuentran los *extrabajadores*, quienes ya no están vinculados con la institución pública o privada, pero poseen información de hechos irregulares cometidos durante la vigencia de su relación laboral. Aquí se requiere de una ponderación para evitar que el *whistleblowing* se convierta en una herramienta de *revanchas* o *venganzas personales* que afecten, finalmente, a la reputación de la empresa dentro del mercado.

Así pues, en primer lugar, debemos considerar que si el sujeto no delató el hecho durante el tiempo en que trabajaba en la institución, permite inferir que el *canal de denuncia* no fue lo suficientemente idóneo para incentivar que realice la delación con la protección de su identidad. En segundo lugar, la Directiva no hace precisiones en su ámbito de aplicación personal acerca de la forma en que el sujeto concluyó sus labores dentro de la institución, dado que la relación laboral no solo puede concluir por un vencimiento del contrato, por razones temporales o cumplimiento del objeto, sino producto de una evaluación desfavorable del desempeño del trabajador o por un procedimiento disciplinario interno, etc. En tercer lugar, el legislador europeo ha dado preferencia a la obtención de la información, razón por la que no regula una restricción de admisión de la información.

2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión”, Rodríguez-García, N./Rodríguez López, F., (eds.), *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 120.

iii. *Personas que se ubican en fase precontractual con una institución del sector público o privado:* En cuanto concierne a esta categoría de los *whistleblowers*, se permite a *terceras personas* que delaten, a pesar de no trabajar ni haber trabajado en la institución pública o privada o no tener contratación de servicios con ellas. De este modo, el legislador europeo ha dado preferencia a la obtención de la información sobre actos irregulares que se produzcan durante los procesos de selección o negociación precontractual.

b) Requisito objetivo: *La información del whistleblower*

Desde un plano general, Lattanzi menciona que el *whistleblower* denuncia comportamientos que están previstos como ilícitos en las normas⁴⁹³. En esta línea, encontramos que el art. 2 de la citada Directiva 2019/1937, que al regular su aplicación material, establece un catálogo de materias en las que puede actuar el *whistleblower*, entre las que destacamos las siguientes: a) *contratación pública*; b) *servicios productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*; c) *protección del medio ambiente*; d) *salud pública*; e) *protección de los consumidores*, etc., a los que se suman las infracciones contra los intereses financieros de la Unión y al mercado interior.

Al respecto, las materias mencionadas están en el ámbito material de la Directiva y tienen relación con el concepto amplio de corrupción. Si bien la norma europea no establece un catálogo de actos corruptos, la conexión con la corrupción permite que sean consideradas dentro del requisito objetivo de delación por corrupción. Por ello, Cantone señala que el contenido del *whistleblowing*, en estos casos, se trata de la “revelación de hechos que pueden integrar el tipo abstracto del delito de corrupción”⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Lattanzi, R., “Riflessioni sul *whistleblowing*. Un modello da replicare ‘A occhi chiusi?’”, en Fraschini, G./Parisi, N./Rinoldi, D., (coords.) *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, cit., p. 136. Así pues, como resalta Saéz Lara es la “principal forma de descubrir conductas ilícitas y fraudulentas”. Saéz Lara, C., *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 15.

⁴⁹⁴ Cantone, D. R., “La tutela del *whistleblower*: l’art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, comma 51)”, en Mattarella, B.G./Pelisser, M. (eds.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., p. 245.

c) Requisito formal: *El diseño del canal interno o externo de denuncia*

El *requisito formal específico* para los *whistleblowers* se trata del uso de los *canales de denuncia*, que son de dos tipos: *interna* y *externa*⁴⁹⁵, cuya orientación de diseño se encuentra prevista en los artículos 8, 9 y 12 de la Directiva, por lo que, a continuación, se sistematizarán según tres elementos configuradores: *órgano administrador, formas de recepción de denuncia* y *gestión de información*.

i. Canal de denuncia interna

La Directiva establece que el deber de implementar el *canal de denuncia interna* rige tanto para el sector público como para el sector privado. También se señala, como un requisito de implementación la “previa consulta a los interlocutores sociales y de acuerdo con ellos cuando así lo establezca del derecho nacional”. Este requisito debe ser cumplido por todas las *entidades jurídicas del sector público* y las que les pertenezcan o estén bajo su control; no obstante, habilita a los Estados miembros a eximir de su cumplimiento a las municipalidades que tengan menos de 10.000 habitantes y las entidades que no lleguen a un universo de 50 trabajadores.

En el caso de las *entidades jurídicas del sector privado*, el requisito mencionado se aplica cuando tengan un rango de número de trabajadores de 50 a más. Y, quedan excluidas de aplicación del límite de trabajadores cuando se trate de *servicios, productos financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; seguridad del transporte; y protección del medio ambiente*.

Asimismo, la norma europea señala que, para las materias de *medio ambiente* y *salud pública*, los Estados miembros pueden disponer con base en estudios de riesgo la obligación de implementación de *canales de denuncia interna* en las entidades que tengan menos de 50 trabajadores.

⁴⁹⁵ El diseño de los canales de denuncia debe generar confianza en los posibles denunciadores, solo así se podrá promover su uso. Véase, León Alepont, J., “Los canales de denuncias como instrumento para la prevención y/o detección de conductas irregulares o delictivas en el ámbito corporativo”, en Matallín Evangelio, A./Fernández Hernández, A. (dirs.), *Criminal compliance programs y mapas de riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 187.

La administración o *gestión de los canales de denuncia interna* podrá ser encargada a tres tipos de *administradores*: a) una *persona interna de la institución*, b) *departamento* de la institución, y c) *terceras personas*. En los tres supuestos se deberá garantizar la imparcialidad y diligencia en el tratamiento de la información; asimismo, la norma permite que la competencia de la *recepción y seguimiento* de la denuncia recaiga en la misma persona, departamento o tercero ajeno a la entidad del sector público o privado.

En cuanto a las *formas de recepción de denuncia interna*, se debe destacar que los *canales de denuncia interna* deben ser accesibles y contar con información clara para transmitir seguridad al potencial *denunciante*; incluso, deberá contener los datos que sirvan de orientación para acceder a los *canales de denuncia externa*. Pues bien, las *denuncias internas* podrán ser presentadas de manera *escrita* u *oral*, sin excluir la posibilidad de que el denunciante utilice ambas formas. Cabe precisar que la presentación de una *denuncia verbal* debe entenderse en el sentido más amplio, para que incluya llamadas telefónicas, mensajería de voz u otros medios análogos, así como de manera presencial ante la administración del *canal de denuncia interna*.

Finalmente, por lo que se refiere al *tratamiento de la información*, el diseño del *canal de denuncia interna* debe garantizar que la información aportada por el *whistleblower* estará protegida y solo tendrá acceso a ella quien esté a cargo de la administración del canal de denuncia⁴⁹⁶. Al respecto, como es posible que el receptor de la denuncia también asuma la función del seguimiento deberá, primero, confirmar la recepción de la denuncia, momento a partir del cual se computan tres meses para dar una respuesta al denunciante; y, segundo, estar en contacto con el *whistleblower* para que le informe del avance de la investigación o requerir alguna información complementaria.

ii. *Canal de denuncia externa*

El diseño corresponde al mismo Estado, que deberá realizar las funciones de *garantía, designación y sostenimiento*. La primera se refiere a que el Estado garantizará

⁴⁹⁶ Sobre las finalidades y objetivos del *whistleblowing* véase Puyol, J., *El funcionamiento práctico del canal de compliance "whistleblowing"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 17-18.

que los *canales de denuncia externa* sean independientes y autónomos⁴⁹⁷. La segunda consiste en atribuir la competencia a una autoridad nacional para que cumpla con la recepción de las denuncias, formulen las respuestas a los denunciantes y realicen el seguimiento; mientras que la tercera función es de naturaleza económica, por la cual deberá dotar de los recursos necesarios para el funcionamiento del *canal de denuncia externa*.

De igual manera que en el caso anterior, el *canal de denuncia externa* tendrá un *administrador* o *gestor*; no obstante, cabe precisar que este responsable directo no es designado por el Estado, sino por la autoridad previamente declarada competente para que cumpla con la *recepción, respuesta y seguimiento* de las *denuncias externas*, de manera que el Estado, en cumplimiento de la que hemos llamado *función de garantía*, vigilará que se cumpla con la implementación y el funcionamiento de los *canales de denuncia externa*. El *administrador* o *responsable* recibirá capacitación para garantizar su eficiencia en el tratamiento de las denuncias y estará en contacto con los *denunciantes externos* para informar la recepción, requerir información adicional y comunicar el resultado de la investigación.

Respecto a la *forma de presentación de la denuncia externa*, se establece que podrá ser por escrito o verbal a través de los diversos medios tecnológicos y de forma personal (en este caso el denunciante solicita una reunión presencial). En este punto la norma europea contempla también el supuesto en que las *denuncias externas* sean presentadas ante autoridades que no sean competentes del *canal de denuncia externa* o personas que no tengan designada por la autoridad competente la responsabilidad de administración del canal de denuncia. Ante ello, la Directiva señala que el Estado deberá, en cumplimiento de la *función de garantía*, supervisar que las autoridades remitan las denuncias dentro de un plazo razonable sin que se afecte la reserva de identidad del *denunciante* ni la *confidencialidad* de la información, lo cual debe ser puesto de conocimiento del *denunciante*. De igual manera, procederán las *personas no responsables de un canal de denuncia externa* que reciban denuncias, quienes deberán tener expresamente prohibida la revelación de la información.

⁴⁹⁷ León Alepont señala que la autonomía del canal es menos compleja de cumplir que la independencia, porque al estar a cargo de instituciones de la Administración pública se aplica el principio de jerarquía. León Alepont, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 273-274.

En cuanto al *tratamiento de la información*, los *canales de denuncia externa* deberán estar diseñados e implementados de tal manera que se cumplan los criterios de *exhaustividad, integridad y confidencialidad*. Así pues, solo podrán acceder a la información las personas designadas por la autoridad que tenga la competencia por decisión del Estado. Una vez recibida la *información*, la normativa europea establece unos plazos para la confirmación de la recepción y la comunicación de los resultados al *denunciante externo*. En principio, el *acuse de recibo* deberá darse dentro de los 7 días en que la *denuncia externa* fue presentada; y la comunicación de los resultados deberá ser comunicada en un rango máximo de 3 a 6 meses, según la complejidad del tratamiento de la información.

Asimismo, la Directiva regula dos aspectos importantes para el tratamiento de la información. Primero, que la información será almacenada dentro de un plazo proporcional, porque puede servir para el impulso de otras investigaciones; y, segundo, establece facultades de discrecionalidad para las *autoridades competentes*. Así pues, se reconoce que si el hecho denunciado no es grave se pronuncia por un rechazo liminar que, según la misma Directiva, no configura un archivo del procedimiento, pero que debe ser motivado y comunicado al denunciante. En la misma línea, de haber un número alto de *denuncias externas* recibidas, la autoridad competente podrá seleccionar las que considere de mayor gravedad para darles prioridad en el tratamiento de la denuncia. Segundo, a nivel de resultado o respuesta, la autoridad competente podrá disponer el archivo del procedimiento cuando la *denuncia externa* contenga hechos repetitivos o, previo análisis, se concluya que no se ha aportado nueva información relevante; dicha decisión se comunicará motivadamente al denunciante.

Tal como se ha descrito, la Directiva (UE) 2019/1937 representa la necesaria expansión armonizada del *whistleblowing* en Europa, puesto que su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de los diversos países ha sido progresivo. Por ejemplo, en Italia durante el año 2017 se implementó una reforma para ampliar su alcance al sector privado (Ley N.º 179/2017, de 30 de noviembre de 2017, “*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*”)⁴⁹⁸, que tiene como objeto la

⁴⁹⁸ La Ley N.º 190/2012, del 6 de noviembre de 2012, “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”, modificó el Decreto Legislativo N.º

modificación del art. 54-bis incorporado en su legislación en el año 2012, así como la incorporación del art. 6 al Decreto Legislativo N.º 231/2001 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas⁴⁹⁹. Con esta modificación se amplía el concepto de *empleado público* para los efectos de su tutela como *whistleblower*. Adicionalmente, se regula la tutela a los empleados del sector privado y otras modificaciones que clarifican la participación de las autoridades como es el caso de la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC).

En ese sentido, la norma italiana del 2017 es más clara respecto de la finalidad de la regulación del *whistleblowing*, porque invoca como motivo de acción del *whistleblower* el “interés de la integridad de la Administración pública”, lo cual permite recordar su fundamento ético. Sobre el particular, Fera señala que la tutela del *whistleblower*, a quien se le respeta su libertad de expresión o crítica reconocida en la Constitución italiana, puede denunciar ante el *responsable de la prevención de la corrupción dentro de la Administración pública*; la *Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC)*; o a la *autoridad judicial ordinaria o contable*⁵⁰⁰.

En cuanto a los requisitos subjetivos, el nuevo art. 54 bis –en este punto hay coincidencias con la norma europea de 2019– señala que dentro del concepto de *empleado público* se encuentran los que trabajan en entidades público-económicas, o entidades de derecho privado sometidas a control público e, incluso, a los trabajadores y colaboradores de las empresas que proporcionan bienes y servicios a la Administración pública. Entonces, se ha producido una extensión del concepto de *empleado público* para que no solo se restrinja a quienes tengan una relación directa con la Administración pública, sino que incluye a las empresas que tienen una relación con el Estado, en las

165/2001, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, incorporando el art. 54-bis destinado a regular la protección del empleado público que denuncia ilícitos. De la revisión del artículo citado se advierte que, sin llegar a regular los canales de denuncias interna y externa, el legislador italiano había previsto que los *whistleblowers* puedan formular sus denuncias al interior de la Administración pública o directamente a las autoridades externas, con lo que estamos frente a los dos tipos de *whistleblower*: *inside whistleblower* y *external whistleblower*.

⁴⁹⁹ Cabe recordar que, en Italia durante el año 2019 se produjo la reforma de la inclusión de la *causa de no punibilidad* para algunos delitos de corrupción (art. 323-ter CPI), manteniéndose la prohibición de conceder beneficios penitenciarios a los que no colaboran con la justicia (art. 4-bis del ordenamiento penitenciario).

⁵⁰⁰ Fera, G., “Whistleblowing definizione dell’istituto”, en Buonanno, A./D’amora, F./Fera, G./Raffaghelli, M., *Il whistleblowing dopo la L. N. 179/2017*, Giuffrè Editore, Milán, 2019, p. 6.

cuales pueden producirse hechos de corrupción que los trabajadores deciden delatar sin tener una relación laboral propia⁵⁰¹.

Por otro lado, la norma italiana del 2017 regula al *whistleblower* del sector privado dentro de la legislación especial de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Para ello, se introduce de manera expresa la necesidad de implementación de *canales de denuncia*, lo cual deberá estar considerado en el denominado modelo 231 (*modello di organizzazione e gestione*), que es el *programa de cumplimiento* de las empresas italianas. Estos canales, desde el ámbito del requisito formal y por mandato legal, estarán diseñados para garantizar la reserva de la identidad del *whistleblower*, así como un *canal alternativo* informático para las denuncias que cumpla con la seguridad de que no se revele la identidad del *denunciante*.

En el caso español, ya se ha indicado que la responsabilidad penal de la persona jurídica se incorporó con la Ley Orgánica 5/2010. Entre sus incorporaciones al Código Penal se encuentra el art. 31 bis.4 que regula la cláusula de exención de responsabilidad de la persona jurídica en los casos en que cuente con un *modelo de organización y gestión*, que haya sido suficiente para prevenir o reducir el riesgo de que se realice el delito imputado. Esta norma resulta incompleta porque no regula de forma expresa los canales de denuncia y las medidas de protección, puesto que, como indica Raguès I Vallès, al no haber tal regulación en el Código Penal español, los *canales de denuncia interna* se convierten en un instrumento adicional que coadyuve en la convicción judicial respecto de la imprevisibilidad de la comisión del delito⁵⁰².

Ahora bien, para superar este vacío normativo, en España se ha promulgado la Ley N.º 2/2023, “*reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*” que sí contempla los *canales de denuncia*. Para tal fin, se plantea el *Sistema interno de información* (Título II) y *Canal externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante* (Título III, A.A.I). En sus art. 4 y 7 se establece que el *canal interno* se integra al sistema interno de información, el cual es el conducto preferente para que se

⁵⁰¹ Véase Fera, G., “Whistleblowing definizione dell’istituto”, en Buonanno, A./D’amora, F./Fera, G./Raffaghelli, M., *Il whistleblowing dopo la L. N. 179/2017*, cit., pp. 7-8.

⁵⁰² Ragués I Vallès, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, cit., p. 111.

informen sobre las infracciones y permitirá que las comunicaciones se puedan presentar por escrito, verbal, teléfono, correo electrónico o cualquier otro método tecnológico. En el art. 16 se regula que los informantes pueden presentar su comunicación con independencia de si lo ha realizado o no en el canal interno, además, en el art. 42.1 se señala que AAI es independiente y autónoma del “Gobierno, de las entidades integrantes del sector público y de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones”.

De manera diferente, a la orientación española e italiana, en el Perú no existe una regulación sistemática del *whistleblowing* al igual o según los parámetros contenidos dentro de la Directiva (UE) 2019/1937. No obstante, hay normas especiales que tienen como finalidad la *protección de los denunciantes en el ámbito administrativo* y, más específico, *la protección de los denunciantes de actos de corrupción*. A ello se suma que, con la incorporación de la *responsabilidad administrativa de la persona jurídica* (Ley N.º 30424), se regula el *compliance* con el nombre de *modelo de prevención* y le otorga el valor de eximente de sanción. En su artículo 17 referido a la implementación y el contenido del *modelo de prevención*, señala la necesidad de la “existencia de sistema de denuncias” y “protección de denunciantes”. Para comprender estos extremos, nos debemos remitir al Decreto Supremo N.º 02-2019-JUS, “*Reglamento de la Ley N.º 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas*”, en el que se advierte de que estos procedimientos de denuncia son elementos mínimos que debe contener el *modelo de prevención* (art. 33).

Ahora bien, en los artículos 39 y 40 del citado Reglamento peruano se establece la implementación y el funcionamiento del procedimiento de denuncia al interior de la persona jurídica. Es aquí en que se encuentran los *canales de información sobre irregularidades* que serían el canal de denuncia que estamos analizando. Desde un punto de vista formal, la norma señala que estos canales deben ser abiertos, difundidos y de acceso igualitario, mediante los cuales se presente la denuncia en forma verbal o escrita.

Cabe precisar que en el transcurso entre los años 2010 y 2017 se han emitido en el Perú dos normas que tienen como objeto la protección de denunciantes. La primera fue el Decreto Legislativo N.º 1327, “*Decreto Legislativo que establece medidas de*

protección para el denunciante de actos de corrupción y sanciona las denuncias realizadas de mala fe"; y, la segunda, la Ley N.º 29542, "*Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y colaboración eficaz en el ámbito penal*". Una muestra de falta de sistematicidad en la materia del *whistleblowing* para la corrupción pública es que la primera ley de las mencionadas es de competencia de todas las entidades, mientras que la segunda compete a la Contraloría General de la República.

De la revisión de ambas normas y de sus reglamentos respectivos (Decreto Supremo N.º 010-2017-JUS y Decreto Supremo N.º 038-2011-JUS), se advierte una orientación legislativa directa para fortalecer la protección de los denunciantes, ya sea, por un lado, de actos de corrupción o, por el otro, más general, hechos arbitrarios o ilegales que cometan funcionarios o servidores públicos. No obstante, en el Perú falta dar el salto cualitativo hacia un sistema de *whistleblowing* que puede tomar como punto de partida ambos instrumentos normativos señalados, puesto que en el caso de las *denuncias por corrupción* la norma tiene como finalidad proteger al *external whistleblower* (terminología italiana), que es llamado "tercero colaborador de la Administración pública"; mientras que la protección a los denunciantes en general del ámbito administrativo está destinada a un *inside whistleblower* o *external whistleblower*, porque la Contraloría General de la República actúa en la práctica como un *canal de denuncia externa*.

2.2.2 Arrepentidos delatores

Ahora veremos los *requisitos específicos* que corresponden al *arrepentido delator*, con la misma sistematización de *requisito subjetivo*, *requisito objetivo* y *requisito formal*. Al respecto, debemos realizar una precisión y una advertencia previa. Primero, precisamos que el requisito objetivo que hemos considerado del *abandono de la actividad delictiva* se basa en que no todo nivel de corrupción debería admitir el empoderamiento de la *delación*, sino solo la corrupción cometida por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales. Esta forma de cometer la corrupción genera la *emergencia de investigación* aludida anteriormente; de lo contrario, se produciría un aumento del riesgo en la arbitrariedad y la proporcionalidad que el Estado debe garantizar frente a los ciudadanos, razón por la cual este requisito corresponde al

abandono de la actividad delictiva o disociación criminal que es un objetivo concreto de la legislación premial.

Esta es la orientación legislativa en España, Perú e Italia. En el caso español la figura del *arrepentido delator o colaborador con la justicia* se encuentra regulado en los artículos 376, 570 quáter y 579 bis CPE, que tienen incidencia directa en el combate contra el tráfico de drogas, la criminalidad organizada y el terrorismo, respectivamente. En el Perú, el art. 474.2 CPPP enumera un conjunto de delitos que comprende el terrorismo, lavado de activos, criminalidad organizada, y los tipos penales de corrupción cuando sean cometidos por pluralidad de personas, dicho artículo se complementa con el art. 1.6 del Decreto Legislativo N.º 1301, “*Decreto Legislativo que modifica del Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial de por colaboración eficaz*”, en el que cuando define la delación señala que la información deberá ser útil para “perseguir con eficacia las conductas delictivas graves o cometidas por organizaciones criminales”.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico italiano el llamado *colaboratore di giustizia* se encuentra regulado en diversas normas especiales destinadas al combate del tráfico de drogas, terrorismo y crimen organizado, que tienen como objeto el intercambio entre información y beneficios⁵⁰³. La base de la legislación italiana sobre premios por la colaboración de los *arrepentidos delatores* la ubicamos en el Decreto Legislativo N.º 152/1991 convertido en ley por la Ley N.º 203/1991 “*que regula los procedimientos urgentes en materia de lucha contra la criminalidad organizada, así como la transparencia y el buen funcionamiento de la actividad administrativa*”.

Adicionalmente, en Italia el llamado *pentito di corruzione* confirma la voluntad del legislador de fortalecer la delación contra la corrupción. Este delator obtiene los beneficios premiales previstos por la Ley N.º 3/2019, de 09 de enero de 2019, “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*”. Con la previsión de la *premierità* en los casos de corrupción, el legislador italiano intenta superar la ausencia de premios que refuercen la persecución de tales delitos en la

⁵⁰³ Bevere, A., *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2001, p. 82.

anterior Ley N.º 190/2012, de 6 de noviembre de 2012, “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità fine della nella pubblica amministrazione*”.

Segundo, en cuanto a la advertencia para evitar la reiteración, en el apartado tercero del presente capítulo se volverá a analizar *el contenido de la información y el momento oportuno de la delación*, porque son dos elementos centrales que, por un lado, justifican la *premiabilità* y, por el otro, es el ámbito al que se han enfocado las recientes orientaciones para fortalecer la legislación en materia de delación.

a) Requisito subjetivo: *Admisión de la responsabilidad total o parcial*

Por definición, siguiendo a Viviani, la *chiamata di correo* “significa confesar la comisión de la participación en un hecho de relevancia penal, con la indicación de otra u otras personas participantes”⁵⁰⁴. Esta declaración del *pentito* tiene dos extremos de análisis: por un lado, el contenido y, por el otro, el cumplimiento de formalidades procesales. Además, respecto del *contenido* surgen dos aspectos que son *la admisión de la responsabilidad y la identificación de los delatados*, que hemos ubicado de manera diferenciada en el nivel de los *requisitos subjetivos y requisitos objetivos*, respectivamente.

Así pues, para que proceda la *delación en sentido estricto* es necesario que el sujeto que haya participado en la ejecución de un delito de corrupción pública admita su responsabilidad penal, lo que, en palabras de Ruga, constituye el *momento subjetivo de la disociación* que se produce cuando el *arrepentido delator* se desvincula de su inicial adhesión al cumplimiento del programa criminal de la organización criminal⁵⁰⁵. Para los efectos de la presente investigación, se incluye *la comisión de delitos de corrupción pública cometidas por pluralidad de agentes*, aplicando el término de abandono de la actividad delictiva, conducta que debe ser evidente e inequívoca sin importar los móviles de la decisión del arrepentido⁵⁰⁶. El extremo de la *chiamata di correo* o

⁵⁰⁴ Viviani, A., *La chiamata di correo nella giurisprudenza*, Giuffrè Editore, Milán, 1991, p. 161.

⁵⁰⁵ Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 31.

⁵⁰⁶ Cuerda-Arnau, M.ª L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, cit., pp. 410-411.

chiamata in correatà que corresponde a la *admisión de la responsabilidad* permite construir o perfeccionar la imputación penal en contra del ahora *arrepentido delator*.

Es así como la *lógica premial* busca promover que el actual o futuro *imputado* renuncie a su *derecho a la no autoincriminación*, sin que se afecte el *debido proceso*. Al respecto, Ferrua precisa que debe distinguirse entre la protección constitucional del derecho a la no autoincriminación y el derecho al silencio. El autor italiano menciona que el derecho al silencio siempre está en un constante riesgo, debido a que el imputado (convertido en delator) decide declarar contra otros, por lo que el silencio se limita a la negación de responder algunas preguntas que puedan generar nuevas imputaciones en contra del delator, a pesar de la vinculación estrecha de la participación delictiva de ambos (delator y delatado)⁵⁰⁷,

Por consiguiente, los derechos de no *autoincriminación* y al *silencio* se flexibilizan cuando el arrepentido delator decide delatar y admite su responsabilidad, según las dos maneras que describimos a continuación:

i. *Admisión total de la responsabilidad*: En este caso el *arrepentido* renuncia al derecho a la no autoincriminación y admite todos los extremos de la imputación penal en su contra por la comisión de actos de corrupción pública con pluralidad de personas concertadas o como parte de una organización criminal. Este constituye el mejor escenario para los intereses del fiscal, porque confirma la hipótesis de investigación, por lo que se produce cuando ya se haya iniciado un procedimiento penal, desde los primeros momentos de la indagación preliminar o cuando formalizada la investigación el imputado decide delatar para recibir los beneficios premiales.

ii. *Admisión parcial de la responsabilidad*: El *arrepentido delator* también puede admitir solo algunos de los hechos que se le imputen, lo cual suele suceder en las investigaciones contra organizaciones criminales que han cometido una pluralidad de actos de corrupción pública durante su funcionamiento. Cabe precisar que, este supuesto se configura cuando el *arrepentido delator* por estrategia de defensa solo admita

⁵⁰⁷ Ferrua, P., *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 218. Asimismo, se debe diferenciar el derecho a la no autoincriminación del acto de imputar falsamente hecho a otras personas, lo cual está fuera del ámbito de protección del derecho de defensa. Véase, Asencio Gallego, J.M., *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 244.

responsabilidad sobre los hechos con que la fiscalía cuente con elementos que aproximarían su intervención en el acto criminal.

Dicho lo anterior, la *admisión de responsabilidad* no es una simple confesión, como veremos más adelante, porque exige también la revelación de los otros participantes. Pero, en este acápite, solo nos avocamos a la aceptación consciente y voluntaria de haber cometido el hecho corrupto, así es como se cumple este requisito, el cual, conforme detalla Benítez Ortuzar, “exige exclusivamente la declaración de hechos individuales, independientemente de que existan otros partícipes”⁵⁰⁸.

Claro está, que el reconocimiento de los hechos cometidos tiene como finalidad dar el primer paso para la obtención de los beneficios premiales, por lo que este requisito implica un balance entre la búsqueda de la mejora material y procesal por parte del imputado y la necesidad de eficiencia por parte del Estado para combatir la corrupción pública. Aboso manifiesta que la figura del *coimputado arrepentido* se erige como un punto de encuentro entre los intereses individuales de un imputado con los intereses opuestos de la sociedad y el Estado que se manifiestan en el proceso penal⁵⁰⁹ con el endurecimiento de las investigaciones penales y el necesario reforzamiento de las garantías constitucionales para impedir las arbitrariedades.

A nivel de derecho comparado, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado por el *requisito subjetivo* y el contenido de la *delación del arrepentido*, destacando en la sentencia que citamos enseguida que el abandono de la actividad delictiva se vincula con la aceptación del hecho criminal y que el delator debe identificar a los otros intervinientes en el acto criminal; de lo contrario, deberá negarse la procedencia del beneficio premial:

“Y estos presupuestos de ningún modo pueden afirmarse en los hechos imputados al ahora recurrente que fue detenido tras observarse por agentes policiales que se dedicaba, en continua actividad, a la venta de sustancias estupefacientes, tratando de justificar, en sus primeras

⁵⁰⁸ Benítez Ortúzar, I., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, cit., p., 123.

⁵⁰⁹ Aboso, G., *El arrepentido en el derecho penal premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, cit., p. 81.

declaraciones un menor tráfico por su drogadicción, sin atribuir conducta delictiva alguna a los otros imputados, lo que hizo con posterioridad y en el acto del juicio oral cuando ya se habían incorporado a las diligencias pruebas que acreditaban la participación de los otros acusados, sin que pueda olvidarse que en su escrito de conclusiones provisionales, elevados a definitivas en el acto del juicio oral, se negó por su defensa actividad de venta de sustancias estupefacientes y eso se tuvo en cuenta por el Tribunal de instancia que rechazó la solicitud de que se apreciase esta atenuante privilegiada razonando con acierto que no hubo abandono de sus actividades delictivas para colaborar con las autoridades ni la rehabilitación posterior”⁵¹⁰.

La citada sentencia nos conduce directamente al momento de la delación, porque un elemento valorado por el Tribunal Supremo para rechazar la concesión del beneficio premial es que las primeras declaraciones no fueron de aceptación de la responsabilidad, sino de justificación del hecho imputado. Esta posición no producir duda de una afectación al *nemo tenetur se detegere*, sino que esa aceptación es el núcleo del ámbito subjetivo de la delación. Ahora bien, para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales del *coimputado arrepentido*, en la doctrina española se resalta el respeto del derecho defensa, así, De La Rosa Cortina señala que “la voluntad del legislador ha sido la de exigir que en las declaraciones prestadas ante el juez por el imputado esté o no detenido le asista siempre un abogado”⁵¹¹.

En el caso italiano, en el art. 8 del Decreto Legislativo N.º 152/1991 convertido en ley por la Ley N.º 203/1991 podemos resaltar los requisitos comunes y específicos que hemos señalado que corresponden al arrepentido delator, aunque se diferencia de la norma española en la mención al sujeto delator, debido a que la norma italiana se refiere al imputado, lo cual puede generar alguna confusión a nivel del requisito subjetivo, puesto que no corresponde una restricción al status procesal concreto de imputado, sino que, siguiendo a Ruga, el uso de tal término sirve para delimitar que el análisis judicial de la acción del arrepentido delator se refiere a un procedimiento específico en el que el juez deberá valorar el aporte colaborativo.

⁵¹⁰ STS núm. 283/2012 de 18 de abril de 2012, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2012\5751]). STS núm. 851/2022 de 27 de octubre de 2022, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2022\4940]). STS núm. 51/2020 de 17 de febrero de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2020\305]).

⁵¹¹ De la Rosa Cortina, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 24.

En el Perú los supuestos de procedencia de la denominada *colaboración eficaz* (art. 474 CPPP) sigue el esquema desde la legislación italiana del novecientos. Primero, en cuanto al *requisito subjetivo específico*, la norma peruana exige que el *arrepentido delator* admita de manera libre y expresa los hechos que se le imputan. Este requisito también se cumplirá con una conducta de *no contradicción de la imputación*, lo cual no aparece en las legislaciones antes comentadas y corresponde a la categoría del *comportamiento postdelictivo* positivo.

Siguiendo el análisis del *requisito subjetivo específico* para los *arrepentidos delatores* también podemos hacer distinciones en cuanto a la situación procesal concreta en que la persona decide delatar.

i. Investigado, imputado o coimputado

Este supuesto se configura cuando el *delator en sentido específico* se encuentra dentro de un procedimiento penal. Cabe precisar que utilizamos el término *imputado* de acuerdo con la definición utilizada previamente, esto es, la atribución de una imputación con contenido fáctico y jurídico contra una persona natural o jurídica, la cual se mantendrá en las diversas fases procesales, incluyendo el supuesto de la formulación de acusación, la misma que contendrá la imputación construida durante la investigación o instrucción.

El escenario procesal que describimos puede darse de tres maneras. La primera, que el *delator* sea el único investigado identificado durante la investigación inicial que se ha instaurado por el delito corrupción pública cometida por pluralidad de personas o por una organización criminal. Ante ello, decide *delatar* a cambio de los beneficios premiales. La segunda consiste en que una vez que se formaliza la imputación y el sujeto pasa de investigado a *imputado* recién hace expresa su voluntad de convertirse en delator. La información podría referirse a hechos que ya son objeto de la imputación o a nuevos hechos que darían lugar a otros procesos penales en los que su participación podría estar excluida. Y la tercera, la más común en los procesos penales contra una pluralidad de personas u organización criminal, porque una vez formalizada la imputación todos los intervinientes tienen la categoría de *coimputados* y es uno de ellos quien toma la decisión de ser *delator en sentido específico*.

ii. Fuera del proceso y nunca estará en el proceso

El presente escenario se refiere, principalmente, al accionar de los *informantes* o *confidentes* que realizan también delaciones sin ser involucrados en un proceso penal. Sin embargo, tal como ya se ha dicho anteriormente, dicha figura es una especie de la delación en sentido general; por el contrario, el *delator en sentido específico* realiza una *delación mixta*, porque acepta su participación y revela la de otros coimputados o futuros imputados. Asimismo, cuando señalamos el extremo de “fuera del proceso” queremos aludir al *arrepentido delator* que, de manera consciente y voluntaria, se presenta ante el órgano de persecución penal para delatar un hecho que esté en investigación o que si esta se ha iniciado él aún no está comprendido como autor del acto de corrupción.

Ahora bien, el segundo extremo de “nunca estará en el proceso” genera mayores dudas, porque permite que el *delator en sentido específico* no forme parte del procedimiento penal que se instaure a consecuencia de su delación, lo cual puede interpretarse en dos sentidos, según sea la elección del legislador nacional. Por un lado, el *arrepentido delator* que inicia su delación con la negociación de que no se le formule imputación penal alguna. Para ello se requiere reconocer al fiscal la discrecionalidad de la acción penal para los supuestos de *delación en sentido específico*, con lo que se genera un debate respecto de la *obligatoriedad de la acción penal* y el *necesario control judicial del acuerdo* entre el fiscal y el delator. Sobre el particular, hemos citado previamente uno de los proyectos de reforma de la LECrim española en que se regula una posibilidad intermedia por la exigencia de un tiempo a prueba para el pronunciamiento judicial final en favor del *delator*.

Por otro lado, también podemos interpretar este extremo para los casos de los ordenamientos jurídicos como el peruano, en que se ha regulado un procedimiento especial de *colaboración eficaz* al cual es reconducido el *delator en sentido específico*. De tal manera que, un *arrepentido* que se ubique fuera del procedimiento penal puede presentarse ante el fiscal para delatar, producto de lo cual se iniciará un procedimiento penal en contra de los delatados, pero él no formará parte de este, sino que su situación procesal será definida dentro del procedimiento especial de colaboración eficaz, pero la

información introducida podrá ser utilizada en el procedimiento penal contra los delatados.

iii. Fuera del proceso, pero será imputado

El tercer escenario procesal tiene relación con el precedente, aquí el *arrepentido* se encuentra *fuera del proceso penal*. Es importante destacar que la incidencia en que el futuro delator se ubique fuera del proceso se debe a que el fortalecimiento de la delación busca el abandono de toda actividad delictiva o, de ser el caso, la disociación de la organización criminal para obtener un beneficio premial. Así pues, en este caso el *arrepentido* acude al órgano de persecución penal para iniciar su delación, pero igual será incorporado al proceso penal en calidad de imputado.

Al respecto, la clave para la interpretación del supuesto analizado se encuentra en el momento procesal en que el *arrepentido delator* decide ser delator, esto es, cuando utilizamos el extremo de “pero será imputado” nos referimos al futuro escenario procesal al que ingresará el *delator en sentido específico*. El *arrepentido delator* puede iniciar tempranamente su delación, lo cual servirá para una mejor valoración de su comportamiento postdelictivo positivo, pero deberá iniciarse la investigación porque el fiscal carece de la competencia de un archivo directo en su beneficio por el acto delatado, de modo que, el hecho será objeto de un proceso penal en el que al final se decida el otorgamiento del beneficio premial.

Sobre el particular, en Italia (art. 374 CPPI) y Perú (art. 474.1.c CPPP) se regula la *presentación espontánea del arrepentido*, lo cual nos conduce a la opción del delator que aún no se encuentra dentro del proceso y acude espontáneamente a realizar su primera declaración que contiene la información de la delación.

b) Requisito objetivo: *Abandono de la actividad delictiva o disociación y conducta colaboradora*

El *requisito objetivo específico* para los *arrepentidos* se refiere a la acción de *disociación* o *abandono de la actividad delictiva* y el *contenido* o *información de la delación* respecto de la identificación de los delatados, los cuales resultan

indispensables no solo para la procedencia de la *delación en sentido específico*, sino que, además, permiten cumplir su finalidad político-criminal. En cuanto al primer ámbito objetivo que es el *abandono* o *disociación*, nos hemos referido en el acápite precedente, en el que se precisó que se trata del abandono de toda actividad delictiva o la disociación de la organización criminal. Ahora bien, la *aceptación de la responsabilidad* solo es la faz subjetiva del abandono o disociación, mientras que el ámbito *objetivo* requiere de actividad material directa, es decir, el *arrepentido* debe mostrar un comportamiento que lo desvincule del accionar delictivo⁵¹².

Sobre el particular, se generan dos cuestiones de análisis. Primero y vinculado al requisito subjetivo común, el *abandono* o disociación debe ser producto de una decisión consciente y voluntaria del delator que, a nivel objetivo, se manifiesta con la suspensión de toda actividad delictiva o del cumplimiento de sus funciones dentro de la organización criminal. La segunda cuestión trata de responder sobre si es suficiente con esa manifestación del abandono o disociación, o se requiera de alguna acción adicional que configure una *conducta colaboradora*. Este ámbito de análisis tiene como justificación que el legislador puede optar en la redacción de la norma para que proceda la *delación en sentido específico* si se incluye como requisito adicional al abandono de la actividad delictiva también la colaboración del delator para la identificación de los delatados.

De tal modo, si se optase por la autonomía del *abandono* o *disociación* desvinculada de la exigencia de colaboración para la procedencia de la *delación en sentido específico* se perdería el valor procesal de la *delación*, porque se agotaría en los requisitos de abandonar la actividad delictiva, sumado a la aceptación de la responsabilidad penal, lo cual no haría mayores diferencias entre un beneficio premial por el *simple arrepentimiento* o la *confesión*.

Al respecto, consideramos que la opción idónea es la *conducta colaboradora* (*disociación colaborativa*) en materia de corrupción pública que, siguiendo a Benítez, permite obtener las pruebas para identificar a los otros responsables y, de ese modo,

⁵¹² Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pp. 31-33.

desbaratar el accionar de la organización criminal⁵¹³. De ahí que se trate de una *colaboración instrumental* para los fines de la investigación penal que no se agota con la simple entrega de información, sino que requiere de permanencia, porque el *arrepentido* abandona la actividad delictiva o termina su vinculación con la organización criminal e inicia una relación de fidelidad con la persecución del delito; por tanto, su aporte se vuelve un instrumento que fortalece la posición del fiscal durante la investigación frente a los rasgos que hacen difícil penetrar a la organización criminal⁵¹⁴.

Así pues, la *identificación de los delatados* se ubica dentro del criterio de valoración de calidad de la información que entregue el *arrepentido delator*, puesto que no basta con que solo sirva para conocer un nuevo hecho corrupto o detalles de la ejecución del acto de corrupción objeto del procedimiento penal iniciado, sino que la autonomía e idoneidad de la *conducta colaboradora* reside en que el *delator en sentido específico* entregue a los órganos de persecución penal aquellos elementos que resulten suficientes para individualizar y, posteriormente, capturar a los otros participantes en la comisión de los actos de corrupción pública o de la organización criminal a la que haya pertenecido⁵¹⁵.

Al respecto, en España los citados arts. 376, 570 quáter y 579 bis CPE, señalan que para la obtención del beneficio premial se requiere que la disociación sea voluntaria y colaborativa, utilizando las siguientes fórmulas: “el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas”⁵¹⁶ y “que el sujeto haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes”. A esto hay que sumar que la colaboración será calificada como “activa” cuando permita “*obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o impedir la actuación o el*

⁵¹³ Benítez Ortúzar, I., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, cit., p. 125.

⁵¹⁴ Puleio, F., *Associazione mafiosa, chiamata di correo e processo. Un vademecum per l'operatore*. Giuffrè Editore, Milán, 2008, pp. 25-26.

⁵¹⁵ Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 37.

⁵¹⁶ Cuerda-Arnau afirma que la técnica legislativa empleada en España resulta de una “comodidad lingüística”, pero que a su juicio los términos “abandono” y “disociación” son “expresiones que deben entenderse como manifestación de la exigencia de que el sujeto haya abandonado las actividades delictivas”. Cuerda-Arnau, M.ª L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, cit., pp. 403-404.

*desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado*⁵¹⁷. Adicionalmente, Tribunal Supremo ha resuelto que los dos extremos de los *requisitos objetivos* de la delación del *arrepentido delator* deben cumplirse de manera conjunta, esto es, no procede la concesión de los beneficios premiales si el abandono de la actividad delictiva o la disociación no vaya acompañado de su colaboración para los fines de la investigación, tal como se lee a continuación:

“Es evidente la razón que asiste al Ministerio Fiscal. Aun reconociendo la importancia de la colaboración prestada por esta acusada a la Policía en sus actividades dirigidas contra el tráfico de drogas, es indudable que lo que no está acreditado es Mari José ‘haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas’. Por consiguiente, como quiera que, para la aplicación del art. 376 del Código Penal, es preciso que se cumpla conjuntamente la doble exigencia de haber abandonado voluntariamente las actividades delictivas y de colaborar activamente con la autoridad o sus agentes, hemos de reconocer la existencia de la infracción legal denunciada”⁵¹⁸.

En el mismo sentido, en Italia se establece la *disociación colaborativa*, de manera que, el *colaboratore di giustizia* deberá contribuir con las funciones del órgano de persecución penal en la obtención probatoria que permita lo siguiente: a) *reconstruir el hecho* y b) *individualizar o capturar a los otros autores del delito*. Debido a ello, la disociación de la organización no puede ser silenciosa, sin que aporte información relevante, sino que debe cumplirse con una verdadera colaboración con las autoridades penales para la reconstrucción fáctica e identificación de los autores coimputados, lo cual ha sido resaltado por la Corte Suprema de Casación italiana invocando su desarrollo jurisprudencial de los años noventa:

“Cabe señalar que, según la jurisprudencia de esta Corte, ‘la aplicabilidad de la atenuante de la colaboración, prevista en el art. 8 D. L. 13 de mayo de 1991 n. 152, convertida en ley núm. 203, no se puede vincular simplemente a cualquier actitud de arrepentimiento, a una confesión de las

⁵¹⁷ Faraldo Cabana señala que esta exigencia es inevitable, por lo que, la colaboración será activa cuando el aporte de información permita que se identifique o capture a los otros responsables. Faraldo Cabana, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 313.

⁵¹⁸ STS núm. 1238/2006 de 4 de diciembre de 2006, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2007\434]). El Tribunal Supremo ha indicado también que se valora “el efectivo desmarque de la persona concernida que con su colaboración activa consigue alguno de los fines previstos en el tipo, por más que el tratamiento criminológico del traficante arrepentido deba ser muy distinto del correspondiente al terrorista arrepentido”. STS núm. 851/2022 de 27 de octubre de 2022, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2020\4940]).

propias responsabilidades o a la descripción de circunstancias de importancia secundaria, sino exige, de parte del imputado, una verdadera y real colaboración, concreta y eficaz, con las autoridades investigadoras, que se traduzca, no solo en la simple disociación, sino también en el esforzarse que la actividad delictuosa tenga más consecuencias y en ayudar, concretamente, a los órganos de investigación en la recolección de los elementos decisivos para la reconstrucción de los hechos y para la captura de los autores de los delitos' (Cass. Sez. 1, n. 8592 del 04/07/1997, Rv. 208579)⁵¹⁹".

Ahora bien, en el art. 323 ter CPI, referido al *pentito di corruzione* no se introducen los términos “abandono” o “disociación”, pero sí requiere que la delación permita “individuare agli altri responsabili”, esto es, se mantiene en el ámbito de la pluralidad de agentes intervinientes en el acto de corrupción.

Por su parte, la legislación procesal peruana sigue la pauta legislativa de exigir la colaboración del arrepentido con la fórmula del “abandono voluntario de la actividad delictiva” y la *presentación ante el fiscal* para transmitir su voluntad de colaboración con la transmisión de la información. De este modo, en el Perú el *abandono* o *disociación* siempre debe ser colaborativo.

c) Requisito formal: *El momento de la delación y la declaración con respeto del derecho de defensa*

Los *requisitos formales específicos* se refieren al *cuándo* y *cómo* se realiza la delación del *arrepentido* que se traducen en el *momento de la delación y la declaración con defensa técnica*. Ambos están conectados porque la decisión de convertirse en delator se materializa a nivel formal con la declaración o *chiamata di correo*, donde se transmite la información del acto de corrupción; no obstante, esta podrá ser ejecutada en cualquier fase del procedimiento o hasta un determinado periodo fijado por el legislador.

⁵¹⁹ Auto de la Corte Suprema de Casación núm. 20206/2020 de 08 de julio de 2010, (Sección séptima penal, ([ECLI:IT: CASS:2020:20205PEN])). La Corte Suprema de Casación italiana también ha desarrollado la diferencia entre la atenuante del art. 8 del Decreto Legislativo N.º 152 de 1991 y las atenuantes genéricas. Así pues, el Alto Tribunal indica ambos tienen fundamentos diferentes, por eso, señala que el referido art. 8 se fundamenta en la contribución del imputado para el desarrollo de la investigación, mientras que en las atenuantes genéricas le corresponde al juez valorar un conjunto de datos que sirvan para reducir la pena. Corte Suprema de Casación núm. 6348/2023 de 15 de febrero de 2023, (Sección primera penal, ([ECLI:IT: CASS:2023:6348PEN])).

En cuanto al *momento de la delación*, utilizamos el término “momento” para referirnos al *tiempo* en que deberá ejecutarse la delación. Cabe recordar que esta categoría es aplicable a los actos procesales, como hemos desarrollado anteriormente y que, tal como precisa Cordero, consiste en “una serie lineal y cada término implica referencias objetivas, es decir, hechos a partir de los cuales lo medimos”⁵²⁰. Ahora bien, para regular el momento de la delación, debemos partir desde el *principio de autodefensa* que avala que todo sujeto que ha cometido un acto delictivo por el cual podría ser imputado o ya lo sea pueda realizar una declaración espontánea en cualquier fase del procedimiento ante la Policía, fiscal u órgano judicial⁵²¹.

Esta constituye la regla general a la que se le suman precisiones o aplican excepciones, sobre todo porque el condicionamiento de parte de la autoridad pública de que solo desde el momento en que el *arrepentido* realice la declaración podrá obtener los beneficios de tratamiento como delator. Así pues, las opciones legislativas son dos. Como hemos adelantado, la primera es la más cercana a la regla general descrita, de manera que el *arrepentido* puede convertirse en delator en *cualquier fase o estado del procedimiento*. Cabe señalar que para los fines de la tesis excluimos la fase de ejecución de pena en la que las normas premiales están previstas en la legislación penitenciaria, solo nos centramos en las dos instancias del proceso y la opción del recurso de casación.

En definitiva, dicha opción legislativa se caracteriza por una amplitud temporal que se justifica en la necesidad de no perder oportunidad de utilizar la delación por el contenido cualificado de la información del arrepentido que ha cometido corrupción pública. La segunda opción consiste en que los beneficios premiales estarán graduados de acuerdo con el tiempo en que el *arrepentido* delate los hechos de corrupción pública y a los intervinientes en el mismo. Ese rango temporal ligado al beneficio premial delimitará el máximo de tiempo que tendrán los *arrepentidos* como oportunidad para convertirse en delatores e iniciar su colaboración con el sistema de administración de justicia.

⁵²⁰ Cordero, F., *Procedura penale*, cit., p. 314.

⁵²¹ Orlandi, R., “L’attività argomentativa delle parti nell dibattito penale”, en Ferrua, P./Grifantini, F./Illuminati, G./Orlandi, R., *La prova nel dibattito penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2005, p. 59. Barona Vilar afirma que la autodefensa se manifiesta con la intervención directa y personal del sujeto pasivo del proceso penal en las diligencias. Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 109.

En relación con la *declaración del arrepentido*, que es el acto formal con el que transmite la información objeto de la delación, esta debe cumplir como mínimo constitucional el cuidado del derecho de defensa; por ende, cuando se realiza la *chiamata di correo*, el *delator* debe tener garantizado su defensa técnica, lo que permite asegurar que la delación se realiza de manera voluntaria y con entendimiento de las consecuencias jurídicas, así como evitar posibles nulidades en contra del acto procesal de comunicación, sin que ello implique que, en caso de desistimiento de colaboración, la información no pueda ser usada en el proceso.

Sobre este aspecto, en España, el art. 767 LECrim regula que la defensa técnica no solo está sujeta a que se produzca la detención del investigado, sino que incluye a todas las actuaciones que se realicen con el objetivo de la construcción de la imputación. Incluso, una vez que sea detenido el investigado será clave asegurar la reunión con su abogado defensor como indicio de libre voluntad para la decisión de convertirse en delator, lo cual es concordante con el art. 775 LECrim que garantiza tal entrevista imputado-defensor⁵²². Cabe señalar que, si bien la norma procesal española permite en el art. 520 literal c) que esta reunión se produzca luego de que el investigado declare en sede policial durante la detención, nosotros consideramos que no debería aplicarse porque la garantía de *voluntad y entendimiento* que está dentro de los *requisitos comunes* para el *arrepentido* se obtiene, justamente, con el hecho de que en todo momento el nuevo delator estuvo asistido de su abogado defensor.

Hay que decir, también, que los tres artículos seleccionados del Código Penal español (arts. 376, 570 quáter y 579 bis), al igual que la legislación procesal peruana (arts. 472-481-A CPPP), no establecen un ámbito temporal para que se ejecute la *delación*, lo cual, como veremos en el apartado siguiente del presente capítulo es actualmente valorado como un elemento trascendental para fortalecer el abandono de la actividad delictiva o la disociación de la organización criminal y la decisión para delatar.

⁵²² Beltrán Montoliu afirma que la comunicación entre el imputado y la defensa es un presupuesto básico para garantizar el derecho de defensa. Estas comunicaciones deben ser confidenciales para que no se perturbe la confianza entre el abogado con el acusado. Beltrán Montoliu, A., *La defensa en el plano internacional de los grandes criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 64.

En Italia también se establece que la *chiamata di correo* deberá cumplir con la garantía de la defensa técnica para asegurar que en el examen del imputado (*chiamante*) no se haya producido una infracción del *nemo tenetur se detegere*⁵²³, que rige desde la fase de *indagine preliminare*, porque el art. 61 CPPI establece la extensión de las garantías del imputado en favor del investigado. Asimismo, se deben seguir las pautas del art. 64 CPPI de las que destacamos la prohibición del uso de métodos que afecten la libertad de autodeterminación del imputado y la facultad de guardar silencio ante algunas preguntas. Pero, a diferencia de España y Perú, sí hay un límite temporal de la delación para la corrupción, puesto que con la modificación legislativa del año 2019 (art. 323 ter CPI) se ha incorporado el plazo de 4 meses para delatar desde que se cometió el delito de corrupción.

d) Una necesaria precisión: *La persona jurídica colaboradora de la justicia*

Consideremos ahora la situación de la *persona jurídica* en un proceso penal, imputada penalmente de manera autónoma por la comisión de un acto de corrupción (España) o por un ilícito de corrupción presupuesto de responsabilidad administrativa (Italia y Perú), o por haber sido utilizada para la comisión del acto de corrupción (la regla general en Perú para todos los delitos incluidos los de corrupción con excepción del cohecho transnacional). Ante ello, surge la pregunta, tratada precedentemente, *¿puede la persona jurídica ser delatora?*, pues la respuesta que hemos asumido es afirmativa, de tal modo que la persona jurídica puede, y es la orientación político criminal, constituirse en delatora para obtener beneficios premiales.

Así pues, de acuerdo con los fundamentos invocados anteriormente, los nuevos esquemas del crimen organizado y la corrupción con la globalización económica que involucran necesariamente a las personas jurídicas cuya presunción de licitud les permite ingresar en el mercado interno y contratar con el Estado. Ello ha generado la necesidad de sancionar a la *persona jurídica* de manera autónoma a la responsabilidad penal de la persona natural. Esta opción legislativa de sancionar a la *persona jurídica* va en conjunto con el reconocimiento de un mismo *estatus de derechos* del imputado, de ahí que, si el imputado tiene la posibilidad de negociar su situación procesal u obtener

⁵²³ Bernasconi, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, cit., p. 109.

un beneficio penal o procesal a cambio de información, la *persona jurídica* también estaría habilitada, con sus particularidades procesales y sustanciales, a decidir ser *delatora*.

Ahora bien, tal imputación o atribuciones de actos de corrupción produce en la persona jurídica un doble riesgo que destaca Ortiz; por un lado, su reputación en el mercado empresarial se vería afectada, así como sus propias actividades⁵²⁴, no solo por las posibles sanciones de suspensión o cese de estas, sino por el solo hecho de que el daño reputacional limite la posibilidad de acceder a nuevas contrataciones públicas. Ante tal situación, la elección positiva de que la *persona jurídica* sea *delatora en sentido específico* debe cumplirse con los requisitos comunes y los *requisitos específicos* que se han descrito en este apartado aplicable a los *arrepentidos*.

En cuanto a los *requisitos subjetivos específicos*, la persona jurídica deberá aceptar en todo o en parte los extremos de la imputación por corrupción que se han formulado en su contra. Por lo que se refiere al *requisito formal específico*, volvemos a destacar el respeto de las garantías procesales previstas para el imputado que serán aplicables a la persona jurídica, así como el momento que fije la norma como el máximo tiempo para que acceda a los beneficios premiales con la delación.

Al respecto, las legislaciones de España, Italia y Perú coinciden en aceptar la delación de la *persona jurídica*. De esta manera, la legislación penal española regula en el art. 31 quater CPE las circunstancias atenuantes aplicables a la *persona jurídica* que son concordantes al sistema previsto para las personas naturales: la confesión de la infracción (art. 31 quater numeral 1 literal a) y la colaboración con la investigación (art. 31 quater numeral 1 literal b). Dicha colaboración, incluso, precisa la norma penal, podrá ser realizada en *cualquier momento del proceso*, a través de la aportación de pruebas *nuevas y decisivas* que sirvan para la determinación de *responsabilidades penales dimanantes de los hechos*.

⁵²⁴ Ortiz Pradillo, J. C., “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, cit., p. 59. Este mismo autor remarca que en el caso de las personas jurídicas, más que su colaboración inmediata sobre los hechos ocurridos, se debe valorar la colaboración, por lo que cita como ejemplo la entrega de la información obtenida producto de la investigación interna realizada. Ortiz Pradillo, J. C., *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivos una colaboración eficaz con la justicia*, cit., p. 256.

Tal como se puede leer, el legislador español no ha señalado que la colaboración se restrinja al esclarecimiento de la propia responsabilidad de la *persona jurídica*, sino a todas las responsabilidades penales que deriven del hecho imputado, con lo cual, desde una lectura del art. 31 ter numeral 2 CP, estamos ante un supuesto de colaboración en que la persona jurídica podría ser coimputada porque su responsabilidad es autónoma a tal punto que son incommunicables las circunstancias que afecten la responsabilidad o culpabilidad de las personas que materialmente hayan ejecutado los actos delictivos⁵²⁵.

En el caso peruano con mayor claridad se ha establecido la procedencia de que la persona jurídica acceda al proceso especial de colaboración eficaz (art. 472 numeral 1 CPPP). El fiscal está facultado para suscribir un acuerdo de beneficios y colaboración con una persona jurídica procesada o sentenciada. Con menor precisión, en Italia el art. 35 del Decreto Legislativo N.º 231/2001, regula que a las personas jurídicas se le aplican las disposiciones procesales relativas al imputado siempre que exista compatibilidad. Esta condición podría generar la duda de la aceptación en el ordenamiento italiano de la posibilidad de que una *persona jurídica* realice la *chiamata in correità* y, de tal manera, delate a otras personas sean físicas o jurídicas por actos de corrupción. Pero, consideramos que, no existe una imposibilidad de participación como colaboradora, porque el art. 39 numeral 1 de la norma mencionada señala que la persona jurídica participa en el procedimiento penal a través de su representante legal, salvo que este también sea imputado; por ende, si se le aplican todas las posibilidades procesales previstas para el imputado-persona física, en beneficio de la persona jurídica-imputada.

Ahora bien, para finalizar el presente apartado, volvemos a la figura del *pentito di corruzione*. Sobre el particular, el nuevo art. 323 ter CPPI, que contiene elementos que pueden ser considerados como *requisitos formales*, no prevé el *requisito objetivo específico* de la *disociación o abandono de la actividad delictiva*, lo cual podría dar

⁵²⁵ En un sentido crítico, González Cussac señala que la norma española adolece de tres problemas que son la indeterminación de las características del sujeto; la imprecisión sobre la eficacia de la colaboración y, que no sea claro el elemento de voluntariedad, González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., p. 253. Es preciso mencionar que la Circular 1/2016, de 22 de enero, “sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015”, de la Fiscalía General del Estado señala que “la cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales”.

entender que el sujeto podría delinquir nuevamente, toda vez que la norma premial solo se centra en que la persona que cometió corrupción tenga cuatro meses para poder delatar. Una fórmula similar, está prevista con un menor alcance en España con el art. 426 CPE).

En consecuencia, no estamos ante un supuesto de *arrepentimiento colaborativo o activo*, aplicable a los casos de corrupción, con lo que se aleja de la criminalidad organizada, así como del tradicional *arrepentimiento ex post* para el que se prevé en Italia la atenuación, mas no la *no punibilidad*⁵²⁶. Esta nueva figura del *pentito di corruzione* contiene el *requisito común* que hemos descrito para la delación, que es la presentación voluntaria y, a nivel de *requisitos objetivos*, establece la necesidad de colaboración procesal con la exigencia de que aporte una información útil para lo siguiente: a) *asegurar la prueba del delito* y b) individualizar a los otros responsables.

3. EL CONTENIDO Y EL MOMENTO OPORTUNO DE LA DELACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES POR CORRUPCIÓN PÚBLICA

A partir del presente apartado, nos dedicaremos al *arrepentido delator* y abordaremos las cuestiones del *whistleblower* que resulten importantes precisar con la finalidad de destacar la diferencia entre ambas figuras, puesto que la delación del *whistleblower* en el proceso penal solo tendrá, como hemos dicho antes, el tratamiento de *denuncia anónima* para el inicio de investigación; cuestión diferente sucede con el *arrepentido delator*, quien se mantiene durante todo el procedimiento penal para garantizar la condena de los delitos.

Así pues, trataremos de dos elementos que, según nuestro criterio, son los que representan el éxito de la *delación en los procesos penales contra la corrupción pública* porque tienen como eje el *qué se puede saber de un acto corrupto* y *cuándo se puede saber la ejecución de un acto corrupto*; ambas respuestas solo pueden ser obtenidas si el sistema logra que un *arrepentido* aporte la información. Lamentablemente, esta no es la regla general, sino la excepción. Orlandi manifiesta que todo sujeto que tenga a su cargo

⁵²⁶ Fasani, F., “La nuova causa di non punibilità per il pentito di corruzione”, en Orlandi, R./Seminara, S., *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n.º 3*, Giappichelli Editore, Turín, 2019, p. 153.

la acusación penal tiene como una expectativa que las personas se presenten voluntariamente, que colaboren con el sistema de justicia penal para que admitan su responsabilidad y, sobre todo, declaren en contra de los otros intervinientes en el delito⁵²⁷. Por ello las fórmulas premiales tienen como objetivo compensar el desequilibrio o la limitación de conocimiento sobre el hecho de corrupción y sus participantes, razón por la cual el *contenido de la delación* y el *momento oportuno de la delación*, que son dos tipos de requisitos objetivo y formal, respectivamente, para la procedencia de la delación, tienen implicancias nucleares en el tratamiento penal y procesal de la información.

3.1 El contenido de la información del delator

La declaración del *arrepentido delator* cumple con los parámetros formales del interrogatorio, pero hay un relajamiento por la vía de la renuncia del *delator* del derecho al silencio y a la *no autoincriminación*. La relevancia de su ejecución no consiste en el reconocimiento de la participación en el hecho de corrupción imputado, sino en el aporte informativo sobre la participación de terceros en la comisión de los actos de corrupción⁵²⁸.

Dicho lo anterior, el contenido de la información que aporta el delator se divide en dos grandes componentes: a) *la aceptación de la propia responsabilidad en el acto de corrupción* y b) *la información sobre las circunstancias de la comisión del delito* y c) *la información de los otros participantes en el acto de corrupción*. Preliminarmente, subrayamos que estos dos extremos serán valorados primero por el fiscal y luego controlados por el juez, según el esquema normativo que se adopte. Con esto resaltamos que el *arrepentido* puede tener información que él considere valiosa o, incluso, que su aceptación de la imputación debería bastar para que el fiscal pueda realizar su investigación; sin embargo, esta es una decisión de dominio de la autoridad penal que es quien podrá aceptar o no la delación, así como el valor que esta tenga para la concesión del beneficio premial.

⁵²⁷ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., p. 249.

⁵²⁸ Bernasconi, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l’esperienza statunitense*, cit., p. 107.

Previamente a que abordemos los extremos mencionados, conviene subrayar que la decisión de convertirse en delator puede suscitarse en dos momentos vinculados a la *inexistencia de un proceso*, por lo que habíamos descrito que estaríamos frente a la *delación intraproceso* y la *delación extraproceso*. La delación realizada *extraproceso* puede producir el inicio de un procedimiento penal en el que la *imputación* se construirá a partir del aporte informativo del *arrepentido*, quien de manera voluntaria decide delatar. Así pues, en este supuesto el fiscal no habría tenido conocimiento previo de la *notitia criminis* ni respecto del nuevo delator ni de terceros futuros investigados, de modo que el elemento fáctico de la imputación penal es aportado por el *delator* con la aceptación de su participación y revelación de los otros intervinientes.

Por el contrario, cuando la delación se produce en un procedimiento penal en curso (*delación intraproceso*), la imputación puede encontrarse en un estado primigenio propio de las primeras diligencias de investigación o formalizada con los elementos fácticos y jurídicos referidos al acto de corrupción que incrimine al sujeto que aspira a ser un delator. En este escenario, el *arrepentido* que decide convertirse en *delator* cambia su estrategia de defensa para que sea valorada positivamente por el fiscal; es así como abandona o desiste de su resistencia total o parcial contra la imputación con la finalidad de poder obtener un beneficio premial. Cabe precisar que la delación en este supuesto deberá tener una mayor calidad informativa, porque existe un nivel de conocimiento del fiscal sobre el hecho de corrupción pública, por lo que será insuficiente el reconocimiento de su participación en el acto criminal sin que se aporte la identificación de otros intervinientes que no estén comprendidos en la investigación o que el material recabado resulte insuficiente para acreditar la imputación en contra de los coimputados.

Dicho lo anterior, el contenido de la delación que comprende dos componentes que son *la aceptación de la propia responsabilidad* y *el aporte de información en contra de terceros*, los cuales pasamos a describir:

a) *La aceptación de la propia de responsabilidad*: Consiste en la aceptación de la responsabilidad penal por haber cometido corrupción pública por pluralidad de personas o como parte de una organización criminal. Este componente se vincula con el

*requisito subjetivo específico de la delación del arrepentido*⁵²⁹. A su vez este componente se subdivide en la aceptación *total* y la aceptación *parcial* de los hechos imputados, las cuales tienen particularidades en función al momento procesal en que se realizan, esto es si se habría o no iniciado el proceso:

i. *Las delaciones extraprocesos*: En estos casos el reconocimiento de la propia responsabilidad siempre será total, porque la información es introducida por el mismo *delator*, quien detallará los hechos de corrupción con la identificación de otras personas. Los extremos fácticos en los que el delator no mencione su participación y sea conocida por el fiscal con el resultado del avance de la investigación permitirá que se convierta la *aceptación total* por una *aceptación parcial*, puesto que, el fiscal tendrá que disponer la ampliación de la imputación fáctica en contra del delator, lo cual podría tener efectos a nivel del acuerdo de beneficios según el estado del procedimiento penal.

ii. *Las delaciones intraproceso*: Cuando las investigaciones ya se han iniciado, el *arrepentido* que se presenta a delatar puede *aceptar total o parcialmente* las imputaciones del fiscal. La diferencia con el supuesto anterior es que, el delator conoce los hechos imputados y puede decidir aceptar solo una parte de la imputación fiscal.

En consecuencia, este primer extremo del contenido de la delación se centra en el *sujeto delator*, quien al aceptar su propia responsabilidad manifiesta el ámbito subjetivo del *abandono de la actividad delictiva o disociación*, lo cual tiene impacto directo en las cuestiones procesales que se verán más en detalle en el quinto apartado del presente capítulo, porque si bien la admisión es una confesión de los hechos, no se le podrá dar tal valor al contenido, porque se ha obtenido en el marco de una negociación premial entre *arrepentido y el fiscal*.

Dicho tratamiento especial de la información se basa en el respeto al derecho a la no autoincriminación, porque el arrepentido delata solo con la intención de obtener un beneficio. Grevi destaca que debe dársele garantía de que no será perjudicado por su testimonio, en tanto que declare respecto de la intervención de los delatados que han

⁵²⁹ También debemos tener presente que la voluntariedad “es un requisito que trasciende al abandono y se extiende a todas las conductas”. Cuerda-Arnau, M.^a L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, cit., p. 412.

cometido los actos de corrupción. Por tal motivo, las legislaciones deben insertar las cláusulas que eviten ese perjuicio al imputado para que, a la vez, quede obligado a mantener su testimonio contra los otros⁵³⁰.

b) *El aporte de información en contra de terceros*: El *arrepentido* es un *sujeto cualificado* debido a su conocimiento de las circunstancias del hecho de corrupción o el funcionamiento y estructura de la organización, esto es lo que justifica la negociación premial. Por ello, en su delación deberá aportar información que vincule a terceras personas (*los otros, erga alios*) que hayan participado en su mismo acto de corrupción o en otros que tenga conocimiento por formar parte de la organización, lo cual requiere tomar en consideración lo siguiente:

i. *Delación sobre un mismo hecho cometido por delator y delatado*: En estos casos, la aceptación de la responsabilidad del *arrepentido* deberá tener un mayor control de garantía porque el *arrepentido* renuncia al derecho a la *no autoincriminación* e incrimina a otros, con lo cual se configura la base fáctica de la imputación penal⁵³¹.

ii. *Delación sobre hechos sin la intervención del delator*: Aquí resulta importante la opción legislativa del diseño de procedimiento único o procedimiento especial para el *arrepentido delator*, puesto que, la información que aporta para obtener un beneficio afecta la situación jurídica de los delatados, quienes deberían tener la posibilidad de contradecir la versión del delator.

Dicho todo lo anterior, la relación “*contenido de la delación-beneficio premial*” pone en evidencia el rasgo utilitarista, tal como destaca Benítez, porque el valor de la delación va a depender no solo del número de elementos probatorios que aporte o coadyuve a conseguir, sino que estos sean idóneos para desarticular a la organización criminal⁵³², de modo que el *contenido de la delación* deberá cumplir los requisitos de

⁵³⁰ Grevi, V., *Alla ricerca di un processo penale giusto. Itinerari e prospettive*, Giuffrè Editore, Milán, 2000, pp. 216-217.

⁵³¹ Alfonso, R., “Chiamata di correo nel contesto del terrorismo politico e nell’ambito delle associazioni criminali”, en en Neuburger, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, cit., p. 49.

⁵³² Benítez Ortúzar, I., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, cit., p. 129.

idoneidad y eficacia, que serán *conditio sine qua non* para su valoración⁵³³. Entonces, se deberán aportar no solo nombres, sino también datos para identificar y vincular a los delatado, los alias, la terminología de la organización, la estructura organizacional, los lugares de operación y decisión, las modalidades delictivas elegidas, etc.

Al respecto, consideramos que todas las diversas cuestiones que se incorporan dentro del *contenido informativo de la delación* se concentran en los siguientes objetivos principales: a) *conocer las circunstancias antecedentes, consecuentes y posteriores del hecho de corrupción cometido*; y b) *poder individualizar y capturar a los delatados*. Estas cuestiones se comprenden dentro del término “eficaz” de la colaboración, pues la utilidad y eficacia de la información se valora en función al nivel de su determinación o relevancia en la investigación y en la convicción judicial⁵³⁴.

El primer objetivo mencionado consiste en que el fiscal obtenga el mayor conocimiento sobre el hecho objeto de la delación; el segundo objetivo se logrará con la posibilidad de que la información permita individualizar a los delatados para su captura. Así lo ha regulado el legislador español al utilizar la fórmula legal de “pruebas decisivas” (art. 570 quáter numeral 4 CPE), con base en la finalidad de que se pueda identificar y capturar a los intervinientes o delatados, impedir el desarrollo o actuación delictiva de la organización, así como, de manera más concreta, un delito que se trate de cometer. Además, el Tribunal Supremo español ha resaltado la necesidad de que la información del *arrepentido* sea sobre terceros, esto es, no basta el reconocimiento de la

⁵³³ Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 38. Cabe volver a indicar, tal como precisa Ferreria de Oliveira, que el *arrepentimiento* en sí no determina la valoración de la colaboración, de manera que se aceptan también las conductas colaboradoras surgidas por el mero instinto de supervivencia. Ferreira de Oliveira, A., “¿De la regulación de la colaboración procesal a la negociación limitada a la corrupción?”, en Robles Sevilla, W., (coord.), *Delatores y colaboradores eficaces en el siglo XXI. Desafíos contemporáneos del whistleblower y el colaborador eficaz*, cit., p. 264. Muñoz Ruiz señala que “el término “prueba” no debe entenderse aquí en su acepción procesal estricta sino en el sentido usual o más general de medios o instrumentos (por ejemplo facilitar domicilio o lugares donde suelen acudir, aportar nombres u otras señas de identidad que permitan su individualización) que permitan la finalidad que aquí se exige, que es la identificación o captura de otros responsables”. Muñoz Ruiz, J., *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 197.

⁵³⁴ Véase, Ortiz Pradillo, J. C., *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia*, cit., pp. 241-243. Armenta Deu señala que la eficacia de la colaboración se configura cuando se logra impedir la producción del delito; la obtención de pruebas relevantes para identificar a los delatados; que se logre la captura de los delatados o se impida que la organización continúe funcionando. Véase, Armenta Deu, T., *Derivas de la justicia. Tutela de derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Barcelona, 2021, p. 193.

responsabilidad propia, a tal punto que la ausencia de tal aporte excluye la aplicación del beneficio de atenuación⁵³⁵.

En consecuencia, no cualquier información puede ser valorada como un verdadero aporte informativo, ni todo *arrepentido* logrará acceder a una exención de pena, según cada ordenamiento jurídico lo establezca, porque el contenido tiene que ser valorado en función al desarrollo del proceso penal mismo y a la situación del investigado o imputado.

Para tal fin, en el caso peruano, el art. 475 CPPP establece cuáles son los *requisitos de la eficacia de la información*, lo cual, según nuestro esquema, corresponde al valor por el *contenido de la delación*. Así pues, en el art. 475.1 CPPP se describe el qué es lo que mínimamente podría contener la *delación* y el art. 475.2 CPPP regula la relación trascendental entre la *calidad del aporte informativo* y el *beneficio premial*. En el primer extremo, la norma es clara en señalar que la información es admitida en función a las finalidades que se puedan alcanzar con su utilización en el proceso penal, las cuales, para los casos concretos, podrán configurarse de manera alternativa o acumulativa y se engloban en tres grupos de clasificación de la información: a) *la identificación de los delatados*; b) *la estructura y funcionamiento de la organización*; c) *el impacto en la ejecución de la actividad delictiva de la organización y su subsistencia*.

El primer criterio de clasificación que hemos señalado está en el literal c) del art. 475.1 CPPP que se refiere a la tradicional finalidad de individualizar a los intervinientes en el acto delatado para lograr su captura (aquí se mantiene la línea legislativa española e italiana que mencionan la “identificación o captura”, art. 570 quáter numeral 4 CPE y 58 ter numeral 4 D.L. 152/1991, respectivamente). Cabe señalar que la norma peruana, menciona los términos *autores* y *partícipes*, lo que aporta un matiz dogmático en cuanto a la autoría del hecho delatado, porque el *contenido de la delación* puede referirse a un hecho diferente al de la imputación en el que no haya intervenido el *delator*

⁵³⁵ Léase en la STS núm. 284/2004 de 10 de marzo de 2004, (Sala de lo Penal, [RJ 2004\1463]): “No concurre, sin embargo, la especial cualificación. La doctrina de esta Sala considera que sólo de modo excepcional puede otorgarse carácter muy cualificado a una atenuante analógica (SS. 26 de marzo de 1998 [RJ 1998, 2954] y 24 de octubre de 1994 [RJ 1994, 8165], entre otras). Y dicha excepcionalidad no concurre en el caso actual, pues si bien es verdad que el recurrente colaboró con las autoridades reconociendo los hechos y proporcionando algunos detalles de los mismos, también lo es que dicha colaboración se produjo cuando el recurrente ya había sido detenido y la droga ocupada, no proporcionando datos adicionales sobre terceros”.

arrepentido; es más, esta calidad puede tratarse de un delito ya cometido o, simplemente, sobre quienes integran una la organización criminal.

En cuanto al segundo grupo, destacamos los literales a), b) y c) del art. 475.1, en los que se regula que la finalidad de conocer el funcionamiento de la organización es para desarticularla o debilitarla, esta redacción es más directa que en la fórmula española de “impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos”. El tercer grupo, está regulado en los literales a) y b) del art. 475.1 CPPP, que se trata de la información que permita al fiscal atacar la ejecución de la actividad delictiva, razón por la cual se menciona como finalidad evitar la continuidad, permanencia, su consumación o la disminución de las consecuencias que pueda producir la ejecución del delito. Esta redacción legal se encuentra sintetizada en la norma española con la fórmula de “bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos” (art. 570 quáter numeral 4 CPE).

Además, el impacto de conocer cómo funciona la organización y cómo planifica su actividad permitirá también que se impida su actuación delictiva futura, por eso es importante el apartado que establece que se transmita al fiscal el conocimiento de las circunstancias en que se haya planificado y ejecutado un delito o se encuentre en estado de planificación o ejecución. Por último, en este mismo grupo ubicamos el literal d) del art. 475.1 CPPP, que se refiere a que la delación no solo contenga datos abstractos, sino que se materialice con entrega de material probatorio, sean instrumentos, efectos o ganancias del delito y, en caso de no tenerlos en posesión, señalar los lugares donde el fiscal podría encontrarlos, de la misma manera que pueda identificar las fuentes que financian o dan provisiones a la organización para su funcionamiento.

El segundo extremo del art. 475 CPPP, como hemos señalado, tiene como objetivo plasmar que el beneficio premial no se otorga *ipso facto* con cualquier tipo de información que decida entregar un delator; por el contrario, reafirma que la valoración de la calidad informativa de la *delación* se encuentra dentro de las competencias del fiscal peruano. Por lo tanto, indica que la *eficacia e importancia de la colaboración* se valora de manera conjunta con el acto delictivo y las responsabilidades derivadas del mismo, solo así podrán ser aplicables los beneficios premiales previstos en el citado artículo del Código Procesal Penal. En la doctrina peruana, San Martín Castro afirma

que la relevancia se acredita con las características de suficiencia, eficacia e importancia del aporte cognitivo del delator para que el hecho investigado sea corroborado de manera plena o parcial, la cual se manifestará, por ejemplo, con la entrega de documentos, bienes o los datos que permitan identificar las fuentes económicas o de otra índole por las cuales la organización logra permanecer en el tiempo⁵³⁶.

Un punto relevante, porque se mantiene en las tres legislaciones estudiadas, es el término “delito”. Benítez Ortúzar señala que el término *delito* no debería ser interpretado de manera dogmática, puesto que ello podría generar una confusión en cuanto a la interpretación de que la información contenida en la delación podrá ser valorada de manera positiva si permite *impedir* un delito del tipo de peligro, de igual manera, el término “prueba”, será interpretado en un sentido amplio para que la autoridad penal pueda admitir todo tipo de datos, siempre que se respeten el debido proceso en la investigación⁵³⁷.

Por su parte, el ordenamiento jurídico italiano, permite evidenciar la distinción en las exigencias de la delación para los casos criminalidad organizada y de corrupción. Por un lado, se tiene el régimen tradicional desde el año 1991 para los beneficios por la colaboración en los casos de criminalidad organizada (Decreto Legislativo N.º 152/1991 convertida en ley) y, por otro, la norma de *no punibilità* para los *pentiti* de corrupción (Ley N.º 3/2019). Al respecto, dichas normas se diferencian por el elemento de la *disociación* y el tipo de beneficio premial permitido; no obstante, se reconoce que también el *pentito di corruzione* deberá aportar información relevante, con un matiz adicional a la actividad delictiva misma.

A continuación, precisaremos en qué se igualan y diferencian tales normas. Para comenzar, las dos fórmulas premiales exigen para valorar positivamente la información

⁵³⁶ San Martín Castro, C., *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 872.

⁵³⁷ Benítez Ortúzar, I., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, cit., p. 128-129. En el mismo sentido, Muñoz Ruiz indica que las “pruebas” que entrega el delator debe comprenderse en un sentido general y no en su sentido estricto procesal, pues, se trata de “medios o instrumentos (por ejemplo, facilitar domicilio o lugares donde suelen acudir, aportar nombres u otras señas de identidad que permitan su individualización) que permitan la finalidad que aquí se exige, que es la identificación o captura de otros responsables”. Muñoz Ruiz, J., *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 197.

del *delator-arrepentido* que permita la *individualización de los demás autores*, es decir, el *contenido de la delación* se valora por la finalidad de conocer a los demás participantes en el delito. En cuanto a las diferencias, en el mismo nivel subjetivo, esto es, sobre los *otros intervinientes en el acto delictivo*, la fórmula legal del año 1991 añadió como una finalidad alternativa para la información del *arrepentido delator* que permita la captura de los otros intervinientes; por tanto, no solo se restringe a una identificación, sino también a que los datos sirvan a la autoridad penal para detener a los delatados. La norma premial de lucha contra el crimen organizado incluye que el aporte de conocimiento cualificado del *arrepentido delator* sirva para evitar los efectos de la actividad delictiva de la organización criminal, lo cual tampoco aparece en la norma premial anticorrupción, debido a que no abarca el crimen organizado y, por ende, se trataría de supuestos de hechos de corrupción concretos.

Adicionalmente, la norma de 1991 tiene incorporado el elemento “decisivo”, esto es, no se trata de cualquier aporte informativo, sino que su trascendencia permitirá que la autoridad penal reconstruya el hecho investigado. Mientras que, la fórmula del 2019 utiliza la forma “útiles” para la finalidad probatoria, porque establece que la información del *delator* deberá ser útil y concreta para asegurar las pruebas de los hechos. Con fines de ejemplificar, citamos la siguiente sentencia de la Corte Suprema de casación italiana, en la que se destaca el valor del contenido de la delación para la determinación de la responsabilidad de los coimputados:

“El juez de mérito para excluir su valor, cuando esta sea contrastada con otros elementos específicos de desvalor surgidos de los actos o se fundamente en el reconocimiento de la inevitabilidad probatoria de la acusación o sea dirigida exclusivamente a la expectativa utilitarista de la reducción de la penal y la colaboración judicial o procesal sea, en todo caso, probatoriamente inerte o neutra, en el sentido que no haya ni siquiera facilitado el juicio de responsabilidad de los coimputados, por ser estos ya confesos o por otro motivo plausible”⁵³⁸.

Dejando a un lado las diferencias que consideramos importantes para los fines de la lucha contra la corrupción, poner de relieve el tratamiento del contenido de la información de la delación, requiere el cumplimiento del *juicio de utilidad* para la

⁵³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 43197/2019 de 22 de octubre de 2019, (Sección cuarta penal, ([ECLI:IT: CASS:2019:43197PEN]). Véase también, Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 6960/2018 de 13 de febrero de 2018, (Sección segunda penal, ([ECLI:IT: CASS:2018:6960PEN])).

investigación. Fasani menciona que se exige que la información sea útil para el fiscal que se enfrenta a las limitaciones de conocimiento del delator en cuanto a su capacidad de conocer detalles del hecho delictivo o que, simplemente, su admisión de la responsabilidad o de su participación en el acto delictivo no sea plena⁵³⁹.

Al respecto, conviene citar la siguiente sentencia de la Corte Suprema de Casación italiana, en la que se menciona la idoneidad probatoria de la información del *chiamante in correità* que, como hemos indicado, para los efectos de la concesión del beneficio estará reservada a los fines de la investigación a cargo del fiscal:

“En este contexto, han sido aplicados correctamente los criterios de valoración del aporte declarativo de los colaboradores de justicia *chiamanti in reità* –cuya credibilidad puede ser considerada favorablemente también a través del cruce de las declaraciones provenientes de diferentes sujetos, siempre que los hechos denunciados tengan al menos, potencialmente, una cierta idoneidad probatoria y las declaraciones sean suficientemente precisas y definidas para prestarse a la confirmación o a la negación– también en relación a la valoración del testimonio indirecto en sede de investigación preliminar”⁵⁴⁰.

Desde nuestra posición, consideramos que la delación sirve para un mayor impacto en la lucha contra la corrupción pública. Pero, esto nos conduce a la siguiente pregunta ¿los líderes o cabecillas pueden delatar? La respuesta es que no, aun cuando tengan la voluntad de hacerlo. Como es sabido, durante el tiempo en que no exista un proceso penal que los incluya como imputados difícilmente considerarán la opción de delatar, puesto que, de acuerdo con la máxima de la experiencia, en toda organización criminal rige el principio de autoridad y la ley del silencio. Específicamente, la ley del silencio es a la que se busca quebrantar por medio de los mecanismos premiales que incitan a los integrantes de la organización para que colaboren con el objetivo de conocer toda la estructura criminal y así identificar plenamente a quienes la integran, desde los operarios, mandos medios hasta los líderes o cabecillas.

⁵³⁹ Fasani, F., “La nuova causa di non punibilità per il pentito di corruzione”, en Orlandi, R./Seminara, S., *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, cit., pp. 146-147.

⁵⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 26155/2020 de 17 de septiembre de 2020, (Sección cuarta penal, ([ECLI:IT: CASS:2020:26155PEN])). La Corte Suprema de Casación italiana ha señalado que la “autonomía genética” de la *chiamata in correità* debe ser interpretada con la necesidad de que no sea derivada de una sola fuente para evitar el riesgo de la “circularità della notizia”. Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 20943/2021 de 27 de mayo de 2021, (Sección primera penal, ([ECLI:IT: CASS:2021:20943PEN])). Véase también, Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 28494/2018 de 20 de junio de 2018, (Sección tercera penal, ([ECLI:IT: CASS:2018:28494PEN])).

A nivel legislativo, en el Perú los *líderes máximos de la organización criminal* quedarían excluidos del acceso al beneficio premial por los hechos que se le imputan como líder de la organización (art. 475.6 CPPP), porque la norma procesal establece que en la procedencia de la delación rige la exigencia de que aporte de información del *arrepentido* deba permitir “identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico que él”⁵⁴¹.

Sin embargo, puede darse el caso de que un líder máximo de una organización delate a otro líder de una organización criminal diferente. En tal situación, la posibilidad de delación de los líderes o cabecillas solo se presentará *intraproceso*, pero su admisión para ser delator en el proceso penal seguido contra su propia organización no debería ser aceptada *prima facie* ni recibir el mismo tratamiento de las delaciones de integrantes de menor nivel jerárquico, por lo que el valor de la información que intente aportar un líder o cabecilla deberá ser de una magnitud potente para que el órgano de persecución penal determine la necesidad de otorgarle beneficios premiales, según los siguientes dos supuestos:

- a) Que la información que proporcionen no se refiera a los integrantes que dependan de ellos, sino de terceros pertenecientes a niveles jerárquicos superiores al suyo. Por ejemplo, en el caso de organizaciones criminales que cuentan con diversos departamentos criminales, que la información permita identificar a los jefes de nivel nacional, o, si se tratase de organizaciones transnacionales, conocer a los líderes o cabecillas que dirigen y supervisan el cumplimiento del programa criminal desde otros países.
- b) También sería admisible que la información objeto de la delación permita la identificación de líderes o cabecillas de otras organizaciones criminales con las que hayan actuado en conjunto, de manera esporádica, o que se asocien permanentemente para cometer actos de corrupción pública.

⁵⁴¹ San Martín Castro, califica de “dudosa eficacia” la exclusión de líderes o cabecillas, porque podría limitar el acceso de la información contra altos funcionarios u organizaciones cuya estructura alcance al Poder Ejecutivo. San Martín Castro, C., *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 875.

3.2 El momento oportuno de la delación: La importancia del límite temporal como incentivo para la delación

El propósito de este apartado es responder la pregunta del *cuándo* o *hasta cuándo* se puede delatar. Como ya hemos dicho, la delación es una excepción ante el escenario de lucha contra la corrupción pública debido a que los actores de la corrupción no están, por regla general, dispuestos a dar información a la Fiscalía o Policía para que se inicien investigaciones penales o reconocer su responsabilidad sin ejercer una defensa técnica que ponga en aprietos la actuación oficial, lo cual genera una imposibilidad o deficiencia en la lucha contra la corrupción pública.

Es así que, para lograr el propósito mencionado, abordaremos el *momento de la delación*, pero con la precisión de cuándo es oportuno realizarlo, esto es, para evitar confusiones con el principio de oportunidad, tomamos como punto de referencia el sentido natural y amplio de *momento oportuno* que servirá para señalar el tiempo que un legislador puede establecer como máximo para que un sujeto delate o el tiempo en que el sujeto delator considere conveniente para sus intereses realizar la delación. Estos extremos de la definición de *momento oportuno* se convierten en opciones para la legislación premial en el tratamiento de la declaración de los *arrepentidos* dentro de los procesos penales por corrupción pública.

Antes de examinar el impacto de uno u otro enfoque para la configuración temporal de la delación, mencionamos que, desde el instante en que nos ponemos a analizar cómo fortalecer que los sujetos investigados o futuros investigados decidan delatar, nos conduce a la aplicación del *dilema del prisionero*⁵⁴². Para comprender mejor la premisa, conviene describir de qué se trata el *dilema del prisionero* con el que se aplica la *teoría de los juegos*⁵⁴³ en el proceso penal, en específico, para los escenarios

⁵⁴² En la doctrina española esta mención la encontramos en los artículos de Ortiz Pradillo y Armenta Deu. Véase Ortiz Pradillo, J., “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”, cit., p. 4. Armenta Deu, T., “Colaboración premiada en el proceso penal español”, cit., pp. 215-216. Y, en Italia se ha trabajado por Argirò, F., “La causa di non punibilità prevista dall’art. 323-ter C.P.”, en Del Tufo, M., (coord.), *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3: aggiornata alla legge 28 giugno 2019, n. 58*, Giappichelli Editore, Turín, 2019, pp. 81-82.

⁵⁴³ La teoría de los juegos tiene como punto de origen los postulados de Von Neumann y Morgenstern; luego fue desarrollada por Nash, con el denominado equilibrio de Nash, así como por los juegos dinámicos de Selten y de información incompleta de Harsanyi. Véase Cerdá, E./Pérez, J./Jimeno, J. L., *Teoría de juegos*, Ed. Pearson-Pentice Hall, Madrid, 2004, p. 3.

posibles de delación. Este dilema fue formalizado por Tucker y creado desde 1950 por Flood y Descher siguiendo la estructura *bipersonal*, es decir, dos jugadores que tienen que decidir entre *cooperar* y *no cooperar*, sin contar con plena información de lo que hará el otro. Es aquí donde reside el porqué del nombre, si los dos jugadores deciden *no cooperar* su resultado será peor que si hubiesen decidido hacerlo⁵⁴⁴. Cabe precisar que el término *cooperación* se refiere al acuerdo entre los dos jugadores para *no confesar*.

En la doctrina española se sintetiza la teoría de los juegos como un “un análisis racional sobre el negocio, su objeto, sus posibles ganancias y pérdidas, las características de las partes involucradas, para entonces calcular la mayor ganancia o la menor pérdida posible”⁵⁴⁵. Actualmente, la *teoría de los juegos* ha superado su aplicación restringida al ámbito económico para dar paso al análisis del comportamiento humano en diferentes contextos políticos o sociales. Según el número de jugadores, se clasifican los *juegos* en *unipersonales* y *bipersonales*; dentro de estos últimos encontramos los *juegos bipersonales de suma cero* y *suma no nula* que, tal como describe Morton, se diferencian por su aplicación en la vida real.

Los *juegos bipersonales de suma cero* son excepcionales y permiten una solución que sea aceptada de manera universal; mientras que con los de *suma no nula* no se hallan soluciones que sean fáciles, por el contrario, no hay soluciones universales porque las estrategias pueden ser diferentes, lo cual hace que el resultado sea indefinido e imprevisible. Morton también destaca que en los *juegos bipersonales* se presentan elementos cooperativos y competitivos, a diferencia de los de *suma cero* en los que no hay intereses comunes entre los jugadores⁵⁴⁶.

En el tipo de *juegos bipersonales de suma no nula* se encuentra clasificado nuestro *dilema del prisionero*, que es el principal dilema social aplicado a la interacción estratégica que demostraría el fracaso de la racionalidad individual por la imposibilidad

⁵⁴⁴ Axelrod, R., *La evolución de la cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de los juegos*, Alianza Universidad, Madrid, 1986, p. 19.

⁵⁴⁵ Almeida Mendonça, A.L./Estella Nagle, L./Rodríguez-García, N., *Negociación en casos de corrupción: Fundamentos teóricos y prácticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 24.

⁵⁴⁶ Morton, D., *Teoría del juego*, Alianza Universidad, Madrid, 1971, p. 83.

de que se obtenga un resultado favorable para todos los participantes⁵⁴⁷. Para la estructura del dilema se utiliza la *confesión*, lo cual adecuaremos para aplicar las reglas del juego a la *delación*.

Dicho lo anterior, Benítez López señala que la presentación del *dilema* suele ser intuitivo y basado en una historia modelo que consiste en que la Policía detiene a dos sujetos, A y B, por la presunta comisión de un delito, los ubica en celdas diferentes y les ofrece a la vez, sin que lo sepan, darles/la libertad a cambio de que uno declare en contra del otro⁵⁴⁸. Ante dicho escenario, surgen dos posibilidades para cada uno de ellos: hablar y confesar o mantenerse en silencio.

Como se ha dicho, la *solución* en los *juegos bipersonales de suma no nula* no es universal. Si bien se define como la decisión óptima que sea más adecuada para el agente individual, al no haber siempre una solución clara en la doctrina se prefiere hablar de *conjunto de perfiles de estrategias* para referirnos a la *solución de un juego*, en los que se comprenden las decisiones de los jugadores y se llamará *concepto de solución de un juego* al procedimiento para llegar a la solución del juego con precisión y de manera argumentada⁵⁴⁹. Así pues, el *dilema del prisionero* tiene cuatro perfiles de estrategias en función/respecto al confesar o callar, que es la estructura clásica formulada por Tucker, los cuales son: [confesar, confesar]; [confesar, callar]; [callar, confesar] y [callar, callar].

Llegados a este punto, vemos que los perfiles mencionados corresponden a las combinaciones de las estrategias que puede asumir cada jugador. Morton, siguiendo el caso clásico que el delito por el que fueron detenidos los sujetos A y B de la historia del *dilema del prisionero*, señala las posibles consecuencias de la decisión: “(1) Si un sospechoso confiesa y su compinche no, el que confiesa cambia la evidencia y queda libre, y el otro va a la cárcel por veinte años. (2) si ambos sospechosos confiesan, los

⁵⁴⁷ Festa, R., “Teoria dei giochi ed evoluzione delle norme morali”, en *Etica & Politica*, vol. IX, n.º 2, 2007, p. 165.

⁵⁴⁸ Benítez López, A., “Dilema del Prisionero. Estudio de algunos aspectos del primer torneo entre programas de computadora de Axelrod”, en *Revista Internacional de Filosofía*, vol. XXIII, n.º I, 2018, p. 8.

⁵⁴⁹ Cerdá, E./Pérez, J./Jimeno, J. L., *Teoría de juegos*, cit., p. 68.

dos van a la cárcel por cinco años. (3) Si ambos permanecen silenciosos, ambos van a las cárceles por un año por llevar armas ocultas que es un cargo menor”⁵⁵⁰.

Pues bien, el *dilema del prisionero* pone en la palestra dos preguntas: ¿cuál es la estrategia más favorable? y ¿aceptar la imputación o mantenerse en silencio? Si ambos jugadores estuviesen informados sobre las acciones del otro, sabrán que el *silencio* es mejor para sus intereses, pero el dilema se configura cuando uno de ellos decida *confesar el delito* para obtener un beneficio. En el *dilema* se toma como punto de partida que todos perseguimos el interés individual; por tanto, el prisionero que siga la racionalidad individual optará por la confesión para satisfacer su propio interés, descartando la *cooperación* (que representa el silencio) que beneficiaría a ambos⁵⁵¹.

Desde el punto de vista de la autoridad que desea la confesión, el elemento central es el desconocimiento entre los jugadores de las acciones o decisiones individuales, ante lo cual la incomunicación resulta trascendental, porque sirve, según Mosquera, como un *velo de ignorancia* que les impide saber su posición relativa en atención a la decisión que tomará el otro jugador. Aquí entra un siguiente elemento configurador del *dilema* que es la *desconfianza* entre los jugadores, sin importar que el óptimo de Pareto se pueda alcanzar con la cooperación mutua que se representa con el *silencio mutuo*. Sin embargo, no es posible evitar un resultado desfavorable para ambos jugadores, si uno de ellos decide individualmente confesar, basado en que la suma de sus beneficios es superior a la de cooperar con el otro jugador. Es más, el resultado de mayor perjuicio para un jugador individual es que *uno decida cooperar* y el *otro no cooperar*; por tanto, se llega al equilibrio de Nash en el escenario en que ambos deciden confesar y no habrá incentivos para variar su decisión⁵⁵².

En síntesis, el *dilema del prisionero* nos deja como punto central, al margen de las cuestiones matemáticas, que en su aplicación a las situaciones humanas –siguiendo el caso original de la detención– la mejor decisión *será confesar* debido al

⁵⁵⁰ Morton, D., *Teoría del juego*, cit., p. 108.

⁵⁵¹ Festa, R., “Teoria dei giochi ed evoluzione delle norme morali”, cit., p. 167.

⁵⁵² Mosquera, M., *Lógicas de la corrupción*, Harvard University-Edmond J. Safra Center Ethics, Córdoba, 2004, p. 26.

desconocimiento de lo que hará el otro sujeto. Ante la posibilidad de que uno de ellos sea quien no confiese y permanezca en la cárcel, mientras que el otro salga libre, se confirmarían las palabras de Morton, quien afirma que “para cualquier estrategia fijada del otro jugador, siempre consigue más jugando no cooperativa que cooperativamente”⁵⁵³.

De tal modo, con la ausencia de información completa sobre la decisión del otro prisionero, que deberá ser garantizada al evitar que estén en contacto, la confesión se constituye como la estrategia de dominio aplicable al *dilema del prisionero*, porque cada uno de los jugadores perseguirá su interés de manera independiente sin importar la acción del otro porque no la conoce y, por tanto, la solución del juego sería la que corresponde al perfil (confesar, confesar), donde *confesar* es la estrategia dominante para cada uno de los jugadores⁵⁵⁴. Adicionalmente, un dato importante que destaca Morton es que “si el juego se juega solo una vez, los prisioneros no tienen otra opción que confesar”⁵⁵⁵, con lo que se determina la estrategia dominante, dado que en dichos casos cada jugador decidirá no cooperar con el otro, sino obtener su máximo beneficio individual que sería la libertad que le ofrece la Policía a cambio de que declare en contra del otro prisionero.

Seguidamente analizaremos la aplicación del *dilema del prisionero* en la delación del *arrepentido delator*. Para ello, partimos de considerar que los jugadores o prisioneros serán las personas involucradas en un proceso penal por un delito de corrupción pública cometida de manera asociativa; además, las combinaciones de estrategia podrán presentarse en un momento externo al proceso, como al interior del mismo, incluso, sometido a una detención; de manera que, sin centrarnos en cuestiones numéricas, consideramos el siguiente cuadro como el esquema de aplicación del *dilema* a la delación⁵⁵⁶:

⁵⁵³ Morton, D., *Teoría del juego*, cit., p. 109.

⁵⁵⁴ Cerdá, E./Pérez, J./Jimeno, J. L., *Teoría de juegos*, cit., p. 71.

⁵⁵⁵ Morton, D., *Teoría del juego*, cit., p. 111.

⁵⁵⁶ Fuente: Elaboración propia.

Cuadro N.º 1

Sujeto I \ Sujeto II	Delata	No delata
Delata	(Menor beneficio premial, Menor beneficio premial)	(Mayor beneficio premial, mayor sanción)
No delata	Mayor sanción, Mayor beneficio premial)	(Menor sanción, menor sanción)

De acuerdo con el diseño construido para la aplicación del *dilema del prisionero* a la delación, tenemos las siguientes precisiones:

- i. *Sujeto I y sujeto II*: son investigados o imputados por delito de corrupción cometido de forma asociativa, pudiendo estar en una situación de libertad/que se encuentran en libertad sin que sepan la existencia de un proceso o conocer que hay una investigación en desarrollo en su contra o estar detenidos. Tales escenarios variantes no distorsionan el esquema del dilema del prisionero, porque estarán determinados por la estrategia de obtener el mayor beneficio para sus intereses procesales.
- ii. *Delata / no delata*: Estas son las acciones equivalentes a la *cooperación* o *no cooperación* que hemos descrito. Es así que la *no cooperación* entre ambos sujetos implica el acto de *delatar* con la información sobre la participación del otro en el acto de corrupción y el *no delatar* sería la *cooperación* entre ambos equivalentes al silencio, de modo que los perfiles de estrategia serían: [delatar, delatar]; [delatar, no delatar]; [no delatar, delatar] y [no delatar, no delatar].
- iii. *Mayor beneficio premial / menos beneficio premial*: El *mayor beneficio premial* es el equivalente a la libertad del esquema inicial del *dilema del prisionero*, por lo que, para los efectos de la delación, asumimos que ese mayor beneficio es ser *exento de pena*, que se relaciona con el cese de la restricción de la libertad, en caso de estar detenido. El *menor beneficio premial* corresponde a una reducción de la sanción porque ambos darían información sobre el otro.

- iv. *Mayor sanción / menor sanción*: La *mayor sanción* es la pena máxima que se aplique al caso de corrupción cometida por la organización criminal en contra de uno de los jugadores que ha sido delatado y prefirió mantenerse en silencio. La *menor sanción* corresponde al escenario en que ambos jugadores deciden quedarse en silencio y solo podrían ser imputados por un delito menor.

Con las precisiones realizadas, y tomando como punto de referencia las premisas del *dilema del prisionero*, los perfiles de estrategia serían los siguientes: [delatar, delatar]; [delatar, no delatar]; [no delatar, delatar] y [no delatar, no delatar], de los cuales se advierte que el óptimo de Pareto, la mejor situación para ambos, será el perfil de [no delatar, no delatar], porque permanecerían un menor tiempo en prisión por algún delito menos grave; mientras que el equilibrio de Nash se ubica en el perfil de [delatar, delatar], que corresponde a la decisión óptima tomada por cada jugador en función de la estrategia del otro⁵⁵⁷.

Cabe indicar, con base en el llamado *equilibrio o principio de Nash*, la *solución de un juego* es el único equilibrio que consiste en la estrategia óptima de cada jugador, que son las que llegan a conformar tal equilibrio⁵⁵⁸; no obstante, no es el óptimo paretiano, sino una situación subóptima al existir otra solución que beneficia en mayor medida a ambos jugadores que es la de [no delatar, no delatar], que requiere acuerdo de cooperación entre ambos jugadores para lograr una mejor situación individual en común⁵⁵⁹. Para describir el óptimo de Pareto y el Equilibrio de Nash en nuestro esquema de delación, asignaremos valores a nuestro cuadro anterior, en razón de una pena mayor de 10 años, una mínima pena de 1, el mayor beneficio premial con el valor 0 y el menor beneficio premial una disminución de 5 años⁵⁶⁰:

⁵⁵⁷ Cerdá, E./Pérez, J./Jimeno, J. L., *Teoría de juegos*, cit., p. 90.

⁵⁵⁸ Festa, R., “Teoria dei giochi ed evoluzione delle norme morali”, cit., p. 156.

⁵⁵⁹ García López, J. M.ª/Pérez Forniés, C., “Equilibrios de Nash y de Cournot: el caso de la provisión privada de un bien público”, en *Acciones e investigaciones sociales*, N.º 13, 2001, p. 83.

⁵⁶⁰ Fuente: Elaboración propia.

Cuadro N.º 2

Sujeto I \ Sujeto II	Delata	No delata
Delata	(5,5)	(0,10)
No delata	(10,0)	(1,1)

De acuerdo con los valores numéricos asignados, si el *sujeto I* delata y el *sujeto II* permanece en silencio, el número I saldrá en libertad y el otro permanecerá en prisión con la mayor sanción equivalente a 10 [0,10] o viceversa [10,0], de lo cual se obtiene que el equilibrio de Nash corresponde a la decisión de que ambos delaten [5,5], obteniendo una disminución de pena que les beneficia. Sin embargo, esta no es la decisión óptima para los intereses individuales, esto es, no corresponde al óptimo paretiano, porque si cooperasen entre sí y deciden *no delatar*, acogidos a la garantía del derecho al silencio, obtendrían la mínima sanción por un delito menos grave [1,1]. De modo que, si ambos jugadores toman la decisión individual de no cooperar, sino de lograr su libertad o exención de pena, tomarán la decisión de delatar, que equivale al [0] y no ser sancionados por un delito menos grave que equivale al [1].

Ante ello, la estrategia dominante sería la *delación* en un contexto en el que los participantes en el delito no conozcan la decisión del otro y actúen para lograr su interés personal, lo cual dependerá de la fuerza normativa que el sistema legal premial incentive para lograr un mayor beneficio premial, que sería la no punibilidad. Ello debido a que los perfiles de estrategia analizados desde la perspectiva de uno de los jugadores se describirían de la siguiente manera:

a) Si decide *delatar* y el otro decide *no delatar*, el delator obtendrá el *mayor beneficio premial*; mientras que el que *no delató* será sancionado con la mayor pena aplicable con los elementos probatorios aportados por el delator.

b) Si decide *no delatar* y mantenerse en silencio, pero el otro sí *delata*, recibirá la mayor sanción penal y verá cómo el otro, quien decidió ser delator, obtiene el mayor beneficio premial.

c) Si decide *delatar* y el otro también hace lo propio, al haberse ambos delatado no recibirán el mayor beneficio premial ni la mayor sanción, sino una inferior que, según el esquema planteado, sería un beneficio premial inferior asimilable a una atenuación de pena

d) Si *ambos deciden no delatar*, los dos recibirían una sanción menor ante la imposibilidad de la autoridad penal de acreditar contra ellos el tipo penal más grave.

En definitiva, el mejor escenario para ambos sujetos sería la cooperación antes que la delación; sin embargo, la ausencia de información completa los llevará a la aplicación de la racionalidad de maximizar su beneficio individual, que no es otra cosa que el *mayor beneficio premial* posible (la exención de pena o la libertad), razón por la cual el ordenamiento jurídico, con el objetivo de luchar contra la corrupción, pública tiene que promover la desconfianza dentro de la organización, lo que se lograría con el fortalecimiento de las medidas premiales en los casos de corrupción pública con un premio de *exención de pena o no punibilidad* que vaya en la misma línea de la *libertad*.

Además, como se ha dicho, el escenario en el que la *delación* se constituye como la estrategia dominante se da cuando los jugadores juegan una sola vez, por lo que se requiere fortalecer la atracción misma del premio con un elemento que busque acelerar la toma de decisión de la delación, que puede consistir en la incorporación en las fórmulas premiales de un tiempo máximo para que se obtenga el mayor beneficio premial, sumado a que, si estos sujetos son detenidos, deberán, con respeto de las garantías de defensa, estar incomunicados entre ambos porque el desconocimiento de la decisión del otro es lo que refuerza la decisión individual de maximizar el interés individual con la delación.

Sobre los últimos puntos mencionados, para aplicar de manera decidida el *dilema del prisionero* como criterio para la determinación del *momento oportuno* para la delación, se requiere que los *beneficios premiales* (los más adecuados son la *exención*

de pena y la atenuación de pena) deberían estar en relación directamente proporcional con el elemento temporal, esto es, mientras más pronto delate podrá acceder a la exención de pena o la libertad, dosificando el tiempo en un segundo nivel temporal en el que solo tendría opción de obtener una atenuación de pena, si su delación es posterior o al mismo tiempo que la del otro sujeto. De aportarse información con posterioridad al tiempo máximo, la información que aporte debería ser tratada como una simple confesión, salvo que se trate de un hecho nuevo que estaría en el rango de un beneficio premial diferente al esquema del juego sobre el que se le imputa.

Es así que ese elemento temporal debe ser fijado en razón de la duración de la investigación preparatoria o preliminar, según el esquema procedimental que siga cada ordenamiento, puesto que la finalidad de delimitar un *momento oportuno* alineado al *beneficio premial máximo* es combatir el pacto de corrupción o la ley del silencio dentro de la organización, generando la desconfianza para que, una vez que se haya cometido el acto de corrupción, esté latente la idea de que uno de los intervinientes puede decidir delatar para obtener el mayor beneficio premial, porque *delatar* siempre será más favorable para su interés individual. Sobre el particular, Zampaglione, analizando la cláusula de *non punibilità italiana para los casos de corrupción*, señala que el término máximo de cuatro meses desde la *commissione del fatto* debe entenderse como el momento desde que concluye el delito, es decir, desde el último acto de afectación del bien jurídico⁵⁶¹.

Dicho todo lo anterior, desde la perspectiva de evitar que el *momento oportuno* no se convierta en un obstáculo o elemento de reducción de la utilidad de la delación, consideramos que deberá ser determinado en función a la dinámica del proceso penal y que el tiempo específico se vinculará al nivel de mayor beneficio premial que pueda obtener el arrepentido delator; por ende, el tiempo idóneo u oportuno para que se produzca una delación sería hasta la mitad del plazo que dure la investigación fiscal, porque dentro de ese rango se realizan las diligencias más urgentes para esclarecer si el hecho existe y sus posibles autores. Luego de ello, solo debería poder acceder a una pena inferior, lo cual incentivará que los intervinientes en el acto de corrupción vean oportuno delatar antes de que sean descubiertos por el fiscal; por el contrario, si ya se

⁵⁶¹ Zampaglione, A., *Collaborazione processuale nei reati contro la P. A.*, CEDAM, Padua, 2021, p. 39.

conoce el hecho delictivo y el fiscal ha iniciado la investigación, la delación necesariamente debería contener hechos adicionales a los que hayan dado origen de la investigación.

Sobre el particular, como se ha dicho anteriormente, ni en Italia, España ni Perú se ha incorporado un límite temporal para delación en casos de criminalidad organizada. Cuerda-Arnau sostiene que es la mejor opción para cumplir el principio de utilidad, puesto que, “el Estado renuncia al ejercicio de la potestad punitiva hasta el momento en que es posible extraer consecuencias positivas de ese comportamiento”⁵⁶². Así pues, la legislación procesal española señala que la evaluación de la concesión del beneficio se produce al momento de la sentencia (“razonándolo en la sentencia”, fórmula que está presente en los arts. 376, 570 quáter y 579 bis CPE)⁵⁶³ y, de una forma más directa, en el Perú se establece que la colaboración puede producirse durante todo el proceso penal (arts. 477 y 478 CPPP).

No obstante, podemos citar como ejemplos legislativos de límite temporal para la delación, el art. 426 CPE y art. 323 ter. CPI, los cuales no se aplican para el crimen organizado. En el primero de ellos, se introduce el elemento temporal de “dos meses” como un máximo de tiempo para que el particular, sin que sepa que ese haya iniciado un procedimiento penal por el delito de cohecho denuncie el acto de corrupción en España; mientras que, en el segundo, el *pentito di corruzione* italiano deberá denunciar “dentro de los cuatro meses de la comisión del hecho” con el agregado de que sea “antes de tener noticia que se desarrollen investigaciones en su contra por tales hechos”.

Adicionalmente, también se puede citar como un ejemplo de límite temporal para la delación en la legislación italiana a la Ley N.º 45/2001, de febrero, “*Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia penale nonché disposizione a favore delle persone che prestano testimonianza*”, la cual establece que, una vez que se ha concedido la medida

⁵⁶² Cuerda-Arnau, M.ª L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, cit., p- 427.

⁵⁶³ Faraldo Cabana, analizando el art. 376 CP, señala que, al no haberse establecido un límite temporal tampoco, la atenuación se puede producir hasta la sentencia, luego de lo cual, la conducta positiva del imputado tiene impacto en la progresión del grado. Faraldo Cabana, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, cit., p. 322.

de protección, el colaborador tiene un periodo de 6 meses para que entregue toda la información.

Dicho todo lo anterior, asumimos la posición de que la aplicación del *dilema del prisionero* a la *delación del arrepentido* no nos debería restringir a supuestos exactos de detención, sino enfocar su utilización para la *toma de decisión del mayor beneficio premial* que pueda obtener el delator como es la exención o remisión de pena, o que no se le inicie formalmente el procedimiento penal. Para ello, resulta idónea la regulación proporcional entre el tiempo para delatar y los beneficios premiales que puedan obtener los delatores.

4. LAS RECOMPENSAS PARA EL DELATOR EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

Tal como se ha visto en el capítulo II, la delación tiene efectos de *naturaleza procedimental, procesal, así como penal, administrativa y económica*. Estos efectos se convierten en medidas premiales destinadas a incitar la voluntad de los sujetos que han cometido un acto de corrupción asociativa para que decidan delatar y, a la vez, se configuran como un catálogo con el que el órgano de persecución penal puede negociar a cambio de la información. A continuación, describiremos las recompensas idóneas para la lucha contra la corrupción, las cuales pueden estar dentro de las opciones del legislador, ya sea que se adopte la orientación penal o procesal para la regulación de la *justicia premial*; no obstante, como han sido desarrolladas en el citado capítulo II, ahora nos limitaremos a indicar su viabilidad e impacto directo en los procesos penales por corrupción pública, dado que muchas de ellas dependen del nivel de discrecionalidad con que cuente el fiscal frente a la obligatoriedad constitucional del ejercicio de la acción penal.

4.1 Las recompensas procesales para los delatores en los procesos por corrupción pública

Las recompensas que se encuentran en este apartado, denominadas *procesales*, tienen dos elementos funcionales, que son: *la existencia de un procedimiento penal* y *la facultad discrecional del fiscal*. En cuanto al primero, nos reconduce a la delación

intraproceso, pero es necesario hacer una precisión terminológica sobre el uso del término *procedimiento* en el presente apartado, puesto que permite abarcar las primeras actuaciones previas a la formulación de la imputación penal. Tal como nos dice Chiavario, el término *procedimiento* comprende todas las actuaciones desde que se recibe la *notitia criminis* y, por su parte, *proceso* se contextualiza desde la formulación de la imputación⁵⁶⁴.

Ambos términos en ocasiones se suelen usar de manera indistinta; no obstante, la precisión realizada sirve para la comprensión de las técnicas legislativas y la ubicación temporal de la *imputación*, que es la que delimita el desarrollo del procedimiento penal, frente a la que el imputado ejercerá su defensa y el juez determinará el resultado de la acreditación de la responsabilidad penal⁵⁶⁵. Adicionalmente, tal como ha desarrollado Ortiz Pradillo, los beneficios de naturaleza procesal son más eficaces que los beneficios penales, puesto que tienen un mayor alcance para simplificar el ejercicio del *ius puniendi*⁵⁶⁶.

Dicho lo anterior, hemos incluido entre los efectos procesales a la *no imposición o variación de medidas cautelares* y al *sobreseimiento o desistimiento de la acusación*, porque su realización en beneficio de un delator puede producirse desde la primera imputación, la cual puede justificar detenciones preliminares. Cabe precisar que, siguiendo a Planchadell Gargallo, la imputación puede ser material o formal, si bien la segunda es la que da inicio al proceso penal, la primera se aplica para las medidas de coerción o limitativas dentro de la fase preprocesal (o investigación preliminar)⁵⁶⁷.

Así pues, en cuanto a las medidas cautelares personales, la más aflictiva es la *prisión preventiva*, la cual se produce con la imputación formalizada. No obstante, debido a que la *delación* puede darse en el momento de la primera detención, sin que haya detención hasta antes de que se haya formalizado la imputación, hemos

⁵⁶⁴ Chiavario, M., *Diritto processuale penale*, cit., p. 74.

⁵⁶⁵ Spangher, G., *Introduzione allo studio del processo penale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 45.

⁵⁶⁶ Ortiz Pradillo, J. C., *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivos una colaboración eficaz con la justicia*, cit., p. 359.

⁵⁶⁷ Planchadell Gargallo, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, Valencia, 1999, pp. 141 y 157.

considerado para la aplicación de estos efectos procesales que exista un *procedimiento*, el cual incluye a la indagación preliminar fiscal.

a) No imposición o variación de medidas cautelares personales

Este tipo de recompensa corresponde a uno de los objetivos de un *delator*, que es el de mejorar su situación procesal concreta, ya sea porque se encuentre restringida su libertad personal, tenga conocimiento de la formulación de un requerimiento en su contra o su conducta de colaboración se adelante a un posible escenario de restricción de la libertad. Al respecto, siguiendo la idea de Ruga, las medidas cautelares personales son el escenario principal donde se desarrolla la fase negocial de la justicia premial, más aún en casos de pluralidad coimputados genera la expectativa de ser beneficiado con la revocatoria o no aplicación de la prisión preventiva⁵⁶⁸.

Es así que, en la práctica, se observa que las decisiones para la *delación* en su mayoría se producen durante la detención preliminar, ante un requerimiento de prisión preventiva o cuando se impone la prisión preventiva con la expectativa de lograr salir lo más pronto de la cárcel. Esto, sin lugar a duda, nos ubica en un límite entre la necesaria eficiencia de la investigación y el posible uso arbitrario de las prisiones preventivas. Sin embargo, si seguimos la estructura tradicional del *dilema del prisionero*, que sirve de orientación para la *justicia premial*, durante el tiempo en detención se produce el contexto de decisión donde domina el perfil de la delación. Para ello, como hemos dicho anteriormente, se debe garantizar el derecho de defensa en todo momento de los investigados o imputados, porque la decisión de delatar debe ser producto de la elección por sus intereses individuales frente a la posible cooperación con el silencio en favor del conjunto de imputados.

De este modo, el órgano de persecución penal, en los procesos por corrupción pública, puede usar como herramienta premial para los contextos de negociación con los *arrepentidos delatores* desde la *no formulación del requerimiento de prisión preventiva*

⁵⁶⁸ Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 258. Recordemos que “los intereses representan el punto de llegada buscado por las partes a partir del acuerdo, siendo su identificación y persecución esencial para la construcción del consenso”, Almeida Mendonça, A.L./Estella Nagle, L./Rodríguez-García, N., *Negociación en casos de corrupción: Fundamentos teóricos y práctico*, cit., p. 132.

pasando por su *desistimiento del pedido realizado ante el juez* hasta el pedido de *cesión de la prisión preventiva* para aquel *arrepentido* que haya decidido delatar, lo cual no solo será una muestra del cumplimiento del contexto comercial, sino también para garantizar que el nuevo delator no mantenga mayor contacto con los coimputados que se encuentren en reclusión.

b) Sobreseimiento o desistimiento de la acusación

El *sobreseimiento o desistimiento de la acusación* expresa la facultad discrecional que se le pueda reconocer al fiscal en el trámite de la acción penal⁵⁶⁹. De acuerdo con cada estructura que elija el legislador para la *justicia premial*, el ámbito de negociación puede darse en el mismo procedimiento penal (España e Italia) o un procedimiento especial (Perú). Al respecto, consideramos que, si se tratase del mismo procedimiento (delator y delatados), el mantenimiento de la acción penal con los marcos negociales permite asegurar la declaración del *arrepentido*. De este modo, si la fórmula legislativa es la *no punibilidad* (exención de pena), el fiscal podrá negociar *no formular acusación* en un procedimiento penal que se haya iniciado en mérito a la información aportada por el delator.

Una opción legislativa dentro de los escenarios de negociación para la *delación* en los casos de corrupción pública, como es el archivo por sobreseimiento debe ser excepcional porque se incumple la obligación constitucional de ejercitar la acción penal⁵⁷⁰. Esta conlleva a que la norma habilite expresamente al fiscal negociar el sobreseimiento; de lo contrario, sería inconstitucional cualquier discrecionalidad ante un supuesto concreto de corrupción pública.

Por otro lado, en los países en que la regulación de la concesión de premios a los colaboradores se realiza en un procedimiento autónomo es posible que el fiscal opte por el requerimiento de sobreseimiento en caso de corrupción pública, siempre que ello

⁵⁶⁹ Siguiendo los términos de Gómez Colomer, el sobreseimiento es el conjunto de condiciones que dan por concluido o en suspenso un proceso penal sin que haya juicio oral. Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 342.

⁵⁷⁰ Giostra, G., *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretativi*, Giappichelli Editore, Turín, 1994, p. 8.

permita que el delator declare en el otro procedimiento penal conexo, por lo que se autoriza al fiscal que acuerde con el delator el desistimiento de la acción penal. Cabe precisar que, el *desistimiento* o *sobreseimiento* se produce en el procedimiento penal que se había iniciado en el que el *arrepentido* se convierte en *delator*, aceptando su responsabilidad ante el fiscal y es reconducido al procedimiento especial de colaboración.

Así pues, en este supuesto el *sobreseimiento* es una consecuencia de la *sentencia de colaboración eficaz* que valida el acuerdo de beneficios (*arrepentido-delator*), entonces se utiliza el sobreseimiento para culminar el procedimiento iniciado en contra del *arrepentido* convertido en delator y cuya situación jurídica se define en el *procedimiento especial* con las obligaciones procesales en el procedimiento penal contra los delatados. Romero Pradas afirma que el sobreseimiento es útil porque “pone término a procesos que no pueden pasar a la fase de juicio oral, y que aun en el caso de que continuaran no producirán otro resultado que el obtenido mediante el sobreseimiento”⁵⁷¹.

En consecuencia, este sobreseimiento (Perú, art. 47 del Decreto Supremo N.º 007-2017-JUS, “*Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1301, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz*”, se requiere cuando ya se corroboró la información, se realizó el control judicial y se concedió el beneficio premial, quedando al control de revocatoria si el *arrepentido delator* no cumple con las obligaciones procesales. Sin llegar a configurar un procedimiento especial, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (2011) propone en el art. 153 un supuesto de sobreseimiento condicionado por 5 años para los colaboradores en los casos de criminalidad organizada que no “frustren con su propia conducta la colaboración prestada” y que no haya “reanudado la actividad delictiva”.

Dicho todo lo anterior, conviene responder si sería adecuado regular dentro de la conformidad española el supuesto de colaboración eficaz (*arrepentido delator*). De manera general, Barona Vilar recuerda que la introducción de la *conformidad* en el

⁵⁷¹ Romero Pradas, M.ª I., *El sobreseimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 91.

proceso penal se caracteriza para su aplicación en hechos de poca relevancia social, la readaptación del autor del delito, la reparación del daño o evitar que se produzcan los efectos criminógenos de la pena⁵⁷². El objeto de la conformidad es la “aceptación de todos los extremos contenidos en el escrito de acusación de mayor gravedad”⁵⁷³, por ello, es que se suprime el juzgamiento, por ende, también la práctica de la prueba, emitiéndose sentencia por los hechos aceptados por el imputado⁵⁷⁴.

La sentencia de conformidad tiene el efecto de cosa juzgada⁵⁷⁵ y requiere formalmente el acuerdo de todos los acusados (art. 655 LECrim), es decir, en caso que uno de los coacusados contradiga la acusación no procedería la sentencia de conformidad⁵⁷⁶. Sobre esto último, la intención legislativa española es la reforma de la conformidad (Proyecto de Ley N.º 121/000097, “*Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*”), entrando en discusión la denominada *conformidad parcial*, la cual ya ha sido desarrollada por el Tribunal Supremo español, precisando que no generaría indefensión:

“A este respecto, el Tribunal Constitucional, al examinar en la sentencia 126/2011, de 18 de julio (RTC 2011, 126), una alegación de indefensión por la situación procesal generada al inicio de un juicio penal -precisamente también por un delito de malversación de fondos públicos- debido a la modificación del escrito de acusación y a la conformidad de algunos de los acusados, rechazó que ello generara de por sí indefensión y trasladó la cuestión suscitada al ámbito propio del derecho a la presunción de inocencia por tratarse realmente de un problema de valoración probatoria de las declaraciones de los coimputados”⁵⁷⁷.

⁵⁷² Barona Vilar, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 229.

⁵⁷³ De Diego Díez, L.A., *Alcance de los términos «sentencia de estricta conformidad»*, Colex, Madrid 1998, p. 15.

⁵⁷⁴ Fraga Mandián, J., *Las diversas manifestaciones de la conformidad en el Derecho procesal penal*, Sepin, Madrid, 2018, p. 84.

⁵⁷⁵ Barona Vilar, S., *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 336.

⁵⁷⁶ Fraga Mandián, J., *Las diversas manifestaciones de la conformidad en el Derecho procesal penal*, p. 94.

⁵⁷⁷ STS núm. 784/2012 de 5 de octubre de 2012, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2012\9853]). Así se siguió el criterio en sucesivas sentencias, por ejemplo, STS núm. 280/2020 de 4 de junio de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2020\1629]): “si nos situásemos hipotéticamente en una sentencia de estricta conformidad, para lo cual hubiera sido necesario que se dividiese la causa, formando una pieza separada para los acusados conformes, se finalizaría con una sentencia de conformidad (que les condenaría al total de la indemnización, sin perjuicio de que otros posibles responsables penales pudieran ser posteriormente también condenados con otras cuotas). Habría luego otra sentencia para los no conformes

Ahora bien, desde nuestra posición, la incorporación de la *colaboración del arrepentido delator* como un supuesto de *conformidad* no es acorde al diseño procesal español, incluso en el caso de la *conformidad parcial*. La contradicción radica en el fundamento político criminal y en la configuración de unidad de procedimiento que rige en España para los coimputados arrepentidos. Sobre el primer punto, Gómez Colomer señala que la conformidad “es un instituto pensado para el enjuiciamiento de la mediana e ínfima criminalidad”⁵⁷⁸, por tanto, es contrario a la gran alarma social que implica la corrupción pública, más aún si es cometida por pluralidad de personas o por organizaciones criminales.

Respecto al segundo punto, en España la concesión del beneficio premial se produce en la sentencia (“razonándolo en la sentencia”). Esto resulta diferente a la finalidad de la *conformidad* que busca resolver la pretensión penal (acusado-delito-pena), lo cual también es aplicable en la *conformidad parcial*, pues, se define en la sentencia de conformidad los términos de condena de un coacusado. Por el contrario, en la *colaboración del arrepentido delator* la aceptación de la propia responsabilidad solo es un elemento que debe complementarse con la conducta colaborativa para la identificación y sanción de los delatados.

Asimismo, dado que la naturaleza jurídica de la *conformidad española* no es de un *procedimiento especial*, porque “se produce en el proceso y despliega su eficacia en dicho proceso”⁵⁷⁹, tampoco se enmarcaría en la opción legislativa de dar tratamiento procesal en un procedimiento especial a la colaboración del *arrepentido*, puesto que, en estos casos la situación jurídica del coimputado no se resuelve definitivamente, sino condicionada al cumplimiento de reglas de colaboración probatoria contra los delatados.

tras el desarrollo del juicio oral (obviamente sin presencia de los acusados ya conformados y sentenciados)”. También ha señalado el Tribunal Supremo que la negativa de aceptar la conformidad parcial “iría en contra de la libertad de los acusados de utilizar y elegir las herramientas procesales que el derecho pone en sus manos y el Fiscal debería aceptar estas conformidades parciales”. STS núm. 793/2021 de 20 de octubre de 2021, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2022\2992]).

⁵⁷⁸ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 382.

⁵⁷⁹ Aguilera Morales, M., *El principio de Consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 268-269.

4.2 Las recompensas penales, administrativas y económicas para los delatores en los procesos penales por delitos de corrupción pública

En este bloque se ubican las medidas premiales que conforman un catálogo de opciones para los legisladores, quienes podrán incorporarlas para que sean aplicadas bajo el principio de igualdad, puesto que, como destaca Pulitanò, las técnicas premiales que juegan un papel importante para el funcionamiento de la justicia penal no son contrarias a tal principio⁵⁸⁰. Así, al ser un catálogo, no todos los ordenamientos jurídicos adoptan el mismo sistema de medidas premiales. Valga como ejemplo la situación de la *exención de pena* que resulta una medida premial idónea que, sin embargo, no siempre es tomada en cuenta para el combate contra la corrupción en específico o la criminalidad organizada, pero sí la *atenuación de pena*, a pesar de que ambos beneficios no resultan excluyentes, sino, por el contrario, pueden ser graduados según los criterios expuestos en el apartado dedicado al *momento oportuno de la delación*.

a) Exención de pena y exención de medidas administrativas

Esta medida premial resulta la más potente para la lucha contra la corrupción pública, porque la previsión normativa de una expectativa en favor de los *arrepentidos* que decidan delatar que serán exentos de pena o se les aplicará una cláusula de *no punibilidad* a cambio de la información es el equivalente a la *libertad* del esquema del *dilema del prisionero*, lo cual convierte a la delación en la estrategia dominante de los posibles delatores de la corrupción.

Al respecto, las legislaciones española e italiana no han previsto la posibilidad de excluir la pena en los casos de criminalidad grave o criminalidad organizada. Caso diferente es el peruano, en el que se reconoce de forma expresa ambos beneficios (art. 475 CPPP). Sin embargo, la reforma italiana de 2019 (Ley 03/2019) incorpora con el art. 323-ter CP la cláusula de *no punibilidad* condicionada a que la delación se realice dentro de 4 meses desde el hecho corrupto.

⁵⁸⁰ Pulitanò, D., “L’evoluzione della politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta”, en Donini, M./Stortoni, L., *Il diritto penale tra scienza e politica*, Bononia University Press, Bolonia, 2015, pp. 38-39.

De igual modo, para la *persona jurídica*, el beneficio de que no se le apliquen sanciones penales (España) o sanciones administrativas (España, Italia y Perú) en su contra se vuelve en un potencial atractivo para que delaten, más aún, en los contextos legales en que su responsabilidad administrativa o penal resulta autónoma de las personas naturales; por ende, en su delación podrá incorporar datos de otras personas jurídicas o naturales. No obstante, España e Italia tampoco aplican este tipo de recompensas para las personas jurídica, en caso de criminalidad organizada como sí lo establece la norma procesal peruana en el numeral 7 del art. 475 CPPP (igualmente, Italia con la reforma del 2019 se aplica la *no punibilidad* para la persona jurídica en caso de corrupción).

b) Atenuación de pena y reducción de medidas administrativas

La atenuación de pena tiene un menor impacto para los fines de incentivar la decisión de la delación, porque ofrecer tan solo una rebaja de pena convierte en menos atractiva la delación en los casos donde hay pacto de corrupción, rige la ley del silencio, y existe un peligro para la vida e integridad de los delatores quienes se han beneficiado también con la corrupción. De este modo, la atenuación que ha sido la medida premial tradicional en la lucha contra la criminalidad organizada no logra tener el mismo impacto que la *exención de pena*, sino como un *beneficio premial menor*.

En lo que se refiere a la *persona jurídica* que sea imputada, según el modelo adoptado de responsabilidad, puede obtener una reducción en la pena (España) y en las sanciones administrativas (España, Italia y Perú) previstas de forma proporcional a la información que aporte como delatora, lo cual debe ser evaluado en un extremo independiente a las medidas internas que la persona jurídica adopte para la prevención de la comisión de los mismos actos de corrupción.

Aquí se encuentran los tradicionales beneficios para la criminalidad grave (terrorismo, drogas, etc.) y criminalidad organizada. En España (arts. 376, 570 quáter y 579 bis CPE) se regula como decisión discrecional de jueces o tribunales⁵⁸¹ la *atenuación de pena* “pena inferior en uno o dos grados”; de igual modo, para la persona

⁵⁸¹ Benítez Ortúzar, I., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, cit., p. 168.

jurídica, prevé la posibilidad de atenuación en el art. 31-quáter, en específico los literales a) y b).

En el caso italiano (art. 8 del Testo del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, coordinato con la legge di conversione 12 luglio 1991, n. 203) se posibilita sustituir la cadena perpetua por una pena de 12 a veinte años y una reducción desde un tercio a la mitad de las otras penas previstas, y en cuanto a la persona jurídica el art. 13.2 del Decreto Legislativo n.º 231/2001 regula la reducción de 3 meses a 2 años. De forma diferente, en el Perú no se ha previsto un límite a la atenuación de la pena, tan solo se reconoce la *disminución de la pena* y disminución de las medidas administrativas (475 numerales 5 y 7 CPPP), lo cual queda en el ámbito de la negociación entre el fiscal y el delator. Asimismo, la atenuación de pena se regula como una limitación de beneficio premial en los casos en que el delito haya “causado consecuencias especialmente graves”, de modo que, en tal supuesto el acuerdo entre el fiscal y el delator no puede ser la exención o remisión de pena, sino la “disminución de la penal o suspensión de su ejecución” (art. 475.6 CPPP).

c) **Recompensa económica**

Las recompensas económicas, tal como se dijo en el capítulo II, se ubican en un campo de dudas, porque, si bien el pago puede alentar a la colaboración, también sumerge en riesgo la deslegitimación de los delatores. No cabe duda de que, así como la verdad en el proceso penal no puede perseguirse a todo costo, la *delación* tampoco puede incentivarse de cualquier modo; por ello el pago a los delatores fue una de las causales de la crisis de la institución durante el Imperio romano. Recordemos que no estamos ante procesos de mera naturaleza patrimonial, como fue el resurgimiento y regulación del *whistleblower* en Estados Unidos en el ámbito tributario para ser beneficiados con parte del dinero que el fisco pueda recuperar.

Sobre el particular, en la doctrina española Gimeno Beviá destaca los riesgos de establecer recompensas económicas de cara al funcionamiento de los canales de denuncia de los programas de cumplimiento, puesto que, la regulación de estos canales deberían estar orientados a que los trabajadores decidan utilizarlos sin recurrir en primer orden a los *canales externos*; además, manifiesta que se le debería advertir que las

denuncias falsas tendrían consecuencias; sin embargo, si las autoridades públicas ofreciesen dinero esto genera una atracción que distorsiona los fundamentos éticos del *whistleblowing*⁵⁸².

5. EL VALOR DEL TESTIMONIO DEL DELATOR EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN DE DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

En los apartados precedentes se han analizado las cuestiones referidas a los presupuestos para la delación de los *arrepentidos delatores* y *whistleblowers*, el contenido, el momento oportuno, así como el catálogo de medidas premiales en favor del delator que sean idóneas para la lucha contra la corrupción pública organizada, es decir, lo concerniente a su admisión, procedencia y valoración desde el punto de vista del beneficio del *delator*. A continuación, corresponde orientar el análisis desde el impacto procedimental de la delación y su utilización en la fase de investigación. Para tal fin, tomaremos como punto de partida el efecto de inicio de investigación criminal que nos permitirá ingresar a lo que se convertirá en un requisito previo de utilización que son los *actos mínimos de investigación con fines de corroboración*.

Ahora bien, para otorgar valor a la declaración del *arrepentido delator* debemos respondernos una pregunta principal: ¿cuál es su posición jurídica?, porque en función del *status procesal*, posterior a la conversión en *delator en sentido específico*, se le reconocerán derechos y obligaciones. Luego, analizaremos el valor que tiene esta declaración inculpativa del *delator* para la restricción de los derechos fundamentales de los delatados, que se refiere principalmente a su libertad personal y secreto de las comunicaciones o de información bancaria.

5.1 La delación como inicio de una investigación criminal

Sammarco nos recuerda que la *chiamata di correo* realizada sin que se haya iniciado el procedimiento penal produce su inicio⁵⁸³. Cabe subrayar que disponer el inicio de la investigación criminal, previo a una corroboración mínima, se configura

⁵⁸² Gimeno Beviá, J., “Problemas que plantea la asunción del modelo norteamericano de recompensas al denunciante en el ordenamiento español y frente al cumplimiento normativo”, cit., pp. 307-308.

⁵⁸³ Sammarco, A. A., *La chiamata di correo. Profili storici e spunti interpretativi*, CEDAM, Padua, 1990, p. 111.

como una obligación de investigación⁵⁸⁴ producto de la presentación de una *notitia criminis*⁵⁸⁵; por el contrario, si la autoridad penal no investiga el hecho de apariencia delictiva de corrupción, afectaría el interés general. Por ejemplo, ante la formulación de una denuncia, Torres Rosell señala que la inacción atenta contra el derecho a la tutela efectiva⁵⁸⁶. Esto, a nuestro parecer, se agrava en los casos corrupción pública porque el delito tiene como bien jurídico difuso el buen funcionamiento de la Administración pública.

Cabe preguntarnos ¿por qué investigar? La respuesta la encontramos en la aplicación del principio de necesidad, puesto que se pone en conocimiento la información (*hecho delatado*) y se requiere la investigación para que sea subsumida en una norma penal⁵⁸⁷. Conviene recordar que, para la procedencia de la delación, no se exige que el sujeto delator tenga conocimientos especiales de derecho, así como tampoco la acreditación de los elementos de la teoría del delito.

⁵⁸⁴ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 166.

⁵⁸⁵ El Tribunal Supremo español ha señalado que “la ‘noticia criminis’ de esos hechos delictivos que se estiman verosímiles y la información de la Policía transmitida a la autoridad judicial que, inicial y provisionalmente parece refrendada, confirma, cuando menos, una sospecha fundada sobre la que realizar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad de la medida de investigación adoptada para la constatación de unas actividades delictivas, cuya naturaleza necesita la intervención telefónica como el medio idóneo para su descubrimiento y esclarecimiento sin que, obviamente, pueda alegarse que no fue respetado el principio de proporcionalidad, pues aun siendo cierto que una medida judicial limitadora de un derecho fundamental de la persona, como es la intimidad personal y secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (RCL 1978, 2836) , exige que el delito a perseguir sea lo suficientemente grave como para que pueda afirmarse que está justificada tal limitación ante el deber de perseguir la correspondiente conducta criminal, la colisión entre tal derecho fundamental y el deber de investigar la comisión de los hechos delictivos ha de resolverse a favor de este deber cuando el delito es importante, y el actual tratamiento legislativo del tráfico de drogas como delitos de acusada gravedad impide que pueda calificarse de desproporcionado el recurso de dicha intervención”. STS núm. 210/2012 de 15 de marzo de 2012, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2012\9835]). Adicionalmente, el Tribunal Supremo ha señalado que se requiere de la noticia criminal para el inicio del proceso penal, puesto que “la posible existencia de un proceso que no se proyecte sobre hechos aparentemente delictivos, o lo que viene a ser lo mismo, de un proceso sin objeto. Esta posibilidad comporta -como ya hemos apuntado- además el riesgo evidente de que el proceso se instrumentalice al servicio de una investigación generalizada. En este punto la doctrina matiza que se trata de un riesgo, no de una consecuencia inexorable. Por ello, incoar un proceso faltando *notitia criminis* no siempre conduce a una causa general, pues tras esa ausencia puede no esconderse el propósito de llevar a cabo una investigación de la que, tal vez, surjan hechos punibles: El matiz, empero, no se da a la inversa, es decir, así como la iniciación del proceso faltando *notitia criminis*, no aboca necesariamente en una causa general, tras toda causa general late siempre constante la falta de *notitia criminis*”. STS núm. 908/2021 de 24 de noviembre de 2021, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2021\5681]).

⁵⁸⁶ Torres Rosell, N., *La denuncia en el proceso penal*, cit., 249.

⁵⁸⁷ Volpe, R./De Caro, A., “La notizia di reato tra qualificazione, iscrizione e controlli”, en *Giustizia penale*, n.º 03, 2010, p. 67.

Pues bien, este deber de investigación adquiere un matiz según el tipo de delator al cual nos referimos, puesto que la *delación del arrepentido delator* tiene como particularidad el *momento oportuno* en que se delate. Situación especial se produce cuando la *notitia criminis* es conocida por el fiscal mediante un *whistleblower*, dado que este debería formular la denuncia del acto de corrupción en el *canal interno* de la organización pública o privada, cuyo administrador, en caso de relevancia penal, comunica al fiscal el hecho delatado; sin embargo, como no está prohibido, el *whistleblower* podría también decidir acudir directamente a la autoridad penal.

Por consiguiente, la información de la delación que se presenta ante el fiscal, sea producto de una delación en sentido general o en sentido específico, genera que la autoridad penal la considere un insumo para una investigación; sin embargo, se pueden realizar algunas precisiones adicionales:

i. *La información del delator en sentido general*: Como se ha indicado en capítulos anteriores, en estos casos no se conoce la identidad del delator; por tanto, el fiscal deberá darle el tratamiento de una denuncia anónima.

ii. *La información del delator en sentido específico*: A diferencia del supuesto anterior, aquí el fiscal conoce la fuente de la información, que es el *arrepentido delator*. Es así que este delator puede aportar la información sin que exista un procedimiento o cuando ya se haya iniciado una investigación. En este último supuesto, específicamente, la información se corrobora para verificar la hipótesis fiscal existente o ampliar a otros investigados.

5.2 Los actos mínimos de investigación con fines de corroboración

La finalidad de reforzar el papel de garantía del proceso penal para evitar una aplicación arbitraria del *ius puniendi* lleva a que una vez recibida la *delación* de corrupción y antes de iniciar la investigación se deban realizar *actos mínimos de investigación con fines de corroboración*. Esto no significa un agotamiento de la investigación de todos los elementos del tipo penal de corrupción que permitirían al fiscal ejercitar la acción penal, sino de una barrera inicial que tiene como objeto las cuestiones fácticas de existencia del hecho delatado para corroborar su apariencia

delictiva o que la *delación* no se haya efectuado sobre un hecho falso que deba ser archivado⁵⁸⁸.

Así pues, la ejecución de los *actos mínimos de corroboración* obliga la protección de los derechos fundamentales de los *delatados*, debido a que la delación puede ser instrumentalizada no solo para obtener rápidamente una mejora en la situación procesal, sino también por venganza u otras razones personales orientadas a la afectación de otras personas. Por consiguiente, la Fiscalía o la Policía judicial deberá realizar actuaciones de investigación que se ubican en una fase previa a la investigación preliminar, es decir, desde un punto de vista gradual primero estos actos mínimos corroboran la verosimilitud de la *delación* para iniciar la investigación fiscal que dará paso al ejercicio de la acción penal y, con ello, al inicio formal del proceso⁵⁸⁹.

Siguiendo el tratamiento teórico de la *notizia di reato* que realiza Aprati, consideramos que, si bien la *delación* al igual que la *denuncia* sirven como una primera aproximación o prueba de la existencia del hecho, ello no basta para la determinación del objeto de la investigación, sino que también se necesitan actos de corroboración iniciales, lo cual se denomina en la doctrina italiana como la *pre-inchiesta*, que da un apoyo de carácter epistémico a la decisión de inicio de la investigación penal⁵⁹⁰.

Además, esta *mínima actuación de diligencias* que se ubica en una fase previa al inicio de la investigación penal dependerá del *momento de la delación* y conlleva a que no se otorgue ninguna recompensa al delator hasta obtener este primer resultado preliminar o se culmine la *pre-inchiesta*. Esta premisa no produce mayores inconvenientes en el procesamiento de las *delaciones en sentido general*, porque se les aplica el régimen del tratamiento de la denuncia anónima o la denuncia confidencial; sin embargo, en el caso del *arrepentido* los actos de corroboración mínima deben efectuarse sin que se otorgue efectos a la delación, tal como precisamos a continuación⁵⁹¹:

⁵⁸⁸ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 166.

⁵⁸⁹ Torres Rosell, N., *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 256.

⁵⁹⁰ Aprati, R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penal*, cit., p. 57.

⁵⁹¹ El Tribunal Constitucional español ha señalado que “la exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de

i. *Actos de corroboración mínima y arrepentido delator*: La realización de la corroboración mínima tiene como efecto que no se le otorgue alguna mejora de su situación procesal o se suspendan medidas dictadas en contra del delator sin que se obtenga previamente el resultado de la *preinvestigación*. Por ejemplo, si el *arrepentido* se encuentra detenido o cumpliendo prisión provisional no se le debería variar la medida cautelar sin haber culminado la corroboración mínima para evitar el riesgo de validar apresuradamente una mentira y darle efectos procesales.

ii. *Actos de corroboración mínima y delatados*: El otro extremo de la corroboración mínima, como hemos destacado, es evitar la afectación de la seguridad jurídica y demás derechos fundamentales de las personas delatadas. Por tal motivo que, sin que se obtenga una corroboración mínima de la participación de los delatados no podrán ser incorporados al procedimiento penal de corrupción, porque no se puede obviar que una investigación penal tiene consecuencias aflictivas.

Ahora bien, estas corroboraciones mínimas o actos mínimos de investigación estarían a cargo del Ministerio Público, para lo cual se requiere una modernización de la Fiscalía, puesto que “las prácticas corruptas, caracterizadas por su complejidad y por afectar gravemente los intereses colectivos o generales no pueden ser afrontadas eficazmente con los actuales sistemas y estructuras procesales, que no posibilidad ni la necesaria especialización ni la coordinación en la investigación penal”⁵⁹². La necesidad de esta corroboración la encontramos en España, Italia y Perú.

En España, aún no hay una reforma integral de la norma procesal y, como hemos visto anteriormente, el tratamiento de la fuente de información anónima (léase denuncia anónima) que se le asigna a la *delación en sentido general* (*whistleblowers* e

entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no”. STC núm. 125/2009, de 18 de mayo de 2009, [RTC 2009\125]. STC núm. 10/2007, de 15 de enero de 2007, (Sala Primera, [RTC 2007\10]).

⁵⁹² Ferrandis Ciprián D./Teruel García, I., “Algunos retos de la administración de justicia frente al fenómeno de la corrupción”, en Blanco Valdés, R./Vásquez-Portomeñe Seijas, F. (dirs.), *Nuevos instrumentos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el derecho penal y el derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 274.

informantes) en la forma de denuncia anónima que incentiva la investigación ha sido por desarrollo jurisprudencial. Sucede lo mismo para los casos de corroboración de la *delación del arrepentido*, porque no se puede iniciar directamente la investigación en contra de los delatados. Al respecto, la obligación de investigación se encuentra prevista en el art. 269 LECrim, aunque se refiere a una *denuncia formalizada*, sí establece que el hecho de la denuncia debe ser corroborado, puesto que en el caso de que no tenga naturaleza delictiva o sea falsa la información deberá archivarse la denuncia.

Así, podemos citar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tuvo como objeto el tratamiento de los *whistleblowers* y que defiende que la *denuncia anónima* provoca la investigación policial:

“Cierto y verdad es, sin embargo, que hemos señalado en otras ocasiones el problema que puede existir en el sector empresarial la ausencia de medidas o mecanismos de control, y más en casos como el aquí ocurrido, en el que se demuestra la facilidad con la que unos trabajadores, como se ha declarado probado, pueden llevar a cabo un daño relevante en su empresa, sin que se detecte, salvo que exista una denuncia anónima, como aquí ha ocurrido, que incite y provoque una investigación policial”⁵⁹³.

En cuanto a la necesidad de corroboración, la norma procesal española señala en el art. 13 LECrim que las *primeras diligencias* buscan comprobar la existencia del delito y la identificación de los responsables, lo cual debe ser interpretado en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se estableció que la *declaración del coimputado* debe ser mínimamente corroborada para su utilización, de lo contrario se podría afectar los derechos fundamentales de los delatados⁵⁹⁴. También encontramos

⁵⁹³ STS núm. 35/2020, de 6 de febrero de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2020\298]). Véase también, STS núm. 318/2013, de 11 de abril de 2013, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2013\5933]), en la que se destaca que la “doctrina jurisprudencial de esta Sala, avalando la legalidad de los procedimientos penales que tienen su origen en una denuncia anónima formulada ante las autoridades policiales o judiciales mencionadas en el art. 264 LECrim”. En igual sentido, sobre el inicio del proceso penal por denuncia anónima el Tribunal Supremo señala que “es admisible el inicio de una investigación criminal a partir de una denuncia anónima, si bien se precisa de un control judicial indiciario para iniciar la investigación. En todo caso, la ausencia de ese control difícilmente puede dar lugar a la nulidad del proceso”. STS núm. 676/2019, de 23 de enero de 2019, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2020\415]).

⁵⁹⁴ “No podemos aceptar como norma general que esos tres elementos indiciarios sean suficientes para arrebatar a cualquier ciudadano el inicial blindaje que le proporciona su derecho a la intimidad. Una confidencia anónima, sin más, que no ofrezca otros elementos de corroboración que los antecedentes policiales y la realidad de unos viajes, no debería haber llevado a respaldar una resolución judicial habilitante para la restricción de derechos. [...] La necesidad de poner límites a la delación está presente en la redacción de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 166 y 168) y en la Compilación General

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que ha desarrollado el *concepto de mínima corroboración*:

“La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no”⁵⁹⁵.

En el caso italiano, con los arts. 333.3 y 240 del CPPI se regula que las denuncias anónimas no pueden ser utilizadas para fundamentar ningún acto de investigación, salvo que los documentos que la contengan provengan del imputado. Además, el art. 330 CPPI permite que tanto el fiscal como la Policía Judicial por propia iniciativa puedan obtener la *notitia criminis*. Aunque la denuncia anónima legalmente no tiene esa categoría, la Policía Judicial puede hacer uso de los confidentes cuya reserva de identidad no le puede ser obligada a revelar.

Al respecto, la Corte Suprema de Casación italiana ha señalado que la denuncia anónima, a la que se aplica las reglas de la *notizia confidenziale* para el desarrollo de la *pre-inchiesta*⁵⁹⁶, no puede ser verificada mediante actos invasivos:

“La verificación de la validez de la denuncia anónima destinada a encontrar la denuncia del delito puede ser realizada por el PG o el PM a través de actos no invasivos. Si bien, en general, se puede afirmar que el desarrollo de las investigaciones encaminadas a verificar la validez de la denuncia anónima se deja a iniciativa del PM y del PG, no obstante, cabe señalar que la jurisprudencia de este Tribunal ha considerado necesario verificar una denuncia anónima”⁵⁹⁷.

de 1879 a descartar la denuncia anónima como vehículo idóneo para desencadenar el proceso penal”. STS núm. 141/2020, de 13 de mayo de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2020\1150]). Véase también STS núm. 224/2021, de 11 de marzo de 2021, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2021\938]).

⁵⁹⁵ STC núm. 102/2008 de 28 de julio de 2008 (Sala Primera, [RTC 2008\102]). En igual sentido se ha pronunciado en STC núm. 57/2009 de 09 de marzo de 2009 (Sala Primera, [RTC 2009\57]). En el año 2006 este Tribunal definió la corroboración como “una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena”. STC núm. 198/2006 de 3 de julio de 2006 [RTC 2006\198].

⁵⁹⁶ Aprati, R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, cit., p. 48.

⁵⁹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 31640/2019 de 18 de julio de 2019, (sección tercera penal, ([ECLI:IT: CASS:2019:31640PEN])).

Un aspecto interesante en la doctrina italiana, tratado por Orlandi, consiste en la *inchieste preparatorie* aplicable a los procedimientos contra la criminalidad organizada, dicho autor señala que “la investigación preparatoria puede inspirarse en cualquier motivo de sospecha, ya sea obtenido de un documento anónimo, de un cruce de datos de una encuesta estadística o si nace de una fértil fantasía investigativa”⁵⁹⁸. Es más, el resultado de la *inchiesta preparatoria* puede ser la base para la *indagine preliminare*. Así pues, esta puede servir como un escenario en el que se produzca la mínima corroboración de la *delación del arrepentido* que pueda servir solamente para el inicio de la investigación preliminar o la imposición de una detención preliminar, puesto que decisiones posteriores como la formalización del proceso o la prisión provisional requerirán un nivel mayor de corroboración.

Ahora bien, esta figura podría entenderse como la *investigación preprocesal* española que tiene como finalidad “proporcionar información relevante para lo que puede ser un proceso posterior”⁵⁹⁹. Sobre el particular, la Fiscalía General del Estado ha emitido la Circular 2/2022, “sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal”, en la que ha resuelto que las diligencias de investigación preprocesal “sirven de respaldo a la decisión del fiscal de archivar la denuncia o promover el ejercicio de las acciones penales que estime pertinentes”; además, establece pautas para que el fiscal concluya estas diligencias, entre las que destacamos *la necesidad de instar la adopción de medidas cautelares* y *la necesidad de practicar diligencias que precisen autorización judicial*.

Durante la *investigación preprocesal* se puede realizar la *mínima corroboración* que se requiere para utilizar la *delación del arrepentido*, puesto que el art. 4.2.1 de la referida Circular de la Fiscalía General del Estado establece que “la incoación de las diligencias de investigación preprocesal puede traer causa de una denuncia [...] o, en definitiva, de la transmisión por cualquier vía de informaciones que permitan tomar conocimiento de la presunta ejecución de un hecho delictivo. Incluso, puede producirse de oficio como consecuencia del conocimiento directo de los hechos por el/la fiscal”.

⁵⁹⁸ Orlandi, R., “Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’*inquisitio generalis*”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*, fasc. 2-3, 1996, p. 587.

⁵⁹⁹ Castañón Álvarez, M.^a J./Echarri Casi, F./Etxebarria Zarrabeitia, X., *Práctica procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 111.

En el mismo sentido, se ha reconocido en Perú el denominado *previo* o *actuaciones previas* que no forman parte de la estructura del proceso penal, pero que tiene base normativa administrativa en la Instrucción General N.º 1-2018-MP-FN, de 19 de julio de 2019, *Gestión de Denuncias y Casos*, así como en la jurisprudencia del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia peruana que ha resuelto que:

“La decisión de realizar indagación previa para decidir si se inicia o no una investigación preliminar, brinda mayores garantías para el ciudadano, puesto que el mismo no queda sujeto a que con la sola noticia criminal se le instaure un proceso penal, incluso en la fase de investigación preliminar que es parte de la investigación preparatoria; sino que se exigirá que la noticia criminal reúna o que con ella concurren datos o hechos que permitan alcanzar por lo menos el nivel de sospecha mínima que ha sido calificado como la sospecha inicial simple, lo que precisamente legitima la indagación previa, máxime si su actuación significaría contar con una narración circunstanciada y detallada de los hechos imputados que permitan conocer al preliminarmente investigado, con un mayor nivel de detalle, los cargos imputados a efectos de que pueda plantearse la estrategia de defensa que considere pertinente”⁶⁰⁰.

Cabe precisar que, en el Perú, la regla de inicio de investigación se encuentra prevista en el art. 329 CPPP que señala que el fiscal promueve de oficio o a petición de los denunciantes la investigación cuando el hecho tenga apariencia delictiva. Como ya hemos dicho anteriormente, la legislación procesal peruana no prevé la *denuncia anónima*; sin embargo, ello no es óbice para que la información aportada por delatores en sentido general produzca la investigación.

Así pues, sin necesidad del uso de las indagaciones previas descritas, la norma procesal regula expresamente la corroboración de la información del delator en el art. 473 CPPP, esta fase del procedimiento especial tiene como objeto determinar la validez y eficacia de la información proporcionada por el delator, quien solo podrá acceder a los beneficios posterior al resultado de la misma; incluso, el citado artículo señala que durante esta fase las investigaciones preparatorias en contra del delator deberán continuar.

⁶⁰⁰ Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Resolución núm. 2, Exp. 00022-2022-5001-JS-PE-01.

5.3 La posición jurídica del delator: *¿Es testigo?*

En lo que sigue nos centraremos en analizar cuál es la posición jurídica que ostenta el delator en el procedimiento penal, en específico, el *arrepentido delator*, cuya situación procesal tiene una particularidad al tratarse de un investigado o imputado quien, a la vez, declara en contra de otros, lo cual tiene relación con el conjunto de derechos y obligaciones que se derivan por el ejercicio de la defensa del sujeto pasivo del proceso penal o de un testigo cuya obligación es decir la verdad.

Cabe recordar que, en la categoría de *delator en sentido general*, agrupamos la actuación del *whistleblower* y del *informante*, pero, a diferencia del apartado precedente dedicado al inicio de la investigación, ahora veremos su actuación hacia el interior del procedimiento penal, es decir, si declarará o cómo podría utilizarse la información que transmite o proporciona; mientras que el *delator en sentido específico* es el sujeto al que le hemos atribuido mayor importancia en los procesos de corrupción y cuya posición jurídica genera mayores inconvenientes, debido a que no solo bastará su declaración inicial en contra de los otros intervinientes (delatados), sino que deberá mantener una actitud de colaboración con la autoridad penal, lo que nos ubica en el principal punto de análisis del presente apartado; esto es, si se puede o no darle el tratamiento de un testigo porque este estatus “comporta deberes y derechos, así como posibles responsabilidades en el ejercicio de su función en el proceso”⁶⁰¹.

a) **Informante y el *whistleblower* ajenos al procedimiento**

El *arrepentido delator*, por regla general, no es *ajeno al procedimiento*, es más, ha intervenido en el hecho criminal y tiene interés de obtener un beneficio premial con su información, por lo que nos queda la pregunta de ¿qué régimen jurídico se le aplica al *informante* o *whistleblower* que no revela su identidad?, pues bien, partamos de la siguiente premisa, el *informante* y el *whistleblower* se mantienen fuera del procedimiento penal, es decir, su actuación se agotaría, principalmente, con la transmisión de la información del acto de corrupción, la cual es utilizada como una *notitia criminis* por parte de la Policía judicial, si se trata del informante, o, en los casos

⁶⁰¹ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 457.

de los *whistleblowers* pueden intervenir la Fiscalía o la Policía dependiendo del diseño normativo para los canales de denuncia externos de las instituciones.

Al respecto, resaltamos que en el escenario señalado en el párrafo precedente no hay voluntad del *informante* ni del *whistleblower* de revelar su identidad o de declarar en el juzgamiento; por tanto, no habría existido ni existiría opción a la contradicción de la prueba testimonial. Por lo mismo, con fines de ejemplificación, citamos la posición del TEDH en el que se reconoce la legalidad de recolección de información por confidentes policiales para fundamentar la investigación, mas no sin mayores exigencias que veremos en la parte de la valoración probatoria, para sustentar una condena:

“La colaboración de la ciudadanía es sin duda de gran importancia para la policía en su lucha contra la delincuencia. Al respecto, la Corte advierte que la Convención no excluye que en la etapa de investigación se recurra a fuentes como informantes anónimos. Sin embargo, el uso posterior de sus declaraciones por parte del tribunal de primera instancia para fundamentar una condena es otra cuestión (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia Kostovski antes mencionada, Serie A núm. 166, pág. 21, párr. 44). El derecho a una administración justa de justicia ocupa un lugar tan destacado en una sociedad democrática que no puede ser sacrificado (ibid.)”⁶⁰².

De acuerdo con la jurisprudencia citada, sucede lo mismo con el *whistleblower* que se mantenga ajeno al desarrollo del procedimiento penal, puesto que, en principio, agota su actuación con la transmisión de la delación, al igual que el *informante*.

Por consiguiente, las delaciones en sentido general (*informante* y *whistleblower*) sirven para promover la investigación penal, pero no tienen la posición jurídica de testigos cuando mantienen en reserva su identidad, resultando aplicable la regla de inutilizabilidad porque el documento que incorpora la información transmitida por el *informante* no tiene valor probatorio, tratándose de un testimonio que proviene de fuente anónima⁶⁰³.

⁶⁰² STEDH de 27 de noviembre de 1990, caso Windisch contra Austria, [TEDH 1990\21]. STEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski contra Países Bajos, [TEDH 1989\21].

⁶⁰³ Grevi, V./Illuminati, G., “Prove”, en Conso, G./Grevi, V./Bargis, M., *Compendi di procedura penale*, cit., pp. 278-279.

b) Testigo informante: Entre el clásico confidente de Policía y el testigo *whistleblower*.

En este caso, el *informante* y el *whistleblower* deciden declarar en el procedimiento penal, por lo que debería asumir el *status procesal de testigo*. Esta sería la premisa aplicable al supuesto general en que, por decisión personal, estos delatores decidan abandonar su situación de ajenidad al procedimiento, lo cual tiene como consecuencia que, en función a su relación con la información (directa o indirecta), estaríamos ante un testigo directo o uno de referencia, con las implicancias procesales que corresponda, puesto que tendrán que cumplir el deber de veracidad y si en caso su conocimiento es por referencia el valor probatorio que se le asigne deberá ser en la misma condición.

Ahora bien, la decisión de revelar la identidad genera que el informante y el *whistleblower* se conviertan en *testigos protegidos* y, claro está, su testimonio constituye un acto de investigación. Dependiendo de la calidad de la información podrían ser *testigos directos* o *testigos de referencia*. El aspecto problemático se centra en que por motivos de protección se mantenga la reserva de la identidad frente a los delatados, dado que ello implica una limitación al ejercicio de la contradicción de la defensa, por ello se deberán garantizar los mecanismos para que la garantía del investigado (delatado) no sea reducida plenamente⁶⁰⁴.

Dicho lo anterior, retomando nuestra pregunta inicial y según los escenarios descritos: ¿el delator en sentido general es un testigo? Pues bien, sí lo son, en tanto y en cuanto decidan dejar de ser ajenos al procedimiento e introducirse como testigos del hecho que han delatado. Cabe precisar que el régimen aplicable es del testimonio, porque no son autores del delito de corrupción delatado; de lo contrario, se configuraría una confesión o estaríamos ante un *arrepentido delator*. Adicionalmente, la regla de

⁶⁰⁴ Cabe precisar que, la declaración del testigo de referencia no es una prueba indiciaria, puesto que, el testigo de referencia tiene información que debe ser corroborada con otros medios de prueba, por lo que, estamos frente a una prueba directa con un “grado de intermediación objetiva ciertamente débil y escaso”. Velayos Martínez, M.^a I., *El testigo de referencia en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 548-549.

carácter probatorio de los testimonios anónimos es que solo tendrían un valor complementario por las deficiencias de sometimiento a control de contradicción⁶⁰⁵.

De esta manera, si se produce la revelación de la identidad de los *informantes* o *whistleblowers*, estos asumirán el *status de testigo*, con los deberes y responsabilidades que ello implica, tan es así que deberán precisar si la información que poseen ha sido adquirida de manera directa o no, por la necesidad de descartar la mera referencia en la adquisición del conocimiento de los hechos objeto del proceso⁶⁰⁶.

c) Testigo imputado: *La naturaleza mixta de la declaración del arrepentido delator*

Llegados a este punto, queda descartado que el *arrepentido delator* tenga la posición jurídica de un *informante* o *whistleblower* ajenos al procedimiento, ni que se trate de un *testigo informante*, pues ha participado en el acto criminal y tiene un interés principal por la obtención del beneficio premial a cambio de su colaboración, lo cual nos remite nuevamente a la pregunta ¿cuál es la posición jurídica del *arrepentido delator*? Pues bien, hallar la respuesta a esta cuestión implica analizar dos escenarios procesales y los efectos de asignar un determinado status procesal para el uso de la declaración.

Comencemos por los escenarios procesales que tienen como eje de configuración la relación del *arrepentido delator* con el hecho objeto de la delación:

i. La declaración del arrepentido delator en contra de terceros por el mismo hecho previo a su propia sentencia: Este primer escenario es el más tradicional, se trata del *arrepentido delator* que decide delatar y la información que posee se centra en su

⁶⁰⁵ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 433.

⁶⁰⁶ El Tribunal Supremo español define al testigo de referencia como al “que relata lo que le contó un testigo directo”. STS núm. 285/2016, de 6 de abril de 2016, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2016\1320]). El Tribunal Supremo también ha manifestado las limitaciones aplicadas al *testigo de referencia*, indicando que “la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisible, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba”. STS núm. 690/2021, de 15 de septiembre de 2021, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2021\4635]).

propia participación y la de terceros (delatados). Dicha declaración puede darse en la fase de investigación, como un acto de investigación que fundamenta otros actos de investigación o, como veremos más adelante, medidas de limitativas o de aseguramiento procesal.

ii. La declaración del arrepentido delator en contra de terceros por hechos diferentes o posteriores a su propia sentencia: El segundo escenario consiste en que el delator declara sobre la participación de terceras personas en hechos diferentes a los que se le imputan con la finalidad de obtener el beneficio premial. Estos hechos delatados podrían ser conexos o relacionados con el hecho propio del *arrepentido delator* que delata.

Tales escenarios tienen consecuencias diversas respecto del tratamiento procesal del *estatus* del *arrepentido delator*, debido a que lo ubican entre dos posiciones jurídicas realmente oponibles: imputado y testigo. Se utiliza el término imputado, en un sentido general, puesto que, en el caso de España e Italia sería el coimputado, pero en Perú se mantiene el término porque el arrepentido es dirigido al procedimiento especial de colaboración eficaz. Así pues, previamente a la descripción de este efecto en el *estatus procesal del arrepentido delator*, consideramos importante citar la jurisprudencia del TEDH que sirve para delinear el camino de los efectos procesales que trae consigo el *estatus* de imputado o testigo:

“El Tribunal es consciente del hecho de que la cooperación de los *pentiti* es un arma muy importante en la lucha de las autoridades italianas contra la mafia. Sin embargo, el uso de declaraciones por *pentiti* da lugar a problemas difíciles ya que, por su propia naturaleza, tales declaraciones están sujetas a manipulación y pueden hacerse únicamente para obtener las ventajas que la ley italiana otorga a los *pentiti*, o para venganza personal. Por lo tanto, no debe subestimarse la naturaleza a veces ambigua de tales declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser acusada y arrestada sobre la base de acusaciones no verificadas que no son necesariamente desinteresadas”⁶⁰⁷.

⁶⁰⁷ STEDH de 6 de abril de 2000, caso Labita contra Italia, (Gran Sala, [TEDH 2000\120]).

La ubicación procesal, según los escenarios descritos, de la *declaración del arrepentido delator* permite formular tres opciones con el objetivo de responder cuál es la posición jurídica de este delator:

i. *El arrepentido delator se mantiene como imputado*: La subsistencia solo de un *status de imputado* (o coimputado) para el *arrepentido* se relaciona con el primero de los escenarios descritos, esto es, la declaración se efectúa dentro de un mismo procedimiento penal en el que han sido incorporados los delatados. Cabe anotar que, cuando se mantiene la posición de imputado del *arrepentido delator*, no debe dejarse de tener presente que no se trata de un simple coimputado, sino de uno que colabora con el sistema de justicia penal⁶⁰⁸.

ii. *El arrepentido delator se convierte en testigo*: La segunda opción se basa en que el *arrepentido delator* al momento que decide delatar a terceras personas asume la posición de un testigo, lo cual conlleva la obligación de decir la verdad y la posible comisión de un acto delictivo durante el juicio por falso testimonio. Al respecto, debemos considerar que esta posición de testigo deberá ser dispuesta a nivel normativo, porque la posición original del *delator arrepentido* será la de un imputado.

No obstante, esta opción varía según cada uno de los escenarios procesales descritos previamente. Si se trata de un mismo procedimiento en que el *arrepentido delator* delata a terceros, indicar que será un testigo en el juicio implicaría inobservar sus garantías constitucionales del silencio y la no autoincriminación; mientras que, si existiese una sentencia que haya resuelto la situación del *arrepentido* como un imputado o se trate de hechos diferentes a su procedimiento penal, *prima facie* la posición de testigo no tendría mayor inconveniente. Sin embargo, en ese otro procedimiento

⁶⁰⁸ Díaz Pita, en referencia a las declaraciones de los coimputados, señala que no habría exigencia de su autoincriminación en el contenido de su declaración, porque lo que se valora es la incriminación de los otros imputados. Véase Díaz Pita, M.^a P., *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 412. El Tribunal Constitucional español ha precisado que “aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría a que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración solo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración incriminatoria también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismo hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos [...]”. STC núm. 111/2011 de 4 de julio de 2011 (Sala Segunda, RTC 2011\111). Véase también STC núm. 258/2006 de 11 de septiembre de 2006, [RTC 2006\258]. STC núm. 233/2002 de 9 de diciembre de 2002, [RTC 2002\233].

también podría introducirse información que afecte la situación procesal del *arrepentido*; por ende, la elección de la posición de *testigo*, sin incorporar algunas limitaciones, podría ir en contra de las garantías constitucionales del delator.

iii. *El arrepentido delator y la posición mixta como testigo-imputado*: Esta tercera opción consiste en que el *arrepentido delator* asumirá una posición mixta, porque se trata de un sujeto imputado que reconoce su propia responsabilidad, lo cual genera una disminución, mas no eliminación, de las garantías del silencio y la no autoincriminación, quien, a la vez, delata la participación de terceras personas (delatados), respecto de las cuales su posición ya no es de un *imputado*, sino como *testigo de cargo*. Además, esta posición mixta dependerá del contexto o escenario procesal en el que se produzca la delación del *arrepentido*, puesto que, si se ubica en un mismo procedimiento penal que los delatados en el que aún no se ha definido por sentencia su responsabilidad, prevalecerá *la condición de imputado* de su posición mixta, dado que le asisten sus garantías como tal.

Ahora bien, si nos ubicamos en un procedimiento penal diferente por el hecho de haberse ya emitido una sentencia para el *arrepentido* o se trate de hechos diferentes en los que han intervenido los delatados, prevalece *la condición de testigo* de la posición mixta, porque deberá asumir la obligación de veracidad, sin que pierda la opción al silencio en caso de que la información que se intente introducir pueda afectar su situación procesal.

Dicho lo anterior, consideramos que estamos ante una declaración de naturaleza jurídica mixta⁶⁰⁹, que requiere de una técnica legislativa o posición jurisprudencial que permita que no se elimine plenamente el derecho al silencio y la no autoincriminación del *arrepentido*. Por ejemplo, como sucede en Italia, se puede incorporar un régimen normativo de incompatibilidad que permita diferenciar en qué supuestos puede darse la transformación de *imputado a testigo*. Pero, también debido a que la *delación* afecta la responsabilidad penal de terceras personas, no se puede limitar la contradicción de la defensa que requiere someter a interrogatorio al *arrepentido*.

⁶⁰⁹ De la Rosa Cortina, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, cit., p. 106.

Es así que, cuando en un ordenamiento jurídico se opta por la naturaleza mixta de la declaración del *arrepentido delator*, no se puede exigir las obligaciones procesales de testigo. Como indica Orlandi, la imputación contra el delator y los delatados están dentro de un mismo espacio temporal unitario. Situación diferente sucede si la delación se realiza posterior a la sentencia condenatoria, con lo que se abra un procedimiento solo para los delatados y la intervención del delator se produzca en calidad de testigo y se someta a contradicción⁶¹⁰.

Así pues, la obligación derivada de declarar como testigo en contra de los terceros delatados tiene relación con el mismo fundamento constitucional del derecho de defensa, ya que en estos casos no es justificable que el *arrepentido* se ampare en el derecho al silencio, porque el derecho de defensa no le protege cuando el contenido de su declaración tiene como finalidad la responsabilidad de otros⁶¹¹.

En consecuencia, una vez que el *arrepentido delator* decide declarar en contra de otras personas, previa advertencia de que asumirá la función de testigo, se produce, siguiendo a Orlandi, un cambio del *estatus procesal* que sirve para garantizar el funcionamiento de la delación, porque al convertir al delator en testigo, asegura su testimonio para el juzgamiento, puesto que el *colaborador-testigo* no podrá evitar o eludir declarar ante el órgano jurisdiccional con la obligación de veracidad⁶¹².

No obstante, sí mantiene una protección menor al silencio y la no autoincriminación, respecto de ámbitos de su participación que no hayan sido definidos en la sentencia previa; en caso contrario, la obligación de veracidad servirá para que deponga todo lo que concierne a la responsabilidad de los terceros delatados. Así pues, la naturaleza mixta de la *declaración del arrepentido delator* es la preponderante, por

⁶¹⁰ Orlandi, R., “Dichiarazione dell’imputato su responsabilità altrui: Nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d’incompatibilità a testimoniare”, en Kostoris, R. E., (coord.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli Editore, Turín, 2002, p. 191.

⁶¹¹ Grevi, V., *Alla ricerca di un processo penale giusto. Itinerari e prospettive*, cit., p. 259.

⁶¹² Orlandi, R., “Dichiarazione dell’imputato su responsabilità altrui: Nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d’incompatibilità a testimoniare”, cit., p. 174.

ejemplo, en España⁶¹³ si bien no hay una norma específica, sí encontramos la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la ha reconocido como tal y advierte de los riesgos que deberán tomarse en consideración para su valoración (los móviles de venganza, autoexculpación, etc.)⁶¹⁴.

En el Perú, de igual manera, el delator no deja de ser imputado (aunque su situación jurídica se define en un procedimiento especial) y, a la vez, debe cumplir con declarar la información cualificada que posee; de lo contrario, no podría acceder al beneficio premial o si ya ha sido otorgado el beneficio, que se inicie el procedimiento de revocatoria. Sobre el particular, el art. 481 CPPP establece la regla de inutilizabilidad de la información del colaborador eficaz si el acuerdo de colaboración es denegado por el fiscal o no supera el control judicial.

La regulación italiana es más precisa desde la reforma del año 2001, por lo que, de conformidad con el art. 111 de su Constitución y los arts. 64 y 197 CPPI, se establece un régimen de incompatibilidad para la declaración en procesos penales en los que el objeto sea el mismo hecho que se imputa al delator coimputado. Sin embargo, se reconoce que este asume una posición de testigo cuando declara sobre la responsabilidad de otras personas.

⁶¹³ Del Caso Jiménez, pone como ejemplo los casos en que los coimputados que ya fueron juzgados van al juicio de las personas que sean juzgados con posterioridad por el mismo delito. Del Caso Jiménez, M.T., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018, p. 124.

⁶¹⁴ “El coimputado es un sujeto procesal cuya declaración no es exactamente ni testimonio ni confesión, aunque participa, en cierto modo, de una y otra naturaleza. Su valor inculpatario ha de ser analizado cuidadosamente, sobre todo cuando no exista en el proceso otra prueba de cargo. Los jueces y tribunales deben ponerse en guardia, por ejemplo, frente a declaraciones de coimputados que puedan estar inspiradas por móviles como el deseo de venganza, el ajuste de cuentas, la oferta por parte de quien le recibe declaración de quedar exento de responsabilidades, el ánimo de autoexculpación o la pretensión de gozar un trato procesal o penitenciario privilegiado”. STS núm. 848/1998, de 23 de junio de 1998, (Sala de lo Penal, [RJ 1998\5688]). El Tribunal Supremo ha señalado también que “la potencia enervadora de la misma que se atribuye a la declaración del coimputado, convenimos en las exigencias jurisprudenciales, de índole en esencia constitucional, para reconocer aquella efectividad”. STS núm. 188/1017, de 23 de marzo de 2017, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2017\1941]). Respecto de la vigencia del derecho a la no autoincriminación, el Tribunal Supremo ha señalado que el coimputado “no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a declarar, pudiendo callar total o parcialmente”. STS núm. 4/2020, de 16 de enero de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2020\931]).

5.4 Medidas de protección para delatores e idoneidad de las comisiones de evaluación

En el presente apartado se trata el cómo asegurar la nueva fuente u órgano de información que es el *arrepentido delator*, en el sentido de proteger su integridad para garantizar la continuidad de la colaboración y su declaración durante las diversas fases del procedimiento penal. Esta es la razón político-criminal por la cual el Estado otorga una protección específica al *delator*, que es comprensible sin mayores inconvenientes para el caso de los *whistleblowers*, mas no en los *arrepentidos delatores*, porque implica que el aparato estatal proteja a personas que han cometido actos criminales.

Como primer punto, describiremos la situación del *whistleblower e informante y el arrepentido delator* para mantener una coherencia con los escenarios procesales, así como la posición jurídica de ellos que ha sido descrita en el apartado precedente:

i. *La protección de whistleblowers e informantes*: El *informante* mantiene segura su identidad por la relación de confianza con la Policía Judicial, lo cual es propio de la práctica policial que, en el caso italiano, ha sido regulado en favor de la prohibición de revelación. Por su parte, los *whistleblowers* por disposición legal también tienen asegurada la protección de su identidad desde que acuden al *canal de denuncia interno o externo*, es más, este ha sido uno de los principales aportes de la Directiva de la UE 139/2017⁶¹⁵. Pues bien, podemos advertir que esta es una protección connatural a la actuación del *whistleblower e informante*, cuyo aporte informativo se clasifica como una fuente de información anónima; sin embargo, tal como hemos descrito, un escenario procesal posible es que decidan revelar su identidad y asumir la posición de testigos en el procedimiento penal en el que se desarrolla el hecho objeto de su delación. En dicho escenario, según el riesgo que su decisión implique para su integridad y la de sus familiares u otras personas, se requiere que el sistema de administración de justicia garantice su protección, porque su declaración servirá para la acreditación de la responsabilidad de los imputados.

⁶¹⁵ Gimeno Beviá, plantea un problema que deberá afrontar la legislación procesal penal española, pues, si la persona jurídica decide denunciar la información recibida en su canal de denuncia, puede que se le solicite su identidad, por lo que se plantea como una opción que esa denuncia sea considerada como denuncia anónima. Gimeno Beviá, J., “Protección del denunciante y garantías procesales”, en Gimeno Beviá, J./López Donaire, B., (dirs.), *La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 340-341.

ii. *La protección de los arrepentidos delatores*: En este caso, la declaración no puede ser una elección, como sí sucede con los *whistleblowers* e *informantes*. Debe ser una obligación para los delatores sobre el aporte informativo respecto de los hechos y la identificación de los delatados. Para asegurar el testimonio, resultan idóneas las medidas de protección que negocian el *fiscal* con el *arrepentido* convertido en colaborador de la justicia. La justificación reside en que la autoridad penal debe otorgar seguridad a su fuente probatoria; de lo contrario, el temor a las represalias podría ser superior y terminar por frustrar la negociación de la información.

Dicho lo anterior, la necesidad de protección se extiende tanto para los *arrepentidos delatores* y para los ahora llamados *testigos de justicia*, que por definición se trata de testigos que se encuentran en una situación de peligro que hace que el sistema de administración de justicia le otorgue una protección especial⁶¹⁶. Esta orientación legal para la protección de testigos fue sistematizada en Estados Unidos durante el año 1970, en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada, en que se emitió la *Organized Crime Act*. Pues bien, debido a que la *immunity* no era suficiente para sopesar los riesgos a los que se exponían los delatores, se introdujo el denominado *Witness Security Program*, que sería la fuente contemporánea de los programas de protección que se aplican para las medidas de protección en favor de los testigos contra las organizaciones criminales, la cual fue reformada en el año 1984 con la *Witness Security Reform Act*, justamente para ampliar su alcance a supuestos diferentes al crimen organizado y el concepto de *riesgo de vida*, introduciendo el criterio de proporcionalidad.

Tal como se ha indicado anteriormente, la legislación estadounidense de 1970 tuvo influencia normativa en Italia en la lucha contra el crimen organizado. Durante esos años no existía en el sistema italiano un programa sistematizado para la concesión de medidas de protección. Sobre el particular, Bernasconi describe que fue en 1986 cuando se emiten circulares por el Ministerio del Interior para que se disponga la protección de los colaboradores; sin embargo, los resultados no fueron idóneos y la

⁶¹⁶ Cordero, F., *Procedura penale*, cit., p. 719.

magistratura solicitaba una ley específica que estableciera parámetros para las medidas de protección.

Así pues, el primer intento se dio con la Ley N.º 486/1988, que atribuyó la competencia de coordinador al alto comisario, pero el poder concentrado del mismo generó una aplicación ineficaz. Fue hasta el año 1991 en que, con la Ley N.º 82/1991, se introdujo el primer modelo orgánico de programa de protección para los colaboradores de justicia⁶¹⁷. Con posterioridad, por la mencionada necesidad de proteger testigos de cargo en situación de peligro, en el año 2001 el legislador italiano promulgó La Ley N.º 45/2001 modificada con la Ley N.º 6/2018 en que se sistematiza la protección para estos llamados *testimoni di giustizia*. Cabe mencionar que, por su parte, España adopta la legislación especial de protección de testigos en el año 1994 con la Ley Orgánica N.º 19/1994.

De esta manera, la evolución legislativa de la *protección* de los *delatores* ha llegado hasta nuestros días para buscar reducir los riesgos y asegurar que puedan declarar durante la investigación y posterior juzgamiento, lo que ha generado, incluso, discusiones en la doctrina sobre la participación a distancia en el juicio. Pero, estas medidas procesales que se aplican para garantizar la protección del juzgamiento no deben ser confundidas con las medidas de protección que se asignan por causas de riesgos, las cuales principalmente son las siguientes: a) *cambio de residencia*, b) *cambio de los datos de identificación*, c) *la asignación económica mensual*⁶¹⁸.

Ahora bien, estas medidas que se concentran en los denominados *programas de protección* cuidan la integridad física y psíquica de los delatores y también evitan que sean influenciados para que desistan de su testimonio en favor de la acusación, lo que justifica la extensión de las mismas a los familiares de los delatores⁶¹⁹. Sin embargo, así como no todo sujeto que admita su responsabilidad o declare contra otros podrá ser considerado *arrepentido* que *colabora con la justicia*, tampoco todo *delator* podrá

⁶¹⁷ Bernasconi, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, cit., pp. 189-193.

⁶¹⁸ Orlandi, R., "Collaborazioni premiate nell'esperienza italiana", cit., p. 254.

⁶¹⁹ Bernasconi, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, cit., p. 145.

obtener todas las medidas de protección que el sistema normativo de cada país establezca, sino que se requiere de una evaluación técnica del riesgo y de la trascendencia del aporte cognoscitivo para los fines de la acreditación de la acusación⁶²⁰.

En este sentido, las medidas de protección no se conceden de manera automática, sino de acuerdo con un procedimiento de evaluación que como mínimo debería agotar los siguientes puntos:

a) *Fase de admisión:* En esta fase inicial se deberá verificar los elementos que sirvan para admitir a trámite la concesión de la medida de protección, que consideramos debe consistir en dos ámbitos:

i. *Ámbito objetivo:* Consiste en que el delito objeto de la delación se encuentre dentro del catálogo previsto en la norma que regula las medidas de protección, en la que se incluya a la corrupción pública.

ii. *Ámbito subjetivo:* Se refiere al sujeto que ingresará al programa de protección, quien debe haber declarado y se comprometa a mantener su aporte informativo durante todo el desarrollo del procedimiento penal.

b) *Fase de evaluación:* Posterior a la admisión, corresponde evaluar el caso concreto, para lo cual se tomará como punto de referencia el estado del procedimiento penal en el que se produce la solicitud de medida de protección, así como los alcances del acuerdo negocial entre *el arrepentido delator* y la *autoridad penal*⁶²¹, según los siguientes criterios:

i. *Valor del testimonio para la hipótesis fiscal:* Para otorgar la protección se debe motivar la importancia del testimonio del *delator* en el caso de corrupción

⁶²⁰ De Luca, M., “Il ruolo del territorio: Dalla tutela generica a quella residuale”, en Manzione, D., (coord.), *La tutela dei testimoni e dei collaboratori di giustizia*, Giuffrè Francis Lefebvre, Turín, 2019, p. 204.

⁶²¹ Bernasconi, A., “I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale dell’ordinamento italiano e nell’esperienza statunitense”, en Presuti, A., (coord.), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Raffaello Cortina Editore, Milán, 1994, p. 239.

pública, lo cual sirve también para limitar un ofrecimiento desmedido o arbitrario por parte del fiscal en favor de un delator.

ii. Gravedad del riesgo: El segundo criterio es el nivel de riesgo o peligro que amenaza a la integridad física del delator, de sus familiares u otras personas indicadas en la solicitud. El concepto de riesgo debe ser comprendido en su sentido general, como cualquier situación de peligro cuya gravedad es la que determina la procedencia de la medida de protección; además, este criterio servirá para la elección de la medida de protección aplicable al caso concreto.

iii. Relación causal: El tercer criterio enlaza el *grave riesgo* con la *participación del delator en el procedimiento penal*. Los riesgos deben ser derivados de la decisión de ser delator y que afecten al órgano de prueba de la Fiscalía.

iv. Proporcionalidad e idoneidad de la medida de protección: La elección de la medida de protección idónea para la eliminación o disminución controlada del riesgo conlleva un análisis de proporcionalidad en función al impacto beneficioso de la información para la acreditación de la hipótesis fiscal.

v. Duración: En la evolución también se determina el tiempo de ejecución de la medida de protección, lo cual dependerá del estado del procedimiento y el marco negocial con la autoridad penal, porque el riesgo podría mantenerse posterior a la condena de los delatados.

c) *Fase de ejecución:* En la fase ejecutiva se cumplen dos funciones vinculadas al éxito de las finalidades del programa. Primero, la puesta en marcha de la medida de protección para la reducción o disminución del riesgo, y, segundo, el control del cumplimiento de los acuerdos negociales del delator con la Fiscalía. Si el delator no cumple con el aporte informativo o mantenimiento coherente de la declaración, la medida de protección podría ser revocada. Asimismo, en caso de que la gravedad del riesgo aumente o su variación convierta en ineficaz la medida de protección otorgada, corresponde una reevaluación para una reconducción hacia otra medida que garantice la protección del delator.

Una vez analizada la necesidad y las fases para el otorgamiento de medidas de protección. Como segundo punto, analizaremos si la implementación de comisiones de evaluación para el otorgamiento de medidas de protección para delatores resulta idónea o solo generaría un riesgo de burocratización. La necesidad de este análisis se basa en que el cuestionamiento de si es pertinente que sea el fiscal quien concentre la facultad de dar la medida de protección, lo cual, desde un punto de vista mecanicista resultaría adecuado porque la información del delator sirve para los intereses de la pretensión fiscal; por ende, este debería evaluar la necesidad de proteger al delator para asegurar su declaración durante todo el desarrollo del procedimiento penal.

Sin embargo, ello implica también un riesgo hacia los derechos de los delatados, debido a que, como hemos destacado reiteradamente, la delación es una figura jurídica en constante cuestionamiento de su legitimidad y en el borde de un uso arbitrario por la autoridad penal que busca obtener un resultado favorable en el proceso penal, así como las posibles razones de venganza de los delatores.

Dicho lo anterior, surge la idea del establecimiento de una autoridad administrativa que tenga a cargo el programa de protección y sea la que determine la medida proporcional e idónea para el riesgo reportado, incluyendo su duración y la posibilidad de desestimar los requerimientos de protección⁶²². Ahora bien, el paso de la competencia fiscal a la administrativa fue el mismo camino que se vivió en Estados Unidos, tal como nos describe Bernasconi, donde al inicio la decisión del otorgamiento de la medida de protección correspondía al fiscal general; no obstante, había indeterminación sobre los presupuestos y ejecución del *Witness Protection Program*, luego de lo cual dicha competencia fue centralizada en el Departamento de Justicia con la finalidad de lograr una separación institucional entre el tratamiento procesal de la información del delator dentro del procedimiento penal y su seguridad.

Ante ello, a pesar de la complementariedad de ambas, se introdujo el *Memorandum of Understanding* con el que se perfeccionaba el procedimiento de admisión al programa de protección porque registraba los acuerdos a los que se comprometía el beneficiado de la medida de protección. Asimismo, para este

⁶²² Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., p. 255.

procedimiento se creó una oficina especializada dentro del Departamento de Justicia, que es la *Office of Enforcement Operations* para fortalecer la coordinación y uniformización de criterios de admisión, dentro de la cual se instauran la *Marshals Service* y la *Federal Bureau of Prision*, que cumplen la labor de evaluación en favor de sujetos libres y detenidos, respectivamente⁶²³.

Como se sabe, las reformas del sistema de protección norteamericano se produjeron entre 1970 a 1984; pues bien, la elección de una autoridad administrativa se implementa como un tercer actor a cargo del procedimiento para que los delatores obtengan la protección y asistencia estatal⁶²⁴. Siguiendo este modelo, en Italia se estableció la competencia en la denominada *Commissione Centrale* en el año 1991. De esta manera, la orientación legislativa en materia de medidas de protección en favor de los delatores se caracteriza por el esfuerzo de separar las competencias funcionales, así como un fortalecimiento de incentivo a la delación o impulso de celeridad para la aportación informativa, porque el valor de la misma determina la admisión y concesión de la medida de protección con la finalidad de evitar las *dichiarazione a rate* mencionadas por Orlandi, quien describe el efecto del *vervale illustrativo* italiano con el que un imputado se compromete a declarar sobre todos los hechos tomados en consideración dentro del programa de protección⁶²⁵.

Dicho lo anterior, resulta idónea una autoridad administrativa para cubrir de garantía la concesión de las medidas de protección en beneficio de delatores por delitos de corrupción pública, la cual garantizará una evaluación en función al caso concreto para proteger la fuente probatoria de la fiscalía⁶²⁶, sin que se genere dudas de legitimidad o espacios de arbitrariedad en la negociación entre la *autoridad penal* y el *delator*.

⁶²³ Bernasconi, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, cit., pp. 148-156.

⁶²⁴ Rotolo, A., "La procedura e i suoi attori: La Segretaria, la Commissione e il Servizio centrale di protezione", en Manzione, D., (coord.), *La tutela dei testimoni e dei collaboratori di giustizia*, cit., p. 44.

⁶²⁵ Orlandi, R., "Dichiarazione dell'imputato su responsabilità altrui: Nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare", cit., p. 172.

⁶²⁶ Bernasconi, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, cit., p. 142.

Una cuestión adicional es si esta autoridad administrativa debería ser unipersonal o colegiada y quién debería presidirla. Al respecto, primero, tomamos en consideración la evolución legislativa y experiencia italiana, en que inicialmente tal poder centralizado estuvo en la esfera del fiscal y actualmente la competencia recae en un órgano colegiado, de modo que es recomendable la implementación de Comisiones de evaluación con una estructura colegiada para reducir ámbitos de arbitrariedad. El segundo aspecto es más sensible porque los casos de corrupción pública pueden involucrar a actores políticos que se encuentren en pleno ejercicio del poder, por lo que puede resultar perjudicial que la información concerniente a la protección de los delatores se encuentre dentro de la estructura del Poder Ejecutivo.

Ante ello, consideramos que la propuesta de conformarse una *Comisión Central de Evaluación de Medidas de Protección* debería ser un órgano colegiado descentralizado cuyo presidente sea elegido de una terna propuesta por el Ministerio Público o Ministerio Fiscal. En consecuencia, la *Comisión* analizada dentro de su estructura podría conformarse con una presidencia, secretaría y órganos de apoyo (finanzas y logística), con las siguientes características:

a) *Pluralidad de representación institucional*: Si bien puede haber un riesgo de burocratización, se debe considerar que la ejecución de una medida de protección no solo comprende la actividad policial o fiscal, sino también al órgano jurisdiccional y a otras autoridades administrativas que tienen dentro de sus competencias materias necesarias para la medida de protección (piénsese en la modificación de datos de identificación, la protección penitenciaria, la asignación presupuestal, etc.). Por tanto, la composición deberá tener una representación de las principales instituciones que intervienen en el procedimiento de protección, como son el Ministerio del Interior, la Policía, el Ministerio Público o Ministerio Fiscal, el Poder Judicial, la Autoridad penitenciaria y la Autoridad del Registro Civil de Identificación.

b) *Especialidad e idoneidad personal*: Los integrantes titulares de la Comisión Central de Evaluación deberán tener experiencia en el tratamiento de información reservada, mejor aún, si han conocido procedimientos de otorgamiento de medidas de protección. Asimismo, no deberán tener antecedentes penales o procesos penales en

desarrollo ni registrar sanciones administrativas disciplinarias que pongan en riesgo su idoneidad para la función.

La necesidad de proteger a los delatores (*arrepentidos*) es una preocupación que comparten España, Italia y Perú, aunque las normas específicas requieran de ser actualizadas por los avances de la criminalidad que las convierten en ineficientes. De manera general, Cubillo López afirma que “establecer o no un programa de protección de testigos en un ordenamiento determinado es una decisión política”⁶²⁷. Así pues, en el caso español, por ejemplo, su sistema de medidas de protección se encuentra regulado en la Ley Orgánica 19/1994, del 23 de diciembre de 1994, *de protección a testigos y peritos en causas criminales*.

De la revisión de la norma española se advierte que procede el otorgamiento de protección para quienes se busca asegurar su participación como testigos o peritos en un proceso penal y que la autoridad a cargo de su otorgamiento es la autoridad judicial, la cual valora el peligro que pueda afectar al declarante, su familia u otra persona. Ahora bien, la norma de 1994 ha recibido críticas en la doctrina por su necesaria reforma para una mejora atención de protección, por ejemplo, Ferrer García afirma que “se reclama un sistema más completo de protección y una muy en especial: la prohibición de que el agresor se acerque físicamente a la víctima, como medida a adoptar desde que se presente la denuncia”⁶²⁸.

Ante ello, surge una pregunta: ¿se puede proteger a los *coimputados arrepentidos*? Consideramos que sí, porque el coimputado arrepentido que delata participa en el juzgamiento con una posición mixta, pero declarará en contra de los delatados, lo cual lo coloca en la posición de un testigo que tiene riesgos de represalias o de recibir influencias para cambiar su versión; por tanto, las medidas de protección coadyuvan a garantizar la seguridad que necesita para dar su declaración⁶²⁹.

⁶²⁷ Cubillo López, I., *La protección de testigos en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2009, p. 131.

⁶²⁸ Ferrer García, A., “Diligencias de protección referidas al perjudicado y a los testigos”, en Martínez Arrieta, A., (dir.), *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1998, p. 233.

⁶²⁹ Vega Dueñas, L., *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*, Bosch Editor, 2016, p. 124.

En el caso peruano, la pregunta también es resuelta positivamente, pues las medidas de protección incorporadas dentro de la norma procesal señalan en su ámbito subjetivo que son aplicables para testigos, peritos, agraviados, agentes especiales y los *colaboradores*. Estas pueden ser *policiales* (enfocadas en la protección de la integridad física), cambio de residencia, ocultamiento de paradero, cambio de datos de identificación, etc.

Finalmente, salvo el caso italiano, que cuenta con la *Commissione Centrale* que se conforma mediante decreto emitido por el Ministerio del Interior, cuya presidencia es asumida por un subsecretario del Estado, con 2 magistrados y 5 personas entre funcionarios y oficiales. En España ni en Perú se tiene una autoridad administrativa colegiada para la administración de las medidas de protección; por ejemplo, de forma específica la norma peruana (art. 248 CPPP) establece que su otorgamiento se encuentra dentro de las competencias del fiscal y del juez, quienes, según el estado del procedimiento, evaluarán el riesgo y elegirán la medida de protección más idónea para el caso concreto.

5.5 El valor del testimonio del delator para la limitación de derechos fundamentales: *Actos de investigación garantizados y medidas cautelares personales contra la corrupción pública*

Desde un punto de vista político-criminal, la *delación* sirve como un instrumento desde la fase de investigación que se suma a un conjunto de actos de investigación no tradicionales que revisten de mayor fuerza o eficacia al órgano de persecución penal; los cuales se caracterizan por el impacto limitativo a los derechos fundamentales. Scaparone nos recuerda que la condena del culpable no constituye el único interés constitucional dentro del proceso penal, sino también la absolución del inocente, por lo que se reconocen derechos y garantías inviolables que aseguren la vigencia del reconocimiento de la presunción de inocencia y el ejercicio de su defensa durante todo el proceso⁶³⁰.

⁶³⁰ Scaparone, M., *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, cit., p. 101.

De este modo, en el proceso penal deberá existir un equilibrio entre el respeto de las garantías y la eficiencia que se exige al sistema de persecución penal. Moreno Catena resalta esta ponderación e indica que “del resultado de dicha confrontación aparecerá la legitimidad de la medida o diligencia que se pretenda realizar o, por el contrario, su falta de ajuste con las disposiciones del texto fundamental”⁶³¹.

Así pues, si bien defendemos que la crisis de investigación debe combatirse con un empoderamiento de los instrumentos procesales de investigación penal, esto no puede avasallar los derechos fundamentales vigentes en un Estado de derecho. Ante ello, surge una clásica pregunta que ronda la relación entre proceso penal y Constitución: ¿existen derechos que pueden ser restringidos? La respuesta a la que nos adherimos es que sí, es decir, en ciertos casos previstos por la ley, se pueden restringir los derechos fundamentales⁶³²; es más, esta es una tendencia que busca adaptar las reglas que se aplican en la tutela de garantías para responder al contexto procesal de combate contra la criminalidad, la cual es calificada por Chiavario como justificable debido al uso en su beneficio del marco constitucional de las garantías para beneficiar a la permanencia de su actividad criminal⁶³³.

A continuación, se analizará la utilización del testimonio del *arrepentido delator* en dos ámbitos principales de la investigación, que son los actos de investigación limitativos de derechos fundamentales y las medidas cautelares. Para tal fin, debemos recordar que la *delación del arrepentido* requiere un *mínimo de corroboración* que se podría alcanzar con las denominadas *diligencias preprocesales* (España) o *pre-inchiesta* (Italia), el resultado de estas diligencias podrá servir para ser sustento de iniciar las investigaciones preliminares y la detención, las cuales requieren un nivel indiciario inferior, pero no para la limitación de derechos fundamentales o la prisión preventiva,

⁶³¹ Moreno Catena, V., “Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en *Poder Judicial*, n.º Especial II, 1988, p. 134.

⁶³² Martínez García señala que “el nexo que une el contenido esencial de un derecho fundamental y las garantías que lo integran es normativo”. Martínez García, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 31.

⁶³³ Chiavario, M, *Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Giappichelli Editore, Turín, 1998, pp. 14-15. Gómez Colomer resalta que “es evidente que el Estado debe articular una respuesta contundente frente a los crímenes más graves”. Gómez Colomer, J.L. *La contracción del derecho procesal penal*, cit., p. 450.

que requieren que el sustento indiciario sea producto de una investigación en la que se verifique con mayor rigor la información de la delación.

5.5.1 El testimonio del delator como fundamento de los actos de investigación garantizados

Conforme a la orientación señalada, la adecuación de las reglas de garantías para enfrentar las crisis de investigación conlleva el sacrificio o limitación de los derechos fundamentales durante el procedimiento penal, mediante los llamados *actos de investigación constitucionalizados* o *actos de investigación garantizados* que para su ejecución requieren limitar derechos fundamentales del investigado⁶³⁴. Esta necesidad no significa anular la regla de inviolabilidad de los derechos fundamentales o desaparecer cualquier barrera constitucional, puesto que, como destaca Orlandi, aun mantenemos inviolables algunos derechos como la dignidad humana que debe protegerse para cualquier persona, así sea investigada por el más cruel o reprochable de los delitos; por lo tanto, ante la elección de restringir derechos se debe establecer presupuestos que legitimen la intervención pública⁶³⁵.

Tales *actos de investigación garantizados* se han convertido en instrumentos necesarios para modernizar la investigación penal y, así, reducir la crisis que le genera la nueva gran criminalidad. Ortego Pérez afirma que “esta circunstancia obliga a que la injerencia en el derecho constitucionalmente protegido se produzca durante la pendencia de un proceso penal y se sustente en la imputación”⁶³⁶. Además, otro rasgo a nivel operativo que caracteriza estos actos de investigación es su relación con la evolución de la tecnología, puesto que, aun cuando existen actos que limitan derechos fundamentales como la inviolabilidad de domicilio o aquellos reconocidos por el Convenio de Palermo (uso de agentes encubiertos, entregas vigiladas), las modernas técnicas informáticas en su ejecución pueden ser más aflictivas para los derechos fundamentales.

⁶³⁴ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., pp. 219-220.

⁶³⁵ Orlandi, R., “Esistono davvero diritti inviolabili”, cit., pp. 279-281.

⁶³⁶ Ortego Pérez, F., *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 168.

Dicho lo anterior, la corrupción pública está asociada a un interés público dañado por la actividad delictiva que permite cumplir, desde un punto de vista general, la razonabilidad de utilizar mecanismos que, sin llegar a ser sanciones penales, sí restrinjan los derechos fundamentales de los investigados⁶³⁷. Así pues, con fines de ejemplificar, citamos la jurisprudencia del TEDH que destaca el respeto al debido proceso en el actual contexto de aumento del crimen organizado en el mundo globalizado:

“En efecto, aunque la expansión de la delincuencia organizada obliga a la adopción de medidas apropiadas, no se ha de sacrificar con dicha ocasión el derecho a una buena administración de la justicia. Las exigencias generales de equidad consagradas en el artículo 6 se aplican a los procedimientos que conciernen a todos los tipos de infracción criminal, desde la más simple a la más compleja”⁶³⁸.

Pues bien, la manera secreta de la comisión de actos de corrupción justifica la limitación de derechos fundamentales en los procesos penales, más aún en contextos de criminalidad organizada y corrupción pública, en que las comunicaciones telefónicas o los registros bancarios permiten descubrir y seguir las huellas del corrupto. Estos actos de investigación podrían ser impulsados con base en la delación de *arrepentidos* que aportan información. Sobre el particular, el TEDH se ha pronunciado tradicionalmente por el reconocimiento válido de utilizar información anónima para impulsar la investigación:

“La Convención no excluye que, en la etapa de investigación del proceso penal, se recurra a fuentes como informantes anónimos. Sin embargo, el uso posterior de declaraciones anónimas como prueba suficiente para fundamentar una condena, como en el presente caso, es un asunto diferente. Implica limitaciones al derecho de la defensa que son incompatibles con las garantías contenidas en el artículo 6 (art. 6). De hecho, el Gobierno aceptó que la condena del demandante se basó “en un grado decisivo” en las declaraciones anónimas”⁶³⁹.

⁶³⁷ Jaria I Manzano, J., “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁶³⁸ STEDH de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo contra España.

⁶³⁹ STEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski contra Países Bajos, [TEDH 1989\21]. Véase también STEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson contra Países Bajos, [TEDH 1996\20]. STEDH de 30 de octubre de 1997, caso Van Mechelen y otros contra Países Bajos, [TEDH 1997\92].

Ahora bien, Sammarco señala que la *chiamata di correo* es adquirida durante la indagación preliminar y no cumple con las reglas propias de la función probatoria, sino que el *chiamante* es como un denunciante, cuya actuación genera el inicio del procedimiento penal dentro del cual se cumplirán, para su validez probatoria, las formalidades que establece la legislación⁶⁴⁰. En consecuencia, se hace evidente que la *delación del arrepentido* tiene un doble tratamiento procesal según la fase del procedimiento, porque durante la investigación o instrucción la declaración del delator es un acto de investigación y como tal no tiene la fuerza ni la finalidad de un acto de prueba.

Así pues, resulta importante tener presente, la diferencia entre el *acto de investigación* y *acto de prueba*, puesto que la confusión de ello nos demandaría a exigir, a nivel de investigación que se cumplan los requisitos de atendibilidad que son propias del procedimiento probatorio. Por ello, seguimos la diferencia descrita por Gómez Colomer, quien señala que los actos de investigación no sirven para fundamentar las sentencias, sino solo para las resoluciones interlocutorias, de modo que, no tienen la fuerza para enervar la presunción de inocencia, lo cual corresponde a los actos de prueba que tienen la finalidad de generar la convicción sobre la culpabilidad o inocencia del acusado⁶⁴¹.

Dicho lo anterior, durante la investigación, la *delación del arrepentido* sirve como acto de investigación para el inicio de la investigación y puede ser utilizado para sustentar la limitación de un derecho fundamental⁶⁴², lo cual requiere un nivel de exigencia que garantice el respeto al debido proceso⁶⁴³. Palacios Criado afirma que si

⁶⁴⁰ Sammarco, A. A., *La chiamata di correo. Profili storici e spunti interpretativi*, cit., p. 111.

⁶⁴¹ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 182.

⁶⁴² Para el concepto de limitación o restricción de un derecho fundamental, seguimos la posición de Cabezudo Bajo, quien la define con base en tres elementos: a) la actuación del Estado impacte en el ámbito que protección del derecho fundamental, b) la intervención del Estado sea vulneradora, y c) una la justificación se cumpla con el principio de proporcionalidad. Cabezudo Bajo, M.^a J., “La restricción de los derechos fundamentales: Un concepto en evolución y su fundamento constitucional”, en *Revista de derecho político*, n.º 77, 2010, pp. 143-182.

⁶⁴³ Aguilera Morales precisa que, si bien no hay un *numerus clausus* de diligencias preliminares fiscales, sí hay límites. El fiscal no puede disponer medidas cautelares o actos limitativos de derechos fundamentales. Aguilera Morales, M., *Las diligencias de investigación fiscal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 139.

bien los medios de investigación tienen la finalidad comprobar la comisión del delito y su autor no pueden ir más allá de las limitaciones legales para la restricción de derechos fundamentales⁶⁴⁴. Sobre el particular, el TEDH, ha precisado que la injerencia de los derechos fundamentales debe tener como sustento objetivos legítimos:

“22. Dicha injerencia contravendrá el artículo 8 a menos que sea “de conformidad con la ley”, persiga uno o más de los objetivos legítimos mencionados en el párrafo 2 y, además, sea “necesaria en una sociedad democrática” para lograrlos. [...]

23. La expresión “de conformidad con la ley” en el sentido del artículo 8 § 2 requiere, en primer lugar, que la medida impugnada tenga algún fundamento en el derecho interno; también se refiere a la calidad de la ley en cuestión, requiriendo que sea accesible para el interesado, quien además debe poder prever sus consecuencias para él, y compatible con el Estado de derecho”⁶⁴⁵.

Ahora bien, la delación del *arrepentido* debe ser verificada para que sea utilizada con el objetivo de requerir la restricción de un derecho fundamental. Como hemos indicado, el fiscal deberá realizar una *mínima corroboración* que confirme la existencia del hecho delatado y la vinculación del sujeto delatado. Esta *mínima corroboración* durante la investigación no puede ser superior a la fase probatoria, porque ello restaría el efecto de la delación en esta fase procesal inicial en la que rige el *principio de investigación* y es la primera revelación del hecho corrupto.

En consecuencia, el uso de la *delación del arrepentido* se condice con el respeto de los principios para la restricción de derechos fundamentales mediante actos de investigación garantizados constitucionalmente, por lo que podrá servir para cumplir el *principio de especialidad*⁶⁴⁶ al dar origen a la investigación previa que se exige para

⁶⁴⁴ Palacios Criado, M.^a T., “Diligencias que afectan a derechos fundamentales”, en Martínez Arrieta, A., (dir.), *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, cit., p. 242.

⁶⁴⁵ STEDH de 24 de agosto de 1998, caso Lambert contra Francia. Respecto del *legítimo objetivo* el TEDH también acepta que la investigación de un delito constituye un objetivo legítimo de prevención y protección de derechos y libertades de los ciudadanos. STEDH de 27 de abril de 2017, caso Sommer contra Alemania, (Sección 5.^a, [TEDH 2017\42]). Igualmente, en un caso contra España el TEDH consideró que “la injerencia trataba de permitir el esclarecimiento de la verdad en el marco de un proceso penal y, por tanto, tendía a la defensa del orden y a la prevención de los delitos penales”. STEDH de 7 de septiembre de 2010, caso Fernández Saavedra contra España, (Sección 3.^a, [TEDH 2010\92]).

⁶⁴⁶ El Tribunal Supremo ha indicado que el “el principio de especialidad supone la prohibición de intervenciones prospectivas, mediante las que los poderes públicos se inmiscuyen en la intimidad del sospechoso con el exclusivo objeto de indagar qué es lo que encuentran”. STS núm. 84/2021 de 3 de febrero de 2021, (Sala de lo Penal, sección 1.^a [RJ 2021\421]). Véase también, STS núm. 580/2021 de 31 de julio de 2021, (Sala de lo Penal, sección 1.^a [RJ 2021\4244]). Un aspecto importante desarrollado por

requerir el acto de investigación; también el principio de *intervención indiciaria*⁶⁴⁷, porque da sustento como acto de investigación precedente para el hecho que motiva el requerimiento fiscal de restricción del derecho fundamental; y, finalmente, la *delación* podrán servir al fiscal para sustentar la *razonabilidad*⁶⁴⁸ de la medida por los detalles que se aporten sobre la circunstancias de la comisión del delito de corrupción pública con pluralidad de agentes o el funcionamiento de la organización criminal.

Esta es la orientación en Europa y aplicada en Perú. Por ejemplo, Italia ha sido protagonista de dos principales sentencias citadas del TEDH en materia de utilización de la declaración de los *pentiti* (casos Labita y Contrada), por lo que, podemos indicar que la *chiamata di correo* puede servir para fundamentar actuaciones de investigación, no obstante que solo podría ser utilizada luego de cumplir la *pre-inchiesta* en que se verifique un primer nivel de atendibilidad de la delación. Para el caso español, citamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se resalta la importancia de la delación y su uso para las diligencias de restricción de derechos fundamentales:

“Desde luego la situación presentada, cuando se ordena la primera intervención de comunicaciones, es de constatación de tan evidentes indicios de criminalidad, que ni el

el Tribunal Supremo es que según el *principio de especialidad* la intervención del derecho fundamental se justifica solo para el delito que se investiga, por lo que, los hallazgos que se refieran a otros delitos será *notitia criminis* para una nueva investigación. STS núm. 228/2022 de 10 de marzo de 2022, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2022\1838]).

⁶⁴⁷ Cabe recordar, como afirma el Tribunal Supremo que “en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada [...], por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios”. STS núm. 1355/2003 de 20 de octubre de 2003, (Sala de lo Penal, [RJ 2003\7641]). En igual sentido, STS núm. 1060/2003 de 21 de julio de 2003, (Sala de lo Penal, [RJ 2003\6349]). STS núm. 861/2007 de 24 de octubre de 2007, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2007\8131]).

⁶⁴⁸ El Tribunal Supremo ha precisado que “lo que la Constitución exige al atribuir y confiar al Juez de Instrucción la competencia exclusiva para adoptar estas resoluciones es que la depuración y análisis crítico de los indicios aportados por la policía judicial bajo su dependencia se realice por el Instructor exclusivamente desde la propia perspectiva de su razonabilidad y subsiguiente proporcionalidad adecuada al caso, valorándolos desde su profesionalidad y conocimiento del medio, pero sin necesidad de análisis prolijos incompatibles con la materia y el momento procesal en el que nos encontramos”. STS núm. 1060/2003 de 21 de julio de 2003, (Sala de lo Penal, [RJ 2003\6349]). STS núm. 416/2005 de 31 de marzo de 2005, (Sala de lo Penal, [RJ 2005\3379]). Cabe precisar, siguiendo a Magro Servet que, si bien la denuncia anónima no está dentro de la categoría de prueba ilícita, por lo que puede motivar investigaciones, la injerencia en derechos fundamentales no puede solo fundarse en ella sin que se haya realizado la investigación con resultados autónomos a la denuncia. Véase, Magro Servet, V., “Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción”, en *Diario La Ley*, n.º 10235, 2023.

recurrente pone en cuestión la legitimidad de la orden. Ni por la evidencia de los indicios, ni tampoco cabría cuestionarla por la proporcionalidad de la medida. Que un superior de la Guardia Civil haga ostensible la oferta de soborno a un inferior para la introducción fuera de vigilancia de un contenedor a través de las instalaciones aduaneras no permite duda alguna al respecto.

Desde luego, la delación del funcionario, cuya corrupción se procuraba, justifica la inicial decisión de intervenir las comunicaciones a través de la línea que él mismo indica”⁶⁴⁹.

Por último, en el caso peruano se ha incorporado el art. 481-A CPPP que expresamente señala que la declaración del colaborador puede ser empleada para *requerir medidas limitativas de derechos* que tengan impacto en los procesos penales que se deriven o estén conexos con el *proceso especial de colaboración eficaz*.

5.5.2 El testimonio del delator como fundamento de las medidas cautelares personales

Un tema importante sobre el uso o valor que se le otorga a la *delación del arrepentido* durante la investigación penal consiste en que pueda servir para fundamentar las medidas de aseguramiento procesal, con especial referencia a la *detención y prisión preventiva*. La importancia se fundamenta en dos aspectos que son el *respeto de la libertad personal* y a la *idoneidad de la restricción de la libertad*.

Sobre el primer aspecto, partimos de que la libertad personal es un derecho fundamental que resulta oponible tanto a los particulares como a las autoridades públicas⁶⁵⁰; por ende, en un proceso penal no puede convertirse en la regla que los imputados se mantengan en prisión, todo lo contrario, dentro de un proceso debido el investigado o imputado afronta la determinación de su responsabilidad en un estado de libertad. Andrés Ibáñez afirma que la prisión es “la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo

⁶⁴⁹ STS núm. 1024/2013, de 19 de diciembre de 2013, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2014\2080]). El Tribunal Supremo ha establecido que si bien la denuncia anónima no puede ser utilizada de forma directa por la policía para restringir un derecho fundamental sí puede ser “un medio de recepción de la notitia criminis que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar las actuaciones establecidas en los arts. 287 y ss. LECrim., elevándolas al órgano judicial competente las solicitudes policiales cuando no existe causa penal abierta tienen el valor de denuncia y obligan a incoar las correspondientes diligencias judiciales. Si no fuera así sería la propia policía la que, prácticamente, decidiría una medida que limita un derecho fundamental”. STS núm. 362/2011, de 6 de mayo de 2011, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2012\10140]).

⁶⁵⁰ Fanuele, CH., “La libertà personale”, en Dinacci, F. R., *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè Editore, Milán, 2010, p. 210.

mismo del *sistema de libertades*, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica”⁶⁵¹.

Sin embargo, desde el segundo aspecto, este derecho fundamental tampoco es absoluto y puede ser restringido en situaciones concretas habilitadas por ley; como es la *detención* y la *prisión preventiva*. Ahora bien, surge el análisis de cuán idónea es la disminución de la libertad de los investigados para obtener un resultado de mayor eficiencia de la investigación contra delitos de corrupción pública. Al respecto, conviene citar la jurisprudencia del TEDH en que se reconoce la necesidad de que, en casos concretos, la restricción de la libertad personal no atenta contra el debido proceso:

“De hecho, la detención provisional de las personas acusadas del delito previsto en el artículo 416 bis en Italia tiende a cortar los vínculos existentes entre las personas afectadas y su ámbito delictivo de origen, a fin de minimizar el riesgo de que mantengan contactos personales con estructuras de organizaciones criminales y pueden cometer delitos similares mientras tanto. En este contexto, la Corte tiene en cuenta la especificidad del fenómeno de la delincuencia organizada y sobre todo del tipo mafioso, y considera que el legislador italiano podría creer razonablemente, ante las condiciones muy críticas de las investigaciones sobre la mafia realizadas por las autoridades italianas, esa conducta contra el demandante, que las medidas cautelares fueron impuestas por una necesidad real de interés público, especialmente para la defensa del orden público y la seguridad, así como para la prevención de delitos [...]”⁶⁵².

Tal como se lee en la sentencia citada, en los casos de criminalidad organizada, a la que sumamos la corrupción pública cometida por una pluralidad de agentes concertados, se configura una necesidad de orden público en restricción de la libertad a los investigados, más aún en las primeras diligencias. Recordemos que la aplicación del *dilema del prisionero* tiene un factor central que es el desconocimiento de la decisión del otro frente a la posibilidad de delatar. Así pues, asumir que una detención o prisión

⁶⁵¹ Andrés Ibáñez, P., “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en Andrés Ibáñez, P. (dir.), *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 19.

⁶⁵² STEDH de 6 de noviembre de 2003, caso Pantano contra Italia. El TEDH ha indicado también que “dotada de una estructura jerárquica rígida y de reglas muy estrictas, de un fuerte poder de intimidación basado en la Ley del silencio y en la dificultad de identificar a sus miembros, la mafia representa un tipo de contrapoder criminal capaz de influir directa o indirectamente en la vida pública y de infiltrarse en las instituciones (...). Tampoco es irrazonable estimar que sus miembros pueden, incluso por su mera presencia en la sala de audiencia, ejercer presiones indebidas en las otras partes en el proceso, y concretamente en las víctimas y los testigos arrepentidos”. STEDH de 5 de octubre de 2006, (Sección 3.ª, [2006\55]).

preventiva resulten medidas idóneas para asegurar la sujeción de los investigados al proceso y el impedimento de la alteración del material probatorio tampoco puede conllevar, como se dijo para el caso de los *actos de investigación garantizados* que se anule completamente el velo de protección constitucional, sino que el procedimiento cautelar según la afectación de la libertad (*detención o prisión preventiva*) deberá ser dirigido y decidido de manera muy rígida por parte del órgano jurisdiccional, tan es así que Illuminati describe que la aplicación de criterios propios de una sentencia de fondo exige que durante la decisión de la medida cautelar se evalúe que el proceso penal no podría alcanzar su finalidad si esta no es autorizada⁶⁵³.

Asimismo, la necesidad de respeto de la libertad debe ubicarse en un equilibrio en la fase de investigación, porque tampoco debe conllevar a adelantar la práctica de la prueba en fase preliminar, sino que se deben cumplir presupuestos para la imposición de medidas cautelares los que serán evaluados con base en el principio de proporcionalidad, en tanto que, por ejemplo, la *prisión preventiva* no podrá ser la medida a imponerse de manera inmediata, sino, como resalta Miraglia, la posibilidad de una acumulación de medidas cautelares permite demostrar la excepcionalidad de la restricción de la libertad, porque no es la única medida cautelar que puede ser utilizada por el fiscal para garantizar el éxito de su investigación⁶⁵⁴.

Ahora bien, para que la restricción de la libertad no sea una decisión arbitraria, se requiere del respeto a principios y aplicación de presupuestos que rijan el procedimiento cautelar en el que el órgano jurisdiccional deberá evaluar el requerimiento con base en una lógica de rigurosidad en que la privación de tal derecho fundamental cumpla con ser la excepción ante la finalidad de la investigación de los delitos de corrupción.

⁶⁵³ Illuminati, G., “Tutela della libertà personale ed esigenze processuali”, en Giostra, G./Isolera, G., (coords.), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte Costituzionale*, Giffrè Editore, Milán, 1998, p. 129. Martín Martín sustenta la diferencia entre la *detención* y la *prisión provisional* en que “de la detención se ha de derivar siempre la puesta en libertad o a disposición de un juez, la prisión provisional tiene su origen únicamente en la existencia de un proceso penal por razón de delito”. Martín Martín, J.A., “La prisión provisional en la jurisprudencia española y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Andrés Ibáñez, P. (dir.), *Detención y prisión provisional*, cit., p. 159.

⁶⁵⁴ Miraglia, M., “Delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso e custodia cautelare ‘quasi obbligatoria’: Un percorso concluso?”, en Fanchiotti, V./Miraglia, M., (coords.), *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studio*, Giappichelli Editore, Turín, 2016, p. 129.

De manera general, los presupuestos de las medidas de aseguramiento procesal o medidas cautelares en el proceso penal, siguiendo la teoría cautelar del proceso civil, son el *fumus commisi delicti* y el *periculum in mora*⁶⁵⁵. Conforme la posición de Barona Vilar, la *comisión de un hecho delictivo* y los *motivos bastantes para creer responsable criminalmente* se ubican dentro de los presupuestos materiales⁶⁵⁶. Los presupuestos materiales se refieren a la existencia de *graves indicios* de la imputación fiscal que, según Cordero, resulta una opción legislativa más idónea que la de *suficientes indicios* a la que considera más vaga⁶⁵⁷.

Sobre el particular, Negri resalta el uso del término “indicio” y no de “prueba”, para señalar que la acreditación del *fumus commissi delicti* no requiere certeza propia de la fase de juicio, sino un grado menor de fuerza persuasiva que permita al juez fundamentar la limitación de la libertad personal⁶⁵⁸. En segundo lugar, el *periculum in mora* se constituye como el presupuesto vinculado al peligro de que el imputado se sustraiga del proceso penal; además, su valoración por parte del juez determina la duración de la medida a imponer en razón también a la gravedad de la pena pronosticada⁶⁵⁹.

De este modo, ambos presupuestos se evalúan en función al caso concreto, debido a la exigencia de la proporcionalidad de la medida. Barona Vilar afirma que este principio es el pilar para la regulación de la prisión provisional⁶⁶⁰. Así pues, en los casos de corrupción pública cometida por pluralidad de agentes o por organizaciones criminales, destaca el *periculum in mora*, por los riesgos a los que se expone al delator

⁶⁵⁵ Respecto de la adecuación del uso de las categorías de la teoría cautelar del proceso civil al proceso penal, puede verse Asencio Mellado, J. M.^a, *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 62-64. De posición diferente y expresando la necesidad de una teoría de las medidas cautelares del proceso penal, Barona Vilar, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988 pp. 52-53.

⁶⁵⁶ Barona Vilar, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 55-67.

⁶⁵⁷ Cordero, F., *Procedura penale*, cit., p. 478.

⁶⁵⁸ Negri, D., *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli Editore, Turín, 2004, pp. 218-219.

⁶⁵⁹ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 323-324.

⁶⁶⁰ Barona Vilar, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., p. 67.

al tener contacto con los participantes en el acto delictivo o, de ser el caso, con integrantes de la organización criminal, quienes pueden ejercer presión para distorsionar los testimonios o coadyudar a la fuga de otros o su propia fuga.

A esto se suma, en un primer nivel de análisis, el *fumus commissi delicti*, que resulta importante clarificar. Tal como se ha mencionado, no se debe aplicar un juicio de prueba de certeza, sino de una probabilidad basada en los *indicios* obtenidos durante la investigación, lo cual viene de una distinción en la doctrina alemana entre el *Tatverdacht* y *Tatbestand*. El primero, que es aplicable durante la investigación preliminar, tiene una naturaleza procesal y consiste en una noción del *Tatbestand* que se restringe al análisis causal entre la acción y el daño del bien jurídico, sin ingresar a la antijuricidad, culpabilidad o imputabilidad, salvo que sea evidencia del hecho criminal⁶⁶¹.

Un tema adicional, en cuanto a la procedencia de las medidas cautelares, consiste en la diferencia entre la *prisión provisional* y la *detención*, puesto que en la segunda se relaja el *principio de jurisdiccionalidad*, así como la presencia de los *indicios* del presupuesto del *fumus commissi delicti*. Al respecto, hallamos particularidades a nivel de la *provisionalidad*, *temporalidad* y *jurisdiccionalidad*, puesto que, si bien tanto la prisión preventiva como la detención son medidas provisionales, esta última es una medida *precautelares* que se ejecuta de manera justificada para un supuesto concreto y que se enmarca en una duración breve por razones de urgencia, lo que motiva que se autorice de manera excepcional que sea dispuesta por una autoridad diferente al juez, incluso, la detención podría darse por particulares⁶⁶².

Llegados a este punto, corresponde analizar el valor concreto que se le otorga a la delación para la imposición de una medida de aseguramiento procesal, en específico, aquellas principales que limitan la libertad personal que son la *detención* y la *prisión provisional*. Esto resulta importante, puesto que, desde que hemos analizado cómo

⁶⁶¹ Negri, D., *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, cit., p. 72. Asencio Mellado, respecto del término “motivos” precisa que no significa un alejamiento de la realidad, sino “en el proceso penal, han de estar apoyados en una sólida base fáctica, ya que el auto de prisión debe motivarse y tal motivación, para que sea real, lo ha de ser, esencialmente, sobre los hechos objeto de la resolución”. Asencio Mellado, J. M.^a, *La prisión provisional*, cit., p. 117.

⁶⁶² Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., pp. 325-326.

fortalecer el uso de la delación, desde la *teoría de los juegos*, el *dilema del prisionero* se desarrolla en un contexto de detención que impulse la racionalidad de la búsqueda del interés individual de los involucrados. No obstante, el proceso penal no puede concebir la restricción de la libertad como un instrumento de aplicación automática, sino de manera equilibrada a los fines del proceso penal y según las circunstancias del caso concreto.

Hemos dicho que la corrupción pública tiene un nivel de gravedad delictiva que pone en relieve la utilización de restricciones a los derechos fundamentales, de modo que la *delación del arrepentido*, al igual que la *delación en sentido general*, aparece como un acto de investigación que se convierte en material idóneo para sustentar la limitación de la libertad con el cumplimiento de principios, presupuestos y las particularidades de cada *medida cautelar* de las mencionadas. Al respecto, conviene recordar que la jurisprudencia del TEDH ha defendido la idoneidad de la declaración de los arrepentidos para la restricción de la libertad:

“Si bien un sospechoso puede ser detenido válidamente al comienzo del procedimiento sobre la base de las declaraciones de pentiti, esas declaraciones necesariamente se vuelven menos relevantes con el paso del tiempo, especialmente cuando no se descubren más pruebas durante el curso de la investigación”⁶⁶³.

De esta manera se advierten dos aspectos importantes: el primero consiste en la aplicación del denominado *principio de mínimo sacrificio*, que describe Chiavario como la posibilidad de que la libertad sea restringida de manera justificada con un doble examen basado en los parámetros de *naturaleza e intensidad* de la medida cautelar y del hecho investigado que justifica la medida⁶⁶⁴; el segundo aspecto se trata de la actuación de la *delación* misma en sede de investigación, dado que, al ser un acto de investigación, no es sometido a la contradicción, lo cual según Fernández López podría generar un déficit de motivación⁶⁶⁵.

⁶⁶³ STEDH de 6 de abril de 2000, caso Labita contra Italia.

⁶⁶⁴ Chiavario, M., *Garanzie ed efficienza della giustizia penale. Temi e problemi*, Giappichelli, Turín, 1998, p. 141.

⁶⁶⁵ Fernández López, M., “La eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración”, en *Derecho & Sociedad*, n.º 50, 2018, p. 273.

Dicho lo anterior, la *delación* como acto de investigación en sede preliminar se introduce dentro del procedimiento cautelar en el que su utilización responde al carácter instrumental de las medidas cautelares. Díaz Pita remarca que las declaraciones de los coimputados sirven como constancia indirecta de los hechos incriminados a los otros imputados⁶⁶⁶. Es así que la limitación de la libertad con una *detención* no es igual al grado de afectación de la *prisión provisional*; por ello, tienen características diferentes, aunque estén en una relación de progresión.

De esta manera, la *declaración del arrepentido delator* en fase de investigación se ubica dentro del requisito de *indicios* o *razones*, tiene un valor diferenciado que se vincula con el nivel de corroboración exigible para la aprobación de una detención o una prisión provisional. Así pues, en el caso de la *detención*, consideramos que basta una *mínima corroboración inicial* para sustentarla, esto es, una vez que se haya constatado que la información no es evidentemente falsa y que no haya una alteración fáctica o lógica entre la narración de la delación y el hecho delatado⁶⁶⁷;

Lozano Eiroa destaca que la *delación* por sí sola puede justificar la apariencia de derecho que requiere la detención, siempre que el delator haya declarado de manera espontánea y que su libertad no haya sufrido coacción alguna⁶⁶⁸. Situación diferente y de mayor especialidad sucede con la *prisión provisional*, porque la delación por sí misma no puede fundar tal medida cautelar, sino que requiere de elementos extrínsecos que la corroboren en un mayor nivel; es decir, que haya una situación de sospecha fundada de que la delación es cierta y, además, como acto de investigación, que el órgano jurisdiccional le otorgue un valor de aporte para ser considerada con otros actos de investigación. Por tanto, estamos ante un acto de investigación más que se suma al material recabado por el fiscal para cumplir el requisito indiciario de la prisión provisional⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Díaz Pita, M.^a P., *El coimputado*, cit., p. 187.

⁶⁶⁷ Aprile, E./D'arcangelo, F., *Le misure cautelari nel processo penale*, cit., pp. 137-138.

⁶⁶⁸ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 208.

⁶⁶⁹ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., p. 245.

Ahora bien, en los tres ordenamientos jurídicos (España, Italia y Perú) se admite el uso de la *declaración del arrepentido* para fundamentar la prisión provisional. En España, los presupuestos para la detención y la prisión provisional se encuentran regulados en los arts. 492 y 503 LECrim, respectivamente. Para la primera indica que se requieren *motivos racionalmente bastantes* respecto de la apariencia delictiva del hecho y la participación en este de la persona a la que se le afectará su libertad; mientras que para la prisión provisional se utiliza la fórmula de *motivos bastantes* sobre la responsabilidad del imputado que será afectado con la medida cautelar.

En consecuencia, conforme la descripción de Lozano Eiroa, la *declaración inculpativa del coimputado* servirá para acreditar el *motivo racionalmente bastante*, siempre que haya superado una mínima corroboración. Diferente situación sucede con la prisión provisional en la que se exige un material de investigación adicional (sean actos de investigación directos o indirectos⁶⁷⁰) que dé soporte a las declaraciones del coimputado que por sí mismas no superan el requisito de ser un *motivo bastante*⁶⁷¹.

En el caso italiano, partimos desde la jurisprudencia del TEDH citada precedentemente (caso Labita contra Italia), que menciona la idoneidad de la declaración de los *pentiti* para la limitación de la libertad y también se expresa la progresión que se requiere en la corroboración de su testimonio para que adquiera valor probatorio. En la norma procesal los presupuestos para la aplicación del *fermo* y la *custodia in carcere* se encuentran regulados en los arts. 384 y 273 CPPI, respectivamente, los cuales se diferencian en el nivel indiciario exigido, puesto que el *fermo* requiere que la persona a la que se le va a limitar la libertad esté *gravemente inidizita di un delitto*, que corresponde a una medida precauteladora que se diferencia del *gravi indizi di colpevolezza* exigido para la *custodia in carcere*⁶⁷².

Sobre el particular, con fines de ejemplificación citamos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación italiana en que se especifica que la *chiamata di correo* se

⁶⁷⁰ Asencio Mellado, J. M.^a, *La prisión provisional*, cit., p. 121.

⁶⁷¹ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., p. 244.

⁶⁷² Belluta, H./Gialuz, M./Lupária, L., *Codice sistematico di procedura penale*, cit., p. 416.

inserta como parte del cumplimiento del requisito de graves indicios de culpabilidad, así como la diferencia del estándar aplicable a la *delación* en sede preliminar:

“[...] en el tema valoración de la *chiamata in reità* o *correità* en sede cautelares, las declaraciones acusatorias dadas por el coinvestigado o coimputado en el mismo delito o por una persona investigada o acusada en un procedimiento conexo o relacionado integran los graves indicios de culpabilidad [...] sólo si, además de ser intrínsecamente fiables, se corroboran mediante pruebas extrínsecas individualizantes, es decir, que supongan idoneidad demostrativa en cuanto a la atribución del hecho delictivo al destinatario de las mismas, sin perjuicio de la diversidad del objeto de la resolución cautelar, preordenada a un juicio pronóstico en términos de razonable y alta probabilidad de culpabilidad del *chiamato*, frente a la de mérito, orientada en cambio a la adquisición de certeza procesal sobre la culpabilidad del imputado”⁶⁷³.

En el Perú, de igual modo, dentro de las *medidas de coerción procesal* se regulan la *detención* y la *prisión preventiva*, estableciendo un estándar diferente para la procedencia de estas, es así que, para la denominada *detención preliminar*, siguiendo la técnica legislativa del *fermo* italiano, señala que esta es aplicable a los casos en que no haya flagrancia delictiva pero sí *razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito* (art. 261 numeral 1 literal a) CPPP); mientras que para la *prisión preventiva* se exigen *fundados y graves elementos de convicción* que permitan al juez considerar de manera *razonable* que el delito ha sido cometido por la persona contra la que se requiere la imposición de la medida cautelar.

No obstante, a diferencia de España e Italia, en la norma procesal penal peruana se ha regulado de manera específica la utilización de la *delación* con la finalidad de que el fiscal sustente su requerimiento de medidas coercitivas, para lo cual debe estar acompañada de otros elementos de convicción (art. 481 literal b), lo que debe ser interpretado de manera diferenciada para la *detención* inicial y la *prisión preventiva*.

Asimismo, la norma peruana señala que los elementos que se obtengan con la finalidad de corroborar la declaración del colaborador pueden ser utilizados para el requerimiento de medidas coercitivas dentro de los procesos que estén conexos o hayan surgido posterior al proceso especial de colaboración eficaz en el que se originó la

⁶⁷³ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 1373/2020 de 15 de enero de 2020, (Sección cuarta penal, ([ECLI:IT: CASS:2020:1373PEN])).

primera fuente de información del hecho delatado (art. 481 literal A CPPP). Sobre el particular, Fernández López cuestiona que la declaración del aspirante a colaborador sea utilizada para dictar una prisión preventiva, debido a que se obtiene sin intervención judicial ni contradicción del delatado, por lo que la autora española afirma que:

“[...] la declaración de quienes dicen conocer los hechos o parte de ellos, obtenida sin intervención judicial, sin posibilidad de contradicción para el imputado y 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”⁶⁷⁴.

De parecer diferente, San Martín Castro considera que la incorporación de la *declaración del aspirante a colaborador* no tiene una limitación intrínseca; sin embargo, la inutilizabilidad de la declaración se produce cuando el proceso de colaboración concluye desfavorablemente, de modo que precisa que sí es utilizable “cuando el proceso de colaboración culmina positivamente o cuando no habiendo concluido se le necesita para sustentar la imposición de medidas limitativas de derechos. A los solos efectos de dictar medidas intermedias, no para una sentencia, en que necesariamente se tendrá en cuenta el resultado de la colaboración eficaz, se acepta la declaración de un colaborador”⁶⁷⁵.

Siguiendo esta posición de análisis del ordenamiento jurídico peruano, resulta necesario tener presente la diferencia descrita entre el *acto de investigación* y el *acto de prueba*, por lo que la *declaración del arrepentido delator* en fase de investigación es un acto de investigación y, por ende, no puede fundamentar una condena, mas sí una resolución de limitación de derechos fundamentales o medidas de cautelares, siempre y cuando se cumplan las exigencias legales, tales como la corroboración con otros actos de investigación para cumplir el requisito de *graves indicios de la comisión de un delito*. En consecuencia, no hay una inutilizabilidad de origen de la *declaración del arrepentido delator*, por más que haya un nivel de reducción de la contradicción, esta no

⁶⁷⁴ Fernández López, M., “Procedimiento por colaboración eficaz y proceso penal. Algunas consideraciones sobre una extraña pareja”, en Ascencio Mellado, J. M.³/Castillo Alva, J.L. (coords.), *Colaboración eficaz*, cit., p. 113.

⁶⁷⁵ San Martín Castro, C., “Eficacia de los elementos de convicción en el proceso por colaboración eficaz”, en Ascencio Mellado, J. M.³/Castillo Alva, J.L. (coords.), *Colaboración eficaz*, cit., pp. 278-279.

es excluida totalmente, puesto que la decisión judicial sobre la prisión preventiva en contra de los delatados requerirá el desarrollo de una audiencia en el que puedan contradecir la información introducida por el fiscal en su requerimiento.

Este escenario procesal configura en el Perú la denominada *prueba trasladada* que se aplica en fase de investigación para el uso de la declaración del arrepentido delator en el procedimiento en contra de los delatados, siempre y cuando la información tenga el nivel de corroboración proporcional a la limitación del derecho fundamental y el procedimiento fuente procedimiento especial de colaboración eficaz) haya concluido con la sentencia de colaboración o se encuentre en trámite. Así lo ha indicado la Corte Suprema peruana se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Que el artículo 481-A del Código Procesal Penal, [...], autorizó expresamente a la utilización de la declaración del aspirante a colaborador eficaz para requerir medidas limitativas de derechos o medias coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz (proceso penal declarativo de condena). En estos casos, precisa el apartado 2 de dicho artículo, se deberá cuidar que la información empleada no permita su identificación; y, asimismo, conforme a la regla del artículo 158, apartado 2, del citado Código, deberá acompañarse de otros elementos de convicción [...].

Por consiguiente, la legalidad para utilizar, en vía de traslado, las declaraciones de los aspirantes a colaborador eficaz, no está en discusión. Tampoco que el modo de hacerse es mediante la incorporación a la causa de copia auténtica de tal declaración procedente de otro proceso jurisdiccional”⁶⁷⁶

6. LA NECESIDAD DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN CONTRA LOS TESTIMONIOS FALSOS DE LOS DELADORES EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

De acuerdo con los temas desarrollados en el presente capítulo, hemos defendido la necesidad de promover la *delación* como un acto de investigación que refuerza la eficiencia de la investigación penal en los casos de corrupción pública; para tal efecto, el mecanismo idóneo resulta ser la *justicia premial*. No obstante, el acceso al premio

⁶⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Cas. N.º 292-2019-Lambayeque de 14 de junio de 2019, Sala Penal Permanente. San Martín Castro afirma que en el art. 481-A se encuentran las reglas específicas para el traslado de pruebas originadas en el procedimiento especial de colaboración eficaz., San Martín Castro, C., “Eficacia de los elementos de convicción en el proceso por colaboración eficaz”, cit., pp. 272-273.

penal o procesal puede generar también un uso distorsionado de la *delación*, dado que no solo podría estar motivada por factores de venganza personal, sino que el contexto de urgencia de variar la situación procesal haga que los delatores mientan y tal información sea utilizada en perjuicio de otras personas que podrían ver limitados sus derechos fundamentales.

Así pues, Orlandi resalta este riesgo que se configura por la confianza que se deposita en las declaraciones de los colaboradores, a pesar de que estas se producen principalmente con el objetivo de obtener un premio por la colaboración o evitar que se imponga una mayor pena ante una conducta de no colaboración⁶⁷⁷. No queremos decir que la *no colaboración* debe ser sancionada, porque no existe una obligación de colaborar por parte de los investigados, pero no obtendrían beneficios o mejoras ante la ausencia de colaboración, como sí sucede en el escenario opuesto. Podemos indicar los dos grandes supuestos en los que se materializa este riesgo:

a) *Falsas delaciones*: El *delator* pueden presentar información falsa respecto del acto de corrupción o de la persona que lo habría cometido a cambio de obtener el beneficio premial.

b) *Delaciones coordinadas con fines espurios*: Los delatores pueden ponerse de acuerdo para mentir o para limitar la información general que pueda obtener el fiscal con sus delaciones. Asimismo, podrían delatar nombres que realmente no sean trascendentales dentro de la organización.

Dicho lo anterior, el riesgo que se genera por la presunta falsedad de la *delación* requiere ser disminuido. Cabe precisar que el riesgo no se logrará eliminar totalmente porque la *delación* tiene una naturaleza de sospecha, razón por la cual las medidas para hacer frente al riesgo se ubican en dos planos: por un lado, la prevención contra posibles falsos delatores y, por otro lado, las medidas correctivas que se deben aplicar cuando ya se ha conocido la falsedad de la delación. Tales medidas se sistematizarán a continuación, con el objetivo de desincentivar que se presenten delatores con información falsa o distorsionada y, en caso de que se haya producido, el cómo corregir

⁶⁷⁷ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., p. 251.

tal situación, para lo cual se utilizan medidas de naturaleza penal, procesal y administrativas, tomando como punto de partida las descritas por Orlandi⁶⁷⁸:

a) Medidas de prevención: Sirven para prevenir que se presenten delatores con *falsas delaciones* o las llamadas *delaciones coordinadas*, así como aquellas delaciones que luego de recibidas se modifiquen por intereses procesales o personales entre los delatores quienes coordinen sus testimonios para reducir el verdadero aporte cognoscitivo de la delación:

i. El compromiso en el acuerdo de colaboración: Consiste en que dentro de los acuerdos de colaboración o acuerdos de beneficios se incluya el compromiso del *delator arrepentido delator* a que la información que aporta es veraz y plena en cuanto a su conocimiento del hecho delatado, la identificación de los otros intervinientes, o la estructura e integrantes de la organización criminal.

ii. El límite temporal de la delación: Los límites temporales o el reforzamiento del *momento oportuno de la delación* servirán para promover que los delatores aporten la información de manera rápida para obtener el beneficio, de ahí que el agotamiento del límite de tiempo que establezca la norma podrá impedir que presente información parcial o defectuosa o ponerse de acuerdo con otros delatores.

iii. La restricción de defensa conjunta: Esta medida está destinada a impedir las *delaciones coordinadas*, puesto que los abogados defensores al tener intereses relacionados para mejorar la situación de los delatores podrían coadyuvar a que estas coordinen a través de su persona, por lo que resultaría idóneo que se restrinja esta posibilidad dentro del proceso penal.

b) Medidas correctivas: Este conjunto de medidas resultan aplicables cuando ya se ha producido el recibimiento de una *delación falsa* o se haya advertido que las delaciones han sido coordinadas para afectar los fines de la investigación o generar perjuicios a los delatados:

⁶⁷⁸ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., pp. 251-252.

i. La sanción disciplinaria al abogado defensor: Es la consecuencia administrativa aplicable a los abogados que incumplan la prohibición de patrocinar los intereses de delatores que hayan delatado a otros intervinientes. De esta manera se busca desincentivar a los mismos abogados que, en muchos casos, basados en el secreto profesional, sirven a los intereses de una organización criminal.

Así pues, esta medida busca corregir las *delaciones coordinadas*. En Italia de forma directa el art. 106 numeral 4-bis regula la prohibición de la defensa conjunta de los *chiamante in correità*:

“No puede ser asumida por un mismo defensor la defensa de más imputados que hayan realizado declaraciones concernientes a la responsabilidad de otro imputado en el mismo procedimiento o en procedimiento conexo”.

Sobre el particular, se puede citar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación italiana en la que resalta que esta prohibición procesal busca combatir que la coordinación de las versiones afectase la independencia y originalidad de la *chiamata di correo*:

“En otras palabras, la prohibición en cuestión demuestra tener como objetivo presidir el ámbito de las llamadas declaraciones colaboradores de la justicia, a fin de evitar que la concordancia de las posiciones defensivas afecte la autenticidad e independencia de las propias declaraciones, haciéndolas afectadas por posibles defectos de circularidad, eventualidad, en este caso, estrictamente excluida”⁶⁷⁹.

Ahora bien, la sanción disciplinaria debería ir acompañada con la *exclusión del abogado defensor*, lo cual requiere que se precise que no se trata de la imposición directa o automática de un abogado de oficio, sino de dar la oportunidad al delator de elegir otro abogado. Por ello, consideramos que, en principio, no se subsume en el supuesto del art. 527 a) LECrim, evitando caer en la crítica de Gómez Colomer, para quien con la restricción al imputado de la designación del abogado de confianza se

⁶⁷⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 42026/2019 de 14 de junio de 2019, (Sección segunda penal, ([ECLI:IT: CASS:2019:42026PEN])).

limita el “derecho a la defensa técnica, pues no puede designar como defensor a quien él quiera”⁶⁸⁰.

ii. *La revocatoria del beneficio premial y el reinicio del proceso penal en contra del delator*: Esta medida es la más tradicional, basada en la lógica negocial, puesto que el beneficio premial que se le otorga al delator está condicionado a la colaboración expresada en que no varíe la información de la delación. Asimismo, los beneficios premiales, como la atenuación de pena o exención de pena son otorgados a cambio de la colaboración, por lo que, si no se cumple, surge la posibilidad de que se reabra el proceso penal inicial donde era procesado el colaborador.

Ahora bien, como ejemplo de regulación específica sobre la revocatoria de los beneficios premiales, podemos citar el caso peruano. En el Perú se establece que el fiscal tiene a su cargo el control del cumplimiento de los acuerdos, por lo que el *incumplimiento de las obligaciones contempladas en el acuerdo* constituye un supuesto de revocatoria del beneficio. De ahí que en el art. 480 CPPP se regula el procedimiento de *revocatoria de beneficio* que puede tener como consecuencia la reapertura del proceso en contra del *colaborador*. En consecuencia, si el beneficio obtenido por el colaborador fue la *exención de pena*, la revocatoria tendrá como consecuencia que el fiscal formule una acusación en contra del delator, tal como se señala en el art. 480 numeral 2 literal a) del CPPP:

“2. Cuando la revocatoria se refiere a la exención de pena, una vez que queda firme la resolución indicada en el numeral anterior se seguirá el siguiente trámite, sin perjuicio de la aplicación de las reglas comunes en tanto no lo contradigan:

a) Se remitirán los actuados al Fiscal Provincial para que formule acusación y pida la pena que corresponda según la forma y circunstancias de comisión del delito y el grado de responsabilidad del imputado [...]”.

El segundo caso posible consiste en que el colaborador haya obtenido una disminución de la pena. Ante ello, con la revocatoria el fiscal formula su pretensión penal por el delito cometido, sin tomar en cuenta la conducta inicial de colaboración del *arrepentido*:

⁶⁸⁰ Gómez Colomer, J.L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 98.

“3. Cuando la revocatoria se refiere a la disminución de la pena, una vez que queda firme la resolución indicada en el numeral 1) del presente artículo se seguirá el siguiente trámite, sin perjuicio de la aplicación de las reglas comunes en tanto no lo contradigan:

a) Se remitirán los actuados al Fiscal Provincial para que formule la pretensión de la condena correspondiente, según la forma y circunstancias de la comisión del delito y el grado de responsabilidad del imputado”.

Los otros supuestos de la legislación peruana consisten en la remisión de pena y la suspensión de pena, por lo que la revocatoria consistirá en que el *delator* deberá cumplir la pena en el extremo que quedó pendiente o su pleno cumplimiento por el levantamiento de la suspensión, respectivamente (arts. 480 numerales 4 y 5 CPPP):

“4. Cuando la revocatoria se refiere a la remisión de la pena, una vez que queda firme la resolución indicada en el numeral 1 del presente artículo, el Juez Penal en la misma resolución que dispone la revocatoria ordenará que el imputado cumpla el extremo de la pena remitida.

5. Cuando la revocatoria se refiere a la suspensión de la ejecución de la pena, detención domiciliaria o comparecencia se regirá en lo pertinente por las normas penales, procesales o de ejecución penal”.

iii. Proceso penal por falsa declaración: Esta medida sirve para fortalecer la credibilidad de la *delación*, ante la posibilidad de que se inicie un procedimiento penal por falso testimonio. Al respecto, debemos recordar que la naturaleza jurídica del *arrepentido delator* es mixta, en tanto su estatus de imputado y, por ende, el derecho al silencio se mantiene en referencia a los hechos de su propia responsabilidad; mientras que tal derecho al silencio cae o es renunciado por parte del *arrepentido*, quien decide delatar; por ende, si su declaración es falsa comete el delito de *falsa declaración* y debe ser sancionado por el nuevo injusto penal.

Al respecto, en Italia y Perú se han desarrollado de manera más específica las medidas de prevención y corrección contra *falsas delaciones*. En el caso italiano, el delator asume la posición de testigo en los supuestos en que declare en un proceso penal contra la responsabilidad de los delatados, previa sentencia que haya resuelto su situación jurídica del delator, por lo que su conducta puede configurar el delito de falso testimonio (art. 372 CPPI). Esta fórmula se refuerza con la suscripción del *verbale*

illustrativo di contenuti della collaborazione, a partir del cual toda declaración posterior no es tomada en cuenta para imputar hechos a otras personas, con lo cual se combate las llamadas “*dichiarazione a rate*”, las que generaban que las autoridades penales obtuviesen narraciones incompletas del hecho investigado⁶⁸¹.

En el caso peruano, la legislación procesal sí establece la posibilidad de consecuencias penales contra la *falsa delación*. Así pues, el art. 476 CPPP señala que, si durante el proceso penal derivado de la colaboración eficaz se demuestra la inocencia del delatado, el fiscal puede, previa evaluación de una conducta dolosa, revelar la identidad del delator:

“3. En los casos en que se demuestre la inocencia de quien fue involucrado por el colaborador, el Fiscal deberá informarle de su identidad, siempre que se advierta indicios de que a sabiendas hizo la imputación falsa para los fines legales correspondientes”.

Finalmente, en España se ha mantenido la postura defendida por el Tribunal Constitucional de que la conducta del delator, aun cuando ya tengan sentencia previa, no configurará delito de falso testimonio⁶⁸², por lo que, si bien tiene obligación de comparecer al juicio y declarar, se le considera un coimputado. Respecto a ello, podemos citar la siguiente sentencia del Tribunal Supremo:

“En este caso, la declaración de Gines se produce en un contexto en el que éste intervino en los hechos como autor, también, y fue condenado por ello, pero su participación en el juicio donde no es juzgado, al haberlo sido ya, lo es en calidad de testigo, pero no puede desgajarse su condición de imputado que lo fue ya en su momento y que en este caso también debe tener esa consideración al aceptarse su declaración inculpativa en sede sumarial”⁶⁸³.

⁶⁸¹ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., p. 252.

⁶⁸² De la Rosa Cortina, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, cit., p., p. 151.

⁶⁸³ STS núm. 515/2019, de 29 de octubre de 2019, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2019\4566]). El Tribunal Supremo ha precisado la posición procesal de testigo para los arrepentidos que ya fueron condenados, por lo que “le afectan alguna de las obligaciones propias de ese status, como son el deber de comparecer al llamamiento judicial y la obligación de declarar. Ahora bien, en cuanto a la valoración de su declaración se aprecia que, aun cuando se le considere testigo, desde un punto de vista formal las sentencias dictadas [...], han tenido la precaución de fijar elementos que corroboran el contenido de su declaración en cada caso, esto es, tratando su declaración como si fuera la de un coimputado”. STS núm. 1014/2021, de 21 de diciembre de 2021, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2022\240]).

Cabe agregar que, si bien la materia analizada no se encuentra regulada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, sí lo está en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2011, que establece en el art. 251 numeral 2 que el imputado no tiene la obligación de decir la verdad, a menos de que se trate de incriminación contra otros, lo cual se lee en concordancia con el art. 583, numeral 3, que regula expresamente que las declaraciones incriminatorias falsas del acusado generan responsabilidad criminal:

“2. En ningún caso el investigado prestará juramento o promesa de decir verdad.

No obstante, se le apercibirá de la responsabilidad en que puede incurrir si atribuye falsamente a otro la comisión del delito.

3. Las manifestaciones incriminatorias falsas del acusado que causen perjuicio a terceros darán lugar a responsabilidad criminal con arreglo a lo establecido en el Código Penal”.

CAPÍTULO V

LA DELACIÓN EN EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA: LA PRÁCTICA Y VALORACIÓN PROBATORIA DE LA DELACIÓN

La *delación* sigue un recorrido procesal de la investigación al juzgamiento, en el que se desarrollan las corroboraciones necesarias para que obtenga la idoneidad de ser practicada en el juzgamiento. Por ello, el presente capítulo tiene como principal objetivo abordar específicamente la *declaración del arrepentido delator*, porque ya no se trata de un impulso de la actividad del sistema de persecución del delito, sino del cómo esta información podrá ser practicada, utilizada y valorada para la determinación de la responsabilidad penal de los delatados por el acto de corrupción pública.

Así pues, analizaremos las cuestiones específicas sobre la práctica de la declaración del arrepentido delator, sin obviar el respeto del derecho de contradicción de los delatados. Además, se tratarán los *criterios objetivos y subjetivos* desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia para la valoración de la *declaración del arrepentido delator*. Finalmente, siguiendo la línea de investigación, sobre *el valor probatorio de prueba de cargo* y la crisis de la Administración de Justicia en los procesos penales por corrupción pública daremos una respuesta acerca de la necesidad de una reconsideración o flexibilización del *estándar de más allá de toda duda razonable* con la finalidad de evitar la impunidad y que el proceso penal no sea utilizado al servicio de los intereses de la corrupción.

1. EL TRÁNSITO DEL DELATOR A COLABORADOR CON LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

Uno de los problemas asociados al tratamiento procesal de la *delación de los arrepentidos delatores* es el paso o conversión de un *acto de investigación* a un *acto de prueba* que pueda servir para acreditar la responsabilidad penal de los *delatados*. Cabe precisar que, a diferencia de los actos de investigación, los *actos de prueba* “son los que sirven para determinar la convicción del juzgador sobre la existencia del hecho punible

y la participación en él del acusado, de modo que la presunción de inocencia ha de ser desvirtuada precisamente en el juicio oral y por los actos de prueba”⁶⁸⁴.

Dicho lo anterior, surgen las siguientes preguntas: ¿la delación es un acto de prueba? ¿es necesario que la delación sea un acto de prueba? Ambas preguntas tienen un eje central que se refiere a cómo la delación, que hemos señalado que es un acto de investigación, puede pasar a ser un *acto de prueba* y, por ende, servir para fundamentar la responsabilidad penal de los *delatados* y no tan solo una medida limitativa o cautelar. Pues bien, para responder la primera pregunta, partamos de la idea defendida de que la finalidad del proceso penal es la aproximación a la verdad. Para ello no solo basta investigar, sino también acreditar el resultado de la investigación, de manera que, como señala Giostra, la legislación procesal deberá establecer si pueden tener alguna relevancia probatoria un escrito anónimo o la *chiamata di correo*⁶⁸⁵.

En ese sentido la relación entre *investigación* y *acreditación* es muy estrecha, a tal punto de que pueden generarse confusiones debido a que aquello que se recoge durante la investigación se introduce en el juzgamiento. Así pues, por ejemplo, la *declaración de un testigo* en sede de investigación se transforma en la *prueba testimonial* que se practica durante el juzgamiento. Conviene recordar que, por cumplimiento de los principios de contradicción e inmediación, las pruebas se practican en el juzgamiento ante el juez o tribunal que determinará la responsabilidad penal del acusado; es más, la *prueba* se reserva para el juicio oral⁶⁸⁶, salvo los supuestos de excepción como la *prueba anticipada* o *prueba preconstituida*⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 198.

⁶⁸⁵ Giostra, G., *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., p. 22.

⁶⁸⁶ Moreno Catena destaca la diferencia entre *investigar* y *probar*, siendo que la investigación sirve para preparar el juicio proporcionando las fuentes de prueba que serán practicadas en el juzgamiento. Ahora bien, el autor menciona la *declaración de testigos* como ejemplo sobre la relación entre investigación y actividad probatoria en la aportación de información de un mismo hecho, sin que coincidan en tratamiento procesal puesto que solo será prueba lo que se practique ante el juzgador. Ver Moreno Catena, V., “La prueba preconstituida”, en González Cano, M.^a I. (dir.)/Romero Pradas, M.^a I. (coord.), *La prueba. La prueba en el proceso penal*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 150-151.

⁶⁸⁷ Para Rizo Gómez estas dos figuras son excepciones al principio de concentración y alteran el tiempo de la actividad probatoria. Rizo Gómez, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 22.

En el caso de la *delación*, su complejidad reside en que el sujeto que declara o aporta la información tiene una naturaleza híbrida que oscila entre ser *imputado* y ser *testigo*. Ahora bien, el paso de ser un *acto de investigación* a un *acto de prueba* no solo implica poner la atención en el ámbito funcional de verificación o que sirva para acreditar con un nivel de certeza la afirmación de la culpabilidad del *delatado*; sino también en que no puede ser tratada de manera automática como los demás actos de investigación que se transforman en actos de prueba para ser practicados durante el juzgamiento. Se requiere de un elemento adicional que es la *corroboración*, este es el elemento evolutivo o progresivo que determina el cómo la *delación* pasa a ser un *acto de prueba* que sirva a la pretensión acusatoria como una prueba de cargo idónea y apta para la valoración probatoria judicial.

Al respecto, conviene hacer la siguiente precisión: durante el desarrollo de la tesis hemos defendido que la *corroboración* de la *delación* es progresiva según el uso que se le quiera dar dentro del procedimiento penal. Así pues, la asociamos al nivel *cognoscitivo* del hecho delictivo, de manera que la *mínima corroboración* debe ser entendida como la ejecución de actos de investigación que tengan como objeto verificar de manera liminar que la información de la delación no sea falsa y, con ello, pueda dar sustento al inicio de una investigación penal; dicho de otra manera, se exige una *sospecha simple*. Un segundo momento de la *corroboración* se produce dentro de la investigación iniciada, donde los *actos de investigación* vinculados a la *delación* tienen como función servir de sustento de corroboración con la fuerza que permita a la delación ser prueba de cargo en conjunto con los demás medios probatorios que se aporten para el juicio. Por eso, aquí aplicamos la *corroboración suficiente* sobre la base de la denominada *sospecha fundada* que permite ir al juzgamiento y la certeza fiscal de la solidez de su pretensión acusatoria⁶⁸⁸.

Llegados a este punto, conviene recordar que la *delación* en el procedimiento penal puede ser *en sentido general* y *en sentido específico*. Ambas suceden previo al

⁶⁸⁸ Esta corroboración suficiente sirve para diferenciar el paso del acto de investigación al acto de prueba, además, el cumplimiento de esta exigencia puede ser verificado en el período intermedio o control de la acusación, pues, como señala Ormazabal Sánchez, el control judicial de la acusación sobre los “presupuestos materiales de la acción relacionada con la eficacia de la persecución penal y consistente en conjurar el peligro de que se abra el juicio oral cuando pueda preverse que las acusaciones no han podido reunir el material probatoria bastante para que pueda dictarse una sentencia de condena”. Ormazabal Sánchez, G., *El período intermedio del proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 37.

juzgamiento y pueden, en determinadas circunstancias, convertirse en actos de prueba, como señalamos a continuación:

a) *La delación en sentido general*: Tal como hemos dicho anteriormente, aquí se ubica la actividad de los *informantes* y de los *whistleblowers*, cuyo aporte informativo se plasma o recibe el tratamiento procesal de un *documento anónimo*. Dicho documento no es un acto de prueba ni puede ser incorporado al proceso con fines probatorios, al configurarse una *inutilizabilidad fisiológica* por no tener las condiciones para ser incorporadas como material probatorio de valoración judicial. Así pues, la regla general es que la delación del *informante* o del *whistleblower* que superen el *mínimo de corroboración* que descarte su falsedad y pueda motivar el inicio de una investigación no podrá automáticamente alcanzar o lograr tener una naturaleza probatoria como documento que preconstituya la información de la delación⁶⁸⁹.

En consecuencia, para que la *delación en sentido general* (*informantes* o *whistleblowers*) pueda ser considerada como prueba se requiere que el delator decida revelar su identidad y declarar en calidad de testigos durante la investigación, lo cual transforma el supuesto del *documento anónimo* al *testimonio* con las mismas reglas aplicables a los testigos, salvo las medidas de protección que subsistan para garantizar la seguridad de los declarantes. Sin embargo, con ello se produce un tránsito o conversión del *delator en sentido general* en *testigo* y, como tal, deberá ser tratado durante la actividad probatoria, puesto que la intervención de ellos deberá ser como testigos directos o indirectos dentro del proceso penal con las reglas de valoración de la prueba testimonial.

b) *La delación del arrepentido delator*: El segundo escenario de mayor complejidad sucede con el *arrepentido delator*, porque desde su conversión en delator su declaración constituye un acto de investigación que siempre requiere de un nivel de corroboración para su utilización. Pues bien, la *declaración del colaborador con la justicia* que es el testimonio del arrepentido que delata a los otros intervinientes en el acto de corrupción pública -previa corroboración- constituye un acto de prueba, porque

⁶⁸⁹ Tal como se ha dicho la práctica de la prueba preconstituida es una excepción que requiere, conforme precisa Moreno Catena, que su reproducción sea imposible o difícil en función a la naturaleza de la información contenida en el acta que podría ser leída en el juzgamiento. Moreno Catena, V., “La prueba preconstituida”, cit., p. 156.

no es un documento anónimo, sino la información aportada por un órgano de prueba. Asimismo, la posición jurídica de este delator es mixta, debido a que no deja de ser un imputado que tiene en su favor la garantía de la *no autoincriminación* en todo lo que se refiera a su propia responsabilidad. Situación especial sucede en los ordenamientos jurídicos italiano y peruano, en que el que el delator debe cumplir las obligaciones de un testigo cuando participa en los procedimientos penales que se originaron con su delación.

De este modo, con el cumplimiento del requisito de *corroboración suficiente*, la *declaración del arrepentido delator* no se ve afectada por la *inutilizabilidad fisiológica* y, por el contrario, es apta para ser incorporada al juzgamiento para que sume como material probatorio en favor de la pretensión acusatoria. Ahora bien, una situación especial, sin entrar al ámbito de la práctica probatoria, se presenta en los casos en que el *delator arrepentido* no asiste al juzgamiento y se pretenda usar el documento que contenga su declaración realizada en otros procedimientos penales, lo cual limita la contradicción y no puede ser considerada una regla general de tratamiento procesal de la delación, porque implicaría un abandono de las garantías mínimas que se deben respetar para toda persona sometida a un proceso penal.

No obstante, de admitirse esta posibilidad, la *declaración del arrepentido delator* no deja de ser un acto de prueba, sino que su tratamiento probatorio será reorientado de la prueba *testimonial* a la prueba *documental*, pero mantendrá su aptitud de acto de prueba. Ahora bien, retomando la pregunta inicial, ¿la delación es un acto de prueba?, pues la *declaración del colaborador con la justicia (arrepentido delator)* sí es un acto de prueba que alcanza esta naturaleza jurídica cuando se ha cumplido el nivel de corroboración suficiente y, de ser el caso, se resuelva la situación procesal del delator:

a) *Corroboración y principio de progresión*: La delación del arrepentido delator que aporte información de un acto de corrupción pública con la identificación de sus intervinientes para que se convierta en un acto de prueba requiere que sea corroborada. Este es un requisito indispensable para que evolucione del *acto de investigación* inicial para poder servir como prueba de cargo, puesto que, la *mínima corroboración* solo puede fundamentar el inicio de investigación. Así pues, para considerar la *delación* como un acto de prueba, necesariamente debe estar corroborada

con base en otros elementos probatorios, no solo basta una *sospecha simple* de la *no falsedad de la información*, sino que esta sea corroborada suficientemente.

b) *La determinación de la responsabilidad del delator*: Consideramos importante que, la situación procesal del *delator* sea resuelta antes de que asista al juzgamiento en que se juzgue a los delatados. Este requisito no es obligatorio en los ordenamientos procesales en los que es posible que *delatados* y *delatores* sean juzgados en un mismo procedimiento, puesto que se mantiene el derecho a la *no autoincriminación*.

Sin embargo, es posible que surjan procedimientos penales conexos en los que el *delator* asiste a dar su testimonio, para lo cual deberá tener resuelta su situación con una sentencia definitiva. Asimismo, el diseño procesal diferencia el tratamiento procesal de la delación, reconduciendo al delator a un procedimiento especial (caso peruano), no es una elección la determinación de la responsabilidad del delator, sino una exigencia legal expresa para que sea considerado un acto de prueba, puesto que no debería asistir al juzgamiento un *delator* cuyas sus declaraciones no hayan sido corroboradas y validadas con resolución judicial, porque el juez que presencie su declaración no podrá pronunciarse sobre el nivel de corroboración que se haya alcanzado en el procedimiento especial de colaboración eficaz.

Llegados a este punto, el haber descrito cómo la delación pasa a ser un *acto de prueba* nos conduce a la segunda pregunta que hemos formulado: *¿es necesario que la delación sea un acto de prueba?* Esta pregunta nos permitirá dar ingreso a los siguientes apartados del presente capítulo, puesto que la necesidad de que la información o contenido de la delación sea valorada por el juzgador requiere que sea practicada según las garantías constitucionales para que no se deje sin protección a los delatados y convierta la delación del *arrepentido* en *inutilizable*.

En resumen, la importancia de la *delación* destaca en un primer nivel durante la investigación, porque *promueve* su inicio, pero, en un segundo nivel o momento, se requiere utilizarla para que sirva de soporte a la acusación fiscal. Para ambos casos, el motivo que subsiste es la *crisis de investigación* de la corrupción pública, lo cual tiene un impacto directo en la prueba penal, debido a que, si el fiscal no logra obtener el

material probatorio que sustente su pretensión acusatoria durante el juzgamiento, no logrará la sanción del acto de corrupción.

2. LA PRÁCTICA PROBATORIA DEL TESTIMONIO DEL COLABORADOR CON LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

Recordemos que, siguiendo la finalidad del proceso penal que es la búsqueda de la verdad⁶⁹⁰, durante la fase de juzgamiento se realiza el *juicio de hecho* y el *juicio de derecho*, los cuales deben tener como base a la prueba, entendida como un procedimiento lógico destinado a generar la convicción positiva o negativa en el juez sobre el hecho conocido que debe ser probado; por lo tanto, cumple una función de representación sobre el resultado de la investigación⁶⁹¹.

Ahora bien, para nuestro objetivo planteado, aplicaremos las categorías de *fuerza de prueba*, *medio de prueba* y el *procedimiento probatorio* dentro del cual nos centramos en la *práctica de la declaración del colaborador de justicia* en el juzgamiento⁶⁹². Para comenzar, conviene subrayar que no todo el resultado que se produzca en la investigación de manera automática será considerado utilizable como prueba en el juzgamiento, sino solo aquello que será propuesto por las partes y admitido por el juez de etapa intermedia para el juicio⁶⁹³. Por ejemplo, en la fase probatoria no ingresan los documentos anónimos que dieron origen a la investigación producto de la

⁶⁹⁰ Para Gómez Colomer este es el fin tradicional del proceso penal, pero modernamente y con mira a un proceso penal propio de una democracia, no solo basta respetar el debido proceso, sino que se absuelva al inocente. Gómez Colomer, J.L., “El proceso penal de la confusión”, en Gómez Colomer, J.L., Girao Isidro, M./Madrid Boquín Ch. (coords.), *Derecho procesal penal. Estudios y comentarios*, Instituto Pacífico, Lima, 2022, pp. 328-329.

⁶⁹¹ Furgiuele, A., *La prova per il giudizio nel processo penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2007, p. 18.

⁶⁹² Flores Prada afirma que es importante diferenciar entre la *fuerza de prueba* y el *medio de prueba*, puesto que la primera se refiere a la información útil que tiene la fuerza probatoria, mientras que el segundo consiste en el mecanismo legal que permite que dicha información tenga efectos en el juzgador. Flores Prada, I., “La prueba testifical”, en González Cano, M.^a I. (dir.)/Romero Pradas, M.^a I. (coord.), *La prueba. La prueba en el proceso civil*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 495.

⁶⁹³ Respecto la importancia de la decisión judicial sobre la admisión de la prueba, Díaz Cabiale afirma que “de nada sirve alegar si luego no se va a permitir practicar pruebas sobre las alegaciones”. Díaz Cabiale, J.A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, p. 48. También, Ormazábal Sánchez señala que esta decisión judicial sirve como un momento preclusivo para posibles alegaciones de ilicitud probatoria. Ormazábal Sánchez, G., *El período intermedio del proceso penal*, cit., p. 66.

actuación de *delatores en sentido general* (*whistleblower* o *los informantes*); de igual manera, se debe haber producido un tránsito entre el acto de investigación de delación hacia el acto de prueba que tendrá valor probatorio para determinar la responsabilidad penal de los delatado.

Dicho lo anterior, consideramos necesario hacer una diferencia del uso de las categorías de *acto de investigación*, *f fuente de prueba* y *acto de prueba* aplicados a la *delación*. Así pues, el término “*delación*” será utilizado para referirnos al acto de investigación y a la información que contiene la aceptación de la responsabilidad penal del delator y la identificación de los otros intervinientes en el acto de corrupción pública; mientras que la “*declaración del colaborador de justicia*” se refiere al acto de prueba que se practicará en el juzgamiento. En tanto, *la fuente u órgano de prueba* será el *arrepentido delator* que posee el conocimiento cualificado sobre el delito de corrupción pública. Estos datos constituirán el *elemento probatorio* que será introducido al proceso penal para que sustente la decisión judicial.

Como se sabe, los elementos probatorios son introducidos a través de los medios probatorios establecidos taxativamente en la legislación procesal, por lo que se exige una adecuación al medio probatorio más idóneo para la incorporación del elemento de prueba. Así pues, *la declaración del arrepentido delator* (o colaborador de justicia) deberá seguir la regla de adecuación a los medios probatorios regulados para su ingreso al debate probatorio (léase prueba testimonial o documental):

a) *La declaración del colaborador de justicia como prueba testimonial*

La información –delación– del *arrepentido*, una vez admitida para su práctica en el juzgamiento, requiere la presencia del *delator* para que sea sometida a la contradicción en las formas que exige la práctica de la *prueba testimonial*. Sin embargo, si su responsabilidad aún no ha sido resuelta, mantiene su *estatus de imputado* para los efectos de la *no autoincriminación*. Así pues, en la *declaración del colaborador de justicia*, la fuente de prueba no es un *tercero* ajeno a la comisión del acto delictivo; por el contrario, es un interviniente en el mismo y ahí radica la cualificación de su declaración.

Ahora bien, debido a que el objeto de su declaración no es el ejercicio de su defensa durante el juzgamiento, sino introducir la *delación* para determinar la responsabilidad penal de los otros intervinientes en el delito, se requiere la diferenciación de los escenarios en que se trate de un mismo proceso penal donde el *arrepentido delator* sea un *coimputado* o de un procedimiento diferente conexo o relacionado, lo cual, además, demanda precisar la incompatibilidad entre el *delator coimputado* y la figura del *testigo*.

i. *Colaborador de justicia en el mismo procedimiento penal*: En este escenario, el *arrepentido delator* es un coimputado, por lo que estamos ante la *declaración de un coacusado* y, de tal manera, subsisten los derechos y garantías procesales de su *estatus procesal* de acusado que le permiten abstenerse de declarar sobre los hechos objeto del proceso penal, a tal punto que la mentira aparece como una posibilidad durante su práctica en el juzgamiento⁶⁹⁴. Es así como, se descarta un tratamiento de prueba testimonial en este supuesto, a pesar de que la información que introduce consiste en la revelación de la participación de los coimputados, lo cual deberá ser objeto de valoración al momento de la sentencia para la procedencia del beneficio premial⁶⁹⁵.

ii. *Colaborador de justicia en un procedimiento penal conexo*: El segundo escenario tiene como punto de partida la solución previa de la situación procesal del colaborador de justicia, esto es, que el *arrepentido delator* ya haya sido juzgado, con el resultado de condenado o eximido de pena, y asista al juzgamiento para deponer sobre la responsabilidad de los delatados. También se presentan dos posibilidades que son que la sentencia del *colaborador de justicia* aún no sea definitiva o sí sea irrevocable, lo cual tiene impacto directo para la efectividad del derecho al silencio y las obligaciones testimoniales que recaigan en el delator declarante.

⁶⁹⁴ Véase STS núm. 535/2021, de 17 de junio de 2021, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [2021\2973]). STS núm. 278/2021, 25 de marzo de 2021 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [2021\1496]): “La persona acusada puede optar, en el ejercicio de los derechos antes mencionados, por no ofrecer ninguna explicación o por ofrecer una explicación no corroborada. Ni el silencio ni la explicación no convincente pueden convertirse en indicios fuertes o decisivos de su participación criminal en el hecho. Pero ello no impide, insistimos, que la explicación no creíble pueda, en efecto, ser utilizada, razonablemente, para evaluar la solidez de la cadena de informaciones probatorias que conforman la inferencia de culpabilidad”.

⁶⁹⁵ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., pp. 252-255.

Siguiendo el razonamiento de Orlandi, en caso de que la sentencia no sea irrevocable, el *colaborador de justicia* asiste como testigo al procedimiento, pero tiene en su favor los derechos a *la no autoincriminación* y *al silencio* en los extremos que pueda surgir un nuevo procedimiento en su contra o responder las preguntas sobre los mismos hechos que fueron objeto del procedimiento penal en que se ha resuelto su situación jurídica para servir de soporte positivo a la hipótesis acusatoria; mientras que, si la sentencia del *colaborador de justicia* tiene la calidad de cosa juzgada, su intervención en el juzgamiento asume una posición de testigo respecto de la responsabilidad de los *delatados*, siempre con relación a los hechos y circunstancias que sirvan para determinar la responsabilidad de los otros y no sobre su propia responsabilidad, que ya ha sido objeto de pronunciamiento judicial irrevocable⁶⁹⁶.

Prosigamos con nuestro análisis, centrados en el segundo escenario, esto es que la situación del *colaborador de justicia* haya sido resuelta y asista al juzgamiento de los *delatados*, donde ya se ha extinguido la incompatibilidad de ser un testigo. Así pues, estaríamos ante una *declaración testifical especial*, con particularidades derivadas de la fuente probatoria, pero que, por regla general, no la eximen de someterse a las reglas del examen y contraexamen de las partes, puesto que el modelo acusatorio permite el surgimiento de la verdad desconocida y la reconstrucción de los hechos⁶⁹⁷ que conoce el *arrepentido delator* que se basa en *la descripción de los hechos y la participación de los delatados* según la hipótesis acusatoria sobre el delito de corrupción pública.

Asimismo, esta intervención durante el juzgamiento del *colaborador de justicia* genera obligaciones no solo respecto de la posibilidad de pérdida de los beneficios premiales, sino también las que corresponden a la posición de testigo, a efectos de que mantenga la consistencia de sus declaraciones realizadas previamente y que sirvieron para la formulación de la acusación fiscal.

⁶⁹⁶ Orlandi, R., “Dichiarazione dell’imputato su responsabilità altrui: Nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d’incompatibilità a testimoniare”, cit., pp. 190-191.

⁶⁹⁷ Casiraghi, R., *La prova dichiarativa: Testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 420. Vega Torres afirma que la regla general es la reproducción de las declaraciones en el plenario, de modo que, en principio, la sentencia no puede fundamentarse sobre la base de las declaraciones de los inculpados o testigos realizadas durante diligencias policiales o de instrucción. Vega Torres, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, p. 241.

Ahora bien, ya hemos indicado que la *declaración del colaborador de justicia* tiene sus particularidades por el trato procesal diferenciado, dado que se produce una conjunción entre la desconfianza que genera la declaración del delator y los riesgos del uso de la prueba indiciaria⁶⁹⁸. Este último riesgo se presenta porque durante la práctica de la prueba, con el examen y contraexamen de las partes, *la declaración del colaborador de justicia* cumple la función de corroboración de las demás pruebas aportadas por el fiscal⁶⁹⁹.

Adicionalmente, para la práctica de la *declaración del colaborador de justicia* se suman cuestiones procesales propias de la especialidad de la fuente de prueba, puesto que no solo debemos observar las reglas de valoración para su utilización⁷⁰⁰, sino también cumplir unos requisitos mínimos que garanticen la fiabilidad de la prueba de manera diferente a la clásica prueba testimonial⁷⁰¹, tales como los que señalamos a continuación:

i. *La asistencia del abogado defensor de confianza o de oficio*. Esta garantiza al *colaborador de justicia* que las respuestas que se le formulan y responda no afecten su situación procesal⁷⁰²; por ejemplo, que surja un nuevo hecho que no haya sido objeto de su procedimiento penal previo. En este último supuesto, el juez dispone la remisión de estos nuevos hechos al fiscal para que se investigue. Cabe subrayar que

⁶⁹⁸ Dell'anna, T., "L'esame del coimputato in reato connesso e la chiamata di correo", en Gaito, A., (coord.), *La prova penale. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, vol. II, cit., p. 567.

⁶⁹⁹ Santiapichi, S., "Riverberi retorici sulla cross-examination del pentito", en Neuburger, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, cit., p. 143. Por su parte Barona Vilar sostiene "que es razonable aplicar el régimen de la declaración del acusado", véase Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 431.

⁷⁰⁰ Del Caso Jiménez afirma que "después de que la declaración del coimputado integrada con las corroboraciones sea ya suficiente desde la perspectiva constitucional, habrán de entrar en consideración los elementos de credibilidad objetiva de la declaración". Del Caso Jiménez, M.^a T., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018, p. 127.

⁷⁰¹ Carini, C., "La testimonianza", en Gaito, A., (coord.), *La prova penale. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, vol. II, cit., p. 506.

⁷⁰² Revilla González señala que el derecho fundamental a la asistencia letrada cumple diversas funciones, entre las que se encuentra, el garantizar el respeto de los derechos constitucionales, dando asesoramiento técnico al imputado. Revilla González, J.A., *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 126.

este abogado defensor no tiene la facultad de examinar o contraexaminar a los testigos de la acusación, sino solo cumple una función de garante para que el *colaborador de justicia* sea tratado como un testigo asistido que realiza declaraciones autoincriminatorias solo de los hechos en que ha aceptado su responsabilidad⁷⁰³.

ii. *La abstención de declarar.* Esta posibilidad reconocida se refiere a la vigencia de los derechos de *no autoincriminación* y al *silencio*, porque el colaborador podrá guardar silencio en algunos temas que afecten su situación procesal; por ejemplo, la vinculación con nuevos hechos, circunstancias que agraven su participación en el hecho delatado, etc.⁷⁰⁴ No obstante, no podrá abstenerse de declarar sobre los ámbitos de la información aportada y corroborada en el procedimiento penal previo en que se definió su responsabilidad penal, dado que se tratará de hechos diferentes al objeto procesal precedente.

A nivel comparado, en el ordenamiento jurídico español se mantiene la naturaleza híbrida de la declaración del coimputado delator, por lo que no recibe el tratamiento de la prueba testifical para exigirle la verdad, en tanto que rige el principio de *no exigibilidad* que le garantiza su *derecho al silencio*⁷⁰⁵. Ahora bien, la situación varía en la *fragmentación de los procesos*, en donde se configura la participación de la *declaración del coimputado* que ya ha sido juzgado, quien recibe el tratamiento procesal de testigo y con la aplicación de las reglas especiales de valoración probatoria como *declaración de coimputado*⁷⁰⁶. Con fines de ejemplificar la evolución de la jurisprudencia española en este extremo, citamos la siguiente sentencia del Tribunal Supremo:

“Y es lo cierto que varias resoluciones han originado distintas valoraciones. Como recuerda la Sentencia de esta Sala de 7 de enero de 2009 (RJ 2009, 1314) en unas se ha considerado que no

⁷⁰³ Paulesu, P. P., *Giudice e parti nella 'dialettica' della prova testimoniale*, cit., p 221.

⁷⁰⁴ Romero Coloma señala que la voluntad de colaboración de un imputado no afecta su derecho al silencio, de modo que, con el silencio mantiene activa su defensa frente a posibles acusaciones. Romero Coloma, A., *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Reus, Madrid, 2009, p. 19. Véase STEDH del 8 de febrero de 1996, caso John Murray contra Reino Unido, [TEDH 1996\7]. STEDH de 18 de marzo de 2010, caso Krumpholz contra Austria [TEDH 2010\52].

⁷⁰⁵ De La Rosa Cortina, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, cit., pp. 113-114.

⁷⁰⁶ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., p. 263.

es coimputado el que declara sobre otro después de haber sido ya juzgado, y en otras sentencias se ha dicho que el status de coimputado debe en todo caso ser mantenido. Al primer criterio se adscriben entre otras las Sentencias 1079/2000 de 19 de julio (RJ 2000, 7115); 1268/2000 de 30 de octubre (RJ 2000, 9517); y 168/2003 de 26 de febrero (RJ 2003, 2407). En sentido contrario pueden citarse las Sentencias 1332/2004 de 11 de noviembre (RJ 2004, 7648); y 1007/2007 de 23 de noviembre (RJ 2008, 547). Esta divergencia de interpretación quedó resuelta por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 16 de diciembre de 2008 que aprobó considerar que ‘la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad’. Criterio recogido ya en Sentencias posteriores de 7 de enero y 31 de marzo⁷⁰⁷.

En el caso italiano, la posición jurídica del *colaborador de justicia* dependerá de la determinación previa de su responsabilidad penal y la asunción de la posición de testigo en contra de otros (*delatados*). Así pues, las normas procesales básicas son los artículos 197 y 197 *bis* del CPPI, de cuya lectura se advierte la importancia del elemento *sentencia irrevocable*, con lo que el delator asiste al procedimiento conexo en calidad de testigo, para lo cual se incorpora la categoría del *testigo asistido* con que se obliga a que en los procedimientos conexos o relacionados el declarante debe ser asistido por un defensor para controlar las preguntas que se le formulen; además, esto garantizará que no se perjudique con su propia actuación por el *nemo se detegere*, de manera que la opción de abstenerse de declarar prevalece sobre hechos propios o de aquello que se haya negado a responder en su propio procedimiento⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ STS núm. 1094/2009, de 19 de octubre de 2009, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [2009\5748]). El Tribunal Supremo español también ha señalado que “el *leitiv* motiv de toda la jurisprudencia constitucional en esta materia está constituido por el principio de que la veracidad objetiva de lo declarado por el coimputado ha de estar avalada por algún dato o circunstancia extrema que debe verificarse caso por caso, y ello porque su papel en el proceso es híbrido: es imputado en cuanto a su implicación en los hechos enjuiciados, y es un testigo en relación a la intervención de terceros, pero esta simultaneidad de situaciones desdibuja su condición de tal y por ello no se le exige promesa o juramento, y su contenido es sospechoso por poder venir inspirado en odio, venganza o premios o ventajas para él derivados de su heteroincrimación, ello no obstante no debe ser magnificado porque no debe olvidarse que por mucha desconfianza que se pueda suscitar, en el propio Código Penal existen tipos penales constituidos, precisamente, sobre la figura del testimonio del coimputado como ocurre con los arts. 376 y 579 -las figuras del arrepentimiento activo en los delitos de tráfico de drogas y en materia de terrorismo-, es decir en relación a las más típicas manifestaciones delictivas de la delincuencia organizada”. STS núm. 7/2009, de 7 de enero de 2009, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [2009\1314]).

⁷⁰⁸ Belluta, H./Gialuz, M./Lupária, L., *Codice sistematico di procedura penale*, cit., pp. 268-269. Buzzelli, S./Casiraghi, R./Ubertis, G./Zacchè, F., *Sistema di procedura penale II. Persone, strumenti, riti*, Giuffrè Fracis Lefebvre, Milán, 2020, pp. 241-242.

Ahora bien, respecto de la figura del *testigo* asistido, citamos la siguiente sentencia de la Corte Constitucional italiana, donde se remarca la irrevocabilidad de la sentencia previa del declarante:

“que, en coherencia con esta elección, el legislador, para evitar que el imputado de un delito conexo o relacionado que haya asumido el papel de testigo asistido sea obligado a realizar declaraciones autoinculpatorias, ha extendido a este sujeto el doble nivel de garantías previsto para el testigo ordinario [...] reconociendo por una parte, con carácter previo, el derecho a no responder a las preguntas sobre los hechos de los que pudiera derivarse su responsabilidad penal respecto del delito por el que se le sigue o se le ha instruido [...], y estableciendo, por otra parte, la prohibición general de cualquier uso de las declaraciones que pudiera resultar en su perjuicio *a posteriori* [...];

que el principio *nemo tenetur se detegere* es un corolario esencial de la inviolabilidad del derecho de defensa, destinado a prevalecer aun cuando conlleve concretamente la imposibilidad de adquirir prueba en la peculiar situación de los delitos cometidos por varias personas [...]”⁷⁰⁹.

En el caso peruano, debido a la existencia del procedimiento especial de colaboración eficaz, la declaración del *colaborador* será siempre en el procedimiento derivado en que se juzga a los delatados. Cabe resaltar que la jurisprudencia de la Corte Suprema peruana ha reconocido que es necesario que en los casos en que se trate de declaraciones de procesos de colaboración concluidos se deba proceder a la incorporación con un pronunciamiento fiscal junto a otros elementos de convicción. Además, reconoce que la regla aplicable es que el *colaborador* deba asistir al juicio para que la información sea válida a efectos de su incorporación en la sentencia, tal como se puede leer a continuación:

“1. Es el fiscal quien, *prima facie*, define lo que debe transcribirse del testimonio del colaborador –obviamente lo pertinente y útil–, pero el control de lo estimado por el fiscal, como corresponde a la potestad jurisdiccional, es de cargo del juez de la investigación preparatoria. Frente a la transcripción –será mejor entenderla como copia certificada del testimonio en sus partes pertinentes– el Juez, de oficio o a pedido de parte, puede solicitar la declaración completa del aspirante a colaborador [...], pues es la única forma de apreciar si en efecto se adjuntó todo lo que el aspirante a colaborador declaró en atención a la situación jurídica del imputado contra quien se formuló requerimiento de prisión preventiva y a sus vínculos con él. Sin duda, con

⁷⁰⁹ Sentencia de la Corte Costituzionale núm. 281/2002 del 26 de junio de 2002, (ECLI:IT:COST:2002:291). Véase también Sentencia de la Corte Costituzionale núm. 381/2006 del 21 de noviembre de 2006, (ECLI:IT:COST:2006:381). Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 9956/2020 de 13 de marzo de 2020, (sección tercera penal, ([ECLI:IT: CASS:2020:9956PEN])).

arreglo al principio de reserva que rige el proceso por colaboración eficaz [...] no solo ha de mantenerse la identidad del aspirante a colaborador, sino que el juez será quien, en acto reservado, examinará el testimonio íntegro y, de ser el caso, incorporará otras partes del testimonio relevantes al caso.

2. La exigencia de que no se adjunte, sin más, el íntegro del testimonio del colaborador, puesta por el Reglamento, no vulnera el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la prueba –que es un derecho instrumental que integra la garantía de defensa procesal [...]. Si lo esencial es la pertinencia y la utilidad de la misma, y solo se trata de un acto de investigación que a los efectos de la sentencia no puede ser utilizado a menos que se recurra a la anticipación de prueba [...]– la regla es que el aspirante a colaborador declare en el juicio oral y solo así se puede utilizar su testimonio en la sentencia”⁷¹⁰.

Finalmente, la *práctica oral de la declaración del colaborador de justicia* tiene dos supuestos problemáticos adicionales que se generan por el tipo de delito (corrupción pública o crimen organizado). Como hemos señalado, existen supuestos de riesgo contra los órganos de prueba que pueden conllevar a que no asistan al juzgamiento, lo cual sucede también con el *arrepentido delator* -sin importar que su situación procesal haya sido resuelta-; es más, la obtención de algún beneficio premial podría incrementar el riesgo, lo que conlleva a la solución de aplicar la figura del *testigo protegido*.

Sobre el particular, recordemos que, hemos asumido que las medidas de protección de testigos sí son aplicables para el *arrepentido delator (coimputado delator)*. Vega Dueñas señala que “si el coimputado es aceptado por la ley, acude como testigo y demuestra los presupuestos para la protección, ante la pregunta de si debe ser protegido la respuesta debe ser sí”⁷¹¹. Así pues, se reconocen mecanismos procesales que garantizan la practica probatoria y evitan la impunidad, puesto que la eficiencia del proceso penal se reduce en los casos en que el temor impida que los declarantes vayan al juzgamiento, dichos mecanismos se sistematizan en la categoría de *testigos protegidos*, dentro de la cual se diferencian “los testigos ocultos de los anónimos y, a su vez, dentro de estas subcategorías, distintas modalidades de ocultación y anonimato”⁷¹².

⁷¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Cas. N.º 292-2019-Lambayeque de 14 de junio de 2019, Sala Penal Permanente.

⁷¹¹ Vega Dueñas, L., *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*, cit., p. 124.

⁷¹² Asencio Gallego, J.M.^a, “El testigo anónimo en el proceso penal español”, en *Justicia*, n.º 22, 2022, p. 217.

Ahora bien, tal como señala Barona Vilar, en aplicación de la regla de práctica oral de la prueba en el juzgamiento, en los supuestos de testigos protegidos la fuerza probatoria del testimonio requiere de ratificación en el juicio oral⁷¹³, por lo que, en la aplicación de mecanismos procesales de protección para el testimonio en el juicio oral debe salvaguardar las garantías procesales mínimas, puesto que, significan una reducción de la contradicción procesal⁷¹⁴.

b) *La declaración del colaborador de justicia como prueba documental*

En el punto precedente hemos señalado que la regla para la *práctica de la declaración del colaborador de justicia* es que asista al juzgamiento en que se decida la responsabilidad penal de los delatados por el acto de corrupción; no obstante, por razones de seguridad, la presencia del *colaborador de justicia* podría no concretarse, lo cual significa una limitación a la contradicción que rige el procedimiento probatorio. En este contexto, se genera la posibilidad de que el testimonio del *colaborador de justicia* tomado durante la fase de investigación sea leído en el juzgamiento, por lo que ya no estaríamos ante las connotaciones especiales de una *prueba testimonial*, sino ante la *práctica de una prueba documental* que contiene la delación.

Ahora bien, de acuerdo con la regla general de la práctica de la prueba en el juzgamiento, solo los actos de prueba pueden servir para fundamentar la decisión judicial⁷¹⁵, lo cual no implica que en situaciones excepcionales y justificadas se pueda introducir los actos de investigación sumarial al juzgamiento, por más que signifique una reducción de la garantía de contradicción e inmediación en la práctica probatoria; sin embargo, como precisa Ortells Ramos, aun cuando se le reconoce menor valor probatorio la ley “debe ceder en la admisión de la documentación, pues de lo contrario,

⁷¹³ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 198.

⁷¹⁴ Asencio Gallego, J.M.^a, “El testigo anónimo en el proceso penal español”, cit., p. 117.

⁷¹⁵ Montero Aroca, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 151.

en caso de imposibilidad de la práctica debería renunciar a toda posibilidad de constatar un determinado hecho”⁷¹⁶.

Así pues, esta introducción de diligencias sumariales no significa que todo el material de investigación pueda ser reproducido en el juzgamiento, sino solo aquellas “practicadas durante la instrucción o investigación judicial, aptas para fundar la convicción del juez competente para decidir la causa”⁷¹⁷, las cuales deberán ser leídas en el juicio oral para que puedan tener valor probatorio⁷¹⁸. Pero, para que proceda esta lectura de las declaraciones sumariales en casos de incomparecencia, se requiere, en primer lugar, que en su realización se haya respetado la contradicción de la defensa de los delatados, salvo que hayan sido citados para declarar, pero decidieron no asistir al acto de investigación⁷¹⁹.

En segundo lugar, la causa de irrepitibilidad que conlleva que el delator no asista al juzgamiento debe ser valorada en el caso concreto, debiendo ser circunstancias objetivas⁷²⁰ que no dependan de la voluntad de la parte⁷²¹, puesto que, de haberse podido prever se debería optar por la opción procesal de la prueba anticipada. Guzmán Fluja diferencia entre impedimento relativo o temporal del impedimento absoluto o definitivo, para el primero se debería agotar todos los medios posibles para que el testimonio se practique en el juzgamiento, mientras que, en los segundos, debe velarse

⁷¹⁶ Ortells Ramos, M., “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en Ortells Ramos, M., *Estudios de derecho procesal. Proceso penal I (1978-1994)*, pp. 108-110. versión digital disponible en <https://www.bubok.es/libros/187480/>. Este artículo se encuentra publicado también en *Revista General de Derecho*, edición separada, 1979, pp. 3-64.

⁷¹⁷ Pedraz Penalva, E., “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba ‘preconstituida’”, en Martínez Arrieta, A., (dir.) *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 57.

⁷¹⁸ Asencio Mellado, J. M., *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal. Fundamentos dogmático-procesales y de derecho comparado para la aplicación de la teoría de la prueba prohibida en el proceso penal acusatorio*, INPECCP, Lima, 2008, p. 286.

⁷¹⁹ Vega Torres, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 279.

⁷²⁰ Di Martino C./Procaccianti, T. *La prova testimoniale nel processo penale*, Cedam, Padua, 2010, p. 369.

⁷²¹ Aguilera de Paz, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, T. V (artículo 649 a 846), Reus, Madrid, 1924, p. 510.

por que se respeten todas las garantías si había previsibilidad y solo en el caso de la imprevisibilidad se admite la lectura en el juicio oral de la declaración⁷²².

Para el caso específico, de la *declaración de colaborador de justicia*, Cavalli señala que la *imposibilidad de repetición* debe ser absoluta y objetiva, porque se afecta el contradictorio, así como la intermediación y la oralidad, por lo que si la *imposibilidad* era previsible deberá evaluarse por qué no se optó por la *prueba anticipada*, en salvaguarda de la defensa de los *delatados*⁷²³; en consecuencia, nos encontramos ante un supuesto de excepción que elimina la oralidad. Así pues, la práctica en el juzgamiento se realiza como del documento tradicional, es decir, con la *lectura* de la *declaración del colaborador de justicia*, la cual no puede ser considerada una prueba de cargo en sí, puesto que, el traslado de la prueba la convierte en un acto de investigación (o diligencias sumarial) cuyo “valor probatorio deviene para la formación de la convicción del juzgador a la que se orienta la actividad probatoria en garantía de la libre declaración y defensa de los justiciables”⁷²⁴, siendo que con su lectura, se somete a contradicción el documento para que alcance valor probatorio con fines de dar sustento a la decisión judicial⁷²⁵.

Sobre el particular, se presentan los siguientes escenarios vinculados al tema de nuestra investigación:

i. *Documento que contiene la delación en el mismo procedimiento*. En este escenario se trata de un *documento procesal* que contiene la declaración del *colaborador de justicia*; y el fiscal solicita que se realice la lectura del documento por motivos imprevisibles (por ejemplo, por razones de seguridad el colaborador haya salido del país y no se puedan utilizar los medios tecnológicos).

⁷²² Guzmán Fluja, V., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 222-223.

⁷²³ Cavalli, G., *La chiamata in correità*, cit., pp. 75-76.

⁷²⁴ Burgos Ladrón de Guevara, J., *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, Civitas, Madrid, 1992, p. 79.

⁷²⁵ Illuminati, G., “Ammisione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale”, cit., p. 148.

En este mismo punto se ubica la posibilidad de la lectura de *la declaración del colaborador de justicia* durante la instrucción o investigación, pero que en el juzgamiento haya decidido cambiar su versión o desistido de colaborar. Así pues, deberá darse lectura de la declaración sumarial para que se permita el ejercicio de la contradicción por parte de los delatados, Rives Seva señala que esta declaración sumarial se incorpora mediante la lectura, debiendo haber cumplido el respeto del derecho de defensa en su realización, por lo que, si no se introduce al juicio oral, no podrá servir para fundamentar la decisión judicial⁷²⁶.

ii. *Documento que contiene la delación de un procedimiento conexo o relacionado*. Este segundo escenario es un derivado de la adquisición procesal de la *declaración del colaborador de justicia* que ha sido juzgado en su propio procedimiento sobre los hechos de corrupción, y la información practicada durante el juzgamiento previo requiere ser utilizada en el procedimiento en que se decide la responsabilidad penal de los delatados. A diferencia del supuesto de la posición de testigo del *colaborador de justicia*, en este caso lo que será objeto de valoración probatoria es el documento que contiene su declaración, para lo cual deberán existir, de igual modo, razones que justifiquen la no presencia del *colaborador de justicia* en el procedimiento penal que se desarrolla contra los *delatados*.

Al respecto, en el caso del *documento de declaración del colaborador de justicia en otro procedimiento*, estamos ante un *documento extraprocesal* con valor de prueba preconstituida que deberá superar el examen de pertinencia con el *thema probandum*. Así pues, el juez de la audiencia preliminar verificará que se hayan cumplido las formas para su práctica probatoria en el procedimiento penal del que haya sido obtenido el documento que contiene la *declaración del colaborador de justicia*. Por consiguiente, si no se han respetado los principios y garantías de la práctica probatoria, se concluye que dicho documento no puede ser utilizado ni generar efectos en el proceso penal contra los delatados⁷²⁷.

⁷²⁶ Rives García, J.M.^a, “Declaración del coimputado”, en Rives Seva, A.P., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. T. I (capítulos I a VIII), Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 804-805.

⁷²⁷ Furgiuele, A., *La prova per il giudizio nel processo penal*, cit., p. 244.

Ahora bien, a nivel comparado, en el caso español la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce que las *declaraciones* de los coimputados colaboradores de justicia tienen naturaleza de prueba preconstituida:

“En conclusión, por la vía indirecta expuesta la declaración del coimputado se convirtió en prueba preconstituida pues cumple los cuatro requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional: a) prueba de imposible reproducción en el Plenario; b) que se haya practicado con cumplimiento de todas las garantías legalmente exigibles; c) que haya sido correctamente introducida en el Plenario, y d) que haya sido intervenida por el Juez de Instrucción, único capaz de generar actos de prueba, aunque existen excepciones a esta cuarta nota que no vienen al caso. SSTC 153/1997 de 29 de septiembre (RTC 1997, 153) y 303/1993 de 25 de octubre (RTC 1993, 303) y de esta Sala STS de 23 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 618), entre otras muchas”⁷²⁸.

Adicionalmente, se resalta que en los supuestos de la *lectura de la prueba documental* que contiene la *declaración del coimputado* en que se haya producido una situación imprevista que, incluso, haya impedido que sea sometida a contradicción, de manera que la rebeldía no es un supuesto que convalida la inobservancia de la contradicción para dar valor a la declaración incriminatoria del coacusado; por ende, se debe verificar la posibilidad de ejercitar la contradicción y el no haberlo hecho sea producto de una decisión procesal de la defensa⁷²⁹.

En el caso italiano, con mayor precisión el art. 238 CPPI admite que los documentos que contengan la declaración tomada en otro procedimiento durante el debate podrán surtir efectos en contra del delatado si la defensa ha participado en la formación de la prueba. Ahora bien, en sede de juicio, el art. 512 CPPI habilita la lectura de los actos por motivos de imposibilidad de repetición, siempre a petición de las partes. Cabe señalar que este artículo debe ser leído en concordancia con el art. 514 CPPI, con el que se aprecia que la lectura de los documentos son una excepción establecida de manera taxativa; de lo contrario, se aplica la regla de prohibición de leer las declaraciones del imputado.

⁷²⁸ STS núm. 168/2003, de 26 de febrero de 2003, (Sala de lo Penal, [2003\2407]). STS núm. 938/2003, de 17 de junio 2003, (Sala de lo Penal, [2003\6214]).

⁷²⁹ De La Rosa Cortina, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, cit., pp. 141-142.

Para ejemplificar, citaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación italiana que pone énfasis en el motivo de *irrepetibilidad* imprevista para que el colaborador no asista al juzgamiento, dado que, en caso de que fuese previsible el respeto a la *práctica oral*, se configura un supuesto de *inutilizabilidad patológica*:

“Las declaraciones de los colaboradores fueron adquiridas en el proceso de conformidad con el art. 512 Cod. Proc. Pen. por la muerte sobreviniente de los declarantes. Sin embargo, se adjuntaron a la *informativa* del 2003, época en la que ambas fuentes estaban vivas y había entrado en vigor la ley de actuación de debido proceso, por lo que se habría debido proceder con la renovación de los exámenes correspondientes. Tampoco habría sido válida la objeción de que no existía un “contenedor procesal” en el que insertar las propias declaraciones, ya que el procedimiento aún no había surgido, ya que se encontraban pendientes y en curso de celebración otros juicios en los que las mismas declaraciones fueron utilizadas. Resultaba, por tanto, ilegítimo la referencia al art. 512 Cod. Proc. Pen. y la inclusión del acta en el expediente. Esto se debe a que las declaraciones de los colaboradores Cagnazzo y Cirfeta, en el momento del inicio de las investigaciones, ya estaban afectadas de la inutilizabilidad llamada patológica⁷³⁰.”

En el caso peruano, San Martín Castro señala que la *irrepetibilidad no previsible* está referida principalmente a las pruebas personales, consistiendo en causas que no pudieron ser previstas en el momento en que se realizó el acto de investigación, debiendo cumplirse el requisito de contradicción. Este autor menciona que la urgencia se centra en la autoridad que realiza la diligencia⁷³¹. Así pues, el artículo 383 numeral 1 literal c) CPPP permite la lectura de las actas con las declaraciones de los testigos en los casos de fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes.

3. EL DERECHO DE DEFENSA DEL DELATADO CONTRA EL TESTIMONIO DEL COLABORADOR CON LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

El *principio de contradicción*, expresado con el latinismo *audiatur et altera pars*, es un principio estructural del proceso que nos trae a colación el concepto de *leyes*

⁷³⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 1820/2018 de 23 de abril de 2018, (Sección primera penal, ([ECLI:IT: CASS:2018:18020PEN])).

⁷³¹ San Martín Castro, C., *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 578.

naturales del proceso que utilizaba Franco Cordero sin recurrir o referirse al *iusnaturalismo*, sino a las leyes que regulan el proceso independientemente del arbitrio de nuestra voluntad, de modo que para la configuración de un proceso deben existir tres sujetos, que son el *acusador*, *acusado* y el *juez*, los cuales intervienen con funciones distintas dentro de un escenario dialéctico⁷³². Con base en esta premisa, el *principio contradictorio* orienta que en el proceso las partes puedan exponer las razones o argumentos sobre el objeto procesal, de ahí que Chiavario habla de un *contradictorio argumentativo*, junto al *contradictorio probatorio*, entendido como otra forma de comprender el principio analizado. En ambos casos, se vincula con la *igualdad de las partes*, por lo que el citado autor diferencia el *contradictorio sobre la prueba* y el *contradictorio para la prueba*. La primera se refiere a la contribución de las partes a la discusión probatoria, y, la segunda, a la intervención en la formación de la prueba⁷³³.

Dicho lo anterior, recordemos que las reacciones ante la crisis de investigación con el incremento o fortalecimiento de los *colaboradores de justicia* genera problemas en su operacionalización o actuación dentro del proceso penal, puesto que los legisladores han optado por establecer un balance en favor de suplir los problemas dogmáticos que se deriven del uso de la *declaración de los colaboradores* por la limitación de los derechos que se vean afectados.

El panorama general descrito no es reciente, pero sí se ha visto recrudecido por la necesidad de sancionar la criminalidad que ha desarrollado formas más agresivas. Al respecto, Gómez Colomer utiliza la expresión *contracción del derecho procesal penal* para sistematizar el uso de la disciplina procesal penalística para apagar los incendios o crisis que generan el descontrol del fenómeno criminal, ante el cual el diseño del proceso penal tradicional se ve ineficiente o imposibilitado de que sirva como un mecanismo que permita una sanción de los responsables, es esto lo que fundamenta la contracción o la limitación del llamado *progreso jurídico*, que se manifiesta en el reforzamiento de una persecución criminal mucho más potente con medidas que sean más agresivas y que el proceso sea resuelto lo más pronto⁷³⁴.

⁷³² Cordero, F., *Ideologie del processo penale*, cit., p. 3.

⁷³³ Chiavario, M., *Diritto processuale penale*, cit., p. 30.

⁷³⁴ Gómez Colomer, J. L., *La contracción del derecho procesal penal*, cit., p. 127.

El reforzamiento de la persecución con medidas más potentes, en cuanto a la afectación de los derechos fundamentales, se dirige al *contradictorio* porque la eficiencia que se promueve del proceso penal no se agota con la investigación del delito, sino en la posibilidad de evitar la impunidad de los delitos graves de criminalidad y corrupción. En la doctrina italiana Ferrua utiliza la expresión de *erosiones silenciosas* contra el principio de contradicción, para referirse a las legislaciones y pronunciamientos jurisprudenciales que reducen el valor de la *contradicción* o lo desarman para que se cumpla de manera adecuada la función de protección que el ordenamiento constitucional le reconoce. Sin embargo, el mismo Ferrua señala que las medidas más peligrosas no provienen del legislador procesal, porque en estos casos aún se mantiene la posibilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad, medida de solución que se vuelve ineficaz ante la jurisprudencia, que es de donde se promueven las medidas de mayor agresividad contra el *principio de contradicción*⁷³⁵.

Es necesario recalcar que la posición defendida en la tesis consiste en aceptar que, ante los supuestos de emergencia procesal, se debe optar de manera proporcional por medidas que resulten idóneas para dotar de eficiencia al proceso penal, sin que esto conlleve a un proceso penal inconstitucional⁷³⁶. Sobre el particular, nos remitimos a la aclaración que efectúa Orlandi sobre la *inviolabilidad de derechos*, quien indica que el término *inviolabilidad* no significa una prohibición absoluta para que las autoridades estatales puedan limitar derechos. Obviamente, esta no puede ser la regla general, sino que, como bien remarca este autor, las limitaciones solo pueden darse por razones justificadas y solo contra los derechos permitidos legalmente, sin que rebasen la dignidad que es el núcleo interno de la libertad⁷³⁷.

⁷³⁵ Ferrua, P., “Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente”, en Negri, D.,/Orlandi, R., (coords.), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli Editore, Turín, 2017, p. 4.

⁷³⁶ Gómez Colomer afirma que en un Estado de derecho rige una la ley suprema que consagre derechos mínimos que limitan el “avance expansionista propio de todo Estado, y de todo Gobierno, y que consagre también esa ley suprema un eficaz sistema de control ante los Tribunales de Justicia, e incluso ante un Tribunal Constitucional, cuando se produzca una violación, ataque o menoscabo a esos derechos fundamentales”. Gómez Colomer, J.L., “La Constitución española de 1978 y su influencia en el derecho procesal penal”, en Gómez Colomer, J.L., Girao Isidro, M./Madrid Boquín Ch. (coords.), *Derecho procesal penal. Estudios y comentarios*, cit., p. 557.

⁷³⁷ Orlandi, R., “Esistono davvero diritti inviolabili”, cit., p. 265.

Dicho lo anterior, el escenario de contracción por el uso de la *declaración del colaborador de justicia* consiste en la limitación del *contradictorio* durante la fase de juzgamiento. Al respecto, debemos recordar, siguiendo a Cordero, que el juzgamiento es el *centro de gravedad del proceso*⁷³⁸. Así pues, aquí es donde el acusado no solo tiene derecho de participación en la actividad probatoria durante el juicio, sino que, sobre todo, su intervención se realiza en el mismo plano dialéctico que el fiscal para que se garantice la igualdad⁷³⁹. Este es el diseño constitucional del proceso penal; sin embargo, y aquí introducimos la justificación de las limitaciones, la corrupción pública cometida por organizaciones criminales, en la actualidad, utilizan diversos mecanismos para forjar un doble impedimento procesal contra la actividad del fiscal. Primero, limitar sus posibilidades de recabar elementos de cargo; y, segundo, que no pueda sustentar su pretensión acusatoria en juicio, para cuyo fin utilizan las amenazas o la violencia, lo cual genera que las medidas procesales se orienten a garantizar la protección de las fuentes probatorias⁷⁴⁰.

Ante dicho escenario, surgen las excepciones a la presencia de la fuente probatoria durante el juzgamiento, así como los supuestos en los que las pruebas podrían ser formadas fuera del procedimiento en el que se decide la responsabilidad penal de los *delatados*⁷⁴¹; esto es, con la circulación probatoria surge la opción de recabar los documentos que contienen los testimonios, tal como hemos descrito en el apartado precedente. Por consiguiente, a continuación, entraremos a analizar el supuesto general de intervención de la defensa en la *declaración del colaborador de justicia* en el

⁷³⁸ Cordero, F., *Ideologie del processo penale*, cit., p. 189.

⁷³⁹ Garuti, G., “Il contraddittorio nelle dinamiche dell’accertamento penale”, cit., p. 185. Pico I Junoy señala que la igualdad de armas garantiza que las partes (acusado y Ministerio Fiscal) tengan las mismas posibilidades de ataque y defensa impidiendo el desequilibrio o privilegio que conlleve a una supremacía de una de las partes sobre la otra. Pico I Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, JMB Bosch Editor, Barcelona, 2012, p. 160.

⁷⁴⁰ Miraglia, M., “La testimonianza anonima: Questioni interne, internazionali e sovranazionali”, en Fanchiotti, V., *Strumenti di contrasto alla criminalità organizzata. Profili interni, comparati e sovranazionali*, Giappichelli Editore, Turín, 2017, p. 26.

⁷⁴¹ Frigo, G., “Giusto processo e funzione della difesa”, en Kostoris, R. E., (coord.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, cit., p. 392.

juzgamiento⁷⁴²; y, en segundo lugar, los supuestos de excepción que destacan por su limitación al contradictorio que hemos clasificado en: a) *la declaración del colaborador de justicia presente en juicio*; y b) *la ausencia o desconocimiento de la identidad del colaborador de justicia en juicio*⁷⁴³.

3.1 La declaración del colaborador de justicia presente en juicio

La presencia del *colaborador de justicia* en el juzgamiento de los *delatados* puede darse en dos supuestos: primero, que ambos se encuentren dentro de un solo procedimiento por tratarse del mismo acto de corrupción pública; y, segundo, que la concurrencia se deba al ofrecimiento del fiscal del testimonio del colaborador de justicia en un procedimiento conexo para que declare sobre los hechos y la intervención de los *delatados*. Ahora bien, dado que en el presente apartado de la tesis estudiamos el reconocimiento de la actividad de defensa de los delatados, comenzamos con los casos de *procedimiento único* o en los que se trata de coacusados delatores.

Así pues, recordemos que las *declaraciones testimoniales* en sentido lato, es decir, sin circunscribirlas a un tercero ajeno a la comisión del hecho, son representaciones que permiten al juez conocer el hecho objeto del juzgamiento⁷⁴⁴, lo que tiene mayor trascendencia cuando quien declara es un interviniente en el hecho procesado, porque conoce todos los detalles, así como la identidad de los otros que intervinieron.

⁷⁴² La participación de la defensa en la práctica de la prueba se relaciona con el *principio de presunción de inocencia*, que exige que la prueba practicada en el juicio oral respete todas las garantías de contradicción, oralidad, inmediación e igualdad. Véase, Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005, p. 150.

⁷⁴³ Esta clasificación que utilizamos se centra en la participación del colaborador de justicia y el ejercicio de derecho de defensa de los delatados, de modo que, en el primer grupo encontramos la posibilidad de interrogar directamente al colaborador o, incluso, la lectura -con fines de resaltar la contradicción- de las declaraciones sumariales; mientras que en el segundo grupo ubicamos los supuestos en que la lectura de la declaración del colaborador se produce por su incomparecencia al juzgamiento. En este último caso, Díaz Cabiale afirma que la lectura determina la posibilidad de otorgar valor probatorio a la diligencia sumarial con respeto a la presunción de inocencia. Díaz Cabiale, J.A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, cit., p. 194.

⁷⁴⁴ Mannarino, N., *La prova nel processo*, cit., p. 135. Fenech señala que “toda persona aunque sea incapaz jurídicamente puede devenir testigo, siempre que haya tenido ocasión de percibir hechos y circunstancias o de conocer datos convenientes para la comprobación o averiguación de un delito o del supuesto delincuente”. Fenech, M., *Curso elemental de derecho procesal penal. Desarrollo sistemático del derecho positivo español*, cit., p. 109.

En estos casos rige el derecho del acusado a interrogar a las fuentes de pruebas que sirven de respaldo de la acusación, es decir, los *testimonios de cargo* que permiten al fiscal acreditar el hecho acusado y la culpabilidad del coacusado que no es colaborador de justicia⁷⁴⁵; de manera que la defensa de los delatados puede intervenir con sus preguntas para el contraexamen del *colaborador de justicia*. Ahora bien, si de las preguntas que formule la defensa de los delatados puede surgir la revelación de información que afecte la situación procesal del colaborador, este podrá abstenerse de declarar.

Conviene mencionar que, si el *colaborador de justicia* decide no someterse al examen de las partes o de una de ellas que ha sido inculpada con sus declaraciones previas, estas no podrán ser utilizadas como prueba de cargo en contra de la parte que no ha tenido opción de examinar. Iguales consecuencias se aplican a las declaraciones que haya dado anteriormente sin el consentimiento de la parte afectada⁷⁴⁶. En esta situación se puede generar la posibilidad de lectura de las declaraciones⁷⁴⁷, lo cual configura una atenuación del *principio contradictorio* que genera la duda de si se afecta o no el derecho a interrogar⁷⁴⁸.

Ante este escenario, consideramos que el órgano de juicio debe verificar si las partes tuvieron efectivamente la posibilidad de contradecir la declaración, puesto que de lo contrario se afecta el debido proceso al restringir el derecho a interrogar, aun cuando el coimputado tenga la opción del silencio. Para una mejor ejemplificación, citamos la jurisprudencia del TEDH:

⁷⁴⁵ Lonati, S., *Il diritto dell'accusato a 'interrogare o fare interrogare' le fonti di prova a carico. (Studio sul contraddittorio nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, Giappichelli Editore, Turín, 2008, p. 166.

⁷⁴⁶ Montagna, M., "Diritto al silenzio e diritto al confronto", en Cerquetti, G./Fiorio, C., (coords.) *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, CEDAM, Padua, 2002, p. 149.

⁷⁴⁷ En este caso, la negativa del colaborador de justicia a declarar, invocando su derecho al silencio, posibilita la lectura de la declaración sumarial por configurar un supuesto de imposibilidad de reproducción. Vega Torres, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 320. Para tales efectos, en España resulta aplicable art. 730 LECrim, y en Perú de forma expresa el art. 376 numeral 1) CPPP regula que cuando el acusado se rehusa a declarar total o parcialmente se puede leer sus declaraciones previstas realizadas ante el fiscal.

⁷⁴⁸ De la Rosa Cortina, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, cit., p. 143.

“53. La interpretación de la ley por parte del Tribunal Superior parece haber tenido implicaciones para la conducción del proceso en relación con el asunto denunciado en virtud del artículo 6 §§ 1 y 3 (d) del Convenio. El Tribunal no puede dejar de señalar que el Tribunal Superior consideró que, como coacusado, D no había sido un ‘testigo’ a los efectos de estas disposiciones [...]. Según el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior parecía haber procedido del supuesto de que las limitaciones de la Convención sobre la lectura de las declaraciones a la policía no se aplicaban a las declaraciones de un coacusado [...]. A juicio de la Corte, esta interpretación de la Audiencia Nacional difícilmente concuerda con el sentido autónomo del término “testigo” en la jurisprudencia de la Corte, según el cual el hecho de que las declaraciones fueran hechas por un coacusado y no por un el testigo no tiene relevancia [...]. Cabe reiterar que cuando una deposición puede servir en un grado material como base para una condena, entonces, independientemente de si fue hecha por un testigo en sentido estricto o por un coacusado, constituye una prueba para la acusación ante la cual se aplican las garantías previstas en el artículo 6 §§ 1 y 3 (d) del Convenio [...]”⁷⁴⁹.

El segundo caso se trata de los procedimientos conexos o relacionados en los que el objeto del proceso sea escindible respecto de aquel donde se ha emitido sentencia con la que se resuelve la responsabilidad del *colaborador de justicia*. Así pues, en este supuesto decae el derecho al silencio y se supera la *incompatibilidad* de que sea testigo, con la asunción del deber de veracidad y la latente consecuencia legal por el falso testimonio. Sobre el particular, conviene subrayar que esta figura la hemos tomado como referencia desde la experiencia italiana, cuyo impulso de reforma sucedida posterior a Tangentopoli generó el reforzamiento del *principio contradictorio* para que el acusado pueda confrontar al delator. Por ello, en este tipo de procedimiento el *colaborador de justicia* se considera un testigo⁷⁵⁰, por lo que, Orlandi afirma que el “*colaborador-testigo* no puede libremente sustraerse a la audición delante del juez y debe deponer según la verdad”⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ STEDH de 09 de noviembre de 2006, caso Kaste y Mathisen contra Noruega, (Sección 1.ª, [JUR 2006\283417]. Véase también STEDH de 5 de diciembre de 2002, caso Craxi contra Italia, (Sección 1.ª, [2002\71]. STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà contra Italia, (Sección 1.ª, [2001\96].

⁷⁵⁰ Dean, G., “Retrospectiva del ‘nuovo’ art. 111 Cost.: Anamnesi del giusto processo penale”, en Dean, G., (coord.), *Fisionamia costituzionale del processo penale*, cit. p. 161.

⁷⁵¹ Orlandi, R., “Dichiarazione dell’imputato su responsabilità altrui: Nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d’incompatibilità a testimoniare”, cit., p. 174.

Ahora bien, en este caso, para el examen y contraexamen del colaborador-testigo, se aplican las reglas del procedimiento conexo. Por tal consideración, se advierten los puntos que serán objeto de su interrogatorio, porque si bien asume el papel de testigo, debe tener garantizado el derecho de defensa con la salvedad de que su derecho al silencio ha sido reducido por su propia elección para obtener los beneficios premiales.

Así pues, el objeto del testimonio consiste en el hecho cometido por los otros delatados y su respectiva identificación, de modo que las precisiones de carácter preventivo de los extremos de su declaración sirven también para garantizar el método dialéctico en la formación de la prueba⁷⁵². Di Martino y Procaccianti señalan que la garantía de no autoincriminación cumple un doble objetivo que son evitar que surjan sospechas simples sobre la culpabilidad del declarante y que el testimonio no incremente los riesgos de autoinculpación⁷⁵³.

De este modo, si bien el colaborador no puede eludir su deber de asistir al juzgamiento para introducir su conocimiento de los hechos y someterse al contraexamen⁷⁵⁴, las preguntas no pueden ser capciosas ni sugestivas, puesto que, debe regir la autonomía del colaborador de justicia para dar las respuestas a las preguntas de la defensa, sin que se sugiera la respuesta que desea el interrogador o que se utilicen preguntas engañosas para confundirlo⁷⁵⁵. Rives García recuerda que “el derecho de defensa del enjuiciado y condenado no termina completamente con la sentencia condenatoria. Se extiende, aunque no con el mismo contenido y perfiles, con posterioridad a la misma”⁷⁵⁶.

⁷⁵² Cavalli, G., *La chiamata in correità*, cit., p. 64. Cabe recordar que la garantía de la defensa permite afirmar que la decisión de delatar se vincula a la estrategia procesal de obtener un mejor resultado en el proceso penal, lo cual se ajusta al principio utilitarista que rige la delación. Véase, Ortiz Pradillo, J. C., *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivos una colaboración eficaz con la justicia*, cit., p. 266.

⁷⁵³ Di Martino C./Procaccianti, T. *La prova testimoniale nel processo penale*, cit., p. 159.

⁷⁵⁴ Ruggiero, R.A., *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Giappichelli Editore, Turín, 2012, p. 268.

⁷⁵⁵ Revilla González, J.A., *El interrogatorio del imputado*, cit., pp. 96-102.

⁷⁵⁶ Rives García, J.M.^a, “Declaración del coimputado”, cit., p. 834.

En ese sentido, el artículo 709 LECrim regula que el presidente “no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes”, lo cual se aplica también a la declaración del acusado conforme el art. 389 LECrim. Igualmente, en el Perú se regula como regla para el interrogatorio en el art. 119.2 CPPP que las preguntas que se formulen a los declarantes “no serán impertinentes, capciosas ni sugestivas”, siguiendo su regulación para las declaraciones de los imputados y testigos en los artículos 88, 170, 376 y 378 CPPP.

Así pues, en España, la jurisprudencia ha señalado que los coacusados mantienen el derecho a guardar silencio, sin que ello implique un abandono total del contradictorio, toda vez que el derecho a interrogar no significa tener el derecho de obtención de pregunta y considera que el silencio del coacusado deberá ser valorado por el órgano judicial para la fiabilidad o fuerza acusatoria:

“Y en cuanto a la negativa a declarar del coimputado en el juicio oral, cuando el que ha de ser interrogado comparece ante el tribunal estando presentes las partes, en realidad su negativa a responder a las preguntas de estas no supone una negación de la posibilidad de contradicción. No solo porque, formuladas las preguntas por la defensa, no existe el derecho a una respuesta fiable del coimputado, que puede negarse válidamente a declarar en el ejercicio de su derecho constitucional, no siéndole exigible ninguna responsabilidad, aunque falte a la verdad, sino porque el silencio ante unas determinadas preguntas también es valorable por el tribunal”⁷⁵⁷.

Ahora bien, en los casos en que se trate de un coimputado condenado, lo cual es aplicable al *colaborador de justicia* que delata un hecho diferente e identifica a los sujetos acusados en el procedimiento al que es llamado a declarar, resulta aplicable el art. 420 LECrim, tal como se ha resuelto también en la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2000 del 14 de abril *sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros copartícipes*.⁷⁵⁸ Con ello, nos adentramos en la cuestión de la lectura de las diligencias sumariales, sobre las que el art. 714 LECrim establece que se produce en los casos de diferencia o contradicción entre lo afirmado previamente y aquello que se declara en el juicio oral. Además, el citado art. 730

⁷⁵⁷ STS núm. 225/2018, de 16 de mayo de 2018, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [2018\2234]). Véase también STC núm. 129/1996, de 9 de julio de 1996, (Sala Primera, [RTC 1996\129]). STC núm. 197/1995, de 21 de diciembre de 1995, (Pleno, [RTC 1995\197]).

⁷⁵⁸ De la Rosa Cortina, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, cit., p. 151.

LECrím admite que se lean las diligencias practicadas en el sumario siempre que su reproducción en juicio oral no sea por causas imputables a las partes.

Con base en dichos artículos, el Tribunal Supremo español ha desarrollado el respeto de la contradicción para la incorporación de las declaraciones sumariales de los coacusados:

“Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir, susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometiéndose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procediendo a la lectura de aquella y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción [...].

Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada, incorporación que puede ser realizada bien por lectura de la misma, bien por interrogatorio de las partes sobre su contenido esencial, como ha ocurrido en el presente enjuiciamiento [...]. La jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura, considerando suficiente que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna [...]”⁷⁵⁹.

Finalmente, en España el Tribunal Supremo ha reiterado que el uso de la lectura de las declaraciones solo puede ser una excepción sin que se deje de respetar el derecho de defensa, tal como ya lo había dicho el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la sentencia citada del caso Kostovski:

⁷⁵⁹ STS núm. 515/2019, de 29 de octubre de 2019, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [2019\4566]). STS núm. 241/2019, de 9 de mayo de 2019, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2019\1948]): “Hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a declarar, pudiendo callar total o parcialmente. Precisamente en atención a esas reticencias se ha afirmado que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada. Es la existencia de alguna corroboración lo que permite proceder a la valoración de esa declaración como prueba de cargo”.

“Los testimonios de cargo que, junto con otras pruebas, fundaban la condena fueron leídos en el juicio oral al no comparecer los declarantes. Tras reiterarse que todas las pruebas han de practicarse en audiencia pública a fin de realizar un debate contradictorio y que las excepciones a ese principio no pueden entrar en conflicto con el derecho de defensa, se explica que el acusado debe gozar de una ocasión efectiva para refutar la credibilidad de un testigo examinándolo directamente en el juicio oral o en un momento anterior. Eso será más exigible cuanto mayor relevancia tenga el testigo de cargo para el resultado del proceso”⁷⁶⁰.

En el caso italiano, al igual que en los demás tópicos analizados, cuentan con un desarrollo legislativo más específico. Así, el examen de un coimputado dentro del mismo procedimiento, como hemos dicho anteriormente, no asume la posición de testigo, por lo que mantiene su derecho al silencio, de manera que no se le aplican las obligaciones de veracidad, es más, el art. 210 CPPI señala que en los casos en que se hayan realizado procedimientos separados, pero el *chiamante* no asuma el papel de testigo, pueden ser examinados a pedido de la parte y tienen la obligación de asistir con la asesoría de un abogado. Una situación distinta se configura cuando, una vez superada la advertencia que refiere el art. 64 párrafo 3 CPPI, el *chiamante* asume la posición de testigo en un procedimiento conexo o relacionado. Sobre este punto, nos remitimos al art. 197 *bis* párrafo 3 CPPI, en que el *chiamante in correità* será asistido de un abogado defensor sin que pueda efectuar preguntas⁷⁶¹.

Adicionalmente son de aplicación los arts. 511 bis, 512, 512 bis y 513 CPPI, en los que se garantiza un mínimo de contradictorio para la utilización de las declaraciones, por lo que se precisa la evaluación de irrepitibilidad y la garantía de la contradicción; de lo contrario, se afectaría el debido proceso, tal como citamos la casación de la Corte Suprema italiana:

“De acuerdo con la enseñanza constante de esta Corte, de hecho, a los efectos de la lectura y utilizabilidad de las declaraciones preliminares de los sujetos que posteriormente se han convertido en irrepitibles, no es suficiente la infructuosa realización de las investigaciones previstas por el art. 159 Cod. Proc. Pen., sino que es necesario que el juez cumpla todas las

⁷⁶⁰ STS núm. 132/2018, de 20 de marzo de 2018, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [2018\1629]). Véase STEDH del 12 de mayo de 2016, caso Poletan y Azirovik contra República de Macedonia, Antigua Yugoslavia, [JUR 2016\10297]:

⁷⁶¹ Sanna, A., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi. Alla luce del giusto processo*, Giuffrè Editore, Milán, 2007, pp. 61-62.

verificaciones sobre la causa de la irrepitibilidad, mediante rigurosos y precisos controles [...]. Así también, más reciente, se ha sostenido que, por los mismos fines, es necesario que el juez haya llevado a cabo cada posible verificación sobre la causa de la irrepitibilidad y que resulte excluida la reconducibilidad de la omisión de presentación del testigo al debate por una libre elección del mismo”⁷⁶².

3.2 La ausencia o desconocimiento de la identidad del colaborador de justicia en juicio

Ahora veamos los casos en que la *atenuación del contradictorio* se produce como consecuencia de permitir que el delator no asista al juzgamiento o que la defensa del acusado desconozca su identidad, lo cual abre la puerta a la lectura de las declaraciones previas o recogidas de un procedimiento diferente. Este escenario, a diferencia de las cuestiones del relajamiento del *derecho al silencio* en que se debe garantizar que el delatado pueda interrogar, se agudiza con los problemas de la ausencia o desconocimiento de la fuente de prueba que sirve a la acusación, por lo que se requiere una atención a un mínimo de respeto de garantías de la defensa de los delatados por el testimonio del delator, más aún si el contradictorio cumple un papel constitucional que alcanza al proceso penal en cuanto al respeto de la legalidad de la prueba utilizada para la decisión judicial⁷⁶³.

Siguiendo un orden creciente a la atenuación del contradictorio y a los mecanismos procesales de protección para el colaborador de justicia, analizaremos la aplicación de las categorías de *testigo anónimo*, *testigo oculto* y *testigo a distancia* (videoconferencia o telexamen):

a) El colaborador con la justicia como *testigo anónimo*. Este supuesto se basa en los riesgos que pueda sufrir la fuente probatoria producto de su colaboración con las autoridades del sistema penal, por lo que se reserva la identidad. Vega Dueñas define al

⁷⁶² Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 35007/2020 de 17 de noviembre de 2020, (Sección quinta penal, ([ECLI:IT: CASS:2020:35007PEN]).

⁷⁶³ Bargi, A., “Il problema della prova”, en Cerquetti, G./Fiorio, C., (coords.) *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, cit., p. 36.

testimonio anónimo como “aquel que se brinda sin que las partes u otros sujetos distintos al órgano judicial conozcan la identidad del testigo”⁷⁶⁴.

Así pues, aplicando esta medida de protección, el *arrepentido delator* declarará con una clave o número⁷⁶⁵, lo cual implica una reducción al ejercicio del derecho de defensa de los delatados, porque limita la posibilidad de efectuar su interrogatorio. Miraglia, resalta que la aceptación de los *testimonios anónimos* son resultado entre la imposibilidad de presencia del testigo y el ocultamiento la identidad⁷⁶⁶.

Ahora bien, por las medidas de protección con que acceden los colaboradores de justicia al programa de protección se permite variar sus datos de identificación por nombres ficticios o vinculados a un tema propio de su vida que sirva para poderlos registrar, sin que el acusado tenga acceso a la verdadera identidad⁷⁶⁷. Por ello, resulta importante que el juez de juzgamiento valore las circunstancias específicas que mantengan el anonimato del colaborador de justicia, dado que, como hemos destacado, se reduce el nivel de fiabilidad de la prueba debido a que en el contraexamen se deberá tener cuidado de no revelarse la identidad de la fuente probatoria, por lo que, si no se garantiza este mínimo se configuraría una afectación al debido proceso como lo ha señalado el TEDH en su siguiente sentencia:

“47. Al analizar si el uso de testimonio anónimo podría considerarse razonablemente justificado en las circunstancias del presente caso, la Corte observa que el testigo [...] no conocía al demandante, pero temía las represalias porque uno de los coacusados del demandante tenía fama de violento y porque el delito en sí mismo se refería a un acto de venganza. El juez de investigación aparentemente tuvo en cuenta la reputación de los coacusados en general, pero su informe no muestra cómo evaluó la razonabilidad del miedo personal del testigo [...].

El Tribunal de Apelación tampoco llevó a cabo tal examen de la seriedad y fundamento de las razones del anonimato del testigo cuando decidió utilizar la declaración hecha ante el juez de instrucción como prueba contra el demandante.

⁷⁶⁴ Vega Dueñas, L., *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*, cit., p. 191.

⁷⁶⁵ Cubillo López, I., *La protección de testigos en el proceso penal*, cit., p. 48.

⁷⁶⁶ Miraglia, M., “La testimonianza anonima: Questioni interne, internazionali e sovranazionali”, cit., p. 56.

⁷⁶⁷ Casiraghi, R., *La prova dichiarativa: Testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 557.

51. A la luz de la anterior conclusión, la Corte no considera necesario examinar más a fondo si los procedimientos establecidos por las autoridades judiciales podrían haber contrarrestado suficientemente las dificultades que enfrenta la defensa como resultado del anonimato del testigo [...].

52. Por tanto, el Tribunal de Justicia concluye que el procedimiento en su conjunto no fue equitativo. En consecuencia, ha habido una violación del artículo 6 §§ 1 y 3 (d) del Convenio⁷⁶⁸.

Así pues, el déficit de defensa debe ser compensado con alternativas que permitan la contradicción de los delatados, de modo que, las exigencias para dar valor probatorio al testimonio anónimo son, primero que el anonimato sea una decisión judicial motivada; segundo, que se permitan que la defensa de los delatados cuestione la fiabilidad y credibilidad del delator; y tercero, se respete siempre la necesidad de corroboración excluyendo que el solo testimonio de un colaborador de justicia (anónimo) sirva para enervar la presunción de inocencia⁷⁶⁹. Vega Dueñas precisa que, el incumplimiento de estas exigencias mínimas el testimonio anónimo deberá ser inválido por infringir el derecho de defensa⁷⁷⁰.

b) El *colaborador con la justicia* como *testigo oculto*. El segundo supuesto, se trata del ocultamiento del testigo protegido, dicho ocultamiento no implica necesariamente que se desconozca su identidad, sino que se utilicen herramientas que impidan su reconocimiento, de modo que, no haya contacto visual entre el declarante y los delatados. Sobre el particular, se pueden utilizar herramientas muebles e inmuebles. Como la finalidad es que no se logre visibilizar la identidad física del declarante pueden utilizarse capuchas, cascos, pelucas, etc., que oculten al testigo; también, puede

⁷⁶⁸ STEDH de 14 de febrero de 2002, caso Visser contra Holanda, (Sección 3.ª, [JUR 2002\61050]). STEDH de 28 de agosto de 1992, caso Artner contra Austria, (Sección 3.ª, [TEDH 2002\61050]).

⁷⁶⁹ Cfr. Arnaiz Serrano, A., “La prueba de testigos”, en González Cano, M.ª I. (dir.)/Romero Pradas, M.ª I. (coord.), *La prueba. La prueba en el proceso penal*, T. II, cit., p. 628. Al respecto, se puede revisar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson contra Países Bajos. [TEDH 1996\20].

⁷⁷⁰ Vega Dueñas, L., *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*, cit., p. 213. Moreno Catena si bien reconoce la aplicación de medidas de protección de testigos para los coimputados, excluye la ocultación de su identidad. Ver, Moreno Catena, V., “La protección de testigos y peritos en el proceso penal español”, en *Revista Penal*, n.º 4, 1999, p. 63.

utilizarse biombos o que el declarante se ubique en una sala diferente donde se encuentren los delatados⁷⁷¹.

Ahora bien, en este supuesto, a pesar de que hay una reducción de eficiencia del interrogatorio de la defensa de los delatados, en el caso de los *testimonios ocultos*, sí se respetan las garantías de contradicción e inmediación en la práctica de la prueba, puesto que, el ocultamiento de la identidad física o la apreciación de declaración, no alcanza al juzgador y, además, la defensa podrá ejercer la contradicción al oír las respuestas de los *arrepentidos delatores*. Cabe indicar que, en estos casos el nivel de ocultamiento deberá ser proporcional al riesgo informado, es decir, este tipo de testigos que están identificados cuando participan en el juzgamiento lo hacen con diferentes grados de ocultamiento visual que impida el reconocimiento o control por las partes⁷⁷².

En consecuencia, conforme señala Cubillo “la única limitación de las garantías procesales que se produce, como decimos, es respecto al abogado -o el público-, que no verán al testigo, aunque sí lo escucharán, y además el acusado estará comunicado de forma inmediata con su Letrado de cara a la formulación de toda pregunta que tenga por conveniente”⁷⁷³. Vega Dueñas sistematiza que el testimonio oculto no vulnera los principios de contradicción, inmediación y publicidad, pero que, su fuerza probatoria se garantiza con las siguientes exigencias mínimas, primero, que la declaración sea en el Tribunal; segundo, que se conozca la identidad del declarante; tercero, no se limite la presencia del público; cuarto, que siempre se encuentre presente el acusado para que escuche el testimonio sin poder visualizar al declarante; y quinto, la defensa técnica pueda realizar el interrogatorio⁷⁷⁴.

c) La declaración del *colaborador con la justicia* a distancia. Cubillo López define al testimonio a distancia como aquel “que se emite desde un lugar diferente a la

⁷⁷¹ Véase, Navarro Villanueva, C., “La protección a testigos y peritos”, en *Justicia*, núm. 3-4, 2009, pp. 112-114. Cartagena Pastor, F., “Protección de testigos en causas criminales. La L.O. 19/ 1994, de 23 de diciembre”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, n.º 1758, 1995, pp. 79-105.

⁷⁷² Arnaiz Serrano, A., “La prueba de testigos”, en González Cano, M.ª I. (dir.)/Romero Pradas, M.ª I. (coord.), *La prueba. La prueba en el proceso penal*, T. II, cit., p. 624.

⁷⁷³ Cubillo López, I., *La protección de testigos en el proceso penal*, cit., p. 86.

⁷⁷⁴ Vega Dueñas, L., *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*, cit., p. 228.

sala donde se está celebrando el juicio y en la que se encuentra el acusado (y en su caso, el público), existiendo conexión entre un lugar y otro a través de algún medio técnico que permita seguir en directo la declaración testifical”⁷⁷⁵. Este supuesto se fundamenta también en razones de seguridad, Del Caso Jiménez señala que el uso de la videoconferencia permite proteger al declarante de las presiones o represalias que puedan ejercer los imputados⁷⁷⁶. Así pues, los peligros que afronta el *colaborador de justicia* (fuente probatoria) justifican la atenuación del contradictorio para que se cumpla la finalidad pública de los procesos penales por corrupción pública.

Así pues, Montesinos García define la videoconferencia como “un servicio multimedia de comunicación que permite los encuentros a distancia en tiempo real entre distintos grupos de personas que se hallan en diferentes lugares”⁷⁷⁷. El uso de este medio tecnológico para la práctica de los testimonios a distancia “facilita una declaración espontánea, tranquila y con menor intimidación por parte de los testigos”⁷⁷⁸. Ahora bien, el uso de la *videoconferencia* se justifica por el cuidado de la integridad del declarante. Esta justificación permite descartar las ideas de costos económicos o que la imposibilidad se deba a problemas logísticos; además, aun con las limitaciones mencionadas por la distancia entre la fuente de prueba con las partes y el juez decisor, este último debe garantizar el ejercicio del derecho de defensa; en específico, el *derecho de interrogar* las pruebas de cargo, por lo que el *telexamen* debe ser ejecutado de la manera más similar a un contraexamen que se realiza en la sede judicial⁷⁷⁹.

Dicho lo anterior, el examen a distancia o *telexamen*, en términos generales, consiste en que el declarante no asiste a la sede judicial, pero puede ser examinado por las partes a través del uso de medios tecnológicos como la *videoconferencia*. Al respecto, la relación o el uso de la tecnología para el examen de testigos mediante la *videoconferencia* no es una herramienta de reciente uso, sino un resultado de los

⁷⁷⁵ Cubillo López, I., *La protección de testigos en el proceso penal*, cit., p. 101.

⁷⁷⁶ Del Caso Jiménez, M.^a T., *La prueba testifical en el proceso penal*, cit., p. 75.

⁷⁷⁷ Montesinos García, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 26.

⁷⁷⁸ Vega Dueñas, L., *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*, cit., p. 238.

⁷⁷⁹ Cavalli, G., *La chiamata in correità*, cit., p. 67.

avances tecnológicos, cuya utilización reduce costos y aumenta la eficiencia en la realización de actos procesales. Ahora bien, quienes defienden la incorporación de mecanismos tecnológicos consideran que sus críticos no toman en cuenta que los procesos tienen escasos fondos públicos⁷⁸⁰.

Montesinos García precisa que la videoconferencia incrementa la protección de los testigos porque evita que el declarante pueda sufrir presiones psicológicas por estar en el mismo lugar de los acusados (delatados) e incluso, permite reforzar la figura de un testigo oculto porque se puede distorsionar o deformar el rostro o distorsión de la voz logrando que no haya un reconocimiento físico⁷⁸¹. Así pues, por ejemplo, en España con los artículos 229 LOPJ y 731 bis LECRim se permite el uso de la videoconferencia para los actos procesales que requieren de oralidad, por lo que, son aplicables los principios que rigen en la práctica probatoria presencial⁷⁸².

En Italia, el art. 147 bis de las *Disposizioni di attuazione del código di procedura penale* establece que quienes se encuentren dentro de los programas de protección o tengan una medida de protección en su favor pueden solicitar directamente o por disposición de la autoridad que su declaración se realice a distancia, para lo cual se deberán utilizar los instrumentos técnicos idóneos para la conexión audiovisual que garantice la contradicción del examen.

No obstante, al margen de las valoraciones de las bondades tecnológicas de la videoconferencia, es innegable el riesgo que genera la aceptación de una orientación legislativa procesal en dicho orden, porque disminuye el valor cognitivo del contraexamen⁷⁸³, razón por la cual la ejecución de los exámenes a distancia debe cuidar aspectos mínimos para no dejar sin contenido, por un lado, el derecho a interrogar y, por

⁷⁸⁰ Manzione, D., “Principi e prassi nel ‘vissuto’ della videoconferenza”, en Chiavario, M., (coord.), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli Editore, Turín, 2003, p. 109.

⁷⁸¹ Montesinos García, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, cit., p. 78.

⁷⁸² Fernández-Fígares Morales, M.^a J., *Audiencias telemáticas en la justicia. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 32.

⁷⁸³ Daniele, M., “La sagomatura dell’esame a distanza nel perimetro del contraddittorio”, en en Negri, D./Orlandi, R., (coords.), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., pp. 131-132.

el otro, la percepción probatoria⁷⁸⁴. Sobre el particular, resaltamos que el uso de la videoconferencia no afecta los principios de contradicción, publicidad y unidad de acto que rigen el juicio oral, puesto que, no se limita la participación de la defensa para que realice el contraexamen, el público puede observar la práctica de la prueba al estar presente o en una sala contigua donde se proyecta la videoconferencia y la práctica de la prueba se realiza en tiempo real (unidad de acto)⁷⁸⁵.

Ahora bien, la limitación al contradictorio en la formación de la prueba resulta evidente porque requiere de una inmediatez física entre el juez y la fuente probatoria con la que se introduce una declaración de contenido acusatorio; además, por el lado de la defensa, el *derecho a interrogar* también requiere de inmediación por la fuerza del contraexamen que se ejecuta con una mirada directa al declarante⁷⁸⁶.

Dicho lo anterior, el uso de estos mecanismos no puede convertirse en una regla general de actuación probatoria, sino en excepción que requiere de un balance entre los intereses en juego que justifiquen una atenuación de la contradicción, tal como el mismo TEDH ha subrayado al indicar que el uso de la videoconferencia debe ceñirse a cuestiones de orden público y garantizar el derecho de defensa:

“71. Al mismo tiempo, cabe señalar que el demandante fue acusado de delitos graves relacionados con las actividades de la mafia. La lucha contra este flagelo puede, en determinados

⁷⁸⁴ Del Caso Jiménez señala que el sacrificio del principio de inmediación debe ser ponderado por el órgano jurisdiccional, puesto que, siempre debería prevalecer los beneficios para la decisión judicial que otorga la proximidad física entre el declarante y el juzgador. Del Caso Jiménez, M.^a T., *La prueba testifical en el proceso penal*, cit., p. 78.

⁷⁸⁵ Véase, Montesinos García, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, cit., pp. 143-151. Véase STS núm. 161/2015, de 17 de marzo de 2015, (Sala de lo Penal, Sección I. [2015\2795]): “El recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado a la concurrencia de razones de “utilidad” o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede del órgano ante el que se desarrolle el plenario ‘resulte gravosa o perjudicial’. Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables. No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados”.

⁷⁸⁶ Barontini, L., “La partecipazione a distanza al dibattito: Cronaca dell’espansione applicativa di un istituto dalla dubbia tenuta costituzionale”, en Fanchiotti, V./Miraglia, M. (coords.) *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studi*, cit., pp. 179-180.

casos, exigir la adopción de medidas destinadas a proteger, sobre todo, la seguridad y el orden públicos, así como a prevenir la comisión de otros delitos [...].

72. A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que la participación de la demandante en audiencias de apelación por videoconferencia persiguió fines legítimos en relación con la Convención, a saber, la defensa del orden público, la prevención de delito, la protección de los derechos a la vida, la libertad y seguridad de testigos y víctimas de delitos, así como el respeto al requisito de “plazo razonable” en la duración de los procesos judiciales. Queda por verificar si sus procedimientos operativos han respetado los derechos de defensa.

73. La Corte observa que, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 146 bis de las disposiciones de ejecución de la CPC, el demandante pudo beneficiarse de una conexión audiovisual con la sala de audiencias, que le permitió ver la gente que estaba allí y escuchaba lo que se decía. También fue visto y escuchado por las demás partes, por el juez y los testigos, y podía declarar al tribunal desde su lugar de detención”⁷⁸⁷.

Finalmente, otra forma de restricción de la contradicción y vinculado a la ausencia del colaborador de justicia en el juicio, es la procedencia de la lectura de las declaraciones sumariales del delator. Así pues, la referencia a la atenuación del contradictorio no se basa solo en la incorporación de un documento, sino que este sea preferido o utilizado a cambio de escuchar presencialmente la declaración de la fuente de prueba; por ello, solo puede darse de manera excepcional. Así, se ha expresado el TEDH:

“27. La principal preocupación del Tribunal en virtud del artículo 6 § 1 es evaluar la equidad general del proceso penal. Al realizar esta valoración, la Corte considerará el proceso en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, teniendo en cuenta no solo los derechos de la defensa, sino también el interés de la ciudadanía y de las víctimas por ver adecuadamente el delito procesado [...].

28. La Corte reitera que el artículo 6 § 3 (d) consagra el principio de que, antes de que un acusado pueda ser condenado, normalmente todas las pruebas en su contra deben presentarse en su presencia en una audiencia pública a los efectos de la alegación contradictoria [...]. 29. Los principios que deben aplicarse en los casos en que un testigo de cargo no asistió al juicio y las

⁷⁸⁷ STEDH de 05 de octubre de 2006, caso Marcello Viola contra Italia, (Sección 3.ª, [TEDH 2006\55]). Véase también STEDH 22 de septiembre de 1994, caso Lala contra Países Bajos, [TEDH 1994\33]. El TEDH ha considerado “que la participación del imputado en los debates por videoconferencia no es, en sí mismo, contrario al Convenio [...]. Sin embargo, debe asegurarse de que su aplicación en cada caso persiga una finalidad legítima y que sus modalidades de desarrollo sean compatibles con las exigencias del respeto de los derechos de la defensa. La posibilidad de la videoconferencia prevista por el legislador italiano persigue finalidades legítimas con respecto al Convenio, a saber, la defensa del orden público, la prevención del crimen, la protección del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de delitos, así como el respeto de la exigencia del ‘plazo razonable’ de la duración de los procesos judiciales”. STEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaria contra Italia, (Sección 2.ª, [TEDH 2007\84]).

declaraciones que había hecho anteriormente fueron admitidas como prueba se han resumido y perfeccionado en la sentencia de la Gran Sala de 15 de diciembre de 2011 en Al-Khawaja y Tahery [...]”⁷⁸⁸.

De acuerdo con la jurisprudencia citada del TEDH, la procedencia de la lectura de las declaraciones de los testigos (en este caso de los colaboradores de justicia) tiene que ser justificada y debe garantizarse el derecho de defensa. Es así que se configuran dos escenarios posibles: primero, cuando la declaración ha sido recibida en el mismo procedimiento dentro de la fase de investigación; y, el segundo, basado en la lógica de la circulación probatoria, las declaraciones son recabadas de otros procedimientos penales.

En ambos casos hay una afectación a la oralidad, a la contradicción y a la inmediación en la formación probatoria. El primer supuesto, se trata de una excepción a la regla de que “las declaraciones prestadas en la instrucción deben tener simple valor investigador, pero nunca probatorio”⁷⁸⁹. Debe justificar una causa objetiva que impide la reproducción de la información introducida en fase de investigación, por lo que, como hemos dicho anteriormente, aquí el mecanismo de garantía para que no se convierta en una regla que afecta las demás garantías del contradictorio, es la limitación a supuestos de imposibilidad sobrevenida e imprevisible⁷⁹⁰, constituyendo un supuesto el uso del derecho al silencio o la no presencia en juzgamiento por razones de seguridad.

No obstante, la finalidad pública de protección de la integridad del declarante permite que ello sea posible, siempre que sea valorado con elementos objetivos a efectos de que el temor del declarante no sea aprovechado de manera desigual por parte

⁷⁸⁸ STEDH de 29 de marzo de 2016, caso Paic contra Croacia, (Sección 2.ª, [JUR 2016(63820)]).

⁷⁸⁹ Nieva Fenoll, J., *Derecho procesal III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022 p. 415.

⁷⁹⁰ Cavalli, G., *La chiamata in correità*, cit., pp. 75-76. De este modo, solo será admisible por razones objetivas la lectura de las declaraciones previas, aun cuando sea cuestionable la renuncia a la oralidad, lo cual, al ser una limitación clara del derecho a interrogar como parte del método dialéctico en la formación de la prueba, deberá ser atendido en la valoración probatoria, dado que se reduce el valor de fiabilidad del elemento probatorio introducido sin mayor control de la dialéctica procesal. Rafaraci, T., “Le specifiche dinamiche probatorie”, en Negri, D./Orlandi, R., (coords.), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., p. 67. Adicionalmente, Asencio Mellado señala que en los supuestos de incomparecencia se debe valorar la necesidad del testimonio para que se utilice la lectura del acta. Asencio Mellado, J. M.ª, *La prueba prohibida y prueba preconstituída en el proceso penal. Fundamentos dogmático-procesales y de derecho comparado para la aplicación de la teoría de la prueba prohibida en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 296.

del acusado. Así lo ha manifestado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en su siguiente sentencia:

“41. En principio, toda la prueba debe ser aportada en presencia del imputado en audiencia pública con vistas a alegación contradictoria [...]. Sin embargo, esto no significa que para que se utilicen como prueba, las declaraciones de los testigos deban hacerse siempre en una audiencia pública en el tribunal: utilizar como prueba las declaraciones obtenidas en la etapa previa al juicio no es en sí mismo incompatible con los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 [...] siempre que se respeten los derechos de defensa. Como regla general, estos derechos requieren que se le dé al acusado una oportunidad adecuada y adecuada para impugnar e interrogar a un testigo en su contra, ya sea en el momento en que el testigo estaba haciendo su declaración o en alguna etapa posterior del proceso [...]”⁷⁹¹.

Tal como podemos advertir en el caso de que el *colaborador de justicia* no asista, su no presencia puede darse por temor a que se dañe su integridad. Es por ello que siempre deberán evaluarse las condiciones objetivas, dado que no puede bastar el simple temor subjetivo, sino circunstancias atribuibles al acusado (delatado), lo cual da paso al segundo escenario, que es el uso de declaraciones prestadas en otros procedimientos sin que el declarante asista al juzgamiento.

Sobre el particular, la circulación de las actas de las pruebas de otros procedimientos tiene el inconveniente de que puedan ser utilizadas como material probatorio en contra de las partes que no han intervenido en su práctica probatoria. De este modo, si la prueba fue practicada con contradicción, pero sin la participación de la defensa de los delatados, no podrá ser utilizada en contra de ellos⁷⁹². De ahí que sea necesario establecer algunos parámetros mínimos referidos a la irrepitibilidad sobrevinida por cuestiones de intimidación producto de la colaboración⁷⁹³.

⁷⁹¹ STEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski contra Holanda, [TEDH 1989\21]). STEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania, (Sección 3.ª, [TEDH 2001\881]).

⁷⁹² Scella, A., “Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti”, en Kistoris, R. E., (coord.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, cit., p. 95.

⁷⁹³ Cavalli, G., *La chiamata in correità*, cit., pp. 80-82. El Tribunal Supremo español ha establecido exigencias para el valor de las diligencias sumariales: “a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que

Así pues, en aras de garantizar un mínimo de contradicción y el derecho de defensa, que el abogado del acusado del procedimiento conexo en curso haya podido participar en el contradictorio⁷⁹⁴ y que la irrepetibilidad haya sido sobrevenida⁷⁹⁵, puesto que, de lo contrario, el no haber requerido la anticipación probatoria convierte en inutilizable el medio probatorio. Ahora bien, es posible utilizar un documento que contenga la declaración producida en un escenario diverso al contradictorio siempre que exista consenso del imputado⁷⁹⁶.

Por último, en cuanto a la incorporación mediante la lectura de las declaraciones de los colaboradores de justicia y el respeto de la garantía de la contradicción, resulta relevante la jurisprudencia del TEDH (Caso Al-Khawaja)⁷⁹⁷, donde se ha plasmado su posición de que la admisión de estas documentales durante el juzgamiento no desvanece el principio contradictorio, como sí lo considera un sector de la doctrina, como por ejemplo Alcacer quien señala que se afecta la contradicción como regla del debido proceso, el cual “pasa a ser un mero principio relevante solo a efectos de la fiabilidad

sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (...). STS núm. 788/2010, de 22 de septiembre de 2010, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [2010\7622]). Véase, también STEDH de 20 de septiembre de 1993, caso Saïdi contra Francia, [TEDH 1993\38]).

⁷⁹⁴ Este es un requisito objetivo para que las diligencias sumariales tengan valor probatorio, a lo que se añade el requisito subjetivo de que la declaración se haya dado ante autoridad que tengan la potestad de generar actos de prueba, salvo las razones de urgencia o el caso de los países en que se rige el fiscal instructor. Asimismo, el requisito formal exige que se haya permitido el contraexamen de la defensa. Véase, Colmenero Menéndez de Luarca, M., “La presunción de inocencia”, en Rives Seva, A.P., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. T. I (capítulos I a VIII), cit., pp. 215-216.

⁷⁹⁵ Cesara describe la diferencia entre irrepetibilidad originaria e irrepetibilidad sobrevenida, indicando que será sobrevenida cuando las cuestiones no se refieran a connotaciones intrínsecas de los actos de investigación, sino que sean sucesos actuales (no futuros) que impiden la reproducción en el juicio oral. Cesari, C., *L'irrepetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè Editore, Milán, 1999, pp. 14-15.

⁷⁹⁶ Furgiuele, A., *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., pp. 243-246. Verger Grau afirma que el derecho de defensa exige el debate de las pruebas introducidas que modifiquen el material probatorio conocido, así como la posibilidad de aportar pruebas nuevas. Verger Grau, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, JMB Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 128.

⁷⁹⁷ STEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido, (Gran Sala, [JUR 2011\425397]).

probatoria que en un juicio de ponderación puede ser sacrificado en aras de la maximización de otros intereses cuando concurren, a partir de la valoración del juez, factores sustitutivos de la fiabilidad probatoria”⁷⁹⁸.

Al respecto, con la lectura de las actas que contienen la declaración se produce una renuncia a la intermediación de la actuación de la prueba testimonial; sin embargo, la ponderación requerida entre una finalidad pública de protección y el derecho de defensa, prima a la realidad sobre la cual se desenvuelve el proceso penal, razón por la cual consideramos que el TEDH no ha renunciado a la defensa del contradictorio; es más, en la misma sentencia de Al-Khawaja reconoce que la regla general es la asistencia del testigo al contradictorio y que la lectura debe ser la *ultima ratio* para su valoración; de manera que ha establecido tres reglas que deben ser consideradas para que la incorporación de la lectura de las declaraciones cumpla con un mínimo de garantías que mantengan el respeto al proceso justo:

“Por lo tanto, la Corte considerará tres cuestiones en cada caso: en primer lugar, si fue necesario admitir las declaraciones testimoniales de S. T. o T.; en segundo lugar, si sus pruebas no comprobadas fueron la base única o decisiva para la condena de cada solicitante; y, en tercer lugar, si hubo suficientes factores de contrapeso, incluidas sólidas garantías procesales, para garantizar que cada juicio, juzgado en su conjunto, fuera justo en el sentido del artículo 6 §§ 1 y 3 (d)”⁷⁹⁹.

En el caso peruano, ya hemos señalado que se mantiene la regla de la necesaria presencia del colaborador eficaz en el juzgamiento de los delatados, ya sea que se trate del mismo hecho en que ambos han participado o de otro hecho relevado por el colaborador. Ahora bien, aquí consideramos importante destacar la aplicación o recepción de los criterios de la sentencia del caso Al-Khawaja en la jurisprudencia peruana para la justificación de la limitación del principio de contradicción:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido [...] –que se adoptó en las Ejecutorias Supremas 420-2018/Cajamarca, de veintidós de mayo de dos mil dieciocho; y, 1556-2017/Puno, de uno de octubre de dos mil dieciocho–,

⁷⁹⁸ Alcácer Guirao, R., “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, en *InDret*, N.º 4, 2013, p. 14.

⁷⁹⁹ STEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido, , (Gran Sala, [JUR 2011(425397)]).

cuando los testigos de cargo no declararon en el acto oral pueden utilizarse siempre que se cumpla con tres criterios de comprobación: motivo justificado, declaraciones esenciales para la condena y presencia de elementos de compensación (básicamente otras pruebas que corroboren el testimonio único o preponderante).

En el caso submateria las declaraciones de los aspirantes a colaboradores eficaces no han sido testimonios únicos o preponderantes. El Tribunal Superior citó otros actos de investigación (personales y documentales) que apoyarían lo que expresaron los aspirantes a colaboración eficaz.

No se advierte un defecto constitucional de motivación. Si bien las referencias son sucintas, dan cuenta de lo que, en esencia, expresaron, del elemento de investigación –que el Código denomina “elemento de convicción”–. La motivación no es incompleta ni insuficiente, tampoco es contradictoria o contiene inferencias probatorias ilógicas (infracción de las leyes de la lógica, de las máximas de experiencia o de los conocimientos científicos). No existe, pues, una causal de nulidad de pleno derecho o insubsanable⁸⁰⁰.

4. CRITERIOS DE VALORACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO DEL COLABORADOR CON LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

Guarino señala que, si bien la declaración del colaborador de justicia es positiva, los riesgos de que esté motivada por razones de calumnia, envidia o que los grupos de poder se pongan de acuerdo para desviar las investigaciones,⁸⁰¹ ponen en riesgo la corrección de las decisiones judiciales. Así pues, en el presente apartado analizaremos los criterios que el juez debe seguir para garantizar una valoración probatoria que respete el debido proceso de los delatados⁸⁰².

⁸⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Cas. N.º 292-2019-Lambayeque de 14 de junio de 2019, Sala Penal Permanente.

⁸⁰¹ Guarino, A., “Anatomia della calunnia dei cosiddetti ‘colaboratori della giustizia’”, en Neuburger, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, cit., pp. 239-243.

⁸⁰² Respecto de la relación entre la presunción de inocencia y la valoración probatoria, el Tribunal Constitucional español señala que el “resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse «de cargo», es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado. Consecuencia de todo ello, es que la función del Tribunal Constitucional, cuando se alega ante él la presunción de inocencia, es verificar si ha existido esa prueba que pueda estimarse racionalmente de cargo”. STC núm. 174/1985, de 17 de diciembre de 1985, (Sala Primera, [RTC 1985\174]). STC núm. 75/2013, de 8 de abril de 2013, (Sala Primera, [RTC 2013\75]). STC núm. 203/2014, de 15 de diciembre de 2014, (Sala Segunda, [RTC 2014\203]).

Para comenzar, recordemos que cuando el juez *valora la prueba* le otorga un valor o peso al material probatorio con lo que forma una opinión⁸⁰³ sobre los hechos que se reconstruyen mediante la práctica probatoria⁸⁰⁴. Además, el juez valora globalmente las pruebas actuadas sin hacer la distinción de quien las haya aportado, dado que, por el *principio de adquisición procesal*, las pruebas practicas pertenecen al proceso y sus efectos son autónomos al interés particular de la parte que las propuso⁸⁰⁵.

En la legislación española vigente no existe una norma procesal específica que se refiera a la valoración de las declaraciones de los *arrepentidos, colaboradores o coimputados*, pero, a nivel general tomamos como base el art. 741 LECrim⁸⁰⁶ que regula el *criterio de conciencia* que rige el procedimiento de *valoración* a partir de las argumentaciones de la acusación, la defensa y las manifestaciones de los procesados⁸⁰⁷. En cambio, en el proyecto de reforma de 2011, el art. 600, que regula la *libre valoración de la prueba*, sí establece de forma negativa que el juez deberá absolver en los casos en que la *declaración de los coacusados sea prueba de cargo única*, a la que le reconoce valor probatorio con la corroboración de otros elementos probatorios.

Ahora bien, el desarrollo de los requisitos o criterios para la *valoración de las declaraciones de los colaboradores de justicia* se encuentran de manera expresa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo concordantes con la doctrina jurisprudencial del

⁸⁰³ Chiavario, M., *Diritto processuale penale*, cit., p. 535.

⁸⁰⁴ Nieva Fenoll define la valoración de la prueba “como la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”. Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 34.

⁸⁰⁵ Ubertis precisa que por aplicación del principio de adquisición procesal la renuncia a la práctica de la prueba admitida requiere el consenso de las demás partes. Ubertis, G., *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Trotta, Madrid, 2017, p. 113. Gómez Colomer señala que este principio abarca también a las pruebas aportadas por la defensa, por lo que, cuando son practicados ante el juez la parte que la propuso no puede desistirse. Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Introducción al derecho procesal. Derecho procesal III*, cit., p. 292.

⁸⁰⁶ Aguilera de Paz afirma que con el artículo 741 LECrim se reconoce la libertad de los tribunales para estimar el valor probatorio de las pruebas sin que exista un precepto que determine su conciencia. Aguilera de Paz, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, T. V (artículo 649 a 846), cit., p. 567.

⁸⁰⁷ Gimeno Sendra indica que con el sistema de libre valoración de la prueba se reconoce soberanía al juzgador sobre la apreciación de la prueba, pero que ello no significa un libre arbitrio debiendo ceñirse al material probatorio practicado en el juicio oral y, excepcionalmente, con las pruebas anticipadas o preconstituidas. Gimeno Sendra, V., *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 597.

Tribunal Constitucional, reconociendo la fuerza probatoria de dichas declaraciones, así como la necesidad de una valoración probatoria con precauciones:

“2.2 Esta Sala, en recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional, ha afirmado igualmente de manera reiterada que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad [...].

Sin embargo, ambos Tribunales hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso”⁸⁰⁸.

En el caso italiano, a diferencia de la legislación española, encontramos dos artículos que se complementan para la *valoración de la declaración de los colaboradores de justicia*: los arts. 192.3 y 197 bis.6 CPPI⁸⁰⁹. De acuerdo con los mencionados artículos, se establece la regla de valoración unitaria de las *declaraciones* con los *otros elementos* que la corroboran, lo cual se aplica a las personas que asumen el papel de testigo, esto es, quienes declaran en contra de otros, estas reglas de aplican en el momento de la *deliberación de la sentencia*⁸¹⁰.

Por su parte la legislación procesal penal peruana tiene similar regulación a la italiana respecto de la base normativa para la *valoración probatoria* de la *declaración de los colaboradores de justicia*. Así pues, en el art. 158 CPPP se reconoce la fórmula del *libre convencimiento*, por lo que se regula que los jueces al valorar deben “observar

⁸⁰⁸ STS núm. 22/2020, de 28 de enero de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2020\294]). STS núm. 292/2021, de 8 de abril de 2021, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2021\1691]): “El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado, pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno. Igualmente ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad [...]”.

⁸⁰⁹ Ferrua señala que la libertad para la valoración de la prueba se refiere a que no se establezcan previamente directivas que determinen la apreciación de la prueba, pero no significa que la valoración que realiza el juez no responda a una metodología sujeta a control de motivación. Ferrua, P., “Il giudizio penale: fatto e valore giuridico”, en Ferrua, P./Grifantini, F./Illuminati, G./Orlandi, R., *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 354.

⁸¹⁰ Belluta, H./Gialuz, M./Lupária, L., *Codice sistematico di procedura penale*, cit., p. 264.

las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia”⁸¹¹. El numeral 2 del mencionado artículo señala que las declaraciones de los arrepentidos o colaboradores podrán tener valor acusatorio y servir de base para una condena si es que han sido corroborados con otras pruebas.

Ahora bien, Orlandi señala que la credibilidad de las *declaraciones de los colaboradores de justicia* requiere que el procedimiento de valoración se caracterice por una prudencia que valore en conjunto las declaraciones con los elementos probatorios que la confirman⁸¹². Además, la Corte de Casación italiana ha desarrollado el procedimiento de valoración en aplicación de los artículos mencionados. Así, describe la *metodología a tres tiempos*:

“Al respecto, cabe señalar que la valoración de la *chiamata in correità* o *in reità*, en efecto, [...] el respeto de la metodología a “tres tiempos”, por lo que se debe considerar: la credibilidad subjetiva del declarante en relación a su personalidad, a sus condiciones socioeconómicas, a su pasado, a las relaciones con el *chiamato*, a la génesis de los motivos que han inducido a la declaración de acusar en contra del *chiamato*; la fiabilidad intrínseca de lo narrado, con base en los criterios de coherencia, precisión, constancia y espontaneidad; la confirmación *ab extrinseco* de la declaración, mediante la verificación de elementos de confirmación”⁸¹³.

En consecuencia, la valoración de las declaraciones de los *colaboradores de justicia* debe cumplir ciertos parámetros de carácter subjetivo y objetivo vinculados a la credibilidad interna y credibilidad externa. Ambos criterios tienen como horizonte valorativo la exclusión de móviles espurios que puedan distorsionar la veracidad de la información que se suma a la exigencia de corroboración⁸¹⁴, de manera que se garantice la fiabilidad probatoria que sirve de sustento para la decisión judicial respecto de la

⁸¹¹ Talavera describe que la norma procesal penal peruana se adscribe al sistema de libre valoración de la prueba, en específico, “una valoración racional de la prueba, en la medida que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales, objetivas y controlables, en aras de garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. Talavera Elguera, P., *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*, AMAG, Lima, 2009, p. 109.

⁸¹² Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., pp. 252-253.

⁸¹³ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 40347/2018 de 11 de septiembre de 2018, (Sección sexta penal, (ECLI:IT: CASS:2018:40347PEN)).

⁸¹⁴ Benítez Ortúzar, I., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del ‘arrepentido’*”, cit., p. 178.

responsabilidad penal de los *delatados*. Así pues, a continuación, sistematizaremos los criterios para analizar la *fiabilidad interna* y *fiabilidad externa* de las declaraciones de los colaboradores de justicia.

4.1 La fiabilidad interna de la declaración del colaborador de justicia

Para comenzar, desde una perspectiva general, la *fiabilidad interna* tiene como objeto de valoración la idoneidad *epistemológica* del conocimiento interno que expresa una representación de los hechos objeto del proceso, de modo que exista una correspondencia entre la *realidad empírica* y el resultado probatorio de la *práctica del medio probatorio*, a efectos de determinar que no haya factores que generen una distorsión en la capacidad de representación del hecho imputado⁸¹⁵. Flores Prada señala que el valor probatorio de las pruebas testimoniales depende “de la solidez del proceso deductiva del testigo, analizado en sí mismo, es decir, en su coherencia interna, analizado además en función de las máximas de experiencia comunes, y analizado, finalmente, en función de los elementos externos objetivos en los que se basen las deducciones del testigo”⁸¹⁶.

Así pues, la evaluación de la *fiabilidad interna* de la *declaración del colaborador de justicia* tiene como objeto de análisis cuán verosímil resulta el aporte de información que realiza en el juzgamiento, el cual está basado en su propia participación en el hecho delictivo en que incrimina a otro o en hechos diferentes sobre los que tiene conocimiento⁸¹⁷. Para ello, debido a la naturaleza de la fuente probatoria, esto es, que se trata de un sujeto que ha reconocido tener responsabilidad penal por actos de corrupción, pero formula una incriminación contra otros⁸¹⁸, y, como el juez carece de la competencia para la aplicación de métodos científicos que exploren el interior de la conciencia de los *delatores*, solo queda utilizar reglas empíricas que el juez formula

⁸¹⁵ Santoriello, C., “I criteri di valutazione della prova (fra massime d’esperienza, regole di giudizio e standards d’esecuzione)”, cit., pp. 398-400.

⁸¹⁶ Flores Prada, I., “La prueba testifical”, cit., p. 494.

⁸¹⁷ Deganello, M., *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Giappichelli Editore, Turín, 2005, pp. 162-163.

⁸¹⁸ Vega Torres señala que la personalidad del coimputado y su relación con el inculpada no generan siempre una disminución de la fiabilidad probatoria, por lo que deben seguirse pautas de valoración. Vega Torres, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 176.

desde su posición cultural⁸¹⁹, sin que ello implique la aplicación de los prejuicios o arbitrios subjetivos que son impropios del procedimiento de valoración.

A continuación, describiremos los criterios aceptados para verificar la fiabilidad del testimonio (a nivel subjetivo) respecto de la representación del hecho delictivo.

a) *Incredibilidad subjetiva*: Un problema central para dar por cierta o *valorar positivamente* la *declaración del colaborador de justicia* es la motivación de la colaboración, puesto que no solo surgen las dudas respecto de la existencia de motivos personales de venganza o con la finalidad de perjudicar o desviar una investigación, sino que, además, se agrega el beneficio que se le otorga por la información sobre la responsabilidad de otras personas. Esta situación ha sido advertida en el caso citado de Labita contra Italia del TEDH:

“57. El Tribunal es consciente de que la cooperación de pentiti es un arma muy importante en la lucha de las autoridades italianas contra la mafia. Sin embargo, el uso de declaraciones por pentiti da lugar a problemas difíciles ya que, por su propia naturaleza, tales declaraciones están sujetas a manipulación y pueden hacerse únicamente para obtener las ventajas que la ley italiana otorga a los pentiti, o para venganza personal⁸²⁰”.

Ante ello, tal como señala Lozano, el objetivo específico en la aplicación de este criterio consiste en desvirtuar la existencia de motivos de venganza personal o todos aquellos que no estén orientados por la finalidad de la búsqueda de la verdad en el proceso penal⁸²¹.

De este modo, ingresan a evaluación la *personalidad del colaborador de justicia* y las *motivaciones de colaboración*. En cuanto al primer extremo, siguiendo a Orlandi en la valoración probatoria de la declaración del *colaborador de justicia* deben verificarse las relaciones entre el delator con los otros colaboradores, las condiciones

⁸¹⁹ Bevere, A., *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, cit., pp. 87-88.

⁸²⁰ STEDH de 6 de abril de 2000, caso Labita contra Italia, (Gran Sala, [TEDH 2000\120]).

⁸²¹ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., pp. 277-278.

socioeconómicas y las relaciones familiares⁸²². Así pues, se valoran la decisión de colaborar⁸²³ y los datos de la vida personal del arrepentido delator (léase, por ejemplo, edad, historial psicológico o psiquiátrico, antecedentes penales) que hagan formar en el juez una idea sobre la personalidad del declarante⁸²⁴,

Todos estos datos referidos al pasado y presente de la vida del *colaborador de justicia* deberán ser advertidos por el fiscal, quien acredita esta fuente probatoria de valor acusatorio, y la defensa que pretenda acreditar ante el juez que la información es falsa debe centrarse en apuntalar estos extremos que debiliten la credibilidad del *colaborador declarante*, dado que, como precisa Flores Prada, si bien no son determinantes para el valor probatorio del testimonio, sí son importantes en una valoración conjunta con los otros elementos probatorios respecto de la credibilidad del *colaborador de justicia*⁸²⁵.

Respecto al segundo extremo, *las motivaciones del declarante*, cuando expusimos las cuestiones generales de la valoración de la prueba testimonial remarcamos que el juez no puede utilizar mecanismos prohibidos para alterar o conocer el interior del testigo para proceder con su valoración, pues bien, ello se complica cuando ya se sabe que el *colaborador* declara con el objetivo de obtener un beneficio premial. Así, reconocido el interés inherente en la declaración del *colaborador de justicia*, al momento de la valoración se le otorga un menor grado de credibilidad para sopesar la motivación del beneficio⁸²⁶. De ahí que el juez deberá apreciar en la *práctica de la prueba* los factores espurios, de venganzas o el cumplimiento de órdenes o, incluso, de ser el caso, advertir que el colaborador haya sido coaccionado por la Fiscalía

⁸²² Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., p. 253.

⁸²³ Bevere, A., *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell’imputato nel processo penale*, cit., pp. 90-91.

⁸²⁴ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., p. 278.

⁸²⁵ Flores Prada, I., *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 20.

⁸²⁶ Bevere, A., *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell’imputato nel processo penale*, cit., p. 95. Debemos tener presente que el ánimo de autoexculparse no excluye de plano la veracidad de la inculpación propia o la incriminación del delatado. Véase, Flores Prada, I., *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, cit., p. 24.

para delatar, lo cual va en contra del elemento de libertad de voluntad para constituirse en *colaborador de justicia*.

Ahora bien, adicionalmente se debe tener en cuenta la intención de exculparse o de librarse de la sanción a cambio de la delación, lo cual, si bien está en el núcleo de la negociación del beneficio premial entre el *arrepentido delator* y el *fiscal*, el juez debe valorar *el momento oportuno de la delación*⁸²⁷, debido a que la *espontaneidad* entre la admisión de la responsabilidad y la incriminación de los delatados influye en la credibilidad del testimonio, a diferencia de que se realizara en un último momento cuando el fiscal haya recopilado elementos que lo vinculen al hecho y negocie el beneficio⁸²⁸. Es por ello que, se insiste en la cautela en la valoración expresada en la ponderación con los otros elementos citados que fortalezcan la credibilidad de la *declaración del colaborador de justicia* que se convierte en un instrumento que permite, con algo de mayor acercamiento, reconstruir los hechos para la decisión judicial⁸²⁹.

b) *Persistencia y coherencia de la incriminación*: El segundo punto a valorar se centra en la coherencia del relato. Nieva Fenoll señala que “la coherencia de los testimonios es esperable, así como la presencia de detalles oportuna, por lo que ambos datos pueden ser pasos por alto o, en todo caso, ser utilizados simplemente como posible elemento corroborador de la incredulidad”⁸³⁰. Así pues, en el caso del colaborador de justicia, deberán mantenerse su incriminación de los delatados.

Sobre el particular, si bien el *colaborador de justicia* previamente a dar su testimonio suscribe el acuerdo con el fiscal en el que se compromete a mantener la delación en contra de los terceros intervinientes en su mismo procedimiento o de otros hechos; de igual manera, el juez cuando *valora* su debe prestar atención a que el relato o

⁸²⁷ Ortiz destaca que el momento procesal de la delación es importante para la valoración de la colaboración, más aún cuando se trata de organizaciones criminales respecto de las cuales la Fiscalía no cuenta con información que supere lo que llama “oscuridad cognoscitiva”. Véase, Ortiz Pradillo, J. C., *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivos una colaboración eficaz con la justicia*, cit., p. 268.

⁸²⁸ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., p. 282.

⁸²⁹ Bevere, A., *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, cit., p. 101. Rives García precisa que el beneficio penológico no es suficiente para descartar la credibilidad de la declaración del coimputado. Rives García, J.M.^a, “Declaración del coimputado”, cit., p. 796.

⁸³⁰ Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, cit., p. 284.

narración del colaborador de justicia tenga coherencia y contener detalles precisos, así como también la espontaneidad y constancia de los elementos de la narración del sujeto⁸³¹. Todo ello resulta importante, porque permite descartar o valorar de manera negativa una versión incoherente o vaga por parte del *declarante* que evidencie que el testimonio, por ejemplo, solo ha sido realizado para lograr el beneficio premial, sin importar la afectación de la situación procesal del *delatado*.

Dicho todo lo anterior, Fernández López diferencia la *ausencia de incredibilidad subjetiva* de la *credibilidad subjetiva*, puesto que, con la primera se constata que no existan motivos espurios en la declaración del coimputado (arrepentido delator), mientras que la segunda es el resultado de la valoración judicial⁸³². En la misma línea de argumentación, Bevere afirma que la venganza o la envidia configuran los móviles para determinar la declaración falsa de un colaborador de justicia⁸³³.

Así pues, por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha desarrollado los elementos que deben ser valorados para la fiabilidad interna de la *declaración de los coacusados*, los cuales citamos enseguida:

“a) La personalidad del delincuente delator, entendiendo la doctrina, que como de lo que se trata es de determinar la credibilidad de una declaración, las características de la personalidad del coimputado sirven para elaborar una imagen de quien declara [...].

b) Relaciones que, precedentemente, mantuviese el delator con el coacusado al que incrimina, que pueden ser de carácter contractual, financiero u obligacional, ya que estas relaciones de amistad, enemistad, parentesco, obediencia o relación profesional, [...].

c) Declaraciones precisas, claras y contundentes, de modo que una descripción minuciosa de los hechos, la coherencia con otros datos que arrojen las actuaciones y el mantenimiento de una misma línea de manifestaciones desde la instrucción hasta el Juicio Oral [...].

d) El examen riguroso de la existencia de móviles turbios o inconfesables, que, impulsando la acusación de un inocente, pudieran tildar el testimonio como de falso o espurio o, al menos, restarle credibilidad, tales como el odio personal, la venganza, obediencia a terceras personas, sobornos, resentimientos, animadversión, etc. [...].

⁸³¹ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., p. 253.

⁸³² Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 267.

⁸³³ Bevere, A., *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell’imputato nel processo penale*, cit., p. 98.

e) Y el ánimo de buscar la propia exculpación, que no debe conducir a una pérdida de credibilidad por sí de la declaración inculpativa del coimputado, configurándose éste como un dato más para valorar la credibilidad de ese testimonio. [...]”⁸³⁴.

En igual sentido, en el Perú para la valoración de fiabilidad interna se aplican los criterios de *ausencia de incredibilidad subjetiva y persistencia en la inculpativa* desarrollados por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116:

“a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su declaración, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpativa de la propia responsabilidad.

[...]

c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada”.

Nieva Fenoll describe el cómo se puede descartar la fiabilidad interna del testimonio del *colaborador de justicia*, señalando que la subjetividad se revela cuando el declarante en vez de centrar su testimonio en los hechos imputados realiza alegaciones sobre la vida personal o cuestiones de la personalidad del delatado, por lo

⁸³⁴ STS núm. 241/2019, de 9 de mayo de 2019, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2019\1948]). STS núm. 532/2019, de 4 de noviembre 2019, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª [RJ 2019\4781]): “Dentro de este ámbito valorativo destaca, de igual modo, la doctrina que en los delitos con concierto o participación de varias personas resulta fundamental saber si el acusado trata con su declaración de eludir su responsabilidad. Por ello, tras este examen judicial, se otorga un gran valor a la declaración del coacusado que no pretende autoexculparse, sino que reconoce su culpa”. El Tribunal Constitucional español ha señalado que para que la declaración del coimputado tenga aptitud constitucional “carecen de relevancia los diferentes elementos de credibilidad objetiva de dicha declaración, como son la presencia de móviles espurios, inexistencia de animadversión o persistencia en la declaración [...], ya que tales elementos sólo pueden entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia [...]”. STC núm. 207/2002 de 11 de noviembre de 2002, [RTC 2002\207].

que, indica que en estos casos el coimputado (arrepentido delator) puede estar mintiendo⁸³⁵.

Por otro lado, la información que introduzca el colaborador de justicia en juicio puede tener inconsistencias con lo declarado en la fase de investigación o, incluso, en otro procedimiento; en consecuencia, la presencia del *colaborador de justicia* en el juzgamiento debería servir para ratificar la versión dada en la fase de investigación⁸³⁶, la cual ha servido de soporte para la acusación y permita sustentar una sentencia condenatoria.

Ahora bien, como hemos descrito, la ausencia del colaborador de justicia puede sustentarse en las razones de seguridad, por lo que, deberá evaluarse en el caso concreto la causa objetiva de imposibilidad de reproducción del testimonio en el juicio oral, debiendo tratar de ponderar siempre en favor de la práctica oral de la prueba, de modo que, resultan aplicables los mecanismos procesales de testigo anónimo, testigo oculto o videoconferencia.

De La Rosa Cortina señala que no resulta aplicable el régimen de acusado, sino del testigo porque el sujeto declarante ya no tiene la calidad de acusado, lo cual excluye la posibilidad de que se apliquen medidas cautelares que aseguren su participación en el juicio oral⁸³⁷. Así pues, en los casos de incomparecencia la defensa también podría hacer uso de las declaraciones sumariales para rebajar el nivel de fiabilidad o evidenciar las mentiras del *colaborador*, sin que ello implique un abandono de la oralidad y la inmediación, así como la regla general de utilizabilidad solo de las pruebas que se actúen durante el juzgamiento para su valoración⁸³⁸.

⁸³⁵ Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, cit., pp. 246-247.

⁸³⁶ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., pp. 282-283.

⁸³⁷ De la Rosa Cortina, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, cit., p. 151.

⁸³⁸ En este punto, Díaz Pita manifiesta su posición de que las declaraciones dadas en la Policía y Fiscalía, pero retractadas ante el juzgado de instrucción no deberían ingresar al juzgamiento y, por ende, carecen de efecto para sustentar una sentencia. Véase, Díaz Pita, M.^a P., *El coimputado*, cit., p. 443. Sobre el particular, en los sistemas procesales que han asumido el modelo de fiscal instructor, dicho problema sería superado porque se mantendría el valor de los testimonios dados durante la investigación a cargo del fiscal.

4.2 La fiabilidad externa de la declaración del colaborador de justicia

La *fiabilidad externa* consiste en verificar los elementos objetivos que corroboren la coherencia y consistencia de la información del *delator*. Así pues, con este requisito de *corroboración* se busca “corroborar el valor probatorio de la declaración del colaborador”⁸³⁹, por lo que los elementos objetivos adicionales que presente la Fiscalía deberán tener como objeto el reforzamiento de la capacidad demostrativa de la versión del colaborador para sustentar la hipótesis acusatoria. En este sentido se pronunció el TEDH en el caso Labita:

“158. Por estas razones, como reconocen los tribunales internos, las declaraciones de penitente deben ser corroboradas por otras pruebas. Además, los rumores deben estar respaldados por pruebas objetivas.

159. Eso, a juicio de la Corte, es especialmente cierto cuando se toma la decisión de prolongar la detención en espera de juicio. Si bien un sospechoso puede ser detenido válidamente al comienzo del procedimiento sobre la base de las declaraciones de los penitente, esas declaraciones necesariamente pierden importancia con el paso del tiempo, especialmente cuando no se descubren más pruebas durante el curso de la investigación”⁸⁴⁰.

Ahora bien, respecto de la pregunta de cómo valorar los elementos objetivos de corroboración debemos definir qué es el elemento de corroboración y la posición del juez decisor para su valoración. Así pues, el primero se trata de un dato empírico que es independiente al hecho objeto de la imputación, pero que se suma a la declaración del coimputado (arrepentido delator) como una prueba adicional de la culpabilidad de los acusados (delatados)⁸⁴¹; en cuanto al segundo, el debido proceso exige una neutralidad epistemológica del juez, a lo cual se suma que, por el sistema de libre convencimiento, el legislador no tipifica el peso probatorio o cuándo se puede decir que una *declaración del colaborador de justicia* está corroborada.

⁸³⁹ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., p. 253. De manera diferente, la fiabilidad interna está orientada a evaluar cuestiones subjetivas del colaborador de justicia, por lo que, tiene un bajo peso probatorio debido a que se trata de un testimonio que tiene como origen o está motivado por el interés de obtener un premio de parte del sistema penal.

⁸⁴⁰ STEDH de 6 de abril de 2000, caso Labita contra Italia, , (Gran Sala, [TEDH 2000\120]).

⁸⁴¹ Cfr. Fernández López , *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 268.

De este modo, negada la intervención de una norma que establezca parámetros limitativos a la prerrogativa judicial de *valoración probatoria*, esta se reserva a la discrecionalidad del juez decisor, sin que se admita una arbitrariedad judicial, pero sí que sea él quien valora la ratificación de la declaración incriminatoria del colaborador⁸⁴². Vega Dueñas precisa que “la exigencia de corroboración debe ser especialmente intensa cuando concurren circunstancias excepcionales alrededor de la declaración, por ejemplo, si las declaraciones del coimputado no se incorporan al juicio oral con todas las garantías procesales, de forma regular”⁸⁴³.

Lozano siguiendo la línea jurisprudencial española precisa que el contenido de los elementos de corroboración debe referirse a la participación del delatado en los hechos objeto del proceso, conforme a la declaración del colaborador, por tanto, se trata de un elemento de conexión objetiva acreditado con un medio de prueba autónoma, sin que ello implique la práctica de una prueba nueva⁸⁴⁴. Así pues, el Tribunal Supremo español señala lo siguiente:

“(a) ha de concurrir un elemento corroborante que debe ser externo, es decir reportado por una fuente probatoria diversa del coimputado , y, por ello, no derivado de la declaración misma del coimputado que ha de corroborarse; (b) que el dato que corrobora ha de referirse, no a cualquier contenido de la declaración, sino precisamente a los elementos del delito abarcados por la presunción constitucional de inocencia , muy especialmente la participación del acusado; (c) que la suficiencia de la corroboración se logra aunque el dato reporte un mínimo grado de intensidad probatoria y (d) que tal conclusión no cabe, por ello, establecerla sino examinando las particularidades de cada caso [...].

En efecto, la doctrina que arranca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1997 (RTC 1997, 153) ha supuesto un punto de inflexión hacia el reforzamiento de la efectividad de la garantía constitucional. Pasando a exigir la corroboración de lo dicho por el coimputado y, más tarde, exigiendo que esa corroboración concierna a la participación del condenado y no meramente a la credibilidad del coimputado, imputación [...].

⁸⁴² Santoriello, C., “I criteri di valutazione della prova (fra massime d’esperienza, regole di giudizio e *standards* d’esecuzione)”, cit., pp. 402-403. Nieva Fenoll señala que las corroboraciones fortalecen la credibilidad, por lo que, “la presencia de detalles oportunistas en la declaración, si no son simplemente retóricos para dar fuerza al testimonio deben ser tenido en cuenta como posibles señas de falsedad en la declaración”. Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, cit., p. 284.

⁸⁴³ Vega Dueñas, L., *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*, cit., p. 296.

⁸⁴⁴ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., pp. 270-271.

Y en todo caso recuerda que lo corroborado no es la credibilidad sino el hecho declarado probado bajo exigencia de la garantía de la presunción de inocencia⁸⁴⁵.

En la doctrina italiana, Bevere señala que el elemento de prueba de corroboración debe tener un contenido independiente de la *declaración del colaborador de justicia*, pero no diferente necesariamente, razón por la cual el dato de corroboración puede ser de naturaleza subjetiva u objetiva que se acredita con otra prueba testimonial, documental o pericial⁸⁴⁶ que sean practicadas respetando las garantías⁸⁴⁷. En el caso peruano, conforme el ya mencionado Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116 se plantea la exigencia objetiva de la siguiente manera:

“Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador”.

Dicho todo lo anterior, la *fiabilidad subjetiva* y la *fiabilidad objetiva* sirven para el procedimiento de valoración probatoria unitario que realiza el juez, esto es, se valora la *declaración del colaborador de justicia* en conjunto con los *elementos de corroboración*, bajo el supuesto o *criterio específico de valoración* de que la sola declaración del colaborador no es suficiente para la determinación de la responsabilidad penal de los *delatados*⁸⁴⁸. De este modo, la *declaración del colaborador de justicia* sirve para acreditar directamente el *thema decidendum* con su incriminación de los *delatados*, y los elementos objetivos de corroboración abonan en el *thema*

⁸⁴⁵ STS núm. 60/2018 de 2 de febrero de 2018, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2018\309]). El Tribunal Supremo español desarrolla que “se considera que existe corroboración objetiva cuando junto a las declaraciones de los coimputados existe un conjunto de hechos o indicios convergentes externos o periféricos de los que el Tribunal sentenciador extrae la conclusión de que tales declaraciones correspondían a la verdad [...], es decir, que doten de verosimilitud bastante dicha declaración para hacer razonable su prudencial valoración. STS núm. 515/2019 de 29 de octubre de 2019, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2019\4566]).

⁸⁴⁶ Bevere, A., *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, cit., p. 146.

⁸⁴⁷ Ortiz Pradillo, J. C., *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia*, cit., p. 275.

⁸⁴⁸ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell'esperienza italiana”, cit., p. 253.

desmostrandum para ratificar, fortalecer o confirmar la capacidad demostrativa del colaborador de justicia⁸⁴⁹.

Dicho todo lo anterior, nos detendremos en algunos detalles en que es necesario incidir respecto de la *valoración de la declaración del colaborador de justicia*, tanto a nivel subjetivo como objetivo. En primer lugar, sobre los criterios de *evaluación de la fiabilidad de la declaración del colaborador de justicia*, hemos descrito que se realizan dos ámbitos, *subjetivo* y *objetivo*, la relación entre ambos se expresa en el *qué se corrobora y cuándo se corrobora*. La primera pregunta nos reconduce al acto de declaración en que el juez no solo valora la personalidad del *colaborador*, sino también cómo y por qué delata, por lo que se exige que el *acto declarativo* sea *coherente, consistente y lógico*.

Ahora bien, no podemos hablar de un *desinterés* del *colaborador*, sostener ello sería inapropiado porque la legislación premial motiva la racionalidad individual para su beneficio individual frente al sistema de justicia penal. Por tal razón, se cambia el punto de atención hacia la *espontaneidad* y la *persistencia* de la versión incriminadora; mientras que el desinterés se reserva a la relación o voluntad sobre la definición de la situación procesal del *delatado*⁸⁵⁰. Así pues, la respuesta a la segunda pregunta planteada de *cuándo* resalta la relación que existe entre los *elementos de corroboración* y la *declaración del colaborador*, respecto de lo cual hemos dicho que hay una conexión de tipo objetivo, porque los medios probatorios se dirigen a probar la *versión del colaborador*.

Por ello, el juez debe valorar los elementos corroboradores luego de que haya realizado una evaluación de la *fiabilidad subjetiva*, de modo que los elementos subjetivos servirán de soporte de las *declaraciones* que sean aptas para enervar la presunción de inocencia y no se trate de testimonios cuya falsedad resulta evidente sin

⁸⁴⁹ Armenta Deu precisa que las declaraciones deben ser introducidas en el juzgamiento para que tengan valor probatorio. Armenta Deu, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2018, p. 295.

⁸⁵⁰ Deganello, M., *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 163-165.

ingresar a verificar su corroboración⁸⁵¹. Esta necesidad responde a la *ontología de la declaración del colaborador de justicia*, que la hace depender de que se descarte su falsedad y de elementos adicionales que se integran en la valoración judicial; por el contrario, sin la existencia de datos objetivos de corroboración, la *declaración del colaborador de justicia*, aun cuando haya superado la *fiabilidad subjetiva*, debe ser excluida de la formación del convencimiento judicial⁸⁵². Ello tiene una finalidad de garantía porque refuerza la legitimidad constitucional del uso de la delación, puesto que las exigencias epistemológicas contribuyen a la formulación de una mejor motivación de la decisión para que no se inserte un vicio que afecte la inferencia probatoria que haya concluido en que se ha superado la barrera de la presunción de inocencia⁸⁵³.

En segundo lugar, vinculado al último aspecto revisado, encontramos el *tratamiento de la valoración de la declaración del colaborador de justicia*. Sobre el particular, Orlandi afirma que la *declaración del colaborador* “adquiere valor de prueba solo si es confirmada por otros indicios, según la prueba conjetural”⁸⁵⁴. Miranda Estrampes sostiene que la suficiencia probatoria de la declaración del coimputado requiere de pruebas incriminatorias que sean independientes o autónomas aplicando el “modelo de verificación extrínseca reforzada, en la medida en que debe estar relacionada o conectada directamente con la participación del coimputado incriminado en los hechos delictivos imputados”⁸⁵⁵.

Así pues, si aplicamos las reglas generales de la *prueba indiciaria*, tal como manifiesta Lozano, tendría que presentarse una pluralidad de indicios que corroboren la versión del colaborador de justicia, los cuales deben ser congruentes, es decir, que se

⁸⁵¹ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., p. 271.

⁸⁵² Bevere, A., *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, cit., p. 141.

⁸⁵³ Daniele, M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 131.

⁸⁵⁴ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell'esperienza italiana”, cit., p. 253.

⁸⁵⁵ Miranda Estrampes, M., *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*, Justicia Editores, Lima, 2011, p. 133. Talavera describe la posición de Miranda en comparación a la doctrina jurisprudencial peruana expresada en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, de que la corroboración se cumple con la mínima corroboración periférica, asumiendo que estos elementos de corroboración sin llegar a ser autónomos si debe ser pruebas practicadas en el juicio oral. Véase, Talavera Elguera, P., *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*, cit., p. 130.

refieran a los elementos de la narración del colaborador sobre la participación de los delatados en el acto de corrupción pública, y, también, el juez debe aplicar la razonabilidad de la inferencia con la que corrobore la *declaración del colaborador de justicia*; de manera que el material que sirve de base a la decisión judicial contará con indicios plurales que permitan inferir la participación delictiva de los delatados para superar la presunción de inocencia⁸⁵⁶.

Ahora bien, otro punto relevante consiste en que si se puede condenar a los delatados con la sola *declaración del colaborador de justicia*. Al respecto, no nos detendremos en la discusión y aceptamos que una sola prueba de cargo que tenga suficiente fuerza probatoria puede servir de soporte para una condena, de ahí que podríamos aceptar que una sola declaración de un *colaborador de justicia* pueda ser considerada suficiente para condenar. Tal afirmación no significa que la decisión judicial se base solo en la *declaración del colaborador*, sino que no se exija la pluralidad de colaboradores como requisito para una sentencia condenatoria.

Así pues, como partimos de que la *declaración del colaborador de justicia* tiene una *insuficiencia probatoria* para lograr una condena, surge la necesidad de las pruebas adicionales que sirvan para corroborar la versión del delator, los cuales se aportan para superar el problema de insuficiencia de origen. Dichos elementos tienen fuerza o capacidad demostrativa, pero dirigida a la *declaración del colaborador*. No se trata de elementos objetivos que requieran una capacidad demostrativa autónoma, puesto que, de ser el caso, lograrían una autosuficiencia para ser valorados por el juez como pruebas que acreditan la participación delictiva de los procesados⁸⁵⁷.

Adicionalmente, conviene subrayar que los *elementos de corroboración* determinan la exclusión o pérdida absoluta de valor probatorio de la *declaración del colaborador de justicia*, porque actúan como requisitos adicionales de refuerzo en los casos concretos⁸⁵⁸. Ello resulta necesario, porque la *fiabilidad subjetiva positiva* del *colaborador de justicia* respecto de una narración que sea verosímil, coherente y

⁸⁵⁶ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., pp. 285-287.

⁸⁵⁷ Daniele, M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 134.

⁸⁵⁸ De la Rosa Cortina, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, cit., pp. 126-127.

espontánea, no cumple mayor función que reforzar su credibilidad, con lo que permanecería pendiente la superación de la insuficiencia de origen, de manera que un resultado probatorio unido a un resultado de condena deberá basarse en la *declaración del colaborador* reforzada con los elementos de corroboración que en conjunto acrediten que el delatado ha intervenido en la realización del acto de corrupción objeto del proceso penal⁸⁵⁹.

Finalmente, en tercer lugar, una situación específica se presenta con los llamados *colaboradores en cadena*, esto es, que las *declaraciones* no solo tengan una interdependencia o relación por referirse al mismo hecho objeto del proceso penal, sino que el elemento de corroboración del testimonio de un *colaborador* sea la declaración de otro *colaborador*. Esta situación puede suscitarse por un cálculo de interés que realicen los coimputados ante el avance de la investigación o la fuerza de los elementos de convicción que haya recabado el fiscal que se dirigen a acreditar su responsabilidad penal, dentro de los que se podrán encontrar las versiones de *delatores*, por lo que, para lograr ganar algún beneficio en su favor, deciden admitir su responsabilidad⁸⁶⁰ y delatar a los participantes cuya identidad ya ha sido revelada por un delator precedente, lo cual es aportado por el fiscal como elementos de prueba de cargo, todo lo que se conoce también con el nombre de *mutual corroboration*.

Al respecto, Orlandi advierte que, a pesar de ser aceptadas las *declaraciones entrecruzadas*, existe un riesgo de que se configuren versiones artificiales que tengan como finalidad direccionar la investigación⁸⁶¹, más aún si hemos puesto atención en que la *declaración de un colaborador de justicia* corroborada puede alcanzar el estándar probatorio para enervar la presunción de inocencia⁸⁶².

⁸⁵⁹ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., p. 275.

⁸⁶⁰ Fassone, E., “Il Processo penale e la valutazione dell’apporto probatorio del chiamante in correità” en Neuburger, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, cit., pp. 112-113.

⁸⁶¹ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., p. 253.

⁸⁶² Daniele, M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 135.

En la doctrina española la posición mayoritaria se inclina, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁶³, que para condenar a los delatados no es suficiente que existan varias declaraciones de coimputados coincidentes⁸⁶⁴, por ello se considera que el juicio de veracidad de la declaración del coimputado requiere su contraste con otros medios de prueba⁸⁶⁵. De parecer diferente, encontramos a Díaz Pita quien señala como posible que una declaración inculpatória de un coimputado sirva como elemento de corroboración de otra declaración de la misma naturaleza⁸⁶⁶.

Es así como nuevamente, se destaca el papel funcional de los *elementos objetivos de corroboración* que deben ser autónomos en cuanto a la misma *declaración del colaborador de justicia*, sin que lleguen a tener una autosuficiencia probatoria sobre la incriminación de los delatados, de manera que no se puede dar por superada o cumplida la *corroboración* por la simple coincidencia de *versiones de colaboradores de justicia* en contra de un delatado⁸⁶⁷. De este modo, se toman como punto de referencia las siguientes pautas para abordar con una mayor prudencia la valoración de estas declaraciones:

i. *Fiabilidad subjetiva*: Tal como hemos dicho, en este nivel se evalúan los datos de la *personalidad del declarante* y el modo en que narra los hechos ante el juzgador. Pues bien, para los casos de declaraciones entrecruzadas, Orlandi remarca que se debe poner atención en los datos biográficos y las relaciones personales entre los colaboradores, además de la convergencia de sus versiones incriminadoras en contra del delatado o delatados⁸⁶⁸.

⁸⁶³ Rives García describe que la sentencia del Tribunal Supremo del año 2019 (STS núm. 491/2019) cambió el criterio jurisprudencial defendido, por ejemplo, en la STS núm. 1839/2001, de modo que, “la declaración de un coimputado no se corrobora con la de otro u otros coimputados”. STS núm. 491/2019 de 16 de octubre de 2019, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2019\4907]), STS núm. 1839/2001 de 17 de octubre de 2001, (Sala de lo Penal, sección 1.ª [RJ 2001\9653]). Véase, Rives García, Rives García, J.M.ª, “Declaración del coimputado”, cit., p. 790.

⁸⁶⁴ Armenta Deu, T., *Derivas de la justicia. Tutela de derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, cit., p. 198.

⁸⁶⁵ Flores Prada, I., *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, cit., p. 17.

⁸⁶⁶ Véase, Díaz Pita, M.ª P., *El coimputado*, cit., p. 470.

⁸⁶⁷ Lozano Eiroa, M., *La declaración de los coimputados*, cit., p. 272.

⁸⁶⁸ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., p. 253.

ii. *Fiabilidad objetiva*: En cuanto a la *corroboración* de las *declaraciones de los colaboradores de justicia entrecruzadas*, estas deben estar corroboradas por fuentes externas a la propia declaración⁸⁶⁹, de modo que resulta importante que la *autonomía* reduzca los riesgos de la manipulación. Sobre el particular, Bevere menciona la *función gregaria* que debe ser entendida como la acreditación de la credibilidad del *colaborador de justicia* y de la *narración*, mas no sobre el hecho atribuido al delatado, por lo que precisa que tampoco se trata de una función aparente, sino que para confirmar una versión introducida en el juzgamiento que también puede servir para la credibilidad del declarante⁸⁷⁰.

Adicionalmente, las *declaraciones de los colaboradores de justicia entrecruzadas* conllevan riesgos para la presunción de inocencia, pero su valor en la lucha contra la corrupción tampoco puede ser obviado; por eso, es necesario también que los fiscales estructuren su estrategia de investigación para que la relación entre ellas no sea de una dependencia absoluta o causal, al punto que, si se descarta una, determine la pérdida de valor acusatorio de la otra.

En consecuencia, resulta importante la autonomía de los medios probatorios que acrediten las versiones de los *colaboradores*; del mismo modo, es idónea, como medida de precaución contra testimonios fraudulentos, la prohibición de que un mismo abogado defienda a más de un *colaborador de justicia*, aunque esta regla administrativa podría ser eludida fácilmente en la práctica dentro de una estrategia de defensa coordinada o, incluso, en los supuestos en que la jerarquía de la organización está integrada por personajes políticos o magistrados de la propia institución que podrían influir en las versiones no solo para afectar a los delatados, sino también direccionar la investigación.

Sobre el particular, añadimos un caso cuya complicación se genera por la calidad funcional de los integrantes de la organización corrupta y el diseño institucional de enjuiciamiento criminal con el sistema de prerrogativas. Así pues, en el sistema con prerrogativas, problema que hemos destacado en el procesamiento de la corrupción

⁸⁶⁹ De la Rosa Cortina, J.M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, cit., p. 126.

⁸⁷⁰ Bevere, A., *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, cit., p. 164.

pública, los altos funcionarios solo pueden ser procesados, previa autorización parlamentaria, según corresponda, por los magistrados de mayor rango institucional; mientras que los demás integrantes al no tener el aforo sus procedimientos penales se mantienen dentro de la competencia de los fiscales de los niveles jerárquicos inferiores.

En este escenario se genera un problema cuando la *información* introducida por el *colaborador de justicia* en el procedimiento penal seguido en un nivel jerárquico inferior incrimina a altos funcionarios que no están dentro de la competencia del fiscal ni del juez de menor rango. Ante ello, primero debemos resaltar que, a efectos de la valoración, se deben mantener los niveles de la *fiabilidad subjetiva* y *fiabilidad objetiva*.

Sin embargo, la división de competencia funcional de los órganos de persecución y juzgamiento puede afectar la estrategia de investigación, razón por la cual es más idónea la orientación hacia la desaparición de los sistemas de aforados y reducir la lista de altos funcionarios, solo para aquello cuya labor requiera de una estabilidad política dentro del país. Aún en este último supuesto, una vez que se levante el aforamiento, por unidad de investigación, el que deba asumir la competencia integral es el nivel de investigación inicial conformado por los fiscales asignados a la investigación.

Así pues, cuestión particular sucede en el caso peruano, en que existe el proceso especial de colaboración eficaz, por el que el colaborador eficaz deberá ir al procedimiento conexo con el respaldo de su derecho al silencio y el proceso especial contra altos funcionarios que tiene sus propias reglas de competencia. Por ello, lo más idóneo es que todos los actos cometidos por una organización criminal sean de competencia del mismo nivel jerárquico en la administración de justicia porque garantiza una mejor circulación probatoria y labor de corroboración.

Finalmente, señalamos que en la libre valoración probatoria debe prestarse atención a las relaciones precedentes entre los *colaboradores* que permitan descartar que se trate de versiones no solo impulsadas por el interés de obtener un beneficio, sino que puedan ser falsas o intenten cubrir a los líderes de la organización a costa de los denominados *perejiles*, todo esto sumado a que, como destaca Orlandi, el juez en la valoración probatoria debe ser consciente de que está ante una situación de desequilibrio

por la fuerza motivadora del premio que reduce la dialéctica probatoria; de tal manera que los criterios expuestos deben ser considerados y expresados, de lo contrario, se configuraría un vicio de motivación⁸⁷¹.

5. LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZAR EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

El presente aspecto de análisis lo hemos ubicado de manera independiente, puesto que es un problema derivado de la *valoración probatoria* y la *exigencia de valoración* que, a la vez, sirve de antecedente para el próximo capítulo en que abordaremos las cuestiones vinculadas a la *impugnación* de las resoluciones que resuelven el otorgamiento de los beneficios premiales en favor de los *colaboradores de justicia*.

Así pues, nos referimos al *estándar de prueba* aplicable para enervar la presunción de inocencia en los procesos penales por corrupción pública, en los que existan *colaboradores de justicia*. Ahora bien, como se ha dicho anteriormente, estamos en un escenario de balance constante entre la protección constitucional del derecho fundamental mencionado y la necesidad de que un proceso penal eficiente no solo garantice que no se condenará a un inocente, sino que también no se convertirá en un instrumento inútil en el que no se logren las condenas por la rigidez de un estándar de prueba al que el juez debe atenerse para poder emitir una sentencia condenatoria sin vicios de motivación, lo que se evidencia en la crisis de investigación que genera la corrupción pública en la que intervienen políticos con capacidad de perturbación de la actividad procesal de la Fiscalía.

Así pues, comencemos indicando que la *finalidad del proceso penal de búsqueda de la verdad* no puede alcanzarse por encima del respeto de las mínimas garantías reconocidas por el orden constitucional a los imputados que no pierden sus derechos ciudadanos dentro del proceso penal en el que la consecuencia de la decisión judicial puede afectar su libertad; razón por la cual, a diferencia del proceso civil, la suficiencia probatoria para condenar a una persona tiene mayor exigencia. De esa

⁸⁷¹ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., pp. 252-253.

manera, se introduce en el debate el *estándar probatorio* que debe ser más que en el civil, porque no se trata del pago de dinero, sino que la Fiscalía o la defensa con sus argumentos logren convencer al juez de la culpabilidad o no del acusado⁸⁷².

Ante ello, surge la pregunta: ¿cuál debe ser dicho estándar?, que es respondida de manera automática, con convencionalismo procesal, afirmando que es el estándar del *más allá de toda duda razonable*, una expresión que se convierte en una barrera o requisito formal para la decisión judicial que se ubica, a su vez, como una pauta o directriz en el momento en que el juez tomará la decisión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (*burden of persuasión*)⁸⁷³.

Así pues, este *estándar* de origen anglosajón ha sido introducido en el sistema eurocontinental aplicable al proceso penal, por el que se establece una pauta general de actuación para el razonamiento judicial consistente en la verificación de los argumentos de la parte acusatoria y negación de las argumentaciones defensivas que tenga como resultado un *juicio probabilístico* con credibilidad racional⁸⁷⁴. Ahora bien, el “*más allá de toda duda razonable*”, como *estándar probatorio* no solo se restringe al proceso decisorio de condena, sino a toda decisión que se deba tomar dentro del proceso⁸⁷⁵.

Por ejemplo, el TEDH menciona su aplicación para la evaluar la imparcialidad judicial ante la decisión de una recusación:

⁸⁷² Dershowitz, A., *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O. J. Simpson*, Giuffrè Editore, Milán, 2007, p. 31. De manera diferente, Ferrer Beltrán señala que en la actualidad las fronteras entre el proceso civil y proceso penal se han reducido y que resultaría idónea repensar que los estándares de prueba podrían enfocarse al tipo de delito y la sanción, mientras que en la jurisdicción civil referirse a las consecuencias jurídicas que se puedan imponer. Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 139-141.

⁸⁷³ Nieva Fenoll señala que el “*más allá de toda duda razonable*” surgió como una instrucción dirigida a los jurados legos en derecho y que la “*duda razonable*” se basa en la “*certeza moral*”, ambas en conjunto guían el actuar judicial. Nieva Fenoll, J., “*La razón de ser de la presunción de inocencia*”, en *InDret*, N.º 1, 2016, p. 14.

⁸⁷⁴ Baudi, A., *La ragione nel processo. Un viaggio umano tra il dramma del dubbio e la cultura della verità*, Rubbettino, Catanzaro, 2018, p 133.

⁸⁷⁵ Ferrer Beltrán precisa que una función de los estándares de prueba es justificar las decisiones probatorias, por lo que, se configuran como criterios que utiliza el órgano judicial para una decisión que requiera de valoración probatoria. Ferrer Beltrán, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 110.

“99. Para que los tribunales infundan la confianza necesaria en el público, también es necesario tener en cuenta consideraciones orgánicas [...]. La existencia de procedimientos nacionales destinados a garantizar la imparcialidad, es decir, normas sobre la recusación de jueces, es un factor relevante. Tales reglas expresan la preocupación del legislador nacional por eliminar cualquier duda razonable sobre la imparcialidad del juez o tribunal en cuestión y constituyen un intento de asegurar la imparcialidad eliminando el motivo de preocupación en el asunto. Además de garantizar la ausencia de un sesgo genuino, su objetivo es eliminar cualquier apariencia de parcialidad y así fortalecer la confianza pública que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar [...]. La Corte tendrá en cuenta estas reglas al evaluar si el tribunal fue imparcial y, en particular, si los temores del demandante pueden considerarse objetivamente justificados [...]”⁸⁷⁶.

Otro ejemplo, desde la jurisprudencia del TEDH es la aplicación del estándar para la determinación de la condición económica para pagar a un abogado:

“34. No obstante, hay que reconocer, como hizo el Delegado de la Comisión, que en la práctica es imposible demostrar hoy que en 1977 el Sr. Pakelli no tenía los medios para pagar a su abogado. Sin embargo, hay algunos indicios de que así fue. Por tanto, no hay razón para suponer que el señor Rauschenbusch no hubiera podido obtener el certificado antes mencionado; a este respecto, cabe señalar que su cliente había pasado dos años detenido en la República Federal de Alemania antes de regresar a Turquía en 1976 [...]. Además, el Sr. Pakelli presentó a la Comisión en 1979 una declaración de medios y certificados de las autoridades turcas competentes, este último basado en la declaración de bienes y rentas que había realizado a efectos fiscales el año anterior. De estos documentos se desprende que se dedicaba a negocios a pequeña escala y que su situación financiera era modesta. Estos datos, que, además, no fueron controvertidos por el Gobierno, llevaron a la Comisión a concederle asistencia jurídica gratuita [...]. Es cierto que estos datos no son suficientes para probar más allá de toda duda que el solicitante era indigente en el momento pertinente; sin embargo, habida cuenta de su ofrecimiento al Tribunal Federal para probar su falta de medios y en ausencia de indicaciones claras en contrario, llevan al Tribunal a considerar la primera de las dos condiciones contenidas en el artículo 6 párr. 3 (c) (art. 6-3-c) como satisfecho”⁸⁷⁷.

Prosigamos con la aceptación e introducción de este estándar de prueba en los ordenamientos procesales, sea con un reconocimiento legal expreso o por desarrollo jurisprudencial. Así pues, en Italia, el art. 533 CPPI establece que el juez cuando pronuncia la sentencia condenatoria por el delito imputado debe hacerlo *más allá de*

⁸⁷⁶ STEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef contra Malta, (Gran Sala. [JUR 2009\422924]).

⁸⁷⁷ STEDH de 25 de abril de 1983, caso Pakelli contra Alemania, [TEDH 1983\6]).

toda duda razonable. Citamos, a modo de ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Casación que realiza la siguiente puntualización:

“El criterio de más allá de toda duda razonable permite dictar sentencia de condena con la condición de que de la prueba obtenida de fuera solo reconstrucciones alternativas que constituyan eventualidades remotas y cuya realización en concreto carece de la más mínima confirmación en emergencias procesales”⁸⁷⁸.

También en España la legislación procesal hace mención a la *duda razonable* en el trámite del *recurso de revisión*, en específico, el art. 957 LECrim señala que la sala podrá disponer la ejecución de diligencias para resolver la autorización o denegatoria de la interposición del recurso de revisión, la pertinencia de estas diligencias se fundamenta en la existencia de *dudas razonables* que tenga la sala sobre el caso en concreto. Igartua Salaverria señala que la denominada “duda razonable” está ubicada “en la meta de llegada (en la aplicación del estándar de prueba al material probatorio reunido y valorado) y no en el punto de partida del proceso”⁸⁷⁹.

Ahora, en cuanto a la sentencia condenatoria, ya hemos descrito que el criterio de consciencia en la valoración probatoria regulado en el art. 741 LECrim no implica un reconocimiento de una discrecionalidad absoluta, sino también la exigencia de la motivación en la que se exprese que la culpabilidad ha sido determinada *más allá de toda duda razonable*, esto último conforme al desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional español que lo ubica en conexión con el respeto de la *presunción de inocencia*:

“La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio –que sería la relevante en este caso– opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las

⁸⁷⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 34489/2020 de 29 de octubre de 2020, (Sección tercera penal, ([ECLI:IT: CASS:2020:34489PEN])).

⁸⁷⁹ Igartua Salaverria, J., *Indicios, duda razonable, prueba científica (perspectivas sobre la prueba en el proceso penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 64.

garantías; pero, puesto que la jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex art. 117.1 C.E⁸⁸⁰”.

En el Perú, el Código Procesal Penal no contiene una disposición específica sobre el *estándar de prueba del más allá de toda duda razonable*. Por ello, se aplica una interpretación concordada del art. II del Título Preliminar con el art. 398, puesto que se exige para el respeto de la *presunción de inocencia* que la existencia de duda debe ser resuelta en favor del imputado; y, cuando regula la motivación de la sentencia absolutoria, el legislador exige que el juez destaque el motivo de la absolución, entre los que se incorpora la *subsistencia de duda* de la *culpabilidad*. Además, la Corte Suprema peruana ha desarrollado la relación entre el *estándar de prueba*, la *presunción de inocencia* y la *motivación*, como se lee en la siguiente resolución:

“La duda razonable, también denominada en latín como *in dubio pro reo* (la duda favorece al reo), constituye uno de los pilares sobre los cuales descansa el proceso penal en un Estado constitucional de derecho; y aun cuando dicho principio no se basa directamente en el artículo ciento treinta y nueve, inciso once, de la Constitución Política del Estado, pues este únicamente consagra al instituto de la duda, desde un punto de vista de preferencia normativa, esto es, en caso de existir duda en la aplicación de una ley penal o en el supuesto de conflicto, debe preferirse la más favorable al reo; sin embargo, al hacerse una valoración e interpretación sistémica se puede inferir también que se está en el ámbito de la duda cuando existen pruebas, tanto de cargo como de descargo, que no rompen la situación de oscuridad impositiva de asumir la certeza, debido a que ambas partes procesales (acusadora y acusada) han aportado elementos a favor de sus respectivas posiciones, situación en que nuestro sistema procesal penal opta por favorecer a la parte acusada cuando se produce este tipo de situaciones”⁸⁸¹.

Prosigamos en nuestro análisis. Tal como hemos visto, la incorporación del *estándar de más allá de toda duda razonable* se vincula con la *presunción de inocencia* y la *motivación de las resoluciones judiciales*. Así pues, el resultado del *libre convencimiento judicial* de la responsabilidad penal del acusado que enerva la *presunción de inocencia* debe ser plasmado en la sentencia, mediante un argumento que

⁸⁸⁰ STC núm. 81/1998 de 6 de mayo de 1998 (Pleno, RTC 1998\81). STC núm. 261/2005 de 24 de octubre de 2005, [RTC 2005\261].

⁸⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N.º 2085-2017-Junín de 3 de julio de 2018, Primera Sala Penal Transitoria.

sea creíble, el cual da soporte a la sentencia⁸⁸²; además, la motivación de las resoluciones está integrada dentro de la *tutela judicial efectiva*⁸⁸³. Por el contrario, si se emiten sentencias sin motivación o falsas motivaciones, se configuran vicios de nulidad que infringen la *presunción de inocencia* y, de manera más general, como señala Colamussi –desde una lectura constitucional–, la infracción del debido proceso, debido a que la *regla del más allá de toda duda razonable* garantiza que la decisión contenida en la sentencia sea justa⁸⁸⁴.

Dicho lo anterior, el *estándar de más allá de toda duda razonable* debe ser empleado por el juez en el *momento de la decisión*. Sobre el particular, Dalia destaca que esta regla de decisión se puede identificar en la obligación constitucional que tienen los jueces de motivar su decisión de una forma que se pueda apreciar la ausencia de duda respecto de la culpabilidad del acusado⁸⁸⁵, de manera que el juez tendrá presente que su libertad de convicción tiene un límite que debe ser superado, esto es, la inexistencia de “dudas” que sean “razonables”.

En caso contrario, se aplica la regla de juicio de la presunción de inocencia que exige que ante la existencia de la duda razonable debe resolverse en favor del acusado, dicha duda puede referirse a la existencia del hecho o a la participación delictiva del acusado⁸⁸⁶. Al respecto, Zaza señala que de ambos elementos la complejidad se encuentra en la definición de cuando una *duda* es razonable, puesto que, en el caso de la *duda* se aplica su definición lingüística tradicional y el elemento “razonable” que se

⁸⁸² Chiavario, M., *Diritto processuale penale*, cit., p. 385.

⁸⁸³ Gascón Abellán señala que “la importancia de la motivación se ve reforzada en un Estado que se quiera democrático, pues la democracia se basa en la participación del pueblo en la adopción de decisiones colectivas, y es un error pensar que la decisión judicial tiene únicamente una dimensión privada, que interesa solo a las partes directamente afectadas por ella”. Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 192.

⁸⁸⁴ Colamussi, M., “Oltre il ragionevole dubio: Il principio e la Costituzione”, en Incampo, A./Scalfati, A., (cords)., *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Cacucci Editore, Bari, 2017, p. 175.

⁸⁸⁵ Dalia, G., *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, CEDAM, Milán, 2018, p. 78. Nieva Fenoll para excluir las intuiciones dentro de la resolución judicial señala que debe regir la regla de que “lo que no se puede motivar legítimamente no existe”. Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, cit., p. 208.

⁸⁸⁶ Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 158.

añade, cual predicado que determina la intensidad de la duda, debe ser objetivable con criterios que podrán ser verificados posteriormente⁸⁸⁷.

Ante la indefinición normativa de la razonabilidad de la duda que se produce en el momento de la decisión judicial, asume un papel importante la lógica de la argumentación judicial expuesta en la sentencia. Tal como describe Triggiani, el resultado de la valoración conjunta de las pruebas deberá permitir al juez sustentar racionalmente que la hipótesis acusatoria ha sido confirmada y, a la vez, excluye, por rechazo o insuficiente confirmación, la hipótesis de absolución⁸⁸⁸, es así como se “puede individualizar el contenido de un principio normativo, como el de la razonable duda, que opera en la misma materia”⁸⁸⁹.

Dicho lo anterior, la regla de juicio del *más allá de toda duda razonable* sirve como pauta de decisión judicial, cuyo control posterior se podrá realizar por la exigencia, también constitucional, de la *motivación de las resoluciones judiciales*, puesto que la expresión “más allá” implica la exclusión de cualquier duda que sea razonable que confirme la hipótesis acusatoria en contra de la hipótesis de la defensa dentro de la dialéctica probatoria⁸⁹⁰.

Así pues, se presenta un equilibrio para el ejercicio de la prerrogativa jurisdiccional de obtener su convicción sin estar sujeto a parámetros normativos que conviertan al proceso de decisión en un recorrido automático, más allá de las reglas de valoración, que hemos expuesto, enfocadas en la limitación del material probatorio utilizado para la decisión o la exclusión de los elementos probatorios prohibidos, lo cual debe ser expuesto con la *motivación* que garantiza que el juez cuando decida respete el principio de legalidad, a lo que se suma la regla de juicio, con lo que se confirma que el

⁸⁸⁷ Zaza, C., *Il ragionevole dubio nella logica della prova penal*, Giuffrè Editore, Milán, 2008, pp. 19-20.

⁸⁸⁸ Triggiani, N., “Lo *standard* demostrativo nella decisione di colpevolezza”, en Incampo, A./Scalfati, A., (coords), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, cit., pp. 336-337. Ferrer Beltrán sostiene dos condiciones para que se pueda considerar probada la hipótesis acusatoria que son, primero, que pueda explicar coherentemente los datos disponibles en el proceso, y, segundo que se refuten todas las demás hipótesis posibles de defensa. Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 147.

⁸⁸⁹ Zaza, C., *Il ragionevole dubio nella logica della prova penal*, cit., p. 21

⁸⁹⁰ Nieva Fenoll señala que es un consenso doctrinal que en la segunda instancia se pueda revisar el razonamiento judicial que expresa la valoración de la prueba. Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, cit., p. 349.

libre convencimiento judicial no permite una plena libertad cognitiva del juez, porque su decisión racional tendrá que ser traducida en la sentencia motivada⁸⁹¹.

Adicionalmente, cabe mencionar que *razón* y *duda* están relacionadas. Tal como describe Incampo, la razón necesita de la duda y la duda tiene sentido por la razón; por ende, no se contradicen, de ahí que el autor precisa que no se puede fingir que no existan dudas, porque su existencia no impide que se determine que la razón está en una de las partes y las dudas quedan para la otra⁸⁹². Nieva Fenoll afirma que la duda razonable no es un método de averiguación judicial, sino el razonamiento hipotético que aplican para decidir⁸⁹³, así pues, Igartua Salaverría desarrolla que la condena para que supere la “duda razonable” debe de superar la *duda interna* que afecta la coherencia y suficiencia probatoria de la hipótesis acusatoria y la *duda externa* que el descarte las otras alternativas sobre los hechos acusados⁸⁹⁴.

En consecuencia, el *libre convencimiento judicial* respeta la *discrecionalidad* del juez cuando valora la prueba y decide sobre la condena o absolución del acusado, pero, como no se reconoce una libertad absoluta o arbitraria, sino que su decisión sea producto del razonamiento judicial, deberá poder ser motivada por la lógica o un criterio de valor⁸⁹⁵. Gimeno Sendra recuera que la motivación de la sentencia es un deber implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁹⁶. Así pues, a través de la motivación, el juez hace pública las razones de su decisión, lo que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia⁸⁹⁷.

⁸⁹¹ Della Monica, G., *Contributo allo studio della motivazione*, CEDAM, Milán, 2002, pp. 35.-36. Cabe precisar que, el deber de motivar comprende a todas las pruebas practicadas en el juicio oral. Véase, Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 202- 206.

⁸⁹² Incampo, A., “Propter iustos. Probabilità e ragione del dubbio nella giustizia penale”, en Incampo, A./Scalfati, A., (coords.), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, cit., p. 78.

⁸⁹³ Nieva Fenoll, J., *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 79.

⁸⁹⁴ Igartua Salaverría, J., *Indicios, duda razonable, prueba científica (perspectivas sobre la prueba en el proceso penal)*, cit., p. 138.

⁸⁹⁵ Baudi, A., *Prova ed ermeneutica. La conoscenza del fatto nel processo*, Rubbettino, Catanzaro, 2011, p. 208.

⁸⁹⁶ Gimeno Sendra, V., *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 95.

⁸⁹⁷ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 461.

Llegados a este punto, entremos a analizar la relación entre el cumplimiento de la regla del *más allá de toda duda razonable* y la *emergencia procesal* en la lucha contra la corrupción pública. Para ello, recordemos que hemos descrito que la aplicación del *estándar probatorio* no se refiere a una cuestión científica ni una fórmula matemática de cumplimiento en el *momento de decisión*, sino de una regla de orientación para el juez que se basa en una lógica probatoria de afirmación de una hipótesis frente a otra, lo cual nos conduce a reflexionar acerca de cuán rígida resulta la aplicación de la exclusión de cualquier *duda razonable* para poder emitir una sentencia condenatoria en los casos de corrupción pública donde existen las deficiencias en la incorporación de pruebas que acreditan la imputación y, de esa manera, se aumenta la sensación de impunidad.

Ante tal escenario, surge la pregunta de si el *estándar probatorio* se habría convertido en un muro formal y rígido que reduce la eficiencia en el proceso penal en los procesos en contra del crimen organizado y la corrupción. Sobre el particular, Gómez Colomer adelanta la idea de considerar una excepción o flexibilización del clásico estándar de libre valoración de la prueba para los casos de corrupción pública⁸⁹⁸, lo cual precisa en su *Contracción del derecho procesal penal* una reducción de la rigidez de interpretación para “su aplicación para condenar basándose en la inexistencia de una prueba de cargo suficiente, sino en una presunción de culpabilidad que, por ello mismo está fundada en uno o varios indicios de cargo”⁸⁹⁹.

Así pues, enseguida desarrollaremos algunas ideas en torno a esta propuesta necesaria. En primer lugar, recordemos que no estamos ante cualquier tipo delictivo, sino ante un fenómeno criminal en crecimiento que distorsiona el funcionamiento del Estado en la consecución de un buen uso de los recursos públicos en beneficio de la ciudadanía, con el objetivo de satisfacer sus intereses personales; a su vez, se caracteriza por su difícil comprobación, dado que su realización es clandestina y se complejiza con el silencio de los intervinientes por los beneficios que se reparten.

⁸⁹⁸ Gómez Colomer, J. L., “Proceso penal y corrupción: consideraciones sobre el fracaso general de su persecución y castigo”, cit., p. 14.

⁸⁹⁹ Gómez Colomer, J. L., *La contracción del derecho procesal penal*, cit., p. 471.

Al respecto, como recuerda Orlandi, la problemática de los *delitos oscuros* no se resuelve con el incremento de las sanciones penales –solución recurrida por las políticas penales de los países–, que no hace más que ahondar la deslegitimación e ineficiencia del sistema penal, con lo que se muestra que la dificultad probatoria se refleja en cómo adecuar la exigencia de determinación con la formulación del tipo penal⁹⁰⁰.

Así pues, la *corrupción pública* entra dentro de los delitos oscuros con una gran incidencia tanto en la actividad probatoria como en la decisión judicial, puesto que en la actualidad la pluralidad de partícipes incluye a actores políticos o se trata de organizaciones criminales con una aparente actividad empresarial lícita. Aquí conviene hacer una precisión sobre la realidad peruana, respecto al desarrollo de la relación entre los *medios de comunicación* y el *proceso penal*, dado que el estudio de la llamada *justicia paralela* ha incidido en la afectación de los derechos del acusado frente a la presión mediática, lo cual se evidencia con las publicaciones en los medios de comunicación sobre el contenido de actuaciones procesales; sin embargo, el mismo efecto de presión contra los magistrados a cargo de los procedimientos penales o de los magistrados que tienen a su cargo la dirección del Poder Judicial o Ministerio Fiscal puede producirse con los medios de comunicación escrita y audiovisual, incluso, con temas que escapan de la esfera funcional⁹⁰¹.

Así pues, en términos generales, Giostra nos señala que la prohibición de publicación de los actos procesales tiene como finalidad evitar las presiones sobre los magistrados en los procesos penales de relevancia social; no obstante, la información judicial puede darse a conocer por declaraciones extraprocesales con la intención de que, con una campaña periodística, se posicione una de las hipótesis de argumentación en el procedimiento penal concreto⁹⁰². Esta situación se agrava con la presencia de las

⁹⁰⁰ Orlandi, R., “In memoria di César Barrientos. Riflessioni attuali su un passo di Césare Beccaria a propósito dei delitti di prova difficile”, en Gómez Colomer, J. L., (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2015, p. 108.

⁹⁰¹ San Miguel Caso señala que la defensa puede hacer uso de los medios de comunicación para generar una corriente de opinión favorable a la absolución. San Miguel Caso, Ch., “La cobertura mediática en el sistema de la estrategia de la defensa penal”, en Rodríguez-García, N./Carrizo González-Castell, A./Leturia Infante, F. (dirs.), *Justicia penal pública y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 375-376.

⁹⁰² Giostra, G., *Processo penale e informazione*, Giuffrè Editore, Milán, 1989, pp. 333-334.

redes sociales, donde el control de la información se reduce y mezcla con las noticias falsas que buscan cumplir el objetivo de hacer prevalecer la hipótesis defensiva, a través de un desprestigio de los fiscales o minando la actividad de investigación para reducir la posibilidad de que surjan colaboradores de justicia⁹⁰³.

Ahora bien, de forma ilustrativa, y desde el caso peruano, Pérez Gómez, fiscal que ha tenido a cargo las investigaciones de la corrupción de Odebrecht en el Perú, ha publicado un artículo -cual testimonio- en el que concluye que “hoy en día se emplean las redes sociales como herramientas de desinformación y de noticias falsas para desacreditar o deslegitimar a los fiscales del caso Lava Jato, con la intención de conseguir que los desertores de sus organizaciones desconfíen de ellos, de manera que sientan temor de colaborar con la justicia”⁹⁰⁴. De mayor magnitud, puede hacerse referencia el caso de los ataques contra la fiscal de la Nación peruana durante las investigaciones por presuntos actos de corrupción imputados al expresidente José Pedro Castillo Terrones, junto con otros altos funcionarios que gozaban de las prerrogativas procesales de aforados.

Dicho lo anterior, la *corrupción pública* tiene diversos factores que no solo afectan la investigación, sino que también perturban o disuaden un *razonamiento judicial* en favor de sus intereses⁹⁰⁵. Ahora bien, tampoco existe duda sobre la preocupación internacional por la *corrupción*; no obstante, carecemos de una estrategia integral, puesto que el enfoque de criminalización de la corrupción que se promueve con los instrumentos internacionales no es suficiente para combatirla al interior de los

⁹⁰³ García-Perroté, F., *Los juicios paralelos*, Atelier, Madrid, 2017, p. 70.

⁹⁰⁴ Pérez Gómez, J. D., “La desinformación y las noticias falsas: De Montesinos a Lava Jato”, en Gálvez Condori, W./Espezúa Salmón, B. (coords.), *Historia y Derecho. 200 años de república visto desde el altiplano del sur peruano*, t. II, Zela, Puno, 2020, p. 249.

⁹⁰⁵ Adicionalmente a los factores descritos, podemos sumar las estrategias de las organizaciones criminales para asegurar el silencio de sus integrantes; por ejemplo, La Licata describe que la Costa Nostra para combatir el pentitismo cambió la estrategia de la venganza y sanción de muerte por la del perdón, que permite recuperar al hijo pródigo. La Licata, F., “Mafia, politici e pentiti”, en Dino, A., *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, cit., p. 81. Así como, la misma corrupción judicial que pueda ceder ante el pago de coimas para garantizar una decisión en favor de la absolución vinculada a una estrategia periodística que sirva de aval para intentar legitimar la sentencia.

países, de manera que se hace necesario el impulso de otras medidas que fomenten la eficiencia en la lucha contra la corrupción⁹⁰⁶.

En esta búsqueda de otros elementos que coadyuven a la finalidad de combatir la corrupción, encontramos la reflexión de cómo cumplir el *más allá de toda duda razonable*, que se enmarca en el fuero interno del juez, porque la *duda* en el proceso - remarca Cordero- “es la situación mental generada por la prueba insuficiente o contradictoria”⁹⁰⁷, respecto de lo que no se puede debatir acerca de cuándo se presenta, más si en el ámbito de su *razonabilidad* que es verificable en la motivación.

Como hemos dicho, no se puede exigir ni establecer en la ley que en los casos de corrupción pública no se aplique el *estándar de prueba*, porque sería una puerta de entrada a la libertad absoluta del juez para decidir; sin embargo, sí es posible fundamentar y defender una flexibilización del estándar, sin vulnerar el *debido proceso* y la *presunción de inocencia*, a través del cumplimiento de la motivación, en la que se podrá confirmar la responsabilidad penal del acusado con los resultados de prueba que afirman la culpabilidad y, al mismo tiempo, negar las condiciones que permitan dictar una sentencia de absolución⁹⁰⁸.

Cabe añadir que, en adición a la función procesal de control que garantiza la motivación, esta también cumple una función extraprocesal que le otorga una “autonomía conceptual respecto al contexto de la decisión, en la clara conciencia que cumple esta función la motivación en sí, independientemente del resultado del juicio”⁹⁰⁹. De este modo, el reconocimiento de una función *extraprocesal* de la *motivación* resalta la *razonabilidad* requerida para las dudas que puedan conllevar a la

⁹⁰⁶ Bachmaier Winter, L., “La lucha contra la corrupción y la contribución del Consejo de Europa a través del Greco: ¿Un modelo a seguir?”, en Gómez Colomer, J. L., (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, cit., p. 124.

⁹⁰⁷ Cordero, F., *Procedura penale*, cit., p. 996.

⁹⁰⁸ Locatelli, G., “La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali”, en Dinacci, F. R., *Processo penale e Costituzione*, cit., p. 461. Igartua Salaverria afirma que “una hipótesis alternativa mínimamente verosímil arruina la *conclusividad* que el estándar del «del más allá de toda duda razonable» impone el resultado probatorio de la hipótesis acusatoria”. Igartua Salaverria, J., *Indicios, duda razonable, prueba científica (perspectivas sobre la prueba en el proceso penal)*, cit., p. 156.

⁹⁰⁹ Della Monica, G., *Contributo allo studio della motivazione*, cit., p. 45.

absolución de un acusado de corrupción⁹¹⁰, por lo que consideramos que la flexibilización del *estándar* no afecta la obligación de motivación, sino que está orientada al razonamiento judicial con base en el material probatorio permitido para la decisión.

Así pues, más allá de ponerse en riesgo la *presunción de inocencia*, en ella encontramos precisamente la posibilidad de interpretación u orientación para lograr una mayor eficiencia en el proceso penal. Es así como la *regla de la carga de la prueba* asume un papel importante en esta situación, porque la consecuencia del incumplimiento o satisfacción de las cargas probatorias produce la decisión judicial contraria a los intereses del obligado.

Ahora bien, no nos detendremos en el debate sobre la posible eliminación o abandono del concepto procesal de *carga de la prueba*⁹¹¹; por el contrario, nos ubicamos en el estado actual de su utilización en los ordenamientos procesales. Así, por ejemplo, citamos la jurisprudencia del TEDH desde 1988:

“76. En el ámbito penal, el problema de la práctica de la prueba tiene que considerarse a la vista de los apartados 2 y 3 del artículo 6 del Convenio [...].

77. El primero reconoce el principio de la presunción de inocencia. Exige, entre otras cosas, que los miembros del Tribunal, al desempeñar sus funciones, no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el acto de que se trata; la carga de la prueba recae sobre la acusación y la duda favorece al acusado. Además, la acusación tiene que informar al interesado de lo que se le imputa –con la finalidad de que pueda preparar y formular su consiguiente defensa– y proponer las pruebas suficientes para fundamentar la declaración de culpabilidad⁹¹².

⁹¹⁰ Pico I Junoy afirma que una de las finalidades de la motivación consiste en “lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido”. Pico I Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 81.

⁹¹¹ Por ejemplo, Nieva Fenoll señala que sí es posible un proceso sin carga. Nieva Fenoll, J., “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en Nieva Fenoll, J./Ferrer Beltrán, J./Giannini, L., *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, 2019, p. 44. Igualmente, Ferrer sostiene que debe reconsiderarse la aplicación del estándar de “más allá de toda duda razonable” en todos los procesos penales”. Ferrer Beltrán, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, cit., p. 157.

⁹¹² STEDH de 6 de diciembre de 1988, Caso Barberà, Messegué y Jabardo contra España, [TEDH 1994\22].

De igual manera que se hizo con el *estándar probatorio*, repasaremos rápidamente la vigencia de la *regla de la carga de la prueba* en los ordenamientos español, italiano y peruano. Así pues, en el caso español podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional de 1991:

“Si el Tribunal tan sólo puede, pues, fundamentar su sentencia condenatoria en auténticos actos de prueba, y todo acusado se presume inocente hasta que sea definitivamente condenado, lógicamente la presunción de inocencia ha de incidir también en las reglas de distribución de la carga material de la prueba, produciendo un desplazamiento de la misma hacia la parte acusadora: Incumbe a la acusación, y no a la defensa (quien, en otro caso, se vería sometida a una *probatio* diabólica de los hechos negativos) probar en el juicio oral los elementos constitutivos de la pretensión penal o, lo que es lo mismo, la realización de esa actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar dicha presunción constitucional [...]”⁹¹³.

En Italia encontramos como ejemplo una sentencia de casación en el que se analiza la carga probatoria de la defensa, lo cual nos servirá más adelante para las afirmaciones sobre qué es lo que el acusado tendrá deber de probar en el desarrollo del proceso penal por corrupción pública:

“Se ha afirmado reiteradamente que la indicación en la legislación del método científico para detectar el nivel de alcohol mediante el uso de la llamada prueba de alcohol no introduce una prueba legal, pero se justifica en relación con la necesidad de proporcionar al juez de índices de evaluación caracterizado por el menor grado posible de subjetividad y arbitrariedad [...] especificando además que el resultado positivo de la prueba de alcoholemia constituye prueba de la existencia del estado de ebriedad, y es responsabilidad del imputado aportar cualquier prueba contraria a esta valoración demostrando defectos o errores de instrumentación o método en la ejecución de la aspiración, no siendo suficiente la mera alegación de la existencia de defectos o falta de homologación del equipo”⁹¹⁴.

⁹¹³ STC núm. 140/1991 de 20 de junio de 1991 (Sala Primera, RTC 1991\140). STC núm. 104/1992, de 1 de julio de 1991, (Sala Primera, [RTC 1992\104]): “Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: De un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución; y, de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuar esa presunción de inocencia, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea tanto con respecto a la existencia del hecho punible como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado”.

⁹¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 36783/2020 de 12 de diciembre de 2020, (Sección cuarta penal, ([ECLI:IT: CASS:2020:36783PEN])).

En cuanto al Perú, la regla de la carga de la prueba está regulada de manera expresa en el primer párrafo del art. IV del Título Preliminar CPPP en el que se establece que el Ministerio Público “*tiene el deber de la carga de la prueba*”, el cual debe leerse en concordancia con el art. II CPPP que regula que la decisión de condena debe basarse en una “*suficiente actividad probatoria de cargo*”; además, citamos una jurisprudencia sobre la inversión de la carga de la prueba en los casos de enriquecimiento ilícito en el Perú:

“5.5. Las fuentes internacionales antes citadas, hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y nos muestra de un modo relativo la inversión de la carga de la prueba. En donde la carga de probar, está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita”⁹¹⁵.

Dicho todo lo anterior, la vigencia de la *carga de la prueba* en el proceso penal no está basada en mero asunto de preferencia, sino por establecer un equilibrio dentro de una estructura en la que el ciudadano-imputado se enfrente al representante de la sociedad que le adjudica la comisión de un delito. Por ello, recurrimos a la idea de *leyes procesales naturales*, con las que podemos afirmar la existencia de principios que tienen una connotación en el diseño político del proceso. Cordero destaca la importancia de la estructura *triádica del proceso*, pero, sobre todo, cierra el apartado de la relación entre el proceso y la cultura con la indicación de que “los laberintos del procedimiento son mortalmente peligrosos cuando no los ilumina el sentido de la realidad”⁹¹⁶.

Así pues, el *proceso penal* sirve de garantía para la libertad de los ciudadanos; de ahí que el *debido proceso* o *proceso justo* oriente su configuración para la tutela de los derechos ciudadanos ante el siempre represor derecho penal⁹¹⁷, lo que no implica un sistema de justicia penal desconectado de la realidad en la que se desarrolla, razón por la

⁹¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación N.º 953-2017-Lima de 3 de julio de 2018, Sala Penal Transitoria.

⁹¹⁶ Cordero, F., *Procedura Penale*, 4.ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 1977, p 24.

⁹¹⁷ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 32.

cual la *carga de la prueba* tiene una finalidad política dentro del diseño del proceso, dado que el fiscal, si bien no forma parte del Poder Judicial, no deja de ser un órgano estatal con la función de persecución. Por eso, la *exigencia de que asuma la carga probatoria*, a diferencia del *proceso civil*, tiene una importancia desde una perspectiva constitucional, lo que tampoco nos puede conducir a negar, y aquí nos centraremos líneas seguidas, que la defensa asume una carga de prueba ante el cumplimiento de la acreditación de los elementos constitutivos de pretensión acusatoria.

Así pues, desde una lectura resumida, la *carga de la prueba* vinculada a la presunción de inocencia se ubica dentro del *momento de decisión judicial* y sirve de regla de cómo resolver en los casos de incerteza, toda vez que el fiscal tiene impuesta la carga de la probanza de la culpabilidad del acusado y este tiene a su favor la existencia de dudas que conllevan a su absolución⁹¹⁸. En la línea de lo que desarrollamos, la carga de la prueba impuesta al Ministerio Público se fundamenta en su función constitucional de ejercicio de la acción penal y la garantía de que no se afecte la *presunción de inocencia* de los imputados. Es así como, según Grevi, el Ministerio Público tiene la obligación de ejecutar los actos que le permitan ejercitar la acción penal y obtener una sentencia basada en la imputación construida desde la investigación⁹¹⁹.

El fiscal en la investigación recaba los elementos probatorios que le permitirán corroborar su hipótesis acusatoria. En caso de no cumplir con ello, se debe emitir una sentencia absolutoria, razón por la cual la labor de la carga probatoria garantiza también que el fiscal cumpla un deber funcional de persecución ante un delito que afecta a la sociedad; claro que, en el proceso penal, a diferencia del proceso civil, no estamos ante dos partes materiales, sino que el fiscal se constituye en una parte formal. No obstante, ello no impide que en el proceso penal también se produzca una repartición de las cargas probatorias de manera que “la prueba del hecho criminal imputado y de la

⁹¹⁸ Ubertis, G., *Il processo penale*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 56. Ferrer Beltrán describe el tercer momento como la *toma de decisión* en el que “la valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación. Ferrer Beltrán, J., Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 47.

⁹¹⁹ Grevi, V., *Alla ricerca di un processo penale giusto. Itinerari e prospettive*, cit., p. 5. Fernández López precisa, aplicando la regla de la carga de la prueba, que es la parte acusadora quien debe sufrir las consecuencias de no aportar prueba suficiente de la culpabilidad, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 146.

participación en él del encausado es carga probatoria de los acusadores, y los hechos o extremos que eliminen la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos corresponden al encausado”⁹²⁰.

Sobre el particular, Tavassi describe la *carga de la prueba* desde las *situaciones subjetivas*, por lo que, si bien se reconoce el derecho a la prueba a todas las partes que intervienen en el proceso penal, ello no significa que tengan las mismas situaciones subjetivas; por el contrario, se diferencian en la configuración de los deberes: por un lado, en el caso del fiscal, un deber principal o funcional; y, por otro lado, la defensa desde una perspectiva residual.

Así pues, en línea constitucional con la presunción de inocencia, no puede condenarse a un imputado si están acreditados todos los elementos del tipo penal; deber que recae en quien tiene a su cargo la acusación, lo cual no es un poder, sino una carga debido a su pretensión punitiva. Mientras que a la defensa se le reconoce la facultad de refutar para que no se acredite la pretensión acusatoria, esta tiene, por tanto, una naturaleza residual. Según la autora, la carga probatoria de la defensa no busca probar necesariamente sus argumentos, sino que les bastaría producir la duda en el juez imparcial⁹²¹; no obstante, se ha reconocido que la distribución formal de la carga probatoria sí requiere de pruebas aportadas por la defensa; de lo contrario, el juez resolvería con el material probatorio aportado por el fiscal y las meras alegaciones defensivas no pueden ser utilizadas para sustentar la duda razonable.

Llegados a este punto, concluyamos sobre nuestra problemática de los procesos penales de corrupción pública con testimonios de los *colaboradores de justicia*. Así pues, dado que reconocemos que la *carga de la prueba* se vincula con la *regla de juicio* y ambas con la protección constitucional de la *presunción de inocencia* cuya superación debe ser expresada en la motivación, consideramos que la complejidad de la obtención de pruebas en estos delitos oscuros requiere enfocarnos en la flexibilidad de la *regla de juicio* y el fortalecimiento de la distribución formal de la carga probatoria; de tal manera

⁹²⁰ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 436.

⁹²¹ Tavassi, L., *L'onere della prova nel processo penale*, CEDAM, Milán, 2020, pp. 224-237.

que los acusados por corrupción pública tengan un mayor deber de acreditación frente a las pruebas de cargo que presenten los fiscales.

Sobre el particular, partimos del desarrollo de Gómez Colomer en su obra la *Contracción del derecho procesal penal*, en el que trata sobre la *presunción de culpabilidad* cuando existen indicios de cargo: “frente a la amenaza de una presunción de culpabilidad, es el acusado quien tiene que demostrar que no existe, o que existiendo es ilegal, arbitraria, irracional o ilógica. Significa, por tanto, que sí existe carga de la prueba en el proceso penal, al menos en el caso de existir indicios de cargo”⁹²².

Para Gómez Colomer existe una presunción judicial de culpabilidad que no es contrario a la presunción de inocencia, entendida como principio procesal y garantía y derecho fundamental del acusado, por lo que señala que “el reconocimiento pro la jurisprudencia de la existencia del indicio de cargo tiene un fin, aunque muchas veces no sea consciente de ello por los propios tribunales: Elaborar la presunción de culpabilidad. Por ello, a la vista de lo expuesto hasta aquí, es razonable pensar que en el proceso penal sí existen presunciones, y que esas presunciones parten de indicios probados que únicamente pueden operar de cargo, es decir, para fundar la culpabilidad del perjudicado por ellas”⁹²³.

Así pues, la posición de Gómez Colomer para variar de la *prueba de cargo* por el *indicio de cargo* que genere una *presunción judicial de culpabilidad*, tiene aplicación en los casos de corrupción pública en que la oscuridad de comisión delictiva impide que se cuente con pruebas directas de la entrega de los sobornos o de los pactos colusorios, de ahí que se fortalece la *delación* para que los *arrepentidos delatores* convertidos en *colaboradores de justicia* aporten información sobre el acto de corrupción y los intervinientes en el delito. Además, conviene subrayar la importancia de la introducción del término “probabilidad”, debido a que la decisión judicial será resultado de un *razonamiento probabilístico*, por lo que entendemos probabilidad como la “valoración realizada por una persona, basada sobre la verosimilitud de la realización de un evento

⁹²² Gómez Colomer, J. L., *La contracción del derecho procesal penal*, cit., p. 470.

⁹²³ Gómez Colomer, J.L., *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 110.

futuro o de uno pasado, dados los hechos y los presupuestos aceptados o adoptados por parte de la persona misma a los fines de la propia valoración”⁹²⁴.

En consecuencia, si se reconoce que el razonamiento judicial es *probabilístico*⁹²⁵, se excluye la pretensión de certeza; de manera que, tal como introduce Gómez Colomer, la *presunción de culpabilidad* que se genera por los *indicios de cargo* de la corrupción impacta en la libre valoración probatoria, y, finalmente, en la presunción de inocencia, que demanda una reorientación de su aplicación tradicional para evitar la impunidad, lo cual se producirá con la *flexibilidad de la interpretación* del principio de *libre valoración*, por lo que la pluralidad de indicios probados o, incluso, con un único indicio con suficiente capacidad demostrativa se configuran o se da fundamento a la *presunción de culpabilidad* que llevan a reorientar los siguientes criterios de *valoración probatoria*: a) reducción del nivel probatorio; b) la convicción judicial se basa en una máxima de la experiencia que no requiere ser probada, puesto que el objeto de prueba son los indicios; c) incrementa la importancia del control vía impugnación para verificar la logicidad, racionalidad y coherencia del razonamiento judicial contenido en la motivación⁹²⁶.

Adicionalmente, consideramos que esta flexibilización puede ser aplicada sin dejar de lado el *estándar probatorio* vigente del *más allá de toda duda razonable* que es la regla de juicio de la decisión judicial, porque, al exigirse que los diseños procesales no estén desconectados de la realidad, nos permite incidir en la interpretación del concepto de “razonabilidad” que deben tener las *dudas* para que el juez decida condenar o absolver. Así, si se mantienen las *dudas*, la regla indica que se deba absolver, pero, si las *dudas* son *razonables*, dicha razonabilidad deberá ser interpretada con base en las dificultades del procesamiento de los delitos de corrupción pública, por lo que, al probarse los indicios de cargo, las máximas de las experiencias sustentan la decisión.

⁹²⁴ Eggleston, R., *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, Giuffrè Editore, Milán 2004, p. 14.

⁹²⁵ Gascón Abellán afirma que “la aceptabilidad de las hipótesis está en función de su grado de confirmación, a la luz del material probatorio disponible y de su resistencia a las contrapruebas o no-refutación. Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 179.

⁹²⁶ Gómez Colomer, J. L., *La contracción del derecho procesal penal*, cit., pp. 471-472.

Todo ello requiere de un contexto en el que se interpreta la razonabilidad de una duda ante la comisión o no de un delito de corrupción⁹²⁷. Al respecto, Fuselli señala que el método dialéctico que tiene como objetivo disipar las *dudas razonables* “depende de un contexto que no solo es el local, regional, del caso concreto, sino es el del sistema de creencias colectivas en las cuales se mueven y actúan los diversos sujetos involucrados, esto es –al menos– quien formula la acusación, quien la contesta y quien pronuncia el juicio”⁹²⁸.

Así pues, la importancia de que del contexto surjan las creencias que servirán para la determinación de la razonabilidad nos reenvía a la comprensión hermenéutica, puesto que el juez deberá realizar la interpretación de la regla desde una concepción de que el derecho “también es la relación entre sujetos interpretativos que reaccionan e interactúan el uno con el otro enriqueciéndose recíprocamente en la comprensión discursiva de la cual son parte también la litis y el contradictorio”⁹²⁹.

Por consiguiente, el contexto y las creencias colectivas de la situación actual de la corrupción pública debe servir como base para la determinación de la razonabilidad de la duda que pueda significar una absolucón, por lo que, sumado a la *presunción de culpabilidad* producida por la acreditación de los indicios de cargo que conlleva a la aplicación de la carga probatoria de defensa, son los elementos de flexibilización que se requieren para una *libre valoración probatoria* en los procesos penales de corrupción pública.

⁹²⁷ Gómez Colomer señala que la aceptación de que existe la presunción judicial de culpabilidad repercute en la enervación de la presunción de inocencia y en la libre valoración de la prueba puesto que se reduce la rigidez de que la decisión judicial queda en el ámbito de la apreciación de la prueba (criterio de conciencia). Gómez Colomer, J.L., *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*, cit., p. 145.

⁹²⁸ Fuselli, S., “Al di là di ogni ragionevole dubbio: Profili logici ed epistemologici”, en Incampo, A./Scalfati, A., (coords), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, cit., p. 61.

⁹²⁹ Viola, F./Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Editori Laterza, Bari, 2002, p. 162.

CAPÍTULO VI
RESOLUCIÓN JUDICIAL, RECURRIBILIDAD Y REVOCATORIA DE
BENEFICIOS PREMIALES EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS
DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

Con el capítulo anterior hemos terminado el recorrido del núcleo del procedimiento penal desde el conocimiento del hecho de relevancia penal hasta su juzgamiento en el que se tomará una decisión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado de un delito de corrupción pública. Siguiendo la secuencia del procedimiento, entraremos al análisis de los *medios de impugnación* con los que se puede cuestionar la decisión judicial; concretamente, nos referiremos a la *apelación* y la *casación*, siempre con vinculación al uso de la *declaración del colaborador de justicia*.

Al respecto, mencionamos que el recurso de apelación se encuentra regulado en España para los supuestos de sentencias de los procesos ordinarios en el art. 846 ter LECrim concordante con los arts. 790 al 792 LECrim. La competencia para resolver las apelaciones contra las sentencias de las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, según corresponda. En el ordenamiento italiano, la apelación está regulada en el artículo 593 CPPI, estableciendo en el art. 596 CPPI que la apelación es resuelta por la Corte de Apelación y la Corte de Assise de Apelación contra las sentencias dictadas por el Tribunal y la Corte Assise, respectivamente. En el Perú la apelación se regula en el artículo 416 CPPP, precisando la competencia de la Sala Penal Superior para resolver las apelaciones en contra de las sentencias de los Juzgados Penales Colegiados o Unipersonales (art. 417 CPPP).

En cuanto al recurso de casación su reconocimiento legal en España, los arts. 847 y 873 LECrim concordante con el art. 57 LOPJ de España) establecen los supuestos de procedencia de la casación penal y que la competencia corresponde al Tribunal Supremo. De Igual manera, en el Perú la procedencia de la casación está regulada en el art. 427 CPPP y la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se indica en el art. 432 CPPP. En Italia, la denominación específica para la competencia judicial es de

Corte de Casación (art. 609 CPPI), reconociendo los supuestos de casación en el art. 606 CPPI.

Así pues, el presente capítulo tiene como punto de partida la culminación de la primera instancia, esto es, la resolución que contiene la decisión sobre la responsabilidad penal del acusado (delatado) basada en las pruebas prácticas durante el juicio oral. Ante dicha resolución podrá interponerse los recursos que buscan revertir la condena o absolución. Por ello, primero, abordaremos -desde una perspectiva general- la exigencia de motivación, así como los posibles recursos que se pueden interponer frente a las decisiones judiciales que aprueban o desaprueban los beneficios premiales en favor de los *arrepentidos delatores* (colaboradores de justicia).

Luego, trataremos la actividad impugnatoria de los *colaboradores de justicia* y los *delatados*, en cuanto a los primeros el objeto de impugnación son las resoluciones que le denieguen el beneficio premial; mientras que, en el caso de los segundos, los recursos se dirigen contra las condenas fundamentadas con la delación.

Adicionalmente, nos detendremos a analizar la legitimidad para impugnar de los abogados del Estado por considerar que la resolución que concede los beneficios premiales afecta los intereses estatales que defiende dentro del proceso penal. Finalmente, analizaremos la *revocatoria* de los beneficios premiales concedidos a los *colaboradores de justicia* por conductas imputables a ellos.

1. MOTIVACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE APRUEBA O DESAPRUEBA EL OTORGAMIENTO DEL BENEFICIO PREMIAL A LOS COLABORADORES DE JUSTICIA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

La relación entre la *motivación* y la *impugnación* no solo es innegable desde un punto de vista teórico, sino que también es necesaria para garantizar los derechos fundamentales de los todas las partes⁹³⁰, puesto que las razones que expone el juez se

⁹³⁰ Así pues, la motivación “garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos”. Picó I Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 81.

convierten en los motivos para que se impugne la decisión⁹³¹. Así pues, a continuación, desarrollaremos las respuestas a las siguientes preguntas ¿qué motiva el juez? ¿cómo impugnan las partes? ¿qué resolución se pronuncia sobre el beneficio del delator y la situación procesal del delatado?

Para comenzar, recordemos que, el tratamiento de la *delación del arrepentido* puede ser en un procedimiento único (España e Italia) o en un procedimiento especial (Perú):

a) *En procedimiento único*: Cuando en el mismo procedimiento penal se determina la responsabilidad de delatores y delatados, es en la sentencia en que se decide conceder o negar el beneficio premial. En el primer supuesto, el delator recibe el beneficio y se condena a los delatados; mientras que, en el segundo supuesto, al negarse el beneficio se condena al delator y a los delatados. En los dos supuestos la resolución debe ser motivada.

b) *En procedimiento especial*: En estos casos la decisión sobre el beneficio premial se produce en el procedimiento especial, en el que no intervienen los delatados. Por consiguiente, se motivará la resolución judicial de denegatoria del beneficio premial o, de ser el caso, la denominada *sentencia de colaboración eficaz* con la que se concede el beneficio y se indican las obligaciones que deberá cumplir el delator.

En ambos casos, las decisiones judiciales se realizan mediante resoluciones motivadas, tal como describimos a continuación:

a) *Sentencia en favor o en contra del interés de beneficio premial del colaborador de justicia*

El colaborador de justicia cuando realiza la *delación en sentido estricto* acepta su responsabilidad e incrimina a otras personas, esperando que el sistema de justicia penal le conceda un beneficio de atenuación o exención de pena, lo cual será objeto de

⁹³¹ Puede surgir una atingencia de que también se puede apelar la decisión en los sistemas de intima convicción, pero en nuestro sistema de libre convencimiento el razonamiento judicial puede ser controlado en segunda instancia, justamente, mediante el análisis de la decisión judicial.

decisión judicial con base en su aporte eficaz y oportuno de información. Ahora bien, de acuerdo con el esquema que hemos desarrollado basado en las legislaciones española, italiana y peruana, el beneficio se decide en una sentencia motivada.

Sobre el particular, conviene hacer algunas precisiones. En el caso de los ordenamientos que siguen la fórmula de “*razonándolo en la sentencia*”, queda claro que el desenlace favorable o contrario al interés del colaborador se resuelve al final del proceso penal con la decisión judicial en que la valoración de la colaboración determina la atenuación punitiva. Así pues, el juez puede decidir no otorgar el beneficio premial y aplicar la pena prevista por el tipo penal contra todos los intervinientes en el acto de corrupción pública, con lo que el resultado negativo significa el rechazo de la colaboración.

Por otro lado, si el modelo condicionado corresponde al *procedimiento especial*, es en este en que se emite una *sentencia* que tiene como único objeto determinar si procede o no el otorgamiento del beneficio premial. En esta *sentencia de colaboración* se valora el aporte informativo del *arrepentido delator*, los elementos de corroboración y se acepta el acuerdo de colaboración entre el fiscal y el delator, con lo que determina su responsabilidad penal y aplica la exención de pena o la atenuación de pena.

b) Auto de denegatoria o desaprobación del acuerdo de colaboración eficaz

Esta resolución la hemos incorporado debido al caso peruano, en que la denegatoria del beneficio es resuelto mediante un *auto* con el que el juez expresa su desacuerdo e improcedencia del otorgamiento del beneficio premial. Cabe señalar que, es importante el control judicial en los procedimientos de colaboración porque estamos ante un supuesto de flexibilización del principio de oficialidad, esto es, la Fiscalía renuncia a la persecución y sanción del colaborador a cambio de información.

Dicha resolución judicial (auto denegatorio) debe ser motivada, no cabe una denegatoria tácita o presunta de la colaboración, sino que el juez debe expresar los motivos para la decisión de rechazar que se otorgue un beneficio al aspirante a colaborador de justicia.

c) *Sentencia condenatoria o absolutoria del delatado*

Otra resolución judicial importante en el tratamiento de la *delación del arrepentido* consiste en los efectos de la valoración positiva o negativa de la *declaración del colaborador de justicia* para la situación procesal de los delatados, es más, desde una mirada del debido proceso, la atención al tratamiento de la *declaración del colaborador de justicia* se debe a que la información introducida por el fiscal puede determinar la condena de un ciudadano.

Así pues, como hemos visto anteriormente, el juez cumpliendo la *regla de juicio* y aplicación del *estándar de prueba* decidirá si condena o absuelve a las personas inculadas con la *declaración del colaborador de justicia*. Tal resolución es la sentencia⁹³² que puede ser emitida en el mismo procedimiento en que se procesa al *colaborador de justicia* o en un procedimiento conexo por hechos diferentes en los que el *arrepentido delator* no ha participado y que han sido revelados con la intención de obtener un beneficio premial.

Dicho lo anterior, en todos los supuestos requerimos de la *motivación* de la resolución judicial para que, en cumplimiento de la función extraprocesal, la ciudadanía en general comprenda que el sistema de justicia, en determinados casos, aprueba o desaprueba que se otorgue un beneficio premial a un *arrepentido delator* y, de tal manera, debe proseguirse con el principio de legalidad y oficialidad para su condena por los delitos de corrupción cometidos⁹³³.

Asimismo, la motivación con su *función interna* va a permitir el control interno, puesto que los jueces cuando aceptan el otorgamiento del beneficio premial valoran positivamente la información de cargo que servirá para condenar a un delatado por lo

⁹³² Nieva Fenoll señala que la “resolución judicial no está completa si no califica jurídicamente los hechos probados, tanto para descartar que constituyan un tipo delictivo como para afirmar que determinan una sentencia de culpabilidad”. Nieva Fenoll, *J. Derecho procesal III. Proceso penal*, cit., p. 440.

⁹³³ Igartua Salaverría precisa que el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una expresión de la soberanía del pueblo, por lo que la motivación permite que el público vigile que los tribunales no utilicen de forma arbitraria el poder encomendado, pudiendo conocer las razones para que se condena o absuelva a una persona. Igartua Salaverría, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 167.

que debe motivar su decisión expresando el razonamiento utilizado⁹³⁴; mientras que, si deniega, deberá justificar el rechazo del testimonio del colaborador, según los criterios de valoración analizados anteriormente, lo cual determina que este sea condenado. Pues bien, en ambos casos con la motivación se abre paso al nivel impugnativo.

Por consiguiente, vemos materializada en el tratamiento de la *colaboración de justicia* la relación entre *motivación e impugnación* que hemos resaltado en el presente capítulo, puesto que consideramos que obviar que la resolución judicial que aprueba o desaprueba la colaboración impacta contra la tutela judicial efectiva⁹³⁵ y el derecho fundamental a la motivación dentro del debido proceso. Ello resulta de mayor importancia frente a la situación de los delatados, porque la ausencia de motivación o vicio de motivación sobre por qué se ha dado valor probatorio a la versión del colaborador de justicia afecta sus derechos fundamentales al debido proceso y a la presunción de inocencia que exige una actividad probatoria suficiente de cargo.

Ahora bien, las resoluciones judiciales solo podrán ser impugnadas en caso de que la legislación lo autorice (*principio de taxatividad*⁹³⁶). Así pues, por la exigencia de la doble instancia⁹³⁷ el diseño del proceso deberá comprender la posibilidad de que las sentencias condenatorias de los delatados y las sentencias con reducción de pena o

⁹³⁴ La impugnación puede fundamentarse en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por haberse emitido una sentencia con una motivación insuficiente. Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, cit., p. 354.

⁹³⁵ De la Oliva señala que el contenido de este derecho fundamental comprende tanto la iniciación del proceso como la sentencia sobre el fondo. De la Oliva Santos, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 24.

⁹³⁶ Los recursos deben estar previstos en la ley, estableciéndose contra cuál resolución judicial puedes ser interpuestos. Rodríguez Rubio, C., *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008, p. 64. En la doctrina peruana, Iberico Castañeda afirma que el derecho constitucional a la pluralidad de instancia no significa que se pretenda cuestionar o impugnar una resolución judicial que no tenga previsto legalmente un medio de impugnación, con excepción que se trata de una decisión que se pronuncie sobre el fondo del objeto del proceso. Iberico Castañeda, L., *La impugnación en el proceso penal*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 82. C

⁹³⁷ Montero Aroca afirma que “en sentido jurídico estricto cuando se habla de doble grado o doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de mod que el segundo debe prevalecer sobre el primero”. Montero Aroca, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 176.

exención de esta, en beneficio de los colaboradores, puedan ser objeto de cuestionamiento vía los recursos que prevé la legislación.

Además, surge el punto del interés o legitimidad para impugnar, que no tendría mayor problema en los casos de las sentencias condenatorias o absolutorias, por ser casos típicos de resoluciones que son impugnadas por las partes, léase fiscal, acusado y parte civil y partes acusadoras⁹³⁸; por el contrario, resulta una situación especial el llamado *auto denegatorio del acuerdo*, porque no se aplicaría como regla general la impugnación de este tipo de resoluciones.

Dicho lo anterior, las cuestiones mencionadas en el párrafo precedente serán objeto de análisis específico en los apartados que continúan en el presente capítulo, por lo que solo añadiremos, en clave de resumen, que es importante que el diseño procesal permita el ejercicio de la impugnación, debido a que la participación del juez superior sirve de un control de garantía sobre la valoración de las pruebas y la motivación⁹³⁹.

2. EL DERECHO AL RECURSO DE LOS COLABORADORES CON LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

En línea con lo descrito precedentemente, la declaración del colaborador de justicia con la que delata a otras personas para obtener un beneficio premial es valorada para la aprobación del acuerdo entre el colaborador y el fiscal, lo cual se plasma en la sentencia en que se resuelve el otorgamiento del beneficio. Ahora bien, tal valoración puede ser negativa, lo cual conlleva a que se le imponga una sentencia condenatoria o se emita el auto que rechaza la colaboración continuando con el proceso penal en su contra en la secuencia ordinaria, según sea el diseño procesal elegido por el legislador procesal.

⁹³⁸ Fenech desarrolla los presupuestos subjetivos y objetivos de la impugnación, para estos últimos señala que la ley regula como norma que las resoluciones son impugnables. Fenech, M., *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1982, p. 321.

⁹³⁹ Montero Aroca y Flors Matfés señalan que los recursos son incorporados en los ordenamientos jurídicos sobre la base de reconocer la falibilidad humana, por lo que se busca un “un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución no firme que le resulta perjudicial, a fin de que sea modificada o sustituida por otra que le favorezca o anulada”. Montero Aroca, J./Flors Matfés, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 33.

Así pues, ante estas resoluciones judiciales de contenido adverso para los intereses del *colaborador de justicia*, surge la pregunta de si puede o no ejercer su *derecho al recurso* para interponer la *apelación* o *casación*. Para ello, tomaremos como punto de partida los conceptos descritos en el apartado precedente, a los cuales añadiremos las precisiones necesarias referidas al *interés* y a los motivos de casación de *infracción de la ley y precepto constitucional*. Cabe indicar que, en este último motivo ubicamos el control sobre el respeto a la presunción de inocencia, la motivación de la resolución judicial y el derecho a la prueba; asimismo, el recurso de casación puede ser admitido por el *interés* para el desarrollo de la jurisprudencia del Alto Tribunal en la interpretación de las normas materiales y procesales.

2.1 El recurso de apelación contra las resoluciones judiciales que deniegan el otorgamiento del beneficio premial

En la presente investigación seguimos el concepto de apelación de Montero Aroca y Flors Matíes, quienes la definen como “un recurso ordinario y devolutivo, cuyo objeto puede ser material o procesal, por virtud del cual se solicita al órgano jurisdiccional, de orden jerárquico superior al que dictó la resolución recurrida, que examine su corrección y regularidad con relación a lo que constituye la materia que haya sido objeto de decisión en ella, y dice otra favorable o más favorable para el recurrente, o la anule”⁹⁴⁰.

Ahora bien, el *colaborador de justicia* cuya delación haya sido aceptada por el órgano judicial decisor, recibe el beneficio premial dispuesto en la sentencia; en caso contrario, si el resultado es negativo se le impondrá la pena que corresponde al tipo penal, de manera que estamos ante un doble supuesto: a) *sentencia condenatoria* o b) *auto que deniega la colaboración*. El primer caso sucede en los sistemas de enjuiciamiento criminal en que la decisión sobre la responsabilidad del *delator* y de los *delatados* se resuelve en el mismo procedimiento penal (España e Italia). Así pues, frente a la *sentencia de condena*⁹⁴¹ quien tiene el mayor interés para interponer el

⁹⁴⁰ Montero Aroca, J./Flors Matíes, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., p. 287.

⁹⁴¹ Chiavario señala que la sentencia condenatoria “no deja lugar para más subdivisiones, está más bien en relación con cada delito juzgado y con cada sanción aplicada, que puedan identificar las peculiaridades de cada resolución”. Chiavario, M., *Diritto processuale penale*, cit., p. 389.

recurso de apelación es el *imputado* en todos sus aspectos, a diferencia de las restricciones de la acción impugnativa por parte del fiscal⁹⁴².

En el caso español, el art. 790 LECrim, aplicable para los procesos ordinarios conforme lo dispone el art. 846 ter LECrim señala que la apelación puede ser interpuesta “por cualquiera de las partes”, mientras que en el caso italiano el numeral 1 del citado art. 593 CPPI no establece limitación a la apelación del imputado contra la sentencia condenatoria, como sí sucede para el Ministerio Público en que restringe cuando se modifica la calificación jurídica o se haya excluido una circunstancia agravante para la determinación de la pena.

En el segundo caso, *el auto denegatorio*, que está previsto en los ordenamientos procesales en los que se establece la colaboración eficaz como un procedimiento especial, es la resolución judicial que expresa el resultado negativo del control judicial del *acuerdo de colaboración* suscrito entre el *arrepentido delator* y el fiscal⁹⁴³. Dicho auto denegatorio debe cumplir el requisito de la motivación y podrá ser apelado por el delator, siempre que la norma procesal lo permita, porque se trata de una resolución definitiva que pone fin al procedimiento de colaboración.

Así pues, en el caso peruano, el *acuerdo de colaboración eficaz* se suscribe entre el *fiscal* y el llamado *aspirante a colaborador eficaz* en el que no es necesaria la participación del actor civil. Dicho acuerdo sometido a control judicial para la emisión de la *sentencia de colaboración eficaz* puede ser denegado por auto motivado del juez, tal como señala el art. 477 numeral 4 CPPP, el cual puede ser impugnado vía apelación como habilita la misma norma procesal invocada. Ahora bien, conforme el diseño del *procedimiento de colaboración eficaz*, esta apelación podrá ser interpuesta por el *fiscal* y el *aspirante a colaborador*, para lo cual se siguen las reglas de la apelación del proceso ordinario, de manera que la Sala de Apelaciones puede resolver la pretensión concediendo la aprobación del *acuerdo de colaboración*.

⁹⁴² Lorenzetto, E., “Lo scacchiere dell’appello: Legittimazione, casi e contenuti”, en Canzio, G./Bricchetti, R., (coords.), *Le impugnazioni penali*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019, pp. 239-240.

⁹⁴³ En el Perú el control de judicial se realiza en una audiencia privada especial, luego de la cual el juez expresa su decisión. Véase una descripción en Frisncho Aparicio, M., *El procedimiento especial de colaboración eficaz. Algunos alcances sobre su aplicación en el caso Odebrecht*, DeJus, Lima, 2019, pp. 244-248.

En ambos casos se destaca la legitimidad del *colaborador de justicia* de impugnar la decisión judicial. Sobre el particular, conviene hacer la distinción entre la legitimidad y el interés en la impugnación, puesto que la *legitimitas ad causam* es una potestad que la ley reconoce para la interposición de los medios de impugnación que son permitidos⁹⁴⁴, a lo cual se suma el requisito del interés concreto que se refiere al *interés del condenado* para lograr su libertad mediante la apelación que revoque la sentencia de condena y se le absuelva o aplique una pena inferior⁹⁴⁵.

Dicho lo anterior, el *colaborador de justicia*, en los supuestos que sea condenado o que se emita resolución denegatoria del beneficio premial, tiene la legitimidad para interponer el *recurso de apelación*, siempre que la ley procesal lo establezca; asimismo, cumple su *interés concreto* y actual de obtener una resolución judicial que mejore su situación jurídica de condena por una resolución que sea más favorable a su libertad⁹⁴⁶. Para ello consideramos viable que en su apelación el *colaborador de justicia* ofrezca nuevos medios probatorios -en ejercicio de su derecho a la prueba- los cuales deberán cumplir los requisitos legales de admisión⁹⁴⁷: a) que hayan sido encontradas o conocidas posteriormente al juicio de primera instancia o b) que hayan sido sobrevenidas⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ Canzio, G., “Le impugnazioni penali fra riforme legislative e diritto giurisprudenziale”, en Canzio, G./Bricchetti, R., (coords.), *Le impugnazioni penali*, cit., p. 31. Rodríguez Rubio precisa que la legitimación tanto en el proceso civil y proceso penal corresponde a quienes sean partes en el proceso. Rodríguez Rubio, C., *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, cit., pp. 62-63.

⁹⁴⁵ Carnevale, S., *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2013, p. 77. Así pues, el concepto de interés concreto tiene como fundamento el principio de utilidad, porque el imputado busca una mejora en su situación procesal producida por la sentencia condenatoria, por eso no es aplicable el interés abstracto que permita impugnar por diversas finalidades. Chinnici, D., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Giappichelli Editore, Turín, 2009, p. 162.

⁹⁴⁶ Con el recurso de apelación se denuncian los vicios de la sentencia de primera instancia con la finalidad que el juez de segunda instancia ejerza sus facultades de anular total o parcialmente la decisión judicial, pudiendo revocarla o sustituirla por la sentencia de apelación. Herrero Guerrero, M., *Los recursos en el proceso penal*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 107.

⁹⁴⁷ Calderón Cuadrado señala que las restricciones a la segunda instancia tienen un común denominador histórico que consiste en la imposibilidad de repetir la práctica de las pruebas del juicio de primera instancia, por lo que, su actual admisión regula de forma expresa los supuestos permitidos. Calderón Cuadrado, M.^a P., *La prueba en el recurso de apelación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 86.

⁹⁴⁸ Díaz Cabiale precisa que la admisión de la prueba en segunda instancia se relaciona con que no se produzca indefensión, por lo que, se debe argumentar no solo la indefensión, sino también los motivos por los que no se pudo proponer la prueba o porque no fueron admitidas en primera instancia, Díaz Cabiale, J.A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, cit., p. 81. Calderón Cuadrado precisa que la apelación es el “único mecanismo dispuesto por el legislador para acceder a la segunda instancia”. Calderón Cuadrado, M.^a P., *La segunda instancia penal*, Aranzadi, 2005, p. 196.

Cabe precisar que, en aplicación del *principio tantum petitur tantum devolutum*⁹⁴⁹, los *colaboradores de justicia* deberán expresar claramente su pretensión impugnatoria, que consistirá en la mayoría de las veces en la incorrecta valoración probatoria que haya realizado el juez de primera instancia⁹⁵⁰ sobre los medios probatorios de corroboración ofrecidos por el fiscal, así como el valor de su colaboración que conlleva a la no aplicación o interpretación errónea de las normas premiales previstas para los colaboradores de justicia.

De este modo, en sede de apelación el debate se convierte en un instrumento de integración del juicio de primera instancia, en el que se analice la procedencia de la colaboración y su corroboración, en los términos descritos anteriormente, sobre la *fiabilidad subjetiva y objetiva*. Así pues, junto a la integración, que puede ser total o parcial enfocada en el material probatorio utilizado por el *a quo*, se suma la obtención de conocimientos posteriores respecto de la base de la decisión judicial impugnada⁹⁵¹.

Luego del juicio de segunda instancia, se emite la *sentencia de apelación* que deberá cumplir con la motivación⁹⁵², indicando los motivos de apelación por los cuales fue admitido el recurso y dar una respuesta que contenga los motivos específicos que conformen el núcleo esencial de su decisión ante los reclamos impugnativos; de tal manera, que no hace falta el pronunciamiento por todos los motivos de apelación que demarcan el ámbito de conocimiento y la decisión del juez de apelación (*tantum*

⁹⁴⁹ El objeto de la apelación está determinado por el objeto de la impugnación. Véase, Montero Aroca, J./Flors Maties, J. *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., p. 326.

⁹⁵⁰ Armenta Deu señala que el motivo de apelación “apreciación de la prueba” otorga a la segunda instancia plena jurisdicción igual que al juez de primera instancia, para pronunciarse (*novum iudicium*) sobre la subsunción de la norma y la revisión o corrección de la valoración de la prueba para determinación de los hechos. Armenta Deu, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 338.

⁹⁵¹ Spangher, G./Suraci, L., *Le impugnazioni penali. Modelli processuali, profili sistematici, orientamenti giurisprudenziali*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 203. Cabe diferenciar la *apelación plena* y la *apelación limitada*, la primera consistente en que la apelación es un nuevo proceso, mientras que la segunda solo una revisión de la sentencia de primera instancia. Véase, Rodríguez Rubio, C., *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, cit., pp. 134-135.

⁹⁵² De Diego Díez señala que el derecho al recurso comprende el acceso a presentar los medios de impugnación previstos legalmente y que este sea resuelto con una resolución motivada que se pronuncie sobre el fondo de la pretensión. De Diego Díez, A., *El derecho de acceso a los recursos. Doctrina constitucional*, Colex, Madrid, 1998, p. 18.

petitum tantum devolutum), pero no delimitan las razones o la argumentación judicial como resultado del juicio de apelación⁹⁵³.

De este modo, en la sentencia de apelación se determinará el *motivo específico* respecto de los que haya planteado el *colaborador de justicia* en su recurso de apelación para que se le conceda el beneficio premial como retribución a su colaboración con el sistema de justicia penal; además, tal motivación dará sustento al dispositivo de la resolución de segunda instancia que puede ser *confirmación* o *reforma* de la sentencia de primera instancia. Esta es la parte central de la *decisión judicial* de segunda instancia⁹⁵⁴, puesto que el juez de apelación decide confirmar la decisión del juez de primera instancia o, por el contrario, sustituirla por la suya que ha sido formada de manera autónoma con base en el procedimiento de valoración plasmado en la sentencia de reforma⁹⁵⁵.

Por consiguiente, retomando el esquema inicial de las opciones que hemos encontrado en los ordenamientos procesales (*sentencia condenatoria contra el delator y el auto denegatorio de colaboración eficaz*), cuando el juicio de apelación resulte favorable al interés del *colaborador de justicia*, podrá emitirse una *sentencia de apelación* que reforme la decisión de primera instancia (en el Perú, el numeral 4 del art. 477 CPPP señala que la decisión de denegatoria o aprobación del acuerdo pueden ser objeto de apelación). Ahora bien, el juez de segunda instancia deberá -en caso de que haya declaratoria de nulidad- determinar si la nulidad se extiende al juicio oral, ordenando que el nuevo juzgamiento esté a cargo de otro órgano jurisdiccional para garantizar el principio de imparcialidad⁹⁵⁶.

⁹⁵³ Bricchetti, R., “Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell’atto d’impugnazione”, en Canzio, G./Bricchetti, R., (coords.), *Le impugnazioni penali*, cit., pp. 134-135.

⁹⁵⁴ Nieva Fenoll afirma que la exigencia que la sentencia de apelación que estime fundado el error en la valoración solo pueda reenviar al juez de primera instancia para que emita nueva sentencia es infructuosa, por lo que, en aplicación de la economía procesal el juez de primera instancia podría resolver sobre el fondo. Nieva Fenoll, J. *Derecho procesal III. Proceso penal*, cit., p. 484.

⁹⁵⁵ Chinnici, D., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., pp. 154-155.

⁹⁵⁶ Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento criminal. Decimotercera lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 496-497.

A continuación, sistematizamos los posibles escenarios procesales:

a) *En los casos de sentencias de primera instancia de condena.* El juez de segunda instancia puede revocar la decisión y emitir de manera autónoma su decisión de valorar positivamente la colaboración del *colaborador de justicia* y conceder la atenuación de pena o exención de pena según corresponda; además, tiene como opción declarar la nulidad y ordenar un nuevo juicio de primera instancia para que se proceda con una nueva actuación probatoria y valoración por la renovación de los actos que el *juez de segunda instancia* haya considerado nulos, con lo que se produce una regresión del proceso⁹⁵⁷.

El numeral 2 del art. 792 LECrim señala que se puede anular la sentencia absolutoria o condenatoria determinando si la nulidad se extiende al juicio oral y si para el nuevo juzgamiento se requiere una nueva composición del órgano jurisdiccional de primera instancia para asegurar el principio de imparcialidad. De modo más preciso, la legislación italiana señala en sus artículos 604 y 605 CPPI que, salvo las cuestiones de nulidad, con la sentencia de apelación debe decidirse si se confirma o anula la sentencia de primera instancia.

b) *En los casos de autos de desaprobación.* De igual manera, la decisión judicial del juez de segunda instancia favorable al interés del *colaborador de justicia* podrá reformar la decisión del órgano *ad quo* y aprobar el acuerdo de colaboración, con lo que se procedería a ordenar al juez de primera instancia que se emita la *sentencia de colaboración*. Así pues, en el Perú el art. 416.1 CPPP señala que son objeto de apelación los autos que ponen fin al procedimiento, lo cual se lee en concordancia con el citado art. 477.4 CPPP y el art. 34 del Decreto Supremo N.º 007-2017-JUS, con los que se exige que el auto que desaprueba el acuerdo deba estar motivado y pueda ser objeto de apelación, por lo que, la Sala Superior podrá anular o revocar el auto de desaprobación (art. 419 CPPP).

⁹⁵⁷ Bargis, M., “Impugnazioni”, cit., p. 829.

Ahora bien, si el resultado es negativo, la *sentencia de apelación* puede disponer la *confirmación* de la decisión judicial del *ad quo*⁹⁵⁸, con lo cual se procede a la continuación del cumplimiento de la condena impuesta o, en los casos de los autos de desaprobación en un procedimiento especial, a que el *aspirante a colaborador de justicia* continúe en el procedimiento ordinario junto a los *delatados*, todo lo cual sirve como un paso previo a la siguiente evaluación sobre la posibilidad de interponer recurso de casación.

2.2 ¿Es posible el recurso de casación en los supuestos de no otorgamiento de beneficio premial al colaborador con la justicia?

Siguiendo la misma línea de desarrollo, veamos algunas consideraciones previas sobre el recurso de casación⁹⁵⁹. Así pues, Montero Aroca y Flors Matíes definen al recurso de casación como un medio de impugnación que se interpone en contra de una sentencia de segunda instancia para que el órgano jurisdiccional “verifique un examen de la aplicación de las normas materiales realizada por el tribunal *a quo* en la decisión de la cuestión de fondo objeto del proceso, a fin de que corrija dicha aplicación si aquéllas se hubieren infringido y, en su caso, unifique o define la doctrina jurisprudencial sobre la materia”⁹⁶⁰.

Ahora bien, como indica Cordero, la primera y segunda instancia tenían por objeto el delito atribuible a un acusado; mientras que en la casación las cuestiones invocadas por el impugnante se identifican en la decisión judicial⁹⁶¹. Así pues, la *casación* tiene como función la *exacta observancia de la ley* y la *uniformización de la*

⁹⁵⁸ Cabe precisar que, cuando el resultado de la apelación es contrario al interés impugnatorio del *colaborador de justicia* entra en discusión la *prohibición de la reformatio in peius* y el principio de congruencia, puesto que, solo se prohíbe la reforma peyorativa cuando el único que impugna es el condenado (delator), mas no si también impugnan las otras partes. Para un mayor análisis del principio de *reformatio in peius*, véase Montero Aroca, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., pp. 528-533.

⁹⁵⁹ Para un estudio sobre la recepción de la casación francesa en España, léase Fairén Guillén, V., “Sobre la recepción en España del recurso de casación francés”, en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, vol. 10, 1957, pp. 661-692.

⁹⁶⁰ Montero Aroca, J./Flores Matíes, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., p. 772.

⁹⁶¹ Cordero, F., *Procedura penale*, cit., p. 1143.

*interpretación*⁹⁶². La primera se expresa en la relación que tienen los jueces con la ley que aplican y, la segunda, consiste en el rango jerárquico del Tribunal de Casación, de modo que con la sentencia de casación se plasma el correcto significado de la ley involucrada en la resolución recurrida, la cual es aceptada por los jueces de los niveles inferiores⁹⁶³.

Sobre el particular, Iacoviello destaca que el texto legislativo puede tener una interpretación en la actualidad que puede considerarse exacta; sin embargo, dentro de algunos años esa misma interpretación varía; por ello, no habría una *interpretación exacta*, pero sí *convinciente*. Este argumento es defendido desde un punto de variación de las mismas ciencias exactas desde la certeza a la probabilidad, lo cual implica que sería impensable requerirle la misma exactitud científica al derecho⁹⁶⁴.

Un segundo aspecto, *la legitimidad para interponer el recurso de casación* está reconocida al imputado que cuenta con la *legitimidad* y el *interés concreto* de impugnar la *sentencia de apelación*. Claro que la Corte o Tribunal de Casación no se configura como una tercera instancia, pero con sus facultades reconocidas de examen de la *observancia de la ley* puede revisar la *sentencia de apelación* que haya confirmado la condena del recurrente o en caso de que la sentencia de primera instancia fuese favorable, producto de la apelación, la decisión judicial haya sido por la renovación del juzgamiento. No cabe duda de que resulta procedente que en sede de casación se revise el respeto a la motivación que debe cumplir la resolución judicial que rechaza el otorgamiento del beneficio⁹⁶⁵.

⁹⁶² Vecina Cifuentes afirma que el fundamento de la incorporación del recurso de casación es la “unidad del derecho penal a nivel interpretativo, máxime si se tiene en cuenta el marco en el que dicho recurso se desenvuelve: un Estado Constitucional de Derecho en el que se garantiza el principio de seguridad jurídica”. Vecina Cifuentes, J., *La casación penal. El modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 127.

⁹⁶³ Iacoviello, F. M., *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè Editore, Milán, 2013, pp. 73-75.

⁹⁶⁴ Iacoviello, F. M., *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 101.

⁹⁶⁵ Igartua Salaverría afirma que la posibilidad de controlar la motivación en sede de casación no implica que el Tribunal se irrogue competencias de juez de instancia. Igartua Salaverría, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 161.

Así pues, en España el art. 854 LECrim señala que pueden interponer recurso de casación cualquiera de las partes que han intervenido en el juzgamiento, mientras que en Italia el art. 607 CPPI regula de forma expresa el recurso de casación del imputado, estableciendo que puede interponerlo contra la sentencia de condena. Además, conforme a los ordenamientos jurídicos español y peruano, consideramos que puede admitirse el recurso de casación por decisión del Alto Tribunal a efectos de desarrollar la doctrina jurisprudencial por considerar necesario un pronunciamiento que cumpla la finalidad de unificación para fortalecer, desde una vista de la predictibilidad, con la seguridad jurídica de los ciudadanos a quienes se les debe garantizar que son iguales ante la ley⁹⁶⁶.

Dicho lo anterior, el *colaborador de justicia* tiene legitimidad e interés para interponer el *recurso de casación* contra la sentencia que confirma la condena o el rechazo del *acuerdo de colaboración*. Ante ello, el supuesto de admisión del recurso de casación sería la *falta, contradictoria o ilogicidad* de la motivación⁹⁶⁷, toda vez que, el *juez de mérito*, luego de realizada su valoración probatoria (en segunda instancia), ha decidido confirmar la sentencia condenatoria rechazando el aporte cognitivo del *arrepentido delator*, lo cual se plasma en la motivación de la no concesión del beneficio premial.

Cabe precisar que, el motivo casacional preciso es el referido a la motivación, puesto que la *inobservancia o interpretación errónea de la ley* se reserva a las cuestiones referidas al ámbito de la aplicación de la ley⁹⁶⁸, lo cual no es el eje de la pretensión de impugnación en estos casos, porque el *colaborador de justicia* busca que se anule la sentencia que le denegó el beneficio premial, cuyo otorgamiento está sometido a una corroboración previa y a la consideración del valor del aporte cognitivo.

⁹⁶⁶ Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 550.

⁹⁶⁷ Nieva Fenoll precisa que los defectos de “valoración de la prueba como los de infracción de ley, como la propia predeterminación del fallo, normalmente se descubren en la sentencia, en concreto en su motivación”. Nieva Fenoll, J., *El hecho y el derecho en la casación penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 212.

⁹⁶⁸ Para que se configure la infracción el error debe haber sido determinante para la decisión judicial, por lo que se requiere que la interpretación o aplicación errónea debe tener una intensidad que conlleve a una decisión judicial diferente. Armenta Deu, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. p. 342.

Así pues, nos ubicamos en el ámbito de la valoración probatoria, dado que no estamos ante una regla de *inutilizabilidad*, sino *regla de valoración* que orienta el manejo del material probatorio, puesto que, si bien el juez tiene un libre convencimiento, este debe seguir las reglas de valoración para decidir si da por cierto o no la conducta de colaboración⁹⁶⁹.

Ahora bien, si el resultado de la decisión de la Corte o Tribunal de Casación fuese favorable al interés del *colaborador de justicia*, la misma se corresponderá con una *sentencia de anulación con reenvío*⁹⁷⁰, toda vez que, al tratarse de un problema de la motivación y se requiera un nuevo juicio de mérito, no es aplicable la *anulación sin reenvío* que está previsto para los supuestos en que la Corte pueda decidir sin realizar un juicio de mérito, para el cual no cuenta con la habilitación legal. Así pues, el nuevo juez de mérito, que tendrá a cargo la fase rescisoria, emitirá un nuevo pronunciamiento con el que se sustituye al anulado⁹⁷¹, por lo que el *colaborador de justicia* esperará obtener el descuento o exención de pena, según se establezca en el ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, en el caso peruano, si se confirma la denegatoria del *acuerdo de colaboración eficaz*, procederá el recurso de casación por la causal de falta o manifiesta ilogicidad de la motivación prevista en el art. 429 numeral 4 CPPP o la incorrecta interpretación de la ley penal o normas jurídicas que hacen necesaria su aplicación (numeral 3 art. 429 CPPP). Así pues, citamos la sentencia de casación de la Corte Suprema peruana:

“TRIGÉSIMO TERCERO: Así, la celebración de la audiencia no es un mero acto protocolar. Esta debe servir para que el juez tome conocimiento respecto a los alcances de la colaboración eficaz y el cumplimiento de lo que la norma prescribe. A su vez, debe servir para aclarar ciertas dudas o vacíos no especificados en el acta de acuerdo firmado entre el Ministerio Público y el

⁹⁶⁹ Iacoviello, F. M., *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., pp. 306-307.

⁹⁷⁰ En estos casos el Tribunal o Corte de Casación dispone que la causa sea enviada al tribunal de instancia cuando la infracción se refiera a una norma o garantía procesal. Rodríguez Rubio, C., *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, cit., p. 147. Por ello, Etxeberria Guridi afirma que la diferencia de las consecuencias de la decisión de estimar la casación y anular la sentencia es radical. Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 555.

⁹⁷¹ Bargis, M., “Impugnazioni”, cit., pp. 862-863.

aspirante a colaborador, y se pueda emitir una resolución fundada en derecho. En tal virtud, se puede evidenciar que no se ha tomado en cuenta que el aspirante a colaborador habría aceptado participar en la comisión de delitos vinculados con los dos grupos criminales materia de delación, e incluso habría participado en los hechos que dieron origen al presente cuaderno de colaboración eficaz. Por tanto, al afirmarse que no se cumplió con lo perceptuado con el literal b, numeral dos, del artículo cuatrocientos setenta y dos, del Código Procesal Penal, se ha incurrido en una indebida interpretación de dicha norma.

TRIGÉSIMO CUARTO. En cuanto a la vulneración del numeral cuatro, artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal (ilogicidad en la motivación), debemos indicar que la Sala Penal Superior, en la sentencia de vista, numeral 3.4, del fundamento jurídico tercero, precisó que los hechos materia de delación que originaron las investigaciones recaídas en las carpetas fiscales números 122-2015 y 127-2015, y los hechos materia de acuerdo de colaboración eficaz no están relacionados entre sí, por lo que se tratan de circunstancias distintas, lo que no permite apreciar que se esté ante una organización criminal que haya ejecutado los tres hechos. Al respecto, ello constituye un defecto en la motivación, en la medida que no necesariamente los hechos materia de delación deben estar relacionados entre sí, en tanto es posible que el sujeto que se somete a colaboración colabore eficazmente con información en más de un proceso penal o en una investigación preliminar, prestando su concurso en la averiguación y la determinación de uno o más delitos. La Ley no pone límites al respecto. De ahí que conforme con la información brindada se pueda evidenciar la operatividad de una o más organizaciones criminales, no exigiéndose una sola como pretende afirmar la Sala revisora; vulnerándose con ello la causal invocada. Por tanto, se han de estimar las casaciones interpuestas por los recurrentes⁹⁷².

Finalmente, podemos también considerar que, bajo el supuesto de unificación de la doctrina, la Corte o Tribunal de Casación admita el recurso de casación que le permita pronunciarse sobre los elementos de corroboración de la *declaración del colaborador de justicia* que permita uniformizar la jurisprudencia de los jueces de inferior jerarquía⁹⁷³.

⁹⁷² Corte Suprema de Justicia, Cas. N.º 852-2016-Puno de 11 de diciembre de 2018, Sala Penal Transitoria.

⁹⁷³ Vecina Cifuentes afirma que “él éxito de la función uniformadora no depende ya de la «autoridad jerárquica» del tribunal de casación -que limita sus efectos al caso decidido- sino de la efectiva asunción de su jurisprudencia por los jueces y tribunales inferiores”. Vecina Cifuentes, J., *La casación penal. El modelo español*, cit., p. 136. De forma más concreta, en el Perú se conoce el motivo como casación jurisprudencial (art. 433.1 CPPP) que consiste en la “causal que puede ser alegada cuando la resolución, materia de cuestionamiento, se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, o en su caso, por el Tribunal Constitucional”. Iberico Castañeda, L., *La impugnación en el proceso penal*, cit., p. 252

3. EL DERECHO AL RECURSO DE LOS DELATADOS EN CONTRA DE LAS SENTENCIAS MOTIVADAS CON DECLARACIONES DE COLABORADORES DE JUSTICIA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

En el otro extremo de la delación del *arrepentido* convertido en *colaborador de justicia* se encuentra el inculpatado por su testimonio, esto es, el *delatado* que afronta la acusación por un delito de corrupción pública, en cuyo procedimiento se ha dado valor de prueba de cargo a la *declaración del colaborador de justicia*. Ante ello se configura su pretensión de revocar la decisión de primera instancia y, de no lograr su objetivo después del juicio de apelación, plantear el recurso de casación⁹⁷⁴.

Así pues, para comenzar, en el caso del *delatado condenado* recordemos los dos escenarios finales que pueden presentarse luego del juzgamiento:

a) *Sentencia absolutoria*. En este caso, el resultado de la valoración probatoria fue positivo para los intereses de la defensa del delatado; por ende, el juez puede desestimar el aporte cognitivo del *colaborador de justicia*. Conviene recordar que, la falsedad de la información aportada no conlleva a que el juez aplique una sanción mayor de la que correspondía por el delito objeto del proceso penal al colaborador de justicia, pero en su pronunciamiento puede absolver al delatado inculpatado.

b) *Sentencia condenatoria*. Por el contrario, el escenario negativo contra el *delatado* consiste en la sentencia que le condena por la comisión de un delito de corrupción pública basada en la valoración positiva de la *fiabilidad subjetiva* y *fiabilidad objetiva* de la *declaración del colaborador de justicia*, cuya afirmación de corroboración da sustento a la *sentencia condenatoria* y se expresa en la motivación de dicha resolución.

⁹⁷⁴ González Pérez señala que “desde el momento en que el ordenamiento jurídico establece la posibilidad de recurso contra una resolución judicial, el recurso constituye una garantía del justiciable, que deberá sujetarse en cada caso a los requisitos procesales que la Ley regula”. González Pérez, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2011, p. 305.

Prosigamos, de los dos escenarios descritos nos ubicamos en el segundo en que el *delatado* persigue mediante el uso de los medios de impugnación obtener una decisión que sea en favor de la determinación de su inocencia por el delito de corrupción pública, de manera que se reforme la decisión de primera instancia⁹⁷⁵. Así pues, a continuación, mantendremos las definiciones sobre las cuestiones específicas de los recursos de apelación y casación aplicadas para los *colaboradores de justicia* que impugnan la resolución judicial contraria a obtener su beneficio premial.

3.1 El recurso de apelación contra las resoluciones judiciales de condena basada en declaraciones de colaboradores de justicia

De acuerdo con la descripción precedente, el *delatado* tiene la legitimidad y el interés concreto de obtener una resolución que sea favorable para sustituir la sentencia condenatoria. El *delatado* podrá cuestionar la valoración probatoria del juez de primera instancia que ha determinado su responsabilidad penal con base en la *declaración del colaborador de justicia*⁹⁷⁶. Así pues, su legitimidad para interponer el recurso de apelación es la misma que del delator, reconocida por los ordenamientos jurídicos de España (art. 790 LECrim), Italia (art. 593 CPPI) y Perú (arts. 416 CPPP).

Ahora bien, un aspecto que tiene importancia para el desarrollo del *juicio de apelación* es el posible derecho a presentar nueva prueba⁹⁷⁷ con la finalidad de que el juez de mérito valore la *declaración del colaborador de justicia*. Calderón Cuadrado precisa que la admisión de actividad probatoria en segunda instancia no significa la instrucción de nuevos hechos, por lo que, no se debe equiparar nuevos medios de prueba con nuevos hechos⁹⁷⁸.

⁹⁷⁵ Montero Aroca y Flors Matíes señalan que un efecto común de los recursos es que su presentación impide que la resolución impugnada logre la calidad de firme, por lo que podría ser revocada o anulada. Montero Aroca, J./Flores Matíes, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., p. 100.

⁹⁷⁶ En la segunda instancia penal se realiza un enjuiciamiento limitado del objeto procesal definido en la primera instancia. Armenta Deu, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 334.

⁹⁷⁷ En el escrito con el que se formaliza el recurso de apelación se debe solicitar que se practiquen las pruebas permitidas por la legislación procesal que consisten en aquellas que fueron propuestas, pero denegadas o pruebas admitidas, pero no practicadas en el juzgamiento, siempre y cuando, la causa no sea imputable al recurrente. Tapia Fernández, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, Civitas, 2011, p. 29.

⁹⁷⁸ Calderón Cuadrado, M.^a P., *La prueba en el recurso de apelación penal*, cit., pp. 86-87.

Sobre el particular, las causales descritas para admitir prueba en la segunda instancia están previstas en España en el art. 790.3 LECrim establece que solo se admitirá la práctica de diligencia de prueba cuando no conoció su existencia durante la primera instancia, de aquellas que propuso, pero no se practicaron sin que tenga la responsabilidad de ello y si el juez le denegó la práctica de una prueba, para lo cual habrá debido formular su protesta. Con la misma técnica legislativa, en el Perú se ha regulado en el art. 422 CPPP la *prueba en segunda instancia* con la precisión de que los medios de prueba se admiten “cuando se impugne el juicio de culpabilidad o inocencia (art. 422.3 CPPP).

Así pues, el juez de segunda instancia tiene los poderes del *a quo*; de ese modo, con los medios probatorios que pueda admitir tiene conocimientos posteriores, por lo que podrá examinar directamente al *colaborador de justicia* para aplicar de manera autónoma la valoración sobre la *fiabilidad de su testimonio*⁹⁷⁹, lo cual se presenta en las siguientes formas:

a) *En el mismo procedimiento.* En estos casos el *colaborador de justicia*, que necesariamente estará asistido por su abogado defensor, mantiene su derecho a la *no autoincriminación*, lo cual implica que puede guardar silencio ante determinadas preguntas que considere que serían perjudiciales para su situación procesal⁹⁸⁰.

⁹⁷⁹ Armenta Deu precisa que con la apelación se debería centrar en la necesidad de revisar la prueba de la primera instancia y no solo buscar confrontar que la información de las pruebas practicadas no corresponda a las afirmaciones realizadas por el juez de primera instancia en su sentencia. Así pues, el ámbito de las alegaciones en la apelación consistiría en que se ha infringido la presunción de inocencia con una motivación insuficiente. Armenta Deu, T., “La reforma del recurso de apelación y la generalización de la segunda instancia”, en *Justicia*, n.º 1, 2016, 84. Alcácer Guirao explica la diferencia entre valorar la fiabilidad de la declaración y la sinceridad del declarante, indicando que en el primer caso no se requiere escuchar personalmente al órgano de prueba, sino valorar los datos objetivos sobre la fiabilidad del testimonio. Alcácer Guirao, R., *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 26.

⁹⁸⁰ Pérez-Cruz Martín recuerda el especial cuidado del tratamiento de las declaraciones de los coimputados, puesto que cuando asisten al juzgamiento lo hacen como acusados, manteniendo su derecho “a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad pudiendo callar total o parcialmente”. Pérez-Cruz Martín, A., *El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 2011, p. 178.

b) *En procedimientos conexos o relacionados*. Recordemos que estamos ante el supuesto en que el ordenamiento jurídico permite que el *colaborador de justicia* asista en calidad de testigo (impropio) por haber recibido una sentencia favorable y declare en contra de los acusados (delatados). Dicha sentencia puede ser la denominada *sentencia de colaboración eficaz* (Perú) o que su juzgamiento haya sido previamente resuelto que de los delatados (España e Italia), a la vez, es posible que el beneficio obtenido tenga como objeto hechos diferentes en los que habrían participado los delatados. En este caso, su declaración es nuevamente sometida a contradicción con inmediación ante el juez de apelación⁹⁸¹, lo cual permitirá verificar la fiabilidad del testimonio del colaborador de justicia.

Ahora bien, en los dos escenarios descritos, el juez de apelación deberá aplicar las reglas de valoración⁹⁸² sobre la *declaración del colaborador de justicia* en tanto que la información ha sido utilizada para fundamentar la condena en contra del impugnante, por ello se debe garantizar la defensa asistida del *colaborador* y que en todo momento se busque asegurar la contradicción. Además, recordemos que el control de la motivación como motivo de apelación del *delatado* implica verificar la logicidad de la inferencia probatoria y que el juez de primera instancia haya sustentado la inexistencia de dudas razonables⁹⁸³ sobre la responsabilidad penal del delatado por corrupción pública.

Asimismo, ya hemos indicado la diferencia ente la *inutilizabilidad* y el incumplimiento de las *reglas de valoración*, pues bien, en estos casos de motivación de la sentencia de condena de primera instancia, el *juez de apelación* verificará el

⁹⁸¹ Sobre el particular, Ortego Pérez señala que es una exigencia que la inmediación y contradicción se extiendan hasta la segunda instancia. Por ello, revisar solo las grabaciones de la práctica probatoria de primera instancia conlleva una afectación de la contradicción. Ortego Pérez, F., “la inmediación en el proceso penal”, en *Justicia*, n.º 1, 2020, pp. 267-278.

⁹⁸² Martín y Martín precisa que “la observancia de las reglas de la lógica, de los conocimientos científicos y de los principios generales de la experiencia en el marco del criterio racional son controlables en cuanto razonamiento implícito o explícito de la sentencia que no depende de la percepción sensorial de la prueba directa”. Martín y Martín, J.A., “Inmediación y prueba en la segunda instancia”, en Choclan Montalvo, J.A., *Las reformas procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 489.

⁹⁸³ La exigencia del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales requiere que se expresa en la sentencia de apelación la apreciación sobre la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia, esto es, que haya sido razonable y analizar la inferencia formulada para la prueba indiciaria. Tapia Fernández, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, cit., p. 49.

cumplimiento de las reglas y realizará un debate en sede de apelación⁹⁸⁴, en el que se debe cuidar que no se vulneren las garantías del colaborador de justicia, porque de esa manera se podrán evitar cuestionamientos posteriores a la decisión judicial de segunda instancia, en específico, por las consecuencias jurídicas en contra del *colaborador de justicia* y también porque al ser reformada la decisión tendrá impacto en la situación de este en el mismo procedimiento o en el procedimiento conexo en el que se haya emitido previamente la sentencia.

Dicho lo anterior, como último punto, el juicio de apelación concluye con la emisión de la *sentencia de apelación*, la cual sustituye la resolución de primera instancia, por los poderes cognitivos del *juez de apelación*. A nivel de la jurisprudencia citamos como ejemplo la siguiente sentencia del Tribunal Supremo español:

“Efectivamente, si admite que para enervar la presunción de inocencia la Sala de instancia tiene en cuenta como medios probatorios la declaración de determinados testigos, el reconocimiento del acusado por los mismos y lo declarado por un coimputado forzoso es concluir que salvo que dichos medios directos estuviesen huérfanos totalmente de contenido incriminatorio el motivo deviene improsperable. Ni las contradicciones aducidas en las declaraciones de los testigos, ni el hecho de que los reconocimientos no sean unánimes, ni las acusadas entre aquéllas y la prueba balística, significa dicho vacío de cargo, pues precisamente ello constituye la esencia de la valoración en conciencia a que se refiere el artículo 741 LECrim, intransferible a la casación en la medida que se asienta en la percepción directa e inmediata de la Sala de instancia. [...]. En cuanto a la declaración del coimputado en sede policial, en realidad innecesaria si tenemos en cuenta lo anterior, debemos señalar que la misma, al margen del examen del segundo de los motivos, se introduce en el debate regularmente al objeto de preservar la vigencia del principio de contradicción y si bien es cierto que carece de las garantías propias de la prestada ante el Juez de Instrucción, no lo es menos que los agentes presentes en la misma declararon también al respecto en el acto del juicio oral, constituyendo por ello verdadero material probatorio a valorar por el Tribunal y no siendo por ello una mera actividad de investigación previa, es decir, la propia declaración así prestada ante Letrado constituye objeto de prueba en el Plenario [...]”⁹⁸⁵.

⁹⁸⁴ Fairén Guillén afirma que en cuanto a la aplicación del derecho “el tribunal parte de las normas jurídicas introducidas por las partes en los momentos oportunos del procedimiento, pero puede separarse de ellas, aunque ha de respetar la congruencia de los elementos de las pretensiones y defensas”. Fairén Guillén, V., *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid 1990, p. 123. Alcácer Guirao señala que lo relevante para la decisión en segunda instancia es que se determine si la conclusión de la apelación se refiere a la variación de la valoración de la fiabilidad del testimonio. Alcácer Guirao, R., *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, cit., p. 25.

⁹⁸⁵ STS núm. 1698/2000, de 7 de noviembre de 2000, (Sala de lo Penal, [RJ 2000\9769]). El Tribunal Constitucional ha señalado que “el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha

La sentencia de apelación, como ya hemos dicho, puede ser de confirmación de la condena con lo que el aporte cognitivo del *colaborador de justicia* se mantiene; sin embargo, si el juicio concluye con la inocencia del *delatado*, la sentencia podrá configurar los siguientes dos escenarios:

a) *Respecto del delatado*. En los dos escenarios descritos *procedimiento único* o *procedimiento conexo*, la sentencia de apelación sustituye el pronunciamiento de primera instancia y, al reformarse la resolución recurrida, se puede determinar la absolución del inculcado por la *colaboración de justicia*.

b) *Respecto del colaborador de justicia*. El juez de apelación puede disponer la aplicación de la pena que le corresponde al *colaborador de justicia* si considera debe rechazarse el aporte cognitivo del delator. Así pues, en caso de *procedimientos únicos* se podría agravar la sanción (España e Italia), sin que se afecte el principio de *non reformatio in peius* porque la pretensión impugnatoria que determina el ámbito de cognición del juez de segunda instancia es la apelación del delatado; y en caso de *procedimiento especial* se puede comunicar la reapertura del procedimiento en el que se le estableció el beneficio premial (Perú).

Dicho todo lo anterior, la *sentencia de condena del delatado* podrá ser objeto del recurso de apelación por interés del *delatado*; además, vinculado también a la impugnación, los casos en que el *delatado sea absuelto* y el *colaborador de justicia apela* la sentencia de primera instancia que no consideró importante el aporte cognitivo del *colaborador*. Ante este escenario, el *juez de apelación* por sus poderes de mérito podría condenar al *delatado*, lo cual requiere una observación correcta del debido proceso, sobre todo, por las cuestiones vinculadas a la valoración probatoria⁹⁸⁶.

de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurren circunstancias excepcionales, como sucede cuando las declaraciones inculcatorias del coimputado no se incorporan regularmente a la vista oral con todas las garantías [...]. Por tanto, en aplicación de la doctrina constitucional expuesta, el pronunciamiento sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria de la declaración de un coimputado exige comprobar si, en el supuesto examinado, el testimonio del coimputado es la única prueba de cargo en la que se ha fundamentado la condena y cuáles son los elementos de corroboración aportados por las resoluciones impugnadas". STC núm. 30/2005, del 14 de febrero de 2005, [RTC 2005\30]. STC núm. 34/2006, del 13 de febrero de 2006, [RTC 2006\34].

⁹⁸⁶ Esto nos conduce a otro problema que no es objeto de la tesis, pero que se requiere mencionar por las situaciones procesales sucedáneas: la condena del absuelto, dado que en los casos en que el ordenamiento

3.2 ¿Es posible el recurso de casación en favor del delatado condenado con declaraciones de colaboradores de justicia?

Para la formulación de esta pregunta, la *sentencia de apelación* habrá debido confirmar la sentencia de primera instancia que condena al delatado con base en el testimonio del *colaborador de justicia*. Ante ello, queda expedita la posibilidad de que interponga el recurso de casación por falta, contradictoriedad o ilogicidad de la motivación⁹⁸⁷, puesto que en estos supuestos con más énfasis que en el caso del *colaborador de justicia*, la sentencia objeto de casación habría realizado una nueva valoración autónoma con la que confirma la condena en su contra, al dar como válido el testimonio del *colaborador*.

En cuanto a la legislación, resultan aplicables los citados art. 854 y 790.2 LECrim de España que establece que todos los que han sido parte en los juicios criminales pueden interponer recurso de casación, por lo que, desde una vista legal, los delatados condenados pueden formular recurso de casación contra las sentencias de apelación. En la misma línea, para el caso italiano volvemos a mencionar el art. 607 CPPI, mientras que en el Perú la regulación no se enfoca en el impugnante, sino en la resolución objeto de casación, esto es, la sentencia de condena (art. 427 CPPP).

De este modo, sí es posible que el *delatado* interponga recurso de casación por el supuesto indicado, con la finalidad que la *sentencia de casación* anule *sentencia*

jurídico prevea la posibilidad de que en segunda instancia se condene a quien haya sido absuelto genera el inconveniente frente al doble grado de jurisdicción, porque el condenado en la segunda instancia no tiene opción de interponer recurso de apelación para modificar la decisión de condena, pero sí podrá interponer recurso de casación. Herrero Guerrero, analiza la posibilidad de entender la casación en sentido amplio permite revisar la condena en segunda instancia cumpliendo con el derecho a la doble instancia, Herrero Guerrero, M., *Los recursos en el proceso penal*, cit., pp. 143-153.

⁹⁸⁷ Martínez Arrieta y Encinar del Pozo afirman que el control casacional puede revisar los juicios de inferencia, pero “se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega”. Martínez Arrieta, A./Encinar del Pozo, M., *El recurso de casación y de revisión penal. La función de unificación de la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 307.

condenatoria. Díaz Pita precisa que puede revisarse el respeto a la presunción de inocencia y que el control casacional no sustituya la valoración probatoria⁹⁸⁸.

Adicionalmente, la decisión de la Corte o Tribunal de Casación deberá ser con efecto de reenvío para que disponga un nuevo juicio por otro órgano jurisdiccional que tenga presente las deficiencias de motivación advertidas en la casación⁹⁸⁹. El último aspecto mencionada, resulta importante porque la condena en contra de los delatados, respetando el debido proceso, debió cumplir las reglas de valoración y, además, la casación controla el razonamiento judicial, esto es, la lógica del juez que ha considerado que no hay dudas razonables sobre la responsabilidad penal del delatado.

Vega Torres precisa que con el recurso de casación el Tribunal Supremo puede verificar si era posible o no que se fundamente la responsabilidad penal con las declaraciones inculpativas del coimputado, pudiendo invalidar la sentencia en caso de verificar circunstancias que invaliden dicha declaración⁹⁹⁰. Para ejemplificar la relación entre la resolución de la apelación y el control casacional del Tribunal Supremo, sobre la logicidad del razonamiento judicial que ha valorado la declaración del coimputado, citamos la siguiente sentencia:

“Dentro de este ámbito valorativo destaca, de igual modo, la doctrina que en los delitos con concierto o participación de varias personas resulta fundamental saber si el acusado trata con su declaración de eludir su responsabilidad. Por ello, tras este examen judicial, se otorga un gran valor a la declaración del coacusado que no pretende autoexculparse, sino que reconoce su culpa. Existe, pues, corroboración objetiva de la declaración del imputado según ha expuesto el TSJ al valorar la suficiencia de la prueba valorada por el Tribunal de instancia, y, además, se citan con sumo detalle, como hemos expuesto, el conjunto de hechos o indicios convergentes externos o

⁹⁸⁸ Díaz Pita, M.^a P., *El coimputado*, cit., p. 496.

⁹⁸⁹ En el control casacional se revisa se revisa la estructura racional de la prueba que está conformada, entre otros, de la credibilidad de los testigos y la inferencia basada en los indicios que se han declarado como probados. Martínez Arrieta, A./Encinar del Pozo, M., *El recurso de casación y de revisión penal. La función de unificación de la jurisprudencia*, cit., p. 295.

⁹⁹⁰ Vega Torres, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 177. Nieva Fenoll señala que “la motivación es lo que posibilita la revisión en casación de las averiguaciones fácticas y de la apreciación de la prueba y este hecho es el que ha provocado el abandono definitivo de la distinción hecho-derecho como criterio delimitador del examen casacional”. Nieva Fenoll, J., *El hecho y el derecho en la casación penal*, cit., pp. 216-217.

periféricos de los que el Tribunal sentenciador extrae la conclusión de que tales declaraciones correspondían a la verdad.

El recurrente sostiene una versión de exclusión que no se ha sostenido por el Tribunal de instancia en base a la concurrencia de los indicios que se han expuesto con detalle y debidamente numerados, y que el TSJ también ha validado en el juicio y examen de la racionalidad de la inferencia llevada a cabo.

Con todo ello, se entiende que la construcción llevada a cabo en el análisis de los indicios es suficiente y debe validarse⁹⁹¹.

Adicionalmente, sobre el control de la *atendibilidad* de la *declaración del colaborador de justicia*, citamos la siguiente sentencia de la Corte Suprema de Casación italiana:

“El Tribunal de Apelación, en cambio, debió haber renovado las pruebas declaratorias, con base en la sentencia de responsabilidad, habiendo realizado una valoración diferente a la del juez de primera instancia, quien las consideró insuficientes para fundamentar la afirmación de responsabilidad, siendo las declaraciones de los colaboradores de justicia resultaron ser ‘todo menos unívocas sobre la relación de compenetración estable y orgánica’ de los imputados en el tejido organizativo de la asociación

Al respecto, se debe enfatizar que las declaraciones de los citados colaboradores son determinantes, habiendo manifestado la misma Corte de Apelaciones que las declaraciones realizadas por Nicola Figliuzzi durante la audiencia de apelación constituían una nueva confirmación de elementos probatorios, ya de por sí de “absoluta conclusividad” a los efectos de la sentencia⁹⁹².

⁹⁹¹ STS núm. 532/2019, de 4 de noviembre de 2019, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2019\4781]). STS núm. 513/2015, de 9 de septiembre de 2015, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, [RJ 2015\4342]): “la valoración de las declaraciones de coimputados no constituye exclusivamente un problema de fiabilidad en concreto. Reclama reglas de valoración abstractas que excluyen su capacidad para fundar en determinadas condiciones una condena. En la constatación de que estamos ante una prueba peculiar que genera ab initio una cierta desconfianza radica el sustrato de esa singularidad”. Por su parte el Tribunal Constitucional español señala que “aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración inculpativa también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos, como ocurre en el caso sometido a nuestra consideración”. STC núm. 111/2011, de 4 de julio de 2011, (Sala Segunda, [RTC 2011\111]).

⁹⁹² Sentencia de la Corte Suprema de Casación núm. 13953/2020 de 11 de octubre de 2019, (Sección sexta penal, ([ECLI:IT: CASS:2019:41977PEN])).

También resulta posible que el Tribunal de Casación admita el recurso por unificación de la doctrina, porque la *condena* en contra del delatado tiene como eje la valoración de un testimonio del colaborador de justicia que ha sido obtenido a cambio de un beneficio premial y que, para que tenga peso probatorio, deberá haber sido corroborado por fuentes probatorias que tenga autonomía, por lo que se podrá considerar que en determinados casos resulte necesario un pronunciamiento de la corte casatoria.

4. EL DERECHO AL RECURSO DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO EN CONTRA DE LAS SENTENCIAS QUE OTORGAN BENEFICIOS PREMIALES A LOS COLABORADORES CON LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

En los casos de corrupción pública, de acuerdo con la naturaleza del bien jurídico, el agraviado por el delito es el Estado, de modo que quien tiene legitimidad para constituirse como *parte civil* en el proceso penal es el funcionario designado para cumplir tal función, que sería, según cada ordenamiento jurídico, *el Procurador del Estado o la Abogacía del Estado*⁹⁹³, quien ejercerá la *acción civil* acumulada en el proceso penal para obtener la reparación civil derivada de la comisión del delito de corrupción pública⁹⁹⁴.

Cabe precisar que, si bien solo se ha incluido en la estructura de la tesis a la Abogacía del Estado (España), por ser la institución similar a la Procuraduría General del Estado (Perú) que tiene la competencia nacional (procurador anticorrupción) para intervenir en los procesos penales por corrupción pública; sin embargo, también es

⁹⁹³ Se le reconoce la legitimidad para interponer recurso de casación al igual que las otras partes del proceso penal, véase la precisión en Martínez Arrieta, A./Encinar Del Pozo, M. A., *El recurso de casación y de revisión penal. La función de unificación de la jurisprudencia*, cit., p. 176.

⁹⁹⁴ Iñaki Esparza precisa que los objetos civil y penal se acumulan en un solo objeto procesal porque el mismo hecho da origen a las responsabilidades penal y civil, tramitándose dentro de un mismo procedimiento. Barona Vilar, S./Esparza Leibar, I./Gómez Colomer, J.L./Martínez García, E./Planchadell Gargallo, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 692. Fernández-Gallardo llama “acumulación heterogénea de acciones” que se fundamentan en la conexión por tener el mismo hecho como fuente de responsabilidad. Véase, Fernández-Gallardo, J.A., “Aspectos procesales sobre el ejercicio de la acción civil en el proceso penal”, en *Justicia*, n.º 2, 2015, p. 433.

posible la intervención de los *acusadores populares*⁹⁹⁵ (España) quienes tienen la legitimidad para interponer los recursos de apelación y casación⁹⁹⁶, máxime si se trata de procesos de que afectan intereses colectivos⁹⁹⁷.

Ahora bien, a nivel legislativo, tanto para el recurso de apelación como el de casación, la legitimidad del actor civil para impugnar las resoluciones judiciales con base en su participación en calidad de parte en el proceso penal (arts. 790 y 854 LECrim). En el Perú el artículo 104 CPP regula expresamente que el actor civil está facultado para interponer los recursos previstos por la ley. De forma diferente en el caso italiano, el art. 576 CPPI señala que la parte civil propone al Fiscal la impugnación respecto de los efectos de la responsabilidad civil.

Prosigamos, en los casos de procesos penales por corrupción pública con *colaboradores de justicia*, la intervención de la parte civil dependerá del diseño unificado o con procedimiento especial en el que se decidirá si su participación en la fase de negociación constituya un requisito indispensable para la determinación del acuerdo:

a) *En el procedimiento único y procedimiento conexo*. La parte o actor civil formula su pretensión para que sea resuelta por el juez de primera instancia junto con la

⁹⁹⁵ Tomé García señala que “la acción popular constituye para los ciudadanos un instrumento esencial y democrático que les permite ejercer la acción de la justicia en aquellos casos en los que quepa pensar que la dependencia del Ministerio Fiscal con relación al poder ejecutivo, por las razones que sea, no le interesa que se persigan”. Tomé García, J.A., “La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma”, en Chozas Alonso, J.M., (coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal. Conforme a las recientes reformas legislativas: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECRIM y LOPJ*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 267.

⁹⁹⁶ La legitimidad de recurrir del acusador particular se sostiene en su calidad de parte del proceso penal. Martínez Arrieta, A./Encinar Del Pozo, M. A., *El recurso de casación y de revisión penal. La función de unificación de la jurisprudencia*, cit., p. 155.

⁹⁹⁷ Resulta importante la mención a las doctrinas llamadas “Botín” y “Atutxa”, en las que el Tribunal Supremo desarrolló, primero (doctrina Botín) que en los casos en que exista un sobreesimiento formulado por el Ministerio Fiscal y acusador particular, no correspondía continuar con el procedimiento con la acción popular, luego (doctrina Atutxa) indicó que sí se puede iniciar juicio oral solo con acusación popular, cuando se trate de delitos contra intereses colectivos. Véase, Armenta Deu, T., “La acción popular: claves de una reforma que conviene ponderar”, en Justicia, n.º 1, 2017, pp. 71-125. Gimbernat Ordeig, E., “La aplicación de la «doctrina Botín» en delitos relacionados con la corrupción”, Castro Moreno, A./Otero González, P. (dirs.); Graffe González, L., (coord.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 83-94.

sentencia en la que se aplica el descuento de la pena. Asimismo, en los procedimientos conexos en los que el *colaborador de justicia* participa como testigo o testigo impropio (por un hecho que delata sin haber participado y solo para obtener beneficios premiales), la reparación civil se determina en función del hecho delatado sin considerar al arrepentido delator.

b) *En el procedimiento especial.* En estos procedimientos, por la necesidad de resolver prontamente el acuerdo y mantener al máximo la reserva de la identidad del *colaborador de justicia*, la participación de la parte o actor civil no es relevante, más aún, si el Ministerio Público también tiene reconocida legalmente la legitimidad para velar por la pretensión civil.

Así pues, la pretensión impugnativa de la *parte civil* o el *actor civil* se centra en la determinación de la responsabilidad civil y el valor de la reparación civil. Este es el núcleo de su legitimidad para impugnar las resoluciones judiciales, excluyéndose los motivos de la determinación de la pena⁹⁹⁸.

4.1 El recurso de apelación contra las resoluciones judiciales que deniegan el otorgamiento del beneficio premial

Siguiendo el razonamiento, el *actor civil* podrá impugnar la sentencia de primera instancia solo en cuanto al extremo de la *reparación civil*, por la suma de la reparación que deberán pagar el *colaborador de justicia* y el *delatado*. Es así como se manifiesta su interés concreto de obtener una resolución más favorable que sustituya la decisión precedente. Así pues, el juez de apelación puede reformar la sentencia apelada y determinar un mayor monto de la reparación civil en favor del Estado⁹⁹⁹. Para ello desarrollará una valoración de los medios probatorios aportados por la defensa del

⁹⁹⁸ Lozzi afirma que tanto la parte civil y el querellante solo pueden impugnar los aspectos referidos a la acción civil y contra las sentencias de absolución en el extremo de la responsabilidad civil. Lozzi, G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2017, p. 687.

⁹⁹⁹ Conviene recordar que, desde una perspectiva general, “la reparación del daño derivado del hecho ilícito está ligada a una doble idea, la de restauración o recomposición del estado de cosas anterior a la comisión del delito, y la de otorgar satisfacción a los derechos e intereses del ofendido o perjudicado por la acción delictiva”. López Yagües, V., “Delitos y daños. Cauce para una efectiva reparación de la víctima”, en Asencio Mellado, J.M.^a, Fernández López, M., (dirs.); Funes Beltrán, T., (coord.), *Proceso y daños. Perspectivas de la Justicia en la sociedad de riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 325.

Estado. Cabe precisar que, en los casos en que se condena a los delatados en primera instancia, esta confirmación de la ilicitud penal refuerza la pretensión de incremento del pago de la reparación¹⁰⁰⁰.

Asimismo, en los casos en que dentro de un procedimiento de primera instancia conexo el *delatado* sea declarado absuelto y el juez de mérito considere que la *declaración del colaborador de justicia* no tiene el valor informativo suficiente para la concesión del beneficio o, incluso, que su declaración no es corroborada, el *actor civil* o la *parte civil* podrá apelar para que se revoque la decisión y se declare la responsabilidad penal del *delatado* para que de ese modo se imponga la reparación civil.

Ahora bien, la absolución del *delatado* también podría generar que el juez declare la responsabilidad civil y de ese modo satisfacer la pretensión civil, ante lo cual la apelación solo podría centrarse en el monto específico concedido como reparación.

4.2 ¿Es posible el recurso de casación en los supuestos de no otorgamiento de beneficio premial al colaborador con la justicia?

Gimeno describe a la parte civil como coadyuvante de la pretensión penal al buscar en todo momento la condena del acusado debido a que fuente de la responsabilidad civil es el delito objeto del proceso penal¹⁰⁰¹. Así pues, el *actor civil* (o parte civil) puede interponer el recurso de casación por *falta, contradictoriedad o ilogicidad* de la motivación que sustenta la denegatoria de la reparación civil o que haya determinado un monto inferior a su pretensión civil por el delito de corrupción de corrupción pública. Ahora bien, cuando se trate de una sentencia condenatoria en contra del *delatado* y el *colaborador de justicia*, el actor civil podrá formular el recurso de casación por el monto de reparación civil que se haya impuesto.

Igualmente, cuando la sentencia de segunda instancia absuelva al delatado y declare que el aporte de información del *colaborador de justicia* es falso, se podrá recurrir en casación debido a que no se satisface la pretensión civil derivada del hecho

¹⁰⁰⁰ Carnevale, S., *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, cit., p 303.

¹⁰⁰¹ Gimeno Sendra, V., *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 137.

incriminado al delatado. El recurso de casación podrá ordenar la nulidad con reenvío para una nueva valoración sobre la responsabilidad penal del *delatado* que determina la procedencia de la imposición de la reparación civil en favor del Estado.

Conviene mencionar que, la pretensión de la casación no puede centrarse en la cuantificación de los daños realizada, sino en destacar que la resolución impugnada debe ser anulada porque no haber considerado hechos probados que tienen impacto en la determinación de la cuantía de la reparación o que haya discordancias entre las bases o fundamentos para determinar las cifras indemnizatorias y el monto de reparación fijado en la sentencia¹⁰⁰².

Así pues, en todos los supuestos reseñados, la pretensión impugnatoria del actor civil se orienta a obtener el pago de la reparación civil o que se imponga una suma mayor de reparación por considerar que la impuesta es insuficiente. Este el núcleo de acción del actor civil en defensa de los intereses del Estado en los procesos penales por delitos de corrupción pública.

5. LA REVOCATORIA DE LOS BENEFICIOS PREMIALES POR CONDUCTA IMPUTABLE A LOS COLABORADORES CON LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

Ahora veamos qué efectos se producen ante el incumplimiento de las obligaciones que asume el *colaborador de justicia* con el sistema de justicia penal y si se determina que su información ha sido falsa. Al respecto, Orlandi destaca que un remedio para evitar las falsas delaciones consiste en la posibilidad de reabrir el proceso en contra del colaborador de justicia que fue beneficiado con una sentencia con base en su falso testimonio, lo cual configura una excepción al *ne bis in ídem*¹⁰⁰³.

¹⁰⁰² Palomo Herrero, Y., “La pretensión civil deducible en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 14, 2008, p. 328.

¹⁰⁰³ Orlandi, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, cit., p. 252.

Esta situación es excepcional, puesto que, en los ordenamientos en los que el procedimiento es único, la sentencia que se emite contiene la condena con pena atenuada para el *colaborador* y la condena del *delatado*¹⁰⁰⁴; entonces, se deberá reabrir el proceso en contra del *delator* por su conducta de no colaborar en el procedimiento que se sigue a los delatados.

Ahora bien, en los casos en que la situación procesal del coimputado delator haya sido resuelta previamente, la revisión de la sentencia¹⁰⁰⁵ sirve para garantizar que el delator mantenga la versión que cumpla el requisito de *persistencia en la incriminación* y la *fiabilidad subjetiva* para que sirva de sustento para la condena del delatado. Así pues, la determinación de la falsedad de la declaración genera que el *colaborador de justicia* pierda los beneficios. Por ello, en los procedimientos penales en los que el *procedimiento especial* es conexo, si en el proceso penal contra los delatados se determina la falsedad de la declaración del colaborador de justicia, deberá de perder los beneficios de protección y se proceda con su la reactivación del procedimiento penal en su contra para que se le imponga la pena que corresponde al delito de corrupción pública, perdiendo el beneficio de reserva de la identidad.

De este modo, la revocatoria sirve como un elemento de aseguramiento del acuerdo entre el imputado y el sistema de justicia. Cabe señalar que en los casos en que el ordenamiento jurídico no prevé la constitución del *colaborador de justicia* como *testigo*, la mentira no tiene efectos negativos por la vigencia de la garantía de la *no autoincriminación*, de modo que pierde los beneficios y es sometido al procedimiento de manera regular como un coimputado.

Ahora bien, en los casos de procedimientos conexos producto de una regulación de procedimiento especial, la revocatoria se producirá a consecuencia de su

¹⁰⁰⁴ Cabe recordar que, si se produce la retractación en el juicio oral, la lectura de las declaraciones sumariales solo servirá para resaltar la contradicción, pero no para fundamentar la condena, por ello, resulta importante en este tipo de procedimientos (España e Italia) la protección adecuada del colaborador para evitar que miedo impida que se mantenga en su posición de delatar el delito. Cuerda-Arnau, M.^a L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, cit., pp. 659-661.

¹⁰⁰⁵ De manera general, la revisión no es un recurso, sino “una vía de impugnación, que constituye un proceso especial y excepcional, cuyo objeto es el de modificar una situación jurídica declarada en sentencia firme”. Martínez Arrieta, A./Encinar del Pozo, M., *El recurso de casación y de revisión penal. La función de unificación de la jurisprudencia*, cit., pp. 622-623.

participación en el procedimiento penal del delatado y el efecto de la revocatoria se materializa con la aplicación de las normas procesales que diseñan el procedimiento especial de colaboración eficaz.

Sobre el particular, la normativa peruana regula la fase de revocación del procedimiento especial de colaboración eficaz en el art. 480 CPPP y los arts. 36 y 37 del Decreto Supremo N.º 007-2017-JUS, estableciendo que si se verifica el incumplimiento de las obligaciones solicita se revoquen los beneficios. Así pues, *cuando se trata de exención de pena* se procede con la aplicación de la pena; si el beneficio fue *atenuación de pena* se remite el expediente para que el fiscal formule la pretensión condenatoria; y si el beneficio fue *remisión de pena* el juez dispone que se cumpla el extremo de la pena que fue remitida.

CONCLUSIONES

Culminada la investigación, llegamos a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La delación es el acto de comunicación realizado por una persona natural o jurídica, con la que se pone en conocimiento un hecho ilícito al sistema de Administración de Justicia. La delación se divide entre *delación en sentido general* y *delación en sentido específico*, para diferenciar aquellas conductas que solo tienen como finalidad dar a conocer el hecho ilícito y cuando se trata de revelar la actividad de organizaciones criminales para obtener beneficios premiales.

Este acto se clasifica en autodelación, heterodelación y delación mixta. La autodelación es la típica confesión con la aceptación de los cargos imputados; la heterodelación es la delación contra terceras personas (heteroincrimación) sin necesidad de aceptación de la propia responsabilidad; mientras que la delación mixta comprende la heteroincrimación y la aceptación total o parcial de la imputación penal.

SEGUNDA. La delación se caracteriza por el *conocimiento propio del hecho*, el *anonimato* y la *no existencia de procedimiento*. Sus formas de realización son la *denuncia anónima*, los *buzones de colaboración*; los *canales éticos de denuncia* y la *colaboración del arrepentido*. La denuncia anónima se trata de una heterodelación con la que se comunica un hecho ilícito sin identificarse. Los buzones de colaboración son mecanismos tecnológicos para que la ciudadanía delate ilícitos cometidos en la Administración pública. Con los canales éticos de denuncia se trata al *whistleblower* o *alertador* que es quien, formando parte de una organización o habiendo pertenecido a ella o teniendo un vínculo contractual, comunica la realización de un hecho ilícito dentro de la organización a través de los canales internos o externos diseñados para tal fin. La colaboración del arrepentido es una *delación mixta* con la que el interviniente en la comisión del delito decide delatar el hecho e incriminar a los otros intervinientes.

TERCERA. La delación del arrepentido se ubica dentro de los denominados comportamientos postdelictivos positivos, porque el arrepentido no se resiste a la imputación, sino que acepta su responsabilidad y colabora con el sistema de Administración de Justicia. Este acto de comunicación puede ser realizado por una

persona natural o persona jurídica, con el que se pone en conocimiento un hecho delictivo cometido por la misma persona delatora junto con terceras personas (delatados). Ahora bien, el delator arrepentido se diferencia del denunciante porque la denuncia es un tipo de delación en sentido general, la cual requiere de la identificación de quien ejecuta el acto de denuncia para que tenga valor procesal. Tampoco se trata de un confidente o informante, porque la información que aporta no contiene datos sobre su propia responsabilidad, ya que busca solo intercambiar la información a cambio de un beneficio, por ejemplo, económico. Finalmente, respecto del imputado, no todo delator es un imputado, para ello se requiere que sea parte de la organización criminal a la que delata.

CUARTA. La delación produce efectos de naturaleza procedimental, de naturaleza procesal, para la reducción o anulación de las sanciones penales y administrativas, y retribuciones económicas. Dentro de los efectos procedimentales encontramos el inicio de la investigación que se determina por el momento en que se realiza la delación, que puede ser intraprocesal o extraprocesal, dependiendo de si existe o no una investigación iniciada; también quien dirige la investigación paraliza los actos de investigación que estaban destinados a identificar al delator, así como la no formulación o retiro de la acusación. Es importante para asegurar la eficacia de la delación que en los ordenamientos jurídicos se garantice la integridad de los delatores y el aseguramiento de su libertad como parte de la negociación entre información y beneficio.

QUINTA. La corrupción debe ser entendida desde un enfoque amplio que no se restrinja al soborno, sino centramos en el abuso del poder o de la función pública obtenida por elección popular o designación funcional. Así pues, la persecución penal de la corrupción pública atraviesa una *crisis de investigación*, por lo que, para que se cumpla la expectativa de la sociedad de que se sancionarán las conductas corruptas de los actores políticos, se requiere un sinceramiento sobre la actual simbiosis existente entre la corrupción con la política, que sumado al crimen organizado constituyen el trinomio *corrupción-poder-crimen organizado* fortalecido por el mundo globalizado.

Ante ello, resulta idónea la aplicación de la lógica premial, puesto que la emergencia de investigación se caracteriza por el silencio que rige en las organizaciones

criminales, de modo que con las normas premiales se incentiva la delación de los colaboradores de justicia; en consecuencia, la justicia premial en la lucha contra la corrupción busca retribuir la disociación con colaboración, permite descubrir los actos de corrupción y fomenta la prevención por la desconfianza que se introduce en las organizaciones criminales.

SEXTA. El combate contemporáneo contra la corrupción comprende la utilización a nivel preventivo de la figura del *whistleblower* y, como parte de la reacción contra el delito, la *colaboración del arrepentido*. Es incorrecto que se traten ambas figuras como sinónimos, puesto que, si bien tienen requisitos comunes, se diferencian por sus requisitos específicos. Así pues, son requisitos subjetivos comunes la capacidad volitiva e intelectual para delatar. El requisito objetivo se refiere al contenido de la delación que, en el caso del *whistleblower*, no se le exige su naturaleza delictiva, como sí para el arrepentido. En cuanto al requisito formal, el momento oportuno para el *whistleblower* solo se mide en función a la existencia de una indagación interna iniciada en la institución; mientras que, para el arrepentido se exige que su información no esté en posesión del fiscal que dirige la investigación.

Ahora bien, el arrepentido delator, a nivel de requisito subjetivo, debe admitir su responsabilidad, que no debe confundirse con la confesión, sino que se interpreta en conjunto con el requisito objetivo, que es el abandono de la actividad delictiva, así como entregar información sobre las personas que participaron en el acto de corrupción, y, de ser el caso, los integrantes de la organización criminal; mientras que el requisito formal se concreta con la oportunidad de la delación. Estas reglas son aplicables también a la persona jurídica, con lo cual se cumple el respeto de las garantías de los imputados en favor de estos.

SÉPTIMA. El contenido de la delación del arrepentido consiste en información que sea de calidad o eficaz. Para que la información sea eficaz, debe permitir al fiscal: a) *conocer las circunstancias antecedentes, consecuentes y posteriores del hecho de corrupción cometido*; y b) *poder individualizar y capturar a los delatados*. Ahora bien, cuando la información sea aportada por los líderes de una organización criminal, se requiere que la información no se refiera a integrantes de menor rango jerárquico, sino

que revele la identidad de líderes o cabecillas de otras organizaciones criminales con las que ha cometido actos de corrupción pública.

OCTAVA. Las recompensas aplicables a los delatores en los procesos de corrupción pública son principalmente de naturaleza procesal y penal, puesto que buscan no ser sancionados por los actos de corrupción. Según la existencia o no de una investigación, se determina que la delación puede ser extraproceso o intraproceso, lo cual contribuye en la formación de la imputación fiscal. Ahora bien, la recompensa que importa al delator es asegurar su libertad personal, por lo que el fiscal podrá no formular requerimiento de prisión preventiva o, de haberlo hecho, variar la medida de coerción por una menos gravosa.

Además, es clave que se reconozca al fiscal la posibilidad de desistirse de la acusación o emitir un requerimiento de sobreseimiento, con lo que, con base en la justicia premial, se incrementa la discrecionalidad fiscal en el ejercicio de la acción penal en favor del delator. A ello se complementa la norma material de no punibilidad, que debe ser el máximo beneficio sustantivo en favor de los delatores en la corrupción pública, pero deberá ser configurado con base en el momento oportuno de la delación.

Ahora bien, frente a los riesgos y a una aplicación razonable de medidas de protección (reserva de la identidad, el cambio de domicilio, etc.), resulta importante que se implemente en el Perú una Comisión de Evaluación de Medidas de Protección que cumpla las siguientes características: a) pluralidad de representación institucional y b) especialidad e idoneidad del personal.

NOVENA. Los ordenamientos jurídicos deberían regular que el momento oportuno de la delación sea un criterio que determine el mayor o menor beneficio que se otorgue al colaborador. Así pues, el *momento oportuno* debe ser un incentivo y no un bloqueo del principio de utilidad, por lo que deberá ser determinado en la relación entre proceso penal y plazo de investigación, es decir, cuán más pronto se delate, deberá tener opción a mayor beneficio. Es importante que se recuerde que en la aplicación de los beneficios premiales se aplica el *dilema del prisionero*, de ahí que la racionalidad individual debe conllevar a que el delatar le genere un mayor beneficio que el silencio.

De este modo, se debe regular en el Código Procesal Penal peruano que el mayor beneficio, que es la exención de pena o sanción administrativa, se podrá obtener cuando la delación se produzca hasta que haya transcurrido la mitad del plazo legal de la investigación preparatoria; mientras que, si se produce en tiempo posterior debería aplicarse una reducción de pena proporcional a la calidad de la información aportada para la corroboración de la hipótesis fiscal.

DÉCIMA. La delación tiene valor durante la investigación del delito, para que se inicie y para la adopción medidas cautelares personales y medidas limitativas de derecho. Para tal fin se requiere la *corroboración*, cuya intensidad será gradual según la fase del procedimiento y el nivel de injerencia en los derechos fundamentales de los delatados. Así pues, para promover el inicio de la investigación del delito, debe cumplirse con una *mínima corroboración previa* (diligencias preprocesales española, indagación previa peruana o pre-inchiesta italiana). Con esta mínima actividad de investigación se justificará que la delación sirva también para sustentar la detención preliminar.

Ahora bien, la aceptación de que la delación del arrepentido pueda servir de base para fundamentar la prisión preventiva y medidas limitativas de derechos fundamentales tiene como fundamento que la corroboración de la información permite cumplir el principio de intervención indiciaria, por lo que se deberá exigir una *corroboración suficiente*, esto es, que los actos de investigación corroboren los datos aportados por el delator con el nivel exigido para una posible acusación.

DÉCIMA PRIMERA. La declaración del delator tiene una naturaleza mixta, porque impacta en la responsabilidad penal de terceras personas. Así pues, si bien el delator mantiene en todo momento su derecho a la no autoincriminación, el régimen aplicable debe ser de testigos (un testigo impropio o testigo-imputado) cuando declare sobre los hechos imputados a terceros, sin que implique el reconocimiento de su participación delictiva en hechos o delitos fuera del marco del acuerdo de colaboración.

Para que dicha declaración ingrese al juzgamiento, deberá estar corroborada y cumplir con ajustarse a un medio probatorio, por lo que se aplican las reglas de la prueba testimonial y prueba documental. En el primer caso, el arrepentido, cuando

renuncia a la garantía de la autoincriminación, se somete a la contradicción plena de la defensa del delatado; mientras que, si su situación procesal está conectada a la del delatado, es decir, si mantiene las garantías de imputado, podrá declarar en todo cuanto no afecte su estatus procesal.

Ahora bien, en el caso de que la *declaración del colaborador de justicia* haya ingresado en la calidad de prueba documental, se deberá seguir la práctica probatoria tradicional, con su lectura en el juzgamiento. Para ello, deben justificarse las razones por las que el *delator* no asiste presencialmente, porque la lectura del documento implica una reducción del contradictorio; en consecuencia, debe asegurarse que la defensa del delatado pueda cuestionar en juicio la fiabilidad de la información, es más, en el supuesto de circulación probatoria debería verificarse si el delatado tuvo opción de ejercer su contradicción.

Así pues, en el Perú el delator arrepentido solo deberá poder asistir al juzgamiento de los delatados o utilizarse para su lectura la declaración dada en el procedimiento especial de colaboración eficaz, siempre y cuando se haya resuelto la situación procesal del delator con la sentencia de colaboración con la que se haya realizado un control judicial positivo sobre la información aportada y el beneficio premial concedido con las respectivas reglas de colaboración.

DÉCIMA SEGUNDA. La valoración probatoria de la declaración del colaborador de justicia requiere excluir los móviles espurios que afectan la veracidad de la información que introduce el delator; por ello, los criterios de valoración en estos casos se centran en la fiabilidad de la prueba. Así pues, en la fiabilidad interna se analiza que el relato del delator sea verosímil, cumpliendo la superación de la incredibilidad subjetiva y que haya persistencia de la incriminación; mientras que con la fiabilidad externa se valoran los elementos objetivos que corroboren la información del delator. El juez valora la personalidad del *colaborador de justicia*, analiza el cómo y motivos de su delación, por lo que, sin desconocer que hay un interés del delator por obtener un beneficio, se exige que su relato sea coherente, consistente y lógico, verificando la espontaneidad de la delación, así como la persistencia incriminadora del delator.

Toda la información aportada deberá tener sustento en otros medios probatorios para obtener una declaración reforzada del colaborador de justicia, los cuales deberán ser diferentes a la declaración de otro delator para evitar las denominadas delaciones entrecruzadas o *mutual corroboration*. Ahora bien, el testimonio de un solo *colaborador de justicia* también puede ser suficiente para fundamentar la condena de los delatados, siempre y cuando tenga la fuerza probatoria idónea, como se exige en el caso de los *indicios únicos*. Ello no significa que bastará la delación para condenar, sino que la declaración del arrepentido delator esté fuertemente corroborada con otros medios probatorios que cumplan la función de corroboración sin que lleguen a tener una autosuficiencia probatoria con el objeto del proceso penal.

DÉCIMA TERCERA. Debido a la necesidad de dotar de eficiencia al proceso penal y la reducción de la impunidad, se requiere una flexibilización de la rigidez del estándar del más allá de toda razonable, de modo que, cuando se acrediten a nivel probabilístico los elementos de la pretensión acusatoria, se exija al acusado la probanza de sus alegaciones, reconociendo la existencia de la denominada presunción judicial de culpabilidad. Siguiendo esta posición de Gómez Colomer, también se logra fortalecer el valor probatorio de las declaraciones de los colaboradores de justicia corroboradas y, por ende, con suficiencia probatoria para servir de fundamento de una sentencia condenatoria; fortaleciendo el control mediante la impugnación para revisar la racionalidad, coherencia y logicidad de la motivación de la sentencia condenatoria de los delatados.

DÉCIMA CUARTA: Los colaboradores de justicia pueden plantear los recursos de apelación y casación contra las sentencias condenatorias o autos que denieguen su colaboración que le permita obtener beneficios premiales. De este modo, en la apelación, el colaborador de justicia puede aportar nuevos medios probatorios siempre que fuesen encontrados posterior al juicio de primera instancia o que habiéndose propuesto fueron rechazados o a pesar de que fueron admitidos no se practicaron en el juicio por motivo no imputable al delator. En cuanto a la casación, esta puede ser admitida por infracción a la ley o, según el ordenamiento español y peruano, por la infracción del precepto constitucional, dado que buscaría la revisión de la contradictoriedad, ilogicidad o falta de motivación sobre la denegatoria del beneficio premial.

El delatado puede interponer el recurso de apelación para que se revise en segunda instancia el valor incriminatorio de la declaración del colaborador de justicia, con el objetivo de obtener una absolución o una sentencia que ordene un nuevo juzgamiento. Para la casación resulta específico el motivo de vulneración a la presunción de inocencia y motivación, con el objetivo de que se verifique el cumplimiento de reglas de valoración y se controle el razonamiento judicial, toda vez que la regla de juicio exige que en caso de dudas (más aún cuando hay insuficiencia probatoria) se absuelva al delatado. Por su parte, el actor civil o parte civil, es decir, la abogacía del Estado puede también interponer recursos de apelación y casación para revocar la decisión solo en cuanto se refiere al monto de reparación civil por considerarlo insuficiente.

DÉCIMA QUINTA. Con la finalidad de incrementar la seguridad jurídica, al utilizar la delación se deben reducir los supuestos de riesgos como las falsas delaciones o delaciones coordinadas, por lo que deben fomentarse los acuerdos de colaboración en soporte documental con precisiones que no permitan la pérdida de coherencia del relato y prohibir las defensas conjuntas que pueden conllevar a delaciones coordinadas que orienten la investigación solo hacia algunos delatados. Es por ello que en el Perú se deben incorporar en el reglamento del procedimiento especial de colaboración eficaz las medidas administrativas para excluir las defensas conjuntas con la correspondiente sanción disciplinaria.

También se debería aplicar el procesamiento por falsas declaraciones y, sobre todo, la revocatoria de los beneficios premiales ante la variación o desistimiento de la incriminación de terceros. Así pues, la revocatoria de los beneficios premiales cumple una función disuasiva, a nivel de prevención, que se concreta en que los delatores no desistan y cumplan las obligaciones derivadas del acuerdo, es decir, que mantengan la persistencia en la incriminación. En consecuencia, si no cumplen con la colaboración procesal, la revocatoria se aplica para el ejercicio de la pretensión acusatoria en su contra, ya sea en un mismo procedimiento o la anulación de la sentencia que resolvía su situación, con la consiguiente reactivación de la imputación en el mismo procedimiento en que se encuentran los delatados.

TESIS

Delatar, ganar y sancionar, esas son las tres palabras que sintetizan el tratamiento de la delación en el proceso penal. La *delación de origen romano (index)* ha estado presente en la evolución misma de la historia del proceso, pues se incentiva que los intervinientes en un hecho de corrupción pública cometido por pluralidad de intervinientes u organizaciones criminales delaten a cambio de obtener un beneficio premial (atenuación o exención de sanciones penales o administrativas), de modo que el sistema de Administración de Justicia incremente su eficiencia para sancionar la corrupción pública.

Así pues, la *delación del arrepentido* es una forma de delación que puede ser ejecutada por una persona natural o persona jurídica, que requiere la aceptación de la responsabilidad por el hecho de corrupción y la incriminación de los otros intervinientes en la comisión del delito. Esta figura se ha fortalecido en la actualidad por la orientación de la justicia premial para combatir la crisis de la investigación que produce la participación de actores políticos y el crimen organizado.

Los países tienen la opción de regular la *delación del arrepentido* desde una perspectiva unificada para que se resuelva en la sentencia que comprende al delator y delatados (España e Italia) o un procedimiento especial (Perú) en que se aplique un control judicial del acuerdo y se emita una *sentencia de colaboración eficaz* o un auto de desaprobación. Desde nuestra investigación, postulamos que la opción del procedimiento especial permite fortalecer la dirección fiscal de la investigación, pero que se requiere el respeto del debido proceso de los delatados mediante la exigencia de la *corroboración*, la *contradicción*, y las demás garantías instrumentales del derecho de defensa.

Así pues, si bien postulamos que es necesario que se premie a los *colaboradores de justicia* por su delación para reducir el desnivel entre la corrupción pública y el proceso penal tradicional, se debe exigir que el *arrepentido delator* cumpla con: a) la aceptación de la propia responsabilidad en el acto de corrupción; y b) la información de los otros intervinientes en el hecho o integrantes de la organización criminal. Además,

no cualquier tipo de información puede ser calificada como eficaz, sino la que permita:

- a) conocer las circunstancias antecedentes, consecuentes y posteriores del hecho de corrupción cometido; y b) individualizar y capturar a los delatados.

Para asegurar el testimonio de los *arrepentidos delatores* se aplican las medidas de protección; sin embargo, la procedencia no puede recaer solo en el órgano que tiene a cargo la investigación, sino en un conjunto de instituciones que excluyan los riesgos de arbitrariedad, lo cual se puede lograr con la implementación de la denominada Comisión Central de Evaluación de Medidas de Protección. Adicionalmente, el beneficio premial debe ser proporcional a la calidad de la información y al momento en que es entregada; por ello, resultan aplicables los siguientes criterios para una regulación idónea:

- a) La delación se debe realizar dentro del plazo de la mitad del tiempo máximo de duración de la investigación fiscal, sin que se hayan iniciado investigaciones por los mismos hechos y autores.
- b) Quien delate dentro de la mitad del plazo máximo de investigación podrá obtener el mayor beneficio premial.
- c) Quien delate pasada la mitad del plazo máximo de investigación fiscal solo podrá acceder a una pena inferior.

La *delación del arrepentido* deberá estar corroborada suficientemente para que ingrese al juzgamiento y se convierta en el acto de prueba (*declaración del colaborador de justicia*), en cuya práctica probatoria se deberá garantizar al máximo la contradicción de los delatados, aun en los supuestos de *testigos anónimos* u *ocultos* o que, por razones de seguridad, se proceda con la lectura de las declaraciones sumariales.

Finalmente, como se trata de un sujeto con una posición jurídica mixta (testigo-imputado), mantiene su derecho al silencio y no autoincrimación. Este debe ser examinado por la defensa como un testigo que incrimina a los delatados, por lo que, para que tenga valor de prueba de cargo, se valorarán las cuestiones de fiabilidad interna (incredibilidad subjetiva y persistencia en la incriminación) y fiabilidad externa (corroboración), y no se podrá condenar con la sola declaración del delator o una motivación que exprese una cadena de delaciones sin que se tengan medios probatorios que corroboren la información delatada.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *Pubblico Ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario. Atti del Convegno, Udine 22-24 ottobre 2004*, Giuffrè Editore, Milán, 2006.
- ABEL LLUCH, X., “La dosis de prueba: Entre el *common law* y el *civil law*”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 35, 2012.
- ABOSO, G., *El arrepentido en el derecho penal premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, B de F, Buenos Aires, 2017.
- AGUIAR DE LUQUE, L. “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 14, 1993.
- AGUILERA MORALES, M., *Las diligencias de investigación fiscal*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, T. V (artículos 649 a 846), Reus, Madrid, 1924.
- ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J., “Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio acerca de la prestación de alimentos en el derecho romano”, en *AFDUDC*, n.º 10, 2006.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, en *InDret*, n.º 4, 2013.
- ALCÁCER GUIRAO, R., *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ALFONSO, R., “Chiamata di correo nel contesto del terrorismo político e nell'ambito delle associazioni criminali”, en NEUBURGER, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, CEDAM, Padua, 1992.
- ALIJA FERNÁNDEZ, R., *La persecución como crimen contra la humanidad*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011.
- ALMEIDA MENDONÇA, A.L./ESTELLA NAGLE, L./RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Negociación en casos de corrupción: Fundamentos teóricos y prácticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- ALONSO HERNÁNDEZ, J. L., “La sinonimia en el lenguaje marginal de los siglos XVI y XVII españoles (los sinónimos de ‘delator’, ‘cornudo’ y ‘ojo’)”, en *Archivum: Revista de la Facultad de filología*, Universidad de Oviedo, Oviedo, t. 22, 1972.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro

de domicilios)”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 2, 2011.

AMOEDO BARREIRO, D., “Hacia una ley de protección para los denunciantes de corrupción en España”, en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º 3, 2017.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Ni fiscal instructor, ni Habermas ‘procesalista’ (a pesar de Vives Antón), en *Jueces para la democracia*, n.º 16-17, 1992.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (dir.), *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, Milán, 1975.

APRATI, R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penal*, Jovene Editore, Nápoles, 2010.

APRILE, E./D’ARCANGELO, F., *Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2017.

ARGIRÒ, F., “La causa di non punibilità prevista dall’art. 323-ter C.P.”, en DEL TUFO, M., (coord.), *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3: aggiornata alla legge 28 giugno 2019, n. 58.*, Giappichelli Editore, Turín, 2019.

ARMELLINI, S., *Le due manid ella giustizia. La premialità del diritto come problema filosofico*, Giappichelli, Editore, Turín, 1996.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2018

ARMENTA DEU, T., “Colaboración premiada en el proceso penal español”. En *Actualidad Penal*, n.º 68, Instituto Pacífico, Lima, 2020.

ARMENTA DEU, T., “Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no”, en *Ius et Veritas*, n.º 16.

ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Barcelona, 2021.

ARMENTA DEU, T., “El fiscal instructor ¿es necesario?”, en *Cuadernos de derecho público*, N.º 16, 2002.

ARMENTA DEU, T., “La reforma del recurso de apelación y la generalización de la segunda instancia”, en *Justicia*, n.º 1, 2016.

ARMONE, G., “Whistleblowing e ordinamiento italiano: Posibili percorsi normativo”, en FRASCHINI, G./PARISI, N./RINOLDI, D., (coords.) *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno Editore, Roma, 2011.

ARNAIZ SERRANO, A., “La prueba de testigos”, en GONZÁLEZ CANO, M.^a I. (dir.)/ROMERO PRADAS, M.^a I. (coord.), *La prueba. La prueba en el proceso penal*, T. II, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ARTÉS CASELLES, J./JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J. L., “Efectos políticos y económicos de los escándalos de corrupción y de su difusión pública”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N./RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (coords.), *Corrupción y desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ASENCIO GALLEGO, J. M.^a, “El testigo anónimo en el proceso penal español”, en *Justicia*, n.º 22, 2022.

ASENCIO MELLADO, J. M.^a, *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

ASENCIO MELLADO, J. M.^a, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991.

ASENCIO MELLADO, J. M.^a, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal. Fundamentos dogmático-procesales y de derecho comparado para la aplicación de la teoría de la prueba prohibida en el proceso penal acusatorio*, INPECCP, Lima, 2008.

ASENCIO MELLADO, J. M.^a, “La STC 97/2019, de 16 de julio: Descanse en paz la prueba ilícita”, en *Diario La Ley*, n.º 9499, 2019.

ASENCIO MELLADO, J. M.^a, “El procedimiento por colaboración eficaz. La ilícita e inconstitucional incorporación de sus actuaciones al proceso penal”, en ASENCIO MELLADO, J. M.^a/CASTILLO ALVA, J. L. (coords.), *Colaboración eficaz*, Ideas, Lima, 2018.

ASENCIO MELLADO, J. M.^a, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., (dirs.); FUNES BELTRÁN, T., (coord.), *Proceso y daños. Perspectivas de la Justicia en la sociedad de riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

ASENS LLODRÁ, J./VERNIA TRILLO, S., “El Buzón ético y de buen gobierno del Ayuntamiento de Barcelona”, en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º 6, 2018.

AXELROD, R., *La evolución de la cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de los juegos*, Alianza Universidad, Madrid, 1986.

BACHMAIER WINTER, L., “La lucha contra la corrupción y la contribución del Consejo de Europa a través del GRECO: ¿Un modelo a seguir?”, en GÓMEZ COLOMER, J. L., (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2015.

BACHMAIER WINTER, L./MARTÍNEZ SANTOS, A., “El régimen jurídico-procesal del *whistleblower*: La influencia del derecho europeo”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.), MADRID BOQUIN, C. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

BAIGENT, M./LEIGH, R., *L'inquisizione. Persecuzioni, ideologia e potere*, Net, Milán, 2004.

BAJO FERNÁNDEZ, M., “Creciente insensibilidad ante los derechos fundamentales: La paradoja de Puigdemont y Falciani como ejemplo”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.), *Persuadir y razones. Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, T. II, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018.

BAJO FERNÁNDEZ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica”, en BAJO FERNÁNDEZ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2016.

BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988.

BARONA VILAR, S./ESPARZA LEIBAR, I./GÓMEZ COLOMER, J. L./MARTÍNEZ GARCÍA, E./PLANCHADELL GARGALLO, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BARONA VILAR, S./ESPARZA LEIBAR, I./GÓMEZ COLOMER, J. L./MARTÍNEZ GARCÍA, E./PLANCHADELL GARGALLO, A., *Introducción al derecho procesal. Derecho procesal I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BANISAR, D., “Whistleblowing: International Standards and Developments”. En SANDOVAL, I. (ed.) *Corruption and Transparency: Debating the Frontiers between State, Market and Society*, World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington D. C., 2011. Versión digital disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180.

- BARGI, A., “Il problema della prova”, en CERQUETTI, G./FIORIO, C., (coords.) *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, CEDAM, Padua, 2002.
- BARGIS, M., “Impugnazioni”, en CONSO, G./GREVI, V./BARGIS, M., *Compendi di procedura penale*, CEDAM, Padua, 2020.
- BARONTINI, L., “La partecipazione a distanza al dibattimento: Cronaca dell’espansione applicativa di un istituto dalla dubbia tenuta costituzionale”, en FANCHIOTTI, V./MIRAGLIA, M. (coords.) *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studi*, Giappichelli Editore, Turín, 2016.
- BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- BARONA VILAR, S./ESPARZA LEIBAR, I./GÓMEZ COLOMER, J. L./MARTÍNEZ GARCÍA, E./PLANCHADELL GARGALLO, A., *Introducción al derecho procesal. Derecho procesal I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- BARONA VILAR, S./ESPARZA LEIBAR, I./GÓMEZ COLOMER, J. L./MARTÍNEZ GARCÍA, E./PLANCHADELL GARGALLO, A., *Proceso penal. Derecho procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- BARTOLI, R., “Corruzione tra privati”, en MATTARELLA, B. G./PELISSERO, M. (eds.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Ediotre, Turín, 2013.
- BASSIOUNI, CH., “Lineamenti del processo penal”, en AMODIO, E./BASSIOUNI, M. CH., (coords.), *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, Giuffrè Editore, Milán, 1988.
- BATTAGLIA, F., *Corso di Filosofia del diritto*, vol. II, Soc. Ed. El Foro Italiano, Roma, 1950.
- BAUDI, A., *La ragione nel processo. Un viaggio umano tra il dramma del dubbio e la cultura della verità*, Rubbettino, Catanzaro, 2018.
- BAUDI, A., *Prova ed ermeneutica. La conoscenza del fatto nel processo*, Rubbettino, Catanzaro, 2011.
- BAUER, W., “Reflections on the Role of Statutory Immunity in the Criminal Justice System”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 67, 1976.
- BAUZÁ MARTORELL, F., “Habeas denuncia. Identidad del denunciante en el procedimiento sancionador”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 40, Iustel, 2015.

- BECUCCI, S., “La criminalità organizzata di origine straniera in Italia. Una proposta di analisi secondo la prospettiva transnazionalista”, en FIANDACA, G./VISCONTI, C. (coords.), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazione normative*, Giappichelli Editore, Turín, 2010.
- BELLUTA, H., “Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistiche e autonomía di un sistema in evoluzione”, en BERNASCONI, A. (coord.), *Il processo penal de societate*, Giuffrè Editore, Milán, 2006.
- BELLUTA, H./GIALUZ, M./LUPÁRIA, L., *Codice sistematico di procedura penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2017.
- BELTRÁN MONTOLIÚ, A., *La defensa en el plano internacional de los grandes criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BELTRANI, S., “Gli aspetti problematici del giudizio di rinvio”, en CANZIO, G./BRICCHETTI, R., (coords.), *Le impugnazioni penali*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019.
- BENÍTEZ LÓPEZ, A., “Dilema del prisionero. Estudio de algunos aspectos del primer torneo entre programas de computadora de Axelrod”, en *Revista Internacional de Filosofía*, vol. XXIII, n.º I, 2018.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del ‘arrepentido’*”, cit., p. 43.
- BENÍTEZ PALMA, E., “El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)”, en *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, n.º 59, 2018.
- BENÍTEZ PALMA, E., “La propuesta de Directiva europea de protección de los denunciantes: Un avance importante con algunas matizaciones”, en *Revista internacional de transparencia e integridad*, n.º 9, 2019, versión digital: <https://revistainternacionaltransparencia.org/>.
- BENTHAM, J., *Los principios de la moral y la legislación*, Claridad, Buenos Aires, 2008.
- BENTHAM, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, En casa de Masson e Hijo, París, 1826.
- BERNAL ACEVEDO, G., “Las reformas procesales penales en Colombia”, en *Revista IUSTA*, núm. 22, 2005.
- BERNASCONI, A., “I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale dell’ordinamento italiano e nell’esperienza statunitense”, en

PRESUTI, A., (coord.), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Raffaello Cortina Editore, Milán, 1994.

BERNASCONI, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Giuffrè Editore, Milán, 1995.

BEVERE, A., *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penal*, Giuffrè Editore, Milán, 2001.

BIN, R./PITRUZZELLA, G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, Turín, 2000.

BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones de derecho civil. Parte general. Introducción. Los sujetos de derechos. La relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BOBBIO, N., "Sulla funzione promozionale del diritto rivisata", en *Sociologia del diritto*, n.º 3, 1984.

BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Editor S.A., Valencia, 1980.

BOBBIO, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di comunità, Milán, 1984.

BOEHM, F./GRAF LAMBSDORFF, J., "Corrupción y anticorrupción: Una perspectiva neoinstitucional", en *Revista de Economía Institucional*, vol. II, n.º 21, 2009.

BONTEMPELLI, M., *La litispendenza penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2017.

BORJA JIMÉNEZ, E., "Seguridad como producto de mercado en la justicia penal globalizada", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Claves de la justicia penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

BOURCIEZ, É., *Éléments de linguistique romane*, Klincksieck, Panazol, 1967.

BOYNE, S., "An Overview of U. S. Whistleblowing Law", en *Indiana University Robert H. MacKinney School of Law Research Paper N.º 2013-38*. Versión digital disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343590.

BRAMBILLA, E., *Alle origini del Sant'Uffizio. Penitenza, confessione e giustizia spirituale dal medioevo al XVI secolo*, Il Mulino, Bologna, 2000.

BRANACCIO, L., "Mafia Capitale: associazione mafiosa e fazione politica", en *Meridiana*, n.º 87, 2016.

BRICCHETTI, R., "Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell'atto d'impugnazione", en CANZIO, G./BRICCHETTI, R., (coords.), Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, Civitas, Madrid, 1992.

- BUSTOS RUBIO, M., “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-08, 2017.
- BUZZELLI, S./CASIRAGHI, R./UBERTIS, G./ZACCHÈ, F., *Sistema di procedura penale II. Persone, strumenti, riti*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2020.
- CABEZUDO BAJO, M.^a J., “La restricción de los derechos fundamentales: Un concepto en evolución y su fundamento constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 77, 2010.
- CALAMANDREI, P., *Opere giuridiche. Problemi generali del diritto e del processo*, Vol. I, RomaTre-Press, Roma, 2019.
- CALDERÓN CUADRADO, M.^a P., *La prueba en el recurso de apelación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CALDERÓN CUADRADO, M.^a P., *La segunda instancia penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Paidós, Barcelona, 2000.
- CAMPO MORENO, J. C., *El arrepentimiento postdelictual*, General de Derecho S. L., Valencia, 1995.
- CANO PAÑOS, M., “Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980”, en *Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminología*, n.º 10-14, 2008.
- CANTONE, D. R., “La tutela del *whistleblower*: l’art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, comma 51)”, en MATTARELLA, B. G./PELISSER, M. (eds.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Turín, 2013.
- CANTONE, R., “I riflessi della legge N. 190 sulle indagini in materia di corruzione”, en CINGARI, F., (dir.) *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze Univeristy Press, Firenze, 2013.
- CANZIO, G., “Le impugnazioni penali fra riforme legislative e diritto giurisprudenziale”, en CANZIO, G./BRICCHETTI, R., (coords.), *Le impugnazioni penali*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019.
- CARDINI, F., *L’inquisizione*, Giunti, Firenze, 1999.

CARINI, C., “La testimonianza”, en GAITO, A., (coord.), *La prova penale. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, vol. II, UTET Giuridica, Turín, 2008.

CARNEVALE, S., *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2013.

CARTAGENA PASTOR, F., “Protección de testigos en causas criminales. La L. O. 19/1994, de 23 de diciembre”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, n.º 1758, 1995.

CASIRAGHI, R., *La prova dichiarativa: Testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Giuffrè Editore, Milán, 2011.

CASTÁN TOBEÑAS, J., “Noticias bibliográficas”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 126, Madrid, 1915.

CASTAÑÓN ALVAREZ, M.^a J./ECHARRI CASI, F./ETXEARRIA ZARRABEITIA, X., *Práctica procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2020.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. (coords.) *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio, Legis, Salamanca, 2004.

CATALANO, E. M.^a, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Giuffrè Editore, Milán, 2016.

CAVALLI, G., *La chiamata in correità*, Giuffrè Editore, Milán, 2006.

CERAMI, P./DI CHIARA, G./MICELI, M., *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Giappichelli Editore, Turín, 2003.

CERDÁ, E./PÉREZ, J./JIMENO, J. L., *Teoría de juegos*, Pearson-Pentice Hall, Madrid, 2004.

CERINA, G., “La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado”, en *Iustitia*, n.º 9, 2011.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Diez propuestas para la colaboración ciudadana en la alerta de malas prácticas en la Administración pública”, en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º 6, 2018.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n.º 35, 2014.

- CESARI, C., *L'irrepetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè Editore, Milán, 1999.
- CHIAVARIO, M., *Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Giappichelli Editore, Turín, 1998.
- CHIAVARIO, M., “Lessico essenziale delle immunità politiche”, en ORLANDI, R./PUGIOTTO, A., (coords.), *Immunità politiche e giustizia penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2005.
- CHIAVARIO, M., *Diritto processuale penale*, UTET Giuridica, Milán, 2019.
- CHIAVARIO, M., *Garanzie ed efficienza della giustizia penale. Temi e problemi*, Giappichelli Editore, Turín, 1998.
- CHINNICI, D., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Giappichelli Editore, Turín, 2009.
- CICERON, *Discursos*, t. V, Gredos, Madrid, 1995.
- CINGARI, F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modelo di contrasto ‘integrato’*, Giappichelli Editore, Turín, 2012.
- COBO DEL ROSAL, M., “Problemas penales y procesales de la denuncia”, en GONZÁLEZ MONTES, J. (ed.) *Primeras jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal*, Universidad de Granada, Granada, 1994.
- COLAMUSSI, M., “Oltre il ragionevole dubio: Il principio e la Costituzione”, en INCAMPO, A./SCALFATI, A., (coords.), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Cacucci Editore, Bari, 2017.
- COLAO, F., *Giustizia e politica il processo penale nell’Italia repubblicana*, Giuffrè Editore, Milán, 2013.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 1999.
- CORDA, A., “Le forme di diritto penale premiale nella legislazione di contrasto al terrorismo politico”, en BERTAGNA, G./CERETTI, A./MAZZUCATO, C., (dirs.) *Il libro del incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Il saggiatore, Milano, 2015.
- CORDERO, F., *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè Editore, Milán, 1967.
- CORDERO, F., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè Editore, Milán, 1966.
- CORDERO, F., *Procedura penale*, 4.^a ed., Giuffrè Editore, Milán, 1977.
- CORDERO, F., *Procedura penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2012.

- CORDERO, F., *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè Editore, Milán, 1963.
- CORSO, S. M., *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro pubblico e privato nella disciplina del whistleblowing*, Giappichelli Editore, Turín, 2020.
- COTINO HUESO, L./MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Políticas de transparencia, calidad democrática y buen gobierno”, en MARTÍN CUBAS, J./GARRIDO MAYOL, V./ROIG BERENGUER, R. (eds.), *Política y gobierno y en la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- COTTU, E., “Altre ‘suavi inquisizione’: le tecniche premiale di renuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo”, en *Diritto penale contemporaneo*, n.º 01, 2017.
- CUBILLO LÓPEZ, I., *La protección de testigos en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2009.
- CUÉLLAR CRUZ, L., “El fiscal instructor en la etapa preparatoria del proceso penal hondureño”, en Gómez Colomer, J. L. (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2015.
- CUENA BOY, F., “Sobre el método de investigación del derecho romano”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 11, Universidad de Extremadura, 1993.
- CUERDA-ARNAU, M.^a L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- CURTOTTI NAPPI, D., *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2006.
- D’AMICO, S., *Il collaboratore della giustizia*, Edizioni Laurus Robuffo, Roma, 1995.
- D’AMORA, F., “Profili giuslavoralistic”, en BUONANNO, A./D’AMORA, F./FERA, G./RAFFAGHELLI, M., *Il whistleblowing dopo la L. N. 179/2017*, Giuffrè Editore, Milán, 2019.
- DALIA, G., *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, CEDAM, Milán, 2018.
- DANIELE, M., “La sagomatura dell’esame a distanza nel perimetro del contraddittorio”, en en NEGRI, D./ORLANDI, R., (coords.), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli Editore, Turín, 2017.
- DANIELE, M., “La testimonianza ‘assistita’ e l’esame degli imputati in procedimenti connessi”, en KOSTORIS, R. E., (coord.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli Editore, Turín, 2002.

- DANIELE, M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli Editore, Turín, 2009.
- DAVIGO, P., *Il sistema della corruzione*, Laterza, Bari, 2017.
- DAWAN, D. J., *I nuovi confini dell 'imputabilita' nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2006.
- DE CARO, A., "Ammisione e formazione della prova nel dibattimento", en GAITO, A., (coord.), *La prova penale. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, vol. II, UTET Giuridica, Turín, 2008.
- DE CASTRO-CAMERO, R., *El crimen maiestatis a la luz del Senatus consultum de CN. Pisone Patre*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.
- DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Alcance de los términos "sentencia de estricta conformidad"*, Colex, Madrid 1998.
- DEL CASO JIMÉNEZ, M.T., *La prueba testifical en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2018.
- DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "El derecho penal ante la criminalidad organizada: Nuevos retos y límites", en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F./VALCÁRCE LÓPEZ, M. (dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2011.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., "La lucha contra la corrupción política", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-01, 2016.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.
- DE LUCA, M., "Il ruolo del territorio: Dalla tutela generica a quella residuale", en MANZIONE, D., (coord.), *La tutela dei testimoni e dei collaboratori di giustizia*, Giuffrè Francis Lefebvre, Turín, 2019.
- DE SANTIN, S., "L'uso político degli strumenti processuali penali", en *Archivio Penale*, n.º 3, 2012.
- DE VICENTE REMESAL, J., *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, León, 1985.

DEAN, G., “Retrospectiva del ‘nuovo’ art. 111 Cost.: Anamnesi del giusto processo penale”, en DEAN, G., (coord.), *Fisionamia costituzionale del processo penal*, Giappichelli, Turín, 2007.

DEDIEU, J., “Denunciar-denunciarse. La delación inquisitorial en Castilla la Nueva en los siglos XVI-XVII”, en *Revista de la Inquisición*, n.º 2, Complutense, Madrid, 1992.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Ancash, Ayacucho y Junín*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2014.

DEGANELLO, M., *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Giappichelli Editore, Turín, 2005.

DE DIEGO DÍEZ, A., *El derecho de acceso a los recursos. Doctrina constitucional*, Colex, Madrid, 1998.

DE LA OLIVA SANTO, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980.

DEL MORAL GARCÍA, A., “La justicia penal ante la corrupción”, en *Govern Obert*, Generalitat de Catalunya, 2015.

DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J., “El tratamiento de la predelinuencia adulta”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 2, 1965.

DELGADO SANCHO, C., “Análisis jurisprudencial del *iter criminis*”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 28, Iustel, 2017.

DELL’ANNA, T., “L’esame del coimputato in reato connesso e la chiamata di correo”, en GAITO, A., (coord.), *La prova penale. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l’accertamento giudiziale*, vol. II, UTET Giuridica, Turín, 2008.

DELLA MONICA, G., *Contributo allo studio della motivazione*, CEDAM, Milán, 2002.

DEMETRIO CRESPO, E., “Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 50, fasc. 1-3, 1997.

DEMETRIO CRESPO, E., “Constitución y sanción penal”, en *Libertad. Revista de la Función Internacional de Ciencias Penales*, n.º 1, 2013.

DEPOORTER, B./DE MOT, J., “Whistle Blowing: An Economic Analysis of the False Claims Act”, en *Supreme Court Economic Review*, vol. 14, 2006.

DESHOWITZ, A., *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O. J. Simpson*, Giuffrè Editore, Milán, 2007.

DEZZA, E., *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, Pavia, 2013.

DÍAZ PITA, M.^a P., *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DÍAZ CABIALE, J. A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

DI MARTINO C./PROCACCIANTI, T. *La prova testimoniale nel processo penale*, CEDAM, Padua, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 2000.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.^a, *El poder de acusar. Ministerio fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.

DOIG DIAZ, Y., “El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación”, en HURTADO POZO, J., *La reforma del proceso penal peruano*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004

DOMÉNECH PASCUAL, G., “*Roma delatorius praemiat*. La denuncia en el derecho público”, en DÍAZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.), *Función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación española de profesores de derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La exhibición de pruebas en la Directiva 2014/104/UE, sobre reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia, y su transposición al ordenamiento español”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 41, Iustel, 2017.

DOYLE, CH., “Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes”, en *Congressional Research Service*, 2009.

DRAGONETTI, G., *Tratado de las virtudes y de los premios*, Madrid: por D. Antonio de Sancha, Madrid, 1775.

DURAND ARP NISSEN, F., *Odebrecht. La empresa que capturaba gobiernos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2018.

EGGLESTON, R., *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, Giuffrè Editore, Milán 2004.

ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995.

ESPARZA LEIBAR, I., “El proceso debido como único modelo aceptable para la resolución de conflictos en un Estado de derecho y como presupuesto para la globalización”, en GÓMEZ COLOMER, J. L./BARONA VILAR, S./CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.), *Juan Montero Aroca. El derecho procesal español del siglo*

XX a golpe de tango. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

EYMERICH, N., *Manuale dell'inquisitore. A. D. 1376*, Piemme, Casale Monferrato, 2000.

FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre la recepción en España del recurso de casación francés”, en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, vol. 10, 1957.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid 1990.

FANIZZA, L., *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1988.

FANUELE, CH., “La libertà personale”, en DINACCI, F. R., *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè Editore, Milán, 2010.

FARALDO-CABANA, P., “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO-CABANA, P./PUENTE ABA, L. M.^a (coords.) *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1992.

FASANI, F., “La nuova causa di non punibilità per il pentito di corruzione”, en ORLANDI, R./SEMINARA, S., *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli Editore, Turín, 2019.

FASSONE, E., “Il Processo penale e la valutazione dell'apporto probatorio del chiamante in correità” en NEUBURGER, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, CEDAM, Padua, 1992.

FENECH, M., *Curso elemental de derecho procesal penal. Desarrollo sistemático del derecho positivo español*, t. II, Bosch, Barcelona, 1945.

FENECH, M., *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1982.

FERA, G., “Whistleblowing definizione dell'istituto”, en BUONANNO, A./D'AMORA, F./FERA, G./RAFFAGHELLI, M., *Il whistleblowing dopo la L. N. 179/2017*, Giuffrè Editore, Milán, 2019.

FERJHON, J., “Judicialización de la política, politización de la ley”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 45, n.º 184, 2002.

FERNÁNDEZ AJENJO, J., “Comentarios a la Directiva UE 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión”, RODRÍGUEZ-GARCÍA, N./RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (eds.), *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A., “Democracia griega y República romana: La cultura jurídica como elemento diferenciador y su proyección en el derecho público europeo”, en *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 13, La Coruña, 2009.

FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La legislación de Augusto”, en *Gestión*, vol. 35, 2017.

FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.^a J., *Audiencias telemáticas en la justicia. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

FERNÁNDEZ-GALLARDO, J. A., “Aspectos procesales sobre el ejercicio de la acción civil en el proceso penal”, en *Justicia*, n.º 2, 2015.

FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M.^a., “La sentencia inquisitorial”, en *Manuscrits: Revista d’historia moderna*, n.º 17, 1999.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M., “¿Proteger o premiar al *whistleblower*?: Un debate pendiente en España”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, N./CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, A./RODRÍGUEZ-LÓPEZ, F., *Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

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

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración”, en *Derecho & Sociedad*, n.º 50, 2018.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Procedimiento por colaboración eficaz y proceso penal. Algunas consideraciones sobre una extraña pareja”, en Asencio Mellado, J. M.^a/Castillo Alva, J. L. (coords.), *Colaboración eficaz*, Ideas, Lima, 2018.

FERRANDIS CIPRIÁN, D./TERUEL GARCÍA, I., “Algunos retos de la Administración de Justicia frente al fenómeno de la corrupción”, en Blanco Valdés, R./Vásquez-Portomeñe Seijas, F. (dirs.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: Propuestas desde el derecho penal y derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- FERRAIOLI, M., *Il ruolo di [garante] del giudice per le indagini preliminari*, CEDAM, Milán, 2014.
- FERRANTE, V., “Rapporti di lavoro e *whistleblowing*. Diritto a ‘spifferare’ e tutela del posto di lavoro nell’ordinamento italiano”, en FRASCHINI, G./PARISI, N./RINOLDI, D., (coords.) *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno Editore, Roma, 2011.
- FERRARESE, M. R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- FERRARI, G. F. (coord.), *Atlante di Diritto pubblico comparato*, Utet Giuridica, Milán, 2010.
- FERREIRA DE OLIVEIRA, A., “¿De la regulación de la colaboración procesal a la negociación limitada a la corrupción?”, en ROBLES SEVILLA, W., (coord.), *Delatores y colaboradores eficaces en el siglo XXI. Desafíos contemporáneos del whistleblower y el colaborador eficaz*, Ideas, Lima, 2022.
- FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Barcelona, 2021.
- FERRER GARCÍA, A., “Diligencias de protección referidas al perjudicado y a los testigos”, en MARTÍNEZ ARRIETA, A., (dir.), *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1998.
- FERRU, P., “Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente”, en NEGRI, D./ORLANDI, R., (coords.), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli Editore, Turín, 2017.
- FERRU, P., “Il giudizio penale: Fatto e valore giuridico”, en FERRU, P./GRIFANTINI, F./ILLUMINATI, G./ORLANDI, R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2005.
- FERRU, P., *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2016.
- FERRU, P., “Il giudice per indagine preliminar e l’acquisizione delle prove”, en AA. VV., *Il giudice per le indagini preliminar dopo cinque anni di sperimentazione. Atti del Convegno presso l’Università di Bari. Mattina, 23-25 settembre 19994*, Giuffrè Editore, Milán, 1996.
- FESTA, R., “Teoria dei giochi ed evoluzione delle norme morali”, en *Etica & Politica*, vol. IX, n.º 2, 2007.

FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1990.

FIORINI, N./GALLI, E., *La corruzione in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013.

FLORES PRADA, I., *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Tecnos, Madrid, 1998.

FLORES PRADA, I., “La prueba testifical”, en GONZÁLEZ CANO, M.^a I. (dir.)/ROMERO PRADAS, M.^a I. (coord.), *La prueba. La prueba en el proceso civil*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FRAGA MANDIÁN, J., *Las diversas manifestaciones de la conformidad en el derecho procesal penal*, Sepin, Madrid, 2018.

FRIGO, G., “Giusto processo e funzione della difesa”, en KOSTORIS, R. E., (coord.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli Editore, Turín, 2002.

FRIONI, I., *L'esame dell'imputato*, Giuffrè Editore, Milán, 2011.

FRISANCHO APARICIO, M., *El procedimiento especial de colaboración eficaz. Algunos alcances sobre su aplicación en el caso Odebrecht*, DeJus, Lima, 2019.

FULLER, L., *La moralità del diritto*, Giuffrè Editore, Milán, 1986.

FURGIUELE, A., *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penal*, Jovene Editore, Napolés, 1998.

FURGIUELE, A., *La prova per il giudizio nel proceso penal*, Giappichelli Editore, Turín, 2007.

FURGIUELE, A., *Le prove formate fuori dal giudizio*, Giappichelli, Turín, 2012.

FUSELLI, S., “Al di là di ogni ragionevole dubbio: Profili logici ed epistemologici”, en INCAMPO, A./SCALFATI, A., (coords.), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Cacucci Editore, Bari, 2017.

GALGANO, F., *Diritto privato*, CEDAM, Padua, 1981.

GARCÍA CAMIÑAS, J., *Delator: Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, Velograf S. A., Santiago de Compostela, 1984.

GARCÍA ESPAÑA, E., *El premio a la colaboración con la justicia especial consideración a la corrupción administrativa*, Comares, Granada, 2005.

GARCÍA JIMÉNEZ, A., “El empleado público como epicentro de buen gobierno”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 49, Iustel, 2018.

GARCÍA LÓPEZ, J. M.^a/PÉREZ FORNIÉS, C., “Equilibrios de Nash y de Cournot: el caso de la provisión privada de un bien público”, en *Acciones e investigaciones sociales*, n.º 13, 2001.

GARCÍA MARÍN, J. M.^a, “Proceso inquisitorial-proceso regio. Las garantías del procesado”, en *Historia. Instituciones. Documentos*, n.º 27, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.

GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en NIETO MARTÍN, A., (dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F., “Penas, distinciones y recompensas: Nuevas reflexiones en torno al derecho premial”, en *Emblemata*, n.º 16, 2010.

GARCÍA-MORENO, B., “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la Administración pública”, en NIETO MARTÍN, A./MAROTO CALATAYUD, M., (dirs.) *Public compliance. Prevención de la corrupción en Administraciones públicas y partidos políticos*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014.

GARCÍA-MORENO, B., *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GARCÍA-MORENO, B., “El concepto de alertador (o *whistleblower*). Consideraciones a la luz de la directiva (UE) 2019/1937”, en RODRÍGUEZ GARCÍA N./RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (coords.), “Compliance” y responsabilidad de las personas jurídicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GARCÍA-PERROTÉ, F., *Los juicios paralelos*, Atelier, Madrid, 2017.

GARRO CARRERA, E., “Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa” en *InDret-Revista para el análisis del derecho*, n.º 1, Barcelona, 2013.

GARRO CARRERA, E./ASUA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria (A propósito de una controvertida Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARUTI, G., “Il contraddittorio nelle dinamiche dell’ accertamento penale”, en DEAN, G., *Fisionomia costituzionale del processo penal*, Giappichelli, Turín, 2007.

GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.

GENTILONI SILVERI, U., *Storia dell’Italia contemporanea. 1943-2019*, Il Mulino, Bolonia, 2019.

- GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción*, Iustel, Madrid, 2006.
- GIMENO BEVIÁ, J., “Problemas que plantea la asunción del modelo norteamericano de recompensas al denunciante en el ordenamiento español y frente al cumplimiento normativo”, en DÍAZ MARTÍNEZ, M./LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I. (dirs.), *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GIMENO BEVIÁ, J., “De Falciani a Birkenfeld: la evolución de una cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (*whistleblower vs. bounty hunter*)”, en *Diario La Ley*, n.º 9139, 2018.
- GIMENO BEVIÁ, J., “Protección del denunciante y garantías procesales”, en Gimeno Beviá, J./López Donaire, B., (dirs.), *La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2014.
- GIMENO FELIU, J. M.^a, “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y transparencia”, en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n.º 9, 2019.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2018.
- GIOSTRA, G., “Il processo penale ‘contro’ la criminalità organizzata: Rischi di strumentalizzazione”, en GIOSTRA, G./INSOLERA, G., *Lotta alla criminalità organizzata: Gli strumenti normativi*, Giuffrè Editore, Milán, 1995.
- GIOSTRA, G., *L’archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretativi*, Giappichelli Editore, Turín, 1994.
- GIOSTRA, G., *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., p. 144.
- GIOSTRA, G., *Processo penale e informazione*, Giuffrè Editore, Milán, 1989.
- GIRONI, E., “La prova indiziaria”, en GAITO, A., (dir.), *La prova penale. La valutazione della prova*, vol. III, UTET Giuridica, Turín, 2008.
- GIUPPONI, T., *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Giappichelli, Turín 2005.
- GIUNCHEDI, F., *Introduzione allo studio del procedimenti speciali*, CEDAM, Padua, 2018.

GÓMEZ-ALLER, J. “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del ‘deber de control’: Una aproximación tópica”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A., (dirs.) *Derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1988.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “Estado democrático y modelo policial: Una propuesta de diseño de cara a lograr una investigación eficaz del crimen”, en AMBOS, K./GÓMEZ COLOMER, J. L./VOGLER, R. (coords.), *La policía en los Estados de derecho latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Bogotá, 2003.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “El fiscal instructor”, en *Justicia: Revista de derecho procesal*, n.º 2, 1996.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “Proceso penal moderno e investigación del crimen, el problema del aumento del intervencionismo público”, en JIMÉNEZ CONDE, F./BELLIDO PENADÉS, R. (dirs.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “Proceso penal y corrupción: consideraciones sobre el fracaso general de su persecución y castigo”, ponencia presentada en el *II Congreso internacional de la FICP* (Fundación Internacional de Ciencias Penales), denominado: “Problemas actuales de las ciencias penales”, que se llevó a cabo los días 13, 14 y 15 de marzo de 2017. Versión digital disponible en: <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/03/G%C3%B3mez-Colomer.-Ponencia.pdf>.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. Fortalezas debilidades del proceso penal acusatorio con juicio oral y público. Su interpretación en América Latina*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2015.

GÓMEZ COLOMER, J. L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios*

procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “La Constitución española de 1978 y su influencia en el derecho procesal penal”, en GÓMEZ COLOMER, J. L., GIRAO ISIDRO, M./MADRID BOQUÍN CH. (coords.), *Derecho procesal penal. Estudios y comentarios*, Instituto Pacífico, Lima, 2022.

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

GÓMEZ MARÍN, M./GIL Y GÓMEZ, P., *Cuerdo del derecho civil o sea Digesto, Código, Novelas e Instituta de Justiniano*, Ramón de Vicente, Madrid, 1872.

GÓMEZ MARÍN, M./GIL Y GÓMEZ, P., *Cuerpo del derecho civil o sea Digesto, Código, Novelas é Instituta de Justiniano en castellano y latín*, Ramón de Vicente, t. III, Madrid, 1874.

GÓMEZ RIVERO, M.^a, “Derecho penal y corrupción: Acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, en *Estudios Penales y Criminológico*, vol. XXXVII, 2017.

GÓMEZ ROYO, E./ESPINOSA ISACH, J. M./MONTAÑANA CASANÍ, A./LÁZARO GUILLAMÓN, M./PIQUE MARÍ, J. M., *Fraseología jurídica latina. Términos, expresiones y brocardos utilizados en las sentencias de los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GONZALEZ, J., *Corrupción y justicia democrática. Introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio*, Clamores, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2011.

GONZÁLEZ URIEL, D., *El delito de defraudación tributaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

GREVI, V., *Alla ricerca di un processo penal giusto. Itinerari e prospettive*, Giuffrè Editore, Milán, 2000.

GREVI, V./ILLUMINATI, G., “Prove”, en CONSO, G./GREVI, V./BARGIS, M., *Compendi di procedura penale*, CEDAM, Padua, 2020.

GRUPPONI, T., *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Giappichelli Editore, Turín, 2005.

GUARINO, A., “Anatomia della calunnia dei cosiddetti ‘colaboratori della giustizia’”, en NEUBURGER, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuevo processo penale*, CEDAM, Padua, 1992.

GUERINI, T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, cit., p. 59.

GUI, B., *Manuae dell'inquisitore. Medioevo: eresie alla sbarra*, Claudio Gallone Editore, Milán, 1998.

GUSTAPANE, A., *Il ruolo del Pubblico Ministero nella Costituzione italiana*, Bononia University Press, Bologna, 2012.

GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “Corrupción pública: Concepto y mediciones. Hacia el *public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales”, en *Política Criminal*, vol. 13, n.º 25, 2018.

GUZMÁN DALBORA, J., “Del premio de la felonía en la historia jurídica y en el derecho penal contemporáneo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 7, 2012.

GUZMÁN FLUJA, V., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

HASSEMER, W., “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz”, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, n.º 15, 1990-1991.

HASSEMER, W., “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 45, fasc./mes 1, 1992.

HAYO, A. A., *L'immunità penale come species dell'inesigibilità*, Giappichelli, Turín, 2006.

HENDLER, M./BELLO, L., “La verdad del arrepentido: Eficacia penal y cuestiones constitucionales”, en *Revista Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2019.

HERMOSA DEL VASTO, P./ALCARAZ QUILES, F./URQUIA GRANDE, E., “Transparencia pública y rendición de cuentas como base para la construcción de una sociedad democrática en América Latina”, en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º 4, 2017.

HERRERO GUERRERO, M., *Los recursos en el proceso penal*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.

HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.

IACOVIELLO, F. M., *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè Editore, Milán, 2013.

IBERICO CASTAÑEDA, F., *La impugnación en el proceso penal*, Instituto Pacífico, Lima, 2016.

IGARTUA SALAVERRIA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Indicios, duda razonable, prueba científica (perspectivas sobre la prueba en el proceso penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

IGLESIAS RÍO, M., “Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del derecho penal preventivo y de la seguridad: un ejemplo en el anteproyecto de reforma del CP de 2010”, en *Revista de Derecho Penal*, n.º 39, 2013.

ILLUMINATI, G., “Ammisione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale”, en FERRUA, P./GRIFANTINI, F./ILLUMINATI, G./ORLANDI, R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2005.

ILLUMINATI, G., “I riflessi della satagione di ‘mani pulite’ sulla procedura penale degli anni novanta”, en NEGRI, D./PIFFERI, M., (coords.), *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana. Materiali dall’incontro di studio, Ferrara 12-13 novembre 2010*.

ILLUMINATI, G., “Tutela della libertà personale ed esigenze processuali”, en GIOSTRA, G./ISOLERA, G., (coords.), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant’anni della Corte Costituzionale*, Giffrè Editore, Milán, 1998.

INCAMPO, A., “Propter iustos. Probabilità e ragione del dubbio nella giustizia penal”, en INCAMPO, A./SCALFATI, A., (coords.), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Cacucci Editore, Bari, 2017.

ISRAEL, J. H./LAFAVE, W. R., *Criminal procedure. Constitutional Limitations in a nutshell*, West Academic, Minesota, 2014.

ISTITUTO DELL’ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Treccani.it-Enciclopedie on line*, versión en línea: <http://www.treccani.it/vocabolario/delazione>.

JAKOBS, G., “Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 4-13, 2002.

JARIA I MANZANO, J., “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “La recompensa como prevención general. El derecho premial (I)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 125, 1914.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “La recompensa como prevención general. El derecho premial (II)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 125, 1914.

KAMEN, H., *L'inquisizione spagnola*, Feltrinelli Editore, Milán, 1973.

KASER, M., *Storia del diritto romano*, Cisalpino-Goliardica, Milán, 1977.

KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, UNAM, México D. F., 1982.

KUDLICH, H., “Corrupción y proceso penal”, en GÓMEZ MARTÍN, V./MONTIEL, J./SATZGER, H., (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

LA LICATA, F., “Mafia, politici e pentiti”, en DINO, A., *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Donzelli Editore, Roma, 2006.

LA SPINA, A., “La corruzione organizzata. Aspetti concettuali e sviluppi legislativi”, en INGRASSIA, R. (coord.), *Economia, organizzazioni criminali e corruzione*, Aracne Editrice, Roma, 2018.

LANDER LURI, M., *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas. Regularización fiscal, Reintegro en la malversación, Retracción del falso testimonio y Liberación de la persona detenida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LANDOLFI, A., *La sintesi del processo penale negli Stati Uniti D'America*, CEDAM, Milán, 2021.

LATTANZI, R., “Riflessioni sul *whistleblowing*. Un modello da replicare ‘A occhi chisui’?””, en FRASCHINI, G./PARISI, N./RINOLDI, D., (coords.) *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno Editore, Roma, 2011.

LEÓN ALEPONT, J., “Los canales de denuncias como instrumento para la prevención y/o detección de conductas irregulares o delictivas en el ámbito corporativo”, en MATA LLÍN EVANGELIO, A./FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dirs.), *Criminal compliance programs y mapas de riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MORILLAS CUEVA, L., “Globalización y delincuencia organizada. Respuestas penales”, en GARRIDO CARRILLO, F. (dir.) /FAGGIANI, V. (coord.), *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Aranzadi, Navarra, 2022.

LIBANO BERINSTAIN, A., *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal*, JMB Bosch, Barcelona, 2011.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LLORENTE, J. A., *Historia crítica de la inquisición en España*, Hiperión, t. I, Madrid, 1980.

LLOYD KING, JR., H., “Why prosecutors are permitted to offer witness inducements: A matter of constitutional authority”, en *Stetson Law Review*, vol. 29, 1999.

LOCATELLI, G., “La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali”, en DINACCI, F. R., *Processo penale e Costituzione*, cit., p. 461.

LONATI, S., *Il diritto dell'accusato a 'interrogare o fare interrogare' le fonti di prova a carico. (Studio sul contraddittorio enlla Convenzione Europea dei Diritto dell'Uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, Giappichelli Editore, Turín, 2008.

LORENZETTO, E., “Lo scacchiere dell'appello: Legittimazione, casi e contenuti”, en CANZIO, G./BRICCHETTI, R., (coords.), *Le impugnazioni penali*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019.

LOSAPPIO, G., “Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. Tempus fu(g)it”, en *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 7-8, 2019.

LOZANO EIROA, M., *La declaración de los coimputados*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2017.

LUISO, F., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Giappichelli Editore, Turín, 2018.

LUMIA, G., *Principio de teoría e ideología del derecho*, Debate, Madrid, 1986.

LUPARIA, L., *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2006.

LUPO, S., “Alle origini del pentitismo: politica e mafia”, en DINO, A., *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Donzelli Editore, Roma, 2006.

LUPO, S., *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Donzelli Editore, Roma, 1993.

LURASCHI, G., “Il ‘praemium’ nell'esperienza giuridica romana”, en *Studio in onore di Arnaldo Buscardi*, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, Milán, 1983.

LUZÓN PEÑA, D., “Alcance y función del derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 42, fasc. 1, 1989.

- MACMAHON, R., “Kastigar v. United States: The Immunity Standard Redefined”, en *The Catholic Lawyer*, vol. 18, n.º 4, 2017.
- MADIA, T. T., “Il ‘pentitismo’ nella giustizia”, en, NEUBURGER, L. (coord.) *Chiamata in correatà e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, CEDAM, Padua, 1992.
- MADRID BOQUIN, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Inglaterra: Consideraciones sustantivas y procesales sobre el papel del criminal compliance”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.)/MADRID BOQUIN, C. (coord.), *Tratado sobre compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MAGRO SERVET, V., “Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del ‘alertador’ ante la corrupción”, en *Diario La Ley*, n.º 10235, 2023.
- MALEM SEÑA, J., “La corrupción política”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 37, 2000.
- MANCINI, A., *Diritto penale tributario*, Laurus Rodolfo, Roma, 2019.
- MANCUSO, E. M., *Il regime probatorio dibattimentale*, Giuffrè Editore, Milán, 2017.
- MANGANARO, F., “Corruzione e criminalità organizzata”, en LA CAMERA, C. (ed.), *L'area grigia della Ndrangheta*, Aracne Editrice, Roma, 2012.
- MANNARINO, N., *La prova nel processo*, CEDAM, Milán, 2007.
- MANZINI, V., *Trattato di Diritto processuale penale italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1932.
- MANZIONE, D., “Principi e prassi nel ‘vissuto’ della videoconferenza”, en CHIAVARIO, M., (coord.), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli Editore, Turín, 2003.
- MARAFIOTI, L., *La separazione dei giudizi penali*, Giuffrè Editore, Milán, 1990.
- MARCHAL ESCALONA, A., *El Atestado: inicio del proceso penal*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- MARCHAL GONZALEZ, A., “La figura del confidente policial en el derecho comparado”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, Aranzadi, 2017.
- MARCHENA GÓMEZ, M., “Prueba ilícita y reglas de exclusión: los matices introducidos por la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia 116/2017, 23 de febrero (caso Falciani)”, en ASENCIO MELLADO, J. M. A /ROSELL CORBELLE, A./GIMENO SENDRA, J. (coords.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales*.

Vicente Gimeno Sendra. *Liber amicorum*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020.

MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal. Su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Barcelona, 1992.

MARCUS-DELGADO, J., “El fin de Alberto Fujimori: Un estudio de legitimidad presidencial”, en MARCUS-DELGADO, J./TANAKA, M., *Lecciones de final del fujimorismo. La legitimidad presidencial y la acción política*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2011.

MARÍN CASTÁN, M.^a L., “Sobre la judicialización de la política: una aproximación desde el neoconstitucionalismo”, en *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*, n.º 20, 2017.

MARINELLI, C., *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli Editore, Turín, 2007.

MARTÍN MARTÍN, J. A., “La prisión provisional en la jurisprudencia española y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (dir.), *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

MARTÍN Y MARTÍN, J. A., “Inmediación y prueba en la segunda instancia”, en CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Las reformas procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MARTÍN MARTÍNEZ, I., “Notas didácticas sobre las fuentes del derecho. Con especial referencia al estudio del derecho romano”, en *Anales de la Universidad de Murcia*, trimestre n.º 4, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1944.

MARTÍNEZ ARRIETA, A./ENCINAR DEL POZO, M. A., *El recurso de casación y de revisión penal. La función de unificación de la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTÍNEZ PEÑAS, L., “Aproximación al estudio de la denuncia o delación como inicio del proceso inquisitorial”, en *Anuario de historia del derecho español*, t. LXXV, Madrid, 2015.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El delito de defraudación tributaria”, en *Revista penal*, n.º 1, 1998.
- MATTEUCCI, N., *Lo Stato moderno*, Il Mulino, Bolonia, 1993.
- MELCHOR Y LAMANETTE, F., *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877.
- METRO, A., *Las fuentes del derecho romano*, Dykinson, Madrid, 2012.
- MIRAGLIA, M., “Delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso e custodia cautelare ‘quasi obbligatoria’: Un percorso concluso?”, en FANCHIOTTI, V./MIRAGLIA, M., (coords.), *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studio*, Giappichelli Editore, Turín, 2016.
- MIRAGLIA, M., “La testimonianza anónima: Questioni interne, internazionali e sovranazionali”, en FANCHIOTTI, V., *Strumenti di contrasto alla criminalità organizzata. Profili interni, comparati e sovrazionali*, Giappichelli Editore, Turín, 2017.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*, Justicia Editores, Lima, 2011.
- MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, Temis, Bogotá, 1991.
- MONGILLO, V., “Crimine organizzato e corruzione: dall’attrazione elettiva alle convergenze repressive”, en *Rivista trimenstrale. Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 1, 2019.
- MONGILLO, V., “Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla Legge N. 69 del 2105”, en *Diritto penale contemporaneo*, 2015.
- MONTAGNA, M., “Diritto al silenzio e diritto al confronto”, en CERQUETTI, G./FIORIO, C., (coords.) *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, CEDAM, Padua, 2002.
- MONTERO AROCA, J., “La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal”, en GONZÁLEZ MONTES, J. L. (ed.), *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal (denuncia anónima, proceso abreviado, policía judicial y proceso penal, prueba ilícita y privilegios procesales de los diputados autonómicos)*, Universidad de Granada, Granada, 1994.
- MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MONTERO AROCA, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2008.

MONTESINOS GARCÍA, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.

MORALES RUIZ, C., “La evolución de los sufijos -dor y -dero. Un caso de amalgama morfológica para la expresión del género”, en *Estudi general: Revista de la Facultat de Lletres de la Universitat de Girona*, n.º 17-18, Universidad de Girona, Girona, 1997-1998.

MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982.

MORENO CATENA, V., “Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en *Poder Judicial*, n.º Especial II, 1988.

MORENO CATENA, V., “La protección de testigos y peritos en el proceso penal español”, en *Revista Penal*, n.º 4, 1999.

MORENO CATENA, V., “La prueba preconstituida”, en GONZÁLEZ CANO, M.^a I. (dir.)/ROMERO PRADAS, M.^a I. (coord.), *La prueba. La prueba en el proceso penal*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MORESO MATEOS, J. J., “Jeremy Bentham: Luces y sombras”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 47, 2013.

MORRIS, D., “An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act”, en *Akron Law Review*, vol. 15, 1982.

MORTON, D., *Teoría del juego*, Alianza Universidad, Madrid, 1971.

MOSQUERA BLANCO, A., “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani. Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero”, en *Idret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2018.

MOSQUERA, M., *Lógicas de la corrupción*, Harvard University-Edmond J. Safra Center Ethics, Córdoba, 2004.

MUERZA ESPARZA, J., “La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro”, en *REDUR*, n.º 9, 2011.

MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Tirant lo Blanch, 2022.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Programas de cumplimiento ‘efectivos’ en la experiencia comparada”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A., (dirs.) *Derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ RUIZ, J., *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MUSACCHIO, V., “Corrupción política y criminalidad organizada: peligrosas conveniencias”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20, Iustel, 2013.

MUSCO, E., “Los colaboradores de la justicia entre el *pentitismo* y la calumnia: problemas y perspectivas”, en *Revista Penal*, n.º 2, 1998.

NAVARRO VILLANUEVA, C., “La protección a testigos y peritos”, en *Justicia*, núm. 3-4, 2009.

NEGRI, D., *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli Editore, Turín, 2004.

NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, Idemsa, Lima, 2015.

NEIRA PEÑA, A. M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, *compliance* y canales de denuncia interna. Una tarea inconclusa en el derecho español”, en ROBLES SEVILLA, W., (coord.), *Delatores y colaboradores eficaces en el siglo XXI. Desafíos contemporáneos del Whistleblower y el colaborador eficaz*, Ideas, Lima, 2022.

NEIRA PENA, A., *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018.

NIERA PENA, A., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NENCIONI, A., “La corrosione tradotta: L’Italia degli scandali sulla stampa spagnola”, en *Livius*, n.º 7, 1995.

NIETO MARTÍN. A., “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?”, en *Revista Penal*, n.º 19, Bogotá, 2007.

NIEVA FENOLL, J., *El hecho y el derecho en la casación penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2010.

NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.

NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”, en *InDret*, n.º 1, 2016.

NIEVA FENOLL, J., “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, en *InDret*, n.º 3, 2020.

NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NUÑEZ, S., “Cicerón, el caso Roscio y la *Lex Cornelia de proscriptio*”, en *AnMaL*, XXXIV, n.º 2, 2011.

- NÚÑEZ MARTÍ, A., “Quaestiones perpetuae. Un paso hacia el principio de legalidad”, en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, T. IV, BOE, Madrid, 2021.
- OBREGÓN GARCÍA, A., *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998.
- OLIVER SOLA, M.^a C., “Recepción histórica del derecho romano”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, n.º 11, 2013.
- OLMO LÓPEZ, R., “La actividad judicial de los gobernadores provinciales a partir de las Actas de los Mártires”, en *Anesteria*, n.º 1, 2012.
- ORDUÑA, F./CAMPUZANO, A. (dirs.), *Curso de derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORLANDI, R., “Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’*inquisitio generalis*”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2-3, 1996.
- ORLANDI, R., “L’organizzazione della giustizia penale”, en Biavati, P./Guarnieri, C./Orlandi, R./Zanon, N., *La giustizia civile e penale in Italia. Aspetti ordinamentali e organizzativi*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- ORLANDI, R., “Collaborazioni premiate nell’esperienza italiana”, en *La giustizia penale*, fasc. IV, 2019.
- ORLANDI, R., “Dichiarazione dell’imputato su responsabilità altrui: Nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d’incompatibilità a testimoniare”, en KOSTORIS, R. E., (coord.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli Editore, Turín, 2002.
- ORLANDI, R., “Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana”, en NEGRI, D./PIFFERI, M., (coords.), *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana. Materiali dall’incontro di studio, Ferrara 12-13 novembre 2010*, Giuffrè Editore, Milán, 2011.
- ORLANDI, R., “Esistono davvero diritti inviolabili”, en FANCHIOTTI, V./MIRAGLIA, M. (coords.) *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studi*, Giappichelli Editore, Turín, 2016.
- ORLANDI, R., “Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata del maxi-processo al ‘grande processo’”, en GIOSTRA, G./INSOLERA, G., *Lotta alla criminalità organizzata: Gli strumenti normativi*, Giuffrè Editore, Milán, 1995.

ORLANDI, R., “In memoria di César Barrientos. Riflessioni attuali su un passo di Césare Beccaria a propósito dei delitti di prova difficile”, en GÓMEZ COLOMER, J. L., (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2015.

ORLANDI, R., “L’attività argomentativa delle parti nell dibattimento penal”, en FERRUA, P./GRIFANTINI, F./ILLUMINATI, G./ORLANDI, R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2005.

ORLANDI, R., “La Justicia Penal Italiana, a la búsqueda continua de un proceso justo”, en GÓMEZ COLOMER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ORLANDI, R., “La lucha procesal penal contra la criminalidad organizada en Italia”, en GÓMEZ COLOMER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ORLANDI, R., “Operazione mani pulite e seu contexto político, jurídico e constitucional”, en *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 8, n.º 15, Curitiba, 2016.

ORLANDI, R., *Aspetti processuali dell’ autorizzazione a procedere*, Giappichelli Editore, Turín, 1994.

ORLANDI, R., “Los desafíos de la justicia penal en la experiencia italiana actual”, en *Actualidad Penal*, n.º 68, 2020.

ORLANDI, R., “La duplice radice della presunzione d’innocenza”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 2022.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *El periodo intermedio del proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

ORSI, O./RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., “Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, N./RODRÍGUEZ-LÓPEZ, F., *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ORTEGO PÉREZ, F., “La intermediación en el proceso penal”, en *Justicia*, n.º 1, 2020.

ORTELLS RAMOS, M., “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 74 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en ORTELLS RAMOS, M., *Estudios de derecho procesal. Proceso penal I (1978-1994)*, versión digital disponible en <https://www.bubok.es/libros/187480/>. Este artículo se encuentra publicado también en *Revista General de Derecho*, edición separada, 1979.

ORTIZ AGUILAR, M., “Los canales de denuncia en los órganos de control: La experiencia de la CNMC”, en GIMENO BEVIÁ, J./LÓPEZ DONAIRE, B. (dirs.), *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022,

ORTIZ PRADILLO, J. C., *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivos una colaboración eficaz con la justicia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

ORTIZ PRADILLO, J., “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”, en *Diario La Ley*, n.º 8560, 2015.

ORTIZ PRADILLO, J., “Una propuesta de proceso penal eficiente: la suspensión de la acusación ‘por colaboración eficaz’ del investigado”, en JIMÉNEZ CONDE, F./BELLIDO PENADÉS, R. (dirs.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ORTIZ PRADILLO, J. C., “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n.º 1, 2017.

ORTS BERENGUER, E./GONZALEZ CUSSAC, J., *Compendio de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PAGANO, F. M., *Considerazioni sul processo criminale*, Il Mulino, Bolonia, 2010.

PAGLIARO, A./TRANCHINA, G., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Giuffrè Editore, Milán, 1996.

PALACIOS CRIADO, M.^a T., “Diligencias que afectan a derechos fundamentales”, en Martínez Arrieta, A., (dir.), *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1998.

PARROTA, A., “Il whistleblowing in Italia”, en PARROTTA, A./RAZZANTE, R., *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell’assetto anticorruzione, antiriciclaggio en ella prevenzione da responsabilità degli Enti*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019.

PARROTTA, A., “La segnalazione del whistleblower: Orientamenti e modelli”, en PARROTTA, A./RAZZANTE, R., *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell’assetto anticorruzione, antiriciclaggio en ella prevenzione da responsabilità degli Enti*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019.

PASTORE, B., “Criteri epistemologici e principi costituzionali nel processo penal” en NEGRI, D./PIFFERI, M., *Diritto individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, Giuffrè Editore, Milán, 2011.

PAULESU, P. P., *Giudice e parti nella ‘dialettica’ della prova testimoniale*, Giappichelli Editore, Turín, 2002.

PALOMO HERRERO, Y., “La pretensión civil deducible en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 14, 2008.

PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba ‘preconstituida’”, en MARTÍNEZ ARRIETA, A., (dir.) *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

PELISSERO, M., “La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione”, en MATTARELLA, B. G./PELISSERO, M. (eds.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Ediotre, Turín, 2013.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., *El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 2011.

PÉREZ GÓMEZ, J. D., “La desinformación y las noticias falsas: De Montesinos a Lava Jato”, en GÁLVEZ CONDORI, W./ESPEZÚA SALMÓN, B. (coords.), *Historia y Derecho. 200 años de república visto desde el altiplano del sur peruano*, T. II, Zela, Puno, 2020.

PÉREZ LLEDÓ, J., “Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual”, en *Doxa*, n.º 23, 2000.

PÉREZ MONGUIÓ, J., “Del chivato al cooperador: el *whistleblowing*”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 115, 2019.

PERRON, W., “La legislación antiterrorista en el derecho penal material alemán”, en GÓMEZ COLOMER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PETRACCIA, M. F., *Indices e delatores nell’antica Roma. Occultiore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, Edizioni Universitarie di Lettere, Economia, Diritto, Milán, 2014.

PICO I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, JMB Bosch Editor, Barcelona, 2012.

- PILLADO GONZÁLEZ, E., “El objeto del proceso”, en ROMERO PRADAS, M.^a I., (coord.), *Derecho procesal laboral. Parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- PISANI, M., *Studi di diritto premiale*, Edizioni Universitarie di Lettere, Economia, Diritto, 2010.
- PISAPIA, G. D., *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Padua, 1975.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., “Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016.
- PRESUTTI, A./BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, Milán, 2018.
- PULEIO, F., *Associazione mafiosa, chiamata di correo e processo. Un vademecum per l'operatore*, Giuffrè Editore, Milán, 2008.
- PULITANÒ, D., “L'evoluzione della politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta”, en DONINI, M./STORTONI, L., *Il diritto penale tra scienza e politica*, Bononia University Press, Bologna, 2015.
- PUNILTANO, D., “Quale agenda per la giustizia penale?”, en *Dirito Penale Contemporaneo*, fasc. 3, 2013.
- PUÑAL GARCÍA, L., “Whistleblowing y Transparencia en el Sector Privado de Alemania”, en *DILEMATA-Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n.º 27, 2018.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, en *Revista crítica penal y poder*, n.º 2, 2012.
- QUERZOLA, L., *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2018.
- QUIROZ NORRIS, A., *Historia de la corrupción en el Perú*, IEP, Lima, 2013.
- QUISPE FARFÁN, F., “La colaboración eficaz en el Perú”, en *Actualidad Penal*, n.º 43, 2018.
- RAFARACI, T., “Le specifiche dinamiche probatorie”, en NEGRI, D./ORLANDI, R., (coords.), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli Editore, Turín, 2017.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”, en *InDret-Revista para el análisis del derecho*, n.º 3, 2006.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., “El fomento de las denuncias en la Administración pública como instrumento de lucha contra la corrupción”, en PONCE SOLÉ, J., (coord.),

Empleo público, derecho a una buena administración e integridad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.

RANDAZZO, E., “Il ‘pentitismo’ nella storia”, en NEUBURGER, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, CEDAM, Padua, 1992.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal. Decimotercera lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2022.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <https://dle.rae.es>

REVILLA GONZÁLEZ, J.A., *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

RICHARD GONZÁLEZ, M., “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la ‘lista falciiani’ para fundar una condena por delito fiscal”, en *Diario La Ley*, n.º 8946, 2017.

RIVES GARCÍA, J. M.^a, “Declaración del coimputado”, en RIVES SEVA, A.P., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, T. I (capítulos I a VIII), Aranzadi, Navarra, 2021.

RIZO GÓMEZ, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ROBLES VELASCO, L., “La lucha contra la corrupción en la República romana. Una interpretación sobre la obra ciceroniana ‘De officiis’”, en *Revista de Derecho, empresa y sociedad*, n.º 11, época II, Dykinson, Madrid, 2017.

ROMBI, N., “La prova documentale”, en FERRUA, P./MARZADURI, E./SPANGHER, G. (coords.), *La prova penale*, Giappichelli Editore, Turín, 2013.

ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI, Madrid, 2001.

ROMERO PRADAS, M.^a I., *El sobreseimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ROMERO COLOMA, A., *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Reus, Madrid, 2009.

ROSELL CORBELLE, A., “El valor de las grabaciones de los delatores ante el derecho de defensa: Reflexiones sobre el ‘Caso Guateque’”, en *Diario La Ley*, n.º 9111, 2018.

- ROSELL CORBELLE, A., “La colaboración eficaz y su utilidad en la lucha contra la corrupción y la criminalidad y delincuencia organizada”, en AA.VV., *La reforma de la Administración de Justicia, el sistema electoral y la lucha contra la corrupción. I Jornada internacional*, INPECCP-CENALES, Lima, 2019.
- ROTOLO, A., “La procedura e i suoi attori: La Segretaria, la Commissione e il Servizio centrale di protezione”, en MANZIONE, D., (coord.), *La tutela dei testimoni e dei collaboratori di giustizia*, Giuffrè Francis Lefebvre, Turín, 2019.
- ROXIN, C./SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, Múnich, 2017, p. 85. En la versión española se menciona como “ayudante en la averiguación”. Ver *Derecho procesal penal*, traducción a cargo Mario Amoretti y Darío Rolón, con la revisión de Ignacio Tedes, Didot, Buenos Aires, 2019.
- RUGA RIVA, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè Editore, Milán, 2002.
- RUGGIERI, F., *Diritto processuale e pratiche criminali*, Zanichelli Editore, Turín, 2022.
- RUGGIERO, R. A., *L’attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Giappichelli Editore, Turín, 2012.
- RUSSO RUGGERI, C., *Indices e indicia. Contributo allo studio della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell’esperienza criminale romana*, Giappichelli Editore, Torino, 2006.
- SABATINI, G., *Principii costituzionali del processo penale*, Jovene, Napoles, 1976.
- SÁEZ LARA, C., *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- SALAZAR MÉNDEZ, D., “Corrupción y derecho penal: una respuesta urgente”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, N./GONZÁLEZ-CASTELL, A./RODRÍGUEZ-LÓPEZ, F. (eds.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- RODRÍGUEZ RUBIO, C., *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008.
- SALVA Y PÉREZ, V., *Nuevo Valbuena o Diccionario Latino-Español*, Librería Mallen y sobrino, Valencia, 1843.
- SAMMARCO, A. A., *La chiamata di correo. Profili storici e spunti interpretativi*, CEDAM, Padua, 1990.

- SAN MARTÍN CASTRO, C., “La reforma procesal peruana: Evolución y perspectivas”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2004.
- SAN MARTÍN CASTRO, C., *Lecciones de derecho procesal penal*, INPECCP-CENALES, Lima, 2015.
- SAN MARTÍN CASTRO, C., “Eficacia de los elementos de convicción en el proceso por colaboración eficaz”, en ASENCIO MELLADO, J. M.^a/CASTILLO ALVA, J. L. (coords.), *Colaboración eficaz*, Idea, Lima, 2018.
- SAN MARTÍN CASTRO, C., “La reforma procesal penal peruana: Evolución y perspectivas”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2004.
- SAN MIGUEL CASO, CH., “La cobertura mediática en el sistema de la estrategia de la defensa penal”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, N./CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A./LETURIA INFANTE, F. (dirs.), *Justicia penal pública y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 07-05, 2005.
- SÁNCHEZ VELARDE, P., *El proceso penal*, Iustitia, Lima, 2020.
- SÁNCHEZ VELARDE, P., “Ley 24953: Un arrepentimiento de la legislación antiterrorista”, en *Anuario de Derecho Penal*, 1988, versión digital disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1988_06.pdf
- SÁNCHEZ VELARDE, P., “El Ministerio Público y el proceso penal en las sentencias del Tribunal Constitucional”, en *La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal*, PUCP, Lima, 2009.
- SANDOVAL CORONADO, J., “Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 22, Iustel, 2014.
- SANNA, A., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi. Alla luce del giusto processo*, Giuffrè Editore, Milán, 2007.
- SANTALUCIA, B., “Osservazioni su Cicero II *In Verrem* 1.155-157”, en *Fundamina*, n.º 20 (2), 2014.
- SANTALUCIA, B., *Derecho penal romano*, Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1990.
- SANTALUCIA, B., *La giustizia penale in Roma antica*, Il Mulino, Bolonia, 2013.

- SANTALUCIA, B., *Studi di diritto penale romano*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1994.
- SANTIAPICHI, S., "Riverberi retorici sulla cross-examination del pentito", en NEUBURGER, L. (coord.) *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuevo proceso penale*, CEDAM, Padua, 1992.
- SANTORIELLO, C., "I criteri di valutazione della prova (fra massime d'esperienza, regole di giudizio e *standards* d'esecuzione)", en GAITO, A., (dir.), *La prova penale. La valutazione della prova*, vol. III, UTET Giuridica, Turín, 2008.
- SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Cada Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napolés, 2012.
- SANTOS YANGUAS, N., "Acusaciones de alta traición en Roma en época de Tiberio", en *Memorias de historia antigua*, n.º 11-12, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1990-1991.
- SAVONA, Ernesto U., "Criminalità organizzata", en *Enciclopedia del Novecento. Il suplemento*. Treccani, 1998.
- SAWYER, K./JOHNSON, J./HOLOUB, M., "The necessary illegitimacy of the whistleblower", en *Business & professional ethics journal*, 2006.
- SCAPARONE, M., *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Giuffrè Editore, Milán, 1999.
- SCELLA, A., "Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti", en KOSTORIS, R. E., (coord.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli Editore, Turín, 2002.
- SHELLIE, P., "Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)", en *The Business Lawyer*, vol. 41, n.º 3, 1986.
- SCHIAVONE, A./AMARELLI, F. et. al. (eds.), *Storia del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2001.
- SCIORTINO, S., "Gli indices nel proceso criminale extra ordinem", en *Iuris Antiqui Historia*, n.º 3, Roma, 2011.
- SEMINARA, S., "La corruzione: Problemi e prospettive nella legislazione italiana vigente", en FORNASARI, G./LUISI, N. D., *La corruzione: Profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, CEDAM, Milán, 2003.
- SILVERIO, E., "Indices, delatores e accusatores. Questioni terminologiche relative a 'delatori', 'correi dissociati' e 'collaboratori di giustizia'", en *Bolletino della unione storia ed arte*, Unione storia ed arte, n.º 6, Roma, 2011.

SOLIDORO, L., “Alle origine del garantismo: note introduttive”, en AA. VV., *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Giappichelli, Turín, 2016.

SPANGHER, G., *Introduzione allo studio del processo penal*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

SPANGHER, G./SURACI, L., *Le impugnazioni penali. Modelli processuali, profili sistematici, orientamenti giurisprudenziali*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

SURACI, L., *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale. Tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

TALAVERA ELGUERA, P., *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*, AMAG, Lima, 2009.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, Civitas, 2011.

TARDINO, V., “Giudizio penale tra fatto e valore giuridico”, en GAITO, A., (Dir.), *La prova penale. La valutazione della prova*, vol. III, UTET Giuridica, Turín, 2008.

TAVASSI, L., *L'onere della prova nel processo penale*, CEDAM, Milán, 2020.

TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho. Comentario a las Leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988

TERRADILLOS BOSCO, J., “Apuntes político-criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 93, 2019

TESI, M.A., *Le tipologie della corruzione*, Gappichelli Editore, Turín, 2012.

TIEDEMANN, K., “El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial sobre la lucha antiterrorista”, en GÓMEZ COLOMER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

TIRIGGIANI, N., “Lo *standard* dimostrativo nella decisione di colpevolezza”, en INCAMPO, A./SCALFATI, A., (coords.), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Cacucci Editore, Bari, 2017.

TOMÉ GARCÍA, J. A., “La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma”, en CHOZAS ALONSO, J. M., (coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal. Conforme a las recientes reformas legislativas: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1195, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la*

Víctima del Delito. LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECRIM y LOPJ, Dykinson, Madrid, 2015.

TONINI, P./CONTI, C., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè Editore, Milán, 2022.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969.

TORRES ROSELL, N., *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo S. A., Madrid, 1991.

TRILLO NAVARRO, “El fiscal: Acusar o instruir en la C. E. de Roma a la reforma de la LECrim”, en *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 3, 2005.

TURBERVILLE, A. S., *L'inquisizione spagnola. La storia obiettiva e imparziale di un tragica istituzione*, Feltrinelli Editore, Milán, 1965.

UBERTIS, G., *Il processo penale*, Il Mulino, Bologna, 2020.

UBERTIS, G. (coord.), *Sistema di procedura penale. Persone, strumenti, riti*. T. II, Giuffrè Editore, Milán, 2020.

UBERTIS, G., *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Trotta, Madrid, 2017.

VALENTINI, V., “L’impunità del pattista pentito: un congegno deterrente travestito da premio”, en IASEVOLI, C, *La C. D. Legge ‘spazzacorrotti’. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, Cacucci Editore, Bari, 2019.

VALLESPÍN PÉREZ, D., *La conexión en el proceso penal*, CIMS, Barcelona, 2007.

VALPUESTA BERMUDEZ, M., “El *civis* frente al proceso criminal romano: Una reflexión sobre las garantías procesales en la *Cognitio extra ordinem*”, PERIÑAN GÓMEZ, *Derecho, persona y ciudadanía*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

VANUCCI, A., “L’evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto”, en MERLONI, F./VANDELLI, L., (dirs.) *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, Astrid-Passigli Editore, Firenze, 2010.

VARVARO, M., “*Certissima indicia*. Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana”, en *Annali del Seminario giuridico*, n.º 52, 2008.

VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Concusión y corrupción: su delimitación en el derecho penal español”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-16, 2018.

VECINA CIFUENTES, J., *La casación penal. El modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003.

VEGA DUEÑAS, L., *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*, Bosch Editor, 2016.

VEGA TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.

VELAYOS MARTÍNEZ, M.^a I., *El testigo de referencia en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, JMB Bosch Editor, Barcelona, 1994.

VIDALES RODRÍGUEZ, C./LARRIBA HINOJAR, B., “Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España”, en *Revista Penal México*, n.º 8, 2015.

VILLORIA MENDIENTE, M./JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F., “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 156, 2012.

VILLORIA MENDIETA, M., “Corrupción pública”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 5, 2013-2014.

VIOLA, F./ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Editori Laterza, Bari, 2002.

VIVIANI, A., *La chiamata di correo nella giurisprudenza*, Giuffrè Editore, Milán, 1991.

VOLPE, R./DE CARO, A., “La notizia di reato tra qualificazione, iscrizione e controlli”, en *Giustizia penale*, n.º 03, 2010.

YON RUESTA, R./SÁNCHEZ MALAGA-CARRILLO, A., “Análisis crítico de la política criminal y del tipo de injusto del delito fiscal en el Perú”, en *Themis. Revista de Derecho*, n.º 64, Lima, 2013.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ZAMARRA ALVAREZ, C. M.^a, *Derechos y garantías del investigado en el proceso penal. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Colex, Madrid, 2021.

ZAMPAGLIONE, A., *Collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, CEDAM, Padua, 2021.

ZAPPULLA, A., *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Giappichelli Editore, Turín, 2012.

ZAVALA LOAYZA, C., *Sinópsis histórica de la legislación penal en el Perú*, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1941.

ZAZA, C., *Il ragionevole dubio nella logica della prova penal*, Giuffrè Editore, Milán, 2008.

ZIMMERMANN, R., “Derecho romano y cultura europea”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, en *Foro jurídico*, n.º 10, 2010.