



Pablo Talavera Elguera

LA PRUEBA

En el Nuevo Proceso Penal

**MANUAL DEL DERECHO PROBATORIO Y
DE LA VALORIZACION DE LAS PRUEBAS
EN EL PROCESO PENAL COMÚN**



LA PRUEBA - En el Nuevo Proceso Penal		LA PRUEBA - En el Nuevo Proceso Penal
Derechos Reservados. Prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier medio, sin permiso expreso por escrito de los editores.		
Los autores son responsables de la selección y presentación de los hechos contenidos en este Manual, así como de las opiniones expresadas en él y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Proyecto RPP F2.		
Elaboración de contenidos : Pablo Talavera Elguera		
Corrección y Estilo : Annie de Ordóñez		
Tiraje : 3,000 ejemplares - Primera Edición - Marzo 2009		
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú : Nº 2009-04244		
ISBN : 978-9972-854-53-8		
Impreso por : Henry Alexander Figueroa Mandaré - Jirón Tiahuanaco No. 1555 Urb. Zárate - San Juan de Lurigancho - Lima 036 Teléfono : 459-9429 - Celular : 9 8017-8936 / 9 9735-6152		
Edición y revisión de contenidos : Academia de la Magistratura – AMAG Jirón Camaná No. 669 – Lima 001 Teléfono : + 51 (1) 428-0300		
©Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo - BMZ Programa “Gobernabilidad e Inclusión” Proyecto “Apoyo a la Consolidación de la Reforma Procesal Penal y de la Administración de la Justicia en el Perú” - RPP F2 Pasaje Bernardo Alcedo No. 150 - Piso 5 - El Olivar - San Isidro - Lima 0027 Teléfono : + 51 (1) 421-1333 Fax : + 51 (1) 421-4540 Web : www.gtz-gobernabilidad.org.pe		
4		5
CONTENIDO		
PRESENTACIÓN		9
INTRODUCCIÓN		13
CAPITULO I		
BASES CONSTITUCIONALES DE LA PRUEBA PENAL		17
1.-	CONSTITUCIÓN Y PROCESO PENAL	19
2.-	EL DERECHO A LA PRUEBA	21
	2.1.- Noción	
	2.2.- Alcance	
	1) El derecho a ofrecer medios de prueba	
	2) El derecho a que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos	
	3) El derecho a que se actúen adecuadamente los medios de pruebas admitidos	
	4) El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba	
	5) El derecho a una valoración racional de las pruebas actuadas	
	6) La obligación de motivar el razonamiento probatorio	
	2.3.- Límites	
3.-	PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ACTIVIDAD PROBATORIA	33
	3.1.- Noción	
	3.2.- Alcance	
	3.3.- Límites	
4.-	LA LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA	36
	4.1.- Noción	
	4.2.- Prohibiciones de prueba	
	4.3.- Prueba prohibida o prueba ilícita	
CAPITULO II		
LOS HECHOS EN EL PROCESO PENAL		39
1.-	LOS HECHOS	41
2.-	LOS HECHOS Y LAS NORMAS JURÍDICAS	42
3.-	CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS	43
4.-	DISTINCIÓN ENTRE HECHO EXTERNO, HECHO PERCIBIDO Y HECHO INTERPRETADO	44
5.-	EL TEMA DE PRUEBA Y LA TEORÍA DEL CASO	44

COOPERACIÓN ALEMANA AL DESARROLLO - GTZ		
6.-	LOS HECHOS NO CONTROVERTIDOS Y LOS HECHOS ADMITIDOS	46
7.-	LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LOS HECHOS	47
CAPITULO III		
LOS ACTOS DE APORTACIÓN Y ADMISIÓN DE LA PRUEBA		49
1.-	EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE. LA PRUEBA DE OFICIO	51
2.-	LA OPORTUNIDAD EN QUE DEBE SER OFRECIDA LA PRUEBA	53
3.-	LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LA APORTACIÓN Y LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA	54
	3.1.- Principio de libertad de prueba	
	3.2.- Principio de pertinencia	
	3.3.- Principio de conducencia	
	3.4.- Principio de utilidad	
	3.5.- Principio de licitud	
	3.6.- Principio de necesidad. Las convenciones probatorias	
CAPITULO IV		
EL ASEGURAMIENTO DE LA PRODUCCIÓN O CONSERVACIÓN DE LA PRUEBA		63
1.-	LA PRUEBA ANTICIPADA	65
	1.1.- Supuestos de la prueba anticipada	
	a) La prueba testimonial	
	b) El examen de perito	
	c) El careo entre personas que han declarado	
	d) Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones	
	1.2.- Oportunidad y sujetos legitimados	
	1.3.- Procedimiento	
	1.4.- Recurso	
2.-	LA PRUEBA PRECONSTITUIDA	70
	2.1.- Utilización en el juicio de las fuentes de prueba halladas en la investigación	
	2.2.- Concepto y características de la prueba preconstituida	
	2.3.- Semejanzas y diferencias entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida	
3.-	LA CADENA DE CUSTODIA	73
CAPITULO V		
LA ACTUACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA		77
1.-	LA PRUEBA SE ACTÚA EN EL JUICIO	79
2.-	LOS PRINCIPIOS DE LA FORMACIÓN DE LA PRUEBA	79
	2.1.- El principio de publicidad	
	2.2.- El principio de contradicción	

LA PRUEBA - En el Nuevo Proceso Penal		
2.3.-	El principio de inmediación	
2.4.-	El principio de oralidad	
2.5.-	El principio de comunidad o de adquisición	
3.-	EL ORDEN DE ACTUACIÓN PROBATORIA	85
4.-	LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	87
	4.1.- Examen del acusado	
	4.2.- El examen o interrogatorio directo de testigos	
	a) El testigo en el nuevo Código Procesal Penal	
	b) La práctica del examen o interrogatorio directo	
	4.3.- El contra examen contrainterrogatorio de testigos	
	4.4.- Nuevo interrogatorio de testigos	
	4.5.- Examen especial de testigos	
	4.6.- Las objeciones	
	4.7.- Examen de peritos	
	4.8.- Actuación de la prueba material	
	4.9.- La actuación de otros medios de prueba	
	4.10.-La presentación y lectura de la prueba documental	
	4.11.-La prueba sobre la prueba	
CAPITULO VI		
LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA		103
1.-	NOCIÓN	105
2.-	SISTEMAS DE VALORACIÓN	105
	2.1.- Sistema de prueba legal o tasada	
	2.2.- Sistema de libre convicción	
3.-	LAS REGLAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL SOBRE LA VALORACIÓN	109
4.-	LAS REGLAS SE LA SANA CRÍTICA	110
	4.1.- Los principios o reglas de la lógica	
	4.2.- Las reglas o máximas de la experiencia	
	4.3.- Las reglas de la ciencia o los conocimientos científicos	
5.-	EL EXAMEN INDIVIDUAL DE LAS PRUEBAS	115
	a) El juicio de fiabilidad probatoria	
	b) Interpretación del medio de prueba	
	c) El juicio de verosimilitud	
	d) La comparación entre los resultados probatorios y los hechos alegados	
6.-	EL EXAMEN DE CONJUNTO O GLOBAL DE LAS PRUEBAS	120
7.-	LA EXPOSICIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS Y LOS CRITERIOS ADOPTADOS	121
CAPITULO VII		
REGLAS O PAUTAS ESPECÍFICAS DE VALORACIÓN		123
1.-	CONSIDERACIONES GENERALES	125
2.-	LA CONFESIÓN DEL ACUSADO	126

COOPERACIÓN ALEMANA AL DESARROLLO - GTZ		
3.-	LA DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO	127
3.1.-	Consideraciones sobre su fuerza probatoria y admisibilidad	
3.2.-	Pautas o criterios para la valoración de la declaración del coimputado	
a)	Ausencia de incredibilidad subjetiva	
b)	Verosimilitud de la incriminación: concurrencia de corroboraciones periféricas objetivas	
c)	Persistencia en la incriminación: ausencia de ambigüedades y de contradicciones	
4.-	EL TESTIMONIO ÚNICO	131
5.-	EL TESTIGO DE REFERENCIA	133
6.-	LOS ARREPENTIDOS O COLABORADORES	134
7.-	LA PRUEBA POR INDICIOS	137
7.1.-	Concepto	
7.2.-	Características de la prueba indiciaria	
7.3.-	Estructura de la prueba indiciaria	
a)	El indicio	
b)	La inferencia	
c)	El hecho indicado	
7.4.-	Clasificación de los indicios	
a)	De acuerdo con la incidencia que tenga en el hecho indicado: puede ser necesario o contingente	
b)	Según su relación en el tiempo con el hecho indicador: pueden ser antecedentes, concomitantes o subsiguientes	
7.5.-	Requisitos para la eficacia probatoria de los indicios contingentes	
7.6.-	La prueba por indicios en la jurisprudencia nacional	

CAPITULO VIII

LA PRUEBA ILÍCITA		145
1.-	LOS LÍMITES AL DERECHO A LA PRUEBA	147
2.-	LA NOCIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	149
3.-	POSTURAS SOBRE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	151
4.-	LOS EFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA ILÍCITA	153
5.-	EVOLUCIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA	154
6.-	LAS EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	155
—	Fuente independiente	
—	Descubrimiento inevitable	
—	Los testimonios dotados de voluntad autónoma	
—	Buena fe	
—	Seguridad jurídica	
—	La ponderación de intereses	
7.-	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA	159
8.-	MECANISMOS DE CONTROL DE LA PRUEBA ILÍCITA	161
9.-	LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	162

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura cumple un rol fundamental en la capacitación de jueces, fiscales y personal auxiliar jurisdiccional y fiscal, en el conocimiento y manejo del nuevo modelo procesal diseñado por el Código Procesal Penal de 2004, tanto desde una perspectiva teórica como práctica, única forma de implementar una nueva cultura procesal penal. Ya lo hemos señalado, el acceso a una justicia penal oportuna y transparente como parte del servicio de impartición de justicia es quizás uno de los puntos más sensibles y de mayor dedicación de cara al ciudadano.

Nuestra capacitación comprende no sólo el dictado de cursos sino también la elaboración de materiales de estudio y especialmente la edición y difusión de manuales que desarrollan las novísimas instituciones del Código Procesal Penal, que constituyen herramientas académicas tanto para los cursos impartidos por la Academia de la Magistratura como de necesaria consulta por los jueces y fiscales en su quehacer jurisdiccional y fiscal, pues insistiremos en el fortalecimiento de los conocimientos de nuestros discentes a fin de que puedan enfrentar el reto de cambio con los mejores instrumentos a su alcance.

En ese contexto, nos toca presentar la obra escrita por el profesor, magistrado y actual miembro del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura Pablo Talavera Elguera “Manual de la Prueba en el Nuevo Proceso Penal”, quien con el esfuerzo realizado y el talento que lo caracteriza, se ve concretada esta importante obra, que combina y realzan sus ya reconocidas calidades profesionales, académicas y la práctica jurídica a través del ejercicio de la función jurisdiccional, constituyendo de forma ideal la manera más correcta de conocer el derecho de un país, con mayor razón si se trata del derecho procesal penal.

La presente obra, ha sido elaborada como parte del Proyecto Reforma Procesal Penal que lleva a cabo la Cooperación Alemana al Desarrollo – GTZ, institución con la que la

Academia conjuga esfuerzos de capacitación en el marco del proceso de implementación progresiva del nuevo Código Procesal Penal.

La obra constituye un aporte esencial a la difusión y comprensión de las reglas sobre derecho probatorio contenidas en el nuevo Código Procesal Penal. Destaca en la misma la claridad y sencillez expositiva de las diversas instituciones sobre la prueba, pero con respaldo riguroso de la doctrina procesal contemporánea y el permanente empleo de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República, lo que la convierte en un valioso material de consulta.

El autor no sólo describe las diversas instituciones del derecho probatorio, sino que asume posiciones sobre problemas probatorios tan relevantes y álgidos como la iniciativa probatoria del juez penal, afirmando su empleo pero con los matices que en la obra se indican, sin que ello signifique sustituir a las partes. En ese sentido sus propuestas guardan fidelidad con las normas del nuevo Código y se alejan de modelos ideales o foráneos.

El manual, tiene como destinatarios a los operadores del sistema de justicia, cuyos roles están claramente definidos en el nuevo Código Procesal Penal: jueces, fiscales, abogados y policías. Y es precisamente en el tema probatorio que cada uno de ellos cumple un papel primordial, el policía en el aseguramiento y búsqueda de fuentes de prueba, el fiscal en el aporte del material probatorio de cargo y su sustentación en el juicio, el abogado como sujeto que aporta prueba y controla el ingreso del material probatorio de cargo, mientras que al juez le corresponde controlar la actividad probatoria, y formar convicción sobre los hechos y la responsabilidad penal, y tomar la decisión que corresponda.

La Academia de la Magistratura se complace por la encomiable labor académica de uno de los miembros de su Consejo Directivo y estamos seguros que la presente publicación fortalecerá la formación de jueces y fiscales, factor esencial para el logro de una eficiente y eficaz impartición de la justicia penal, a la altura de las necesidades de nuestra población.

Al presentar esta obra a la comunidad jurídica, hay que saludar gratamente este ambicioso aporte intelectual, el mismo que ha sido fruto de la labor paciente, meditada e inteligente del profesor Talavera Elguera.

Lima, enero de 2009.

Pablo Wilfredo Sánchez Velarde

Fiscal Supremo

Presidente de la Academia de la Magistratura

INTRODUCCIÓN

Luego de promulgado el nuevo Código Procesal Peruano se produjo una difusión masiva del modelo acusatorio, de los principios del nuevo proceso penal y de las técnicas de litigación, en esa línea se inscribió nuestro trabajo anterior como un estudio preliminar del código del 2004. Sin embargo, cuatro años después, su puesta en vigencia en los Distritos Judiciales de Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua y Arequipa, y la carencia de estudios jurídicos sobre las diversas instituciones de la novísima legislación procesal, hacen necesaria la publicación de manuales, monografías y artículos en los que se analicen y sistematicen las diversas disposiciones del nuevo código. Bajo esa perspectiva es que presentamos esta publicación acerca de la prueba en el nuevo proceso penal.

Esa necesidad de contar con estudios jurídicos orientados a la aplicación práctica el Código Procesal Penal por los operadores de justicia, fue el impulso inicial que tuvo Horst Schoenbohm, asesor principal del Proyecto de Reforma Procesal Penal de la Cooperación Alemana para el Desarrollo–GTZ para requerir nuestra participación en un proyecto dirigido a elaborar un manual de derecho probatorio que contribuyera a un mejor conocimiento y aplicación de las reglas de Derecho probatorio del nuevo código.

El presente trabajo constituye una exposición sencilla, pero rigurosa, de las reglas de Derecho probatorio del nuevo Código Procesal Penal. La sencillez de la exposición no es contraria a las exigencias de claridad y consistencia conceptual; antes bien, se ha tratado de presentar cada institución probatoria con un lenguaje claro, pero fundamentado en la doctrina más relevante, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como en las sentencias vinculantes y Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República.

La obra está dirigida, principalmente, a los operadores del sistema de justicia, jueces, fiscales, abogados y policías. Por la temática desarrollada, se espera que sirva para identificar y utilizar los principios que informan la actividad probatoria, conocer los alcances y límites de las instituciones del Derecho probatorio, así como contribuir a la solución de problemas relativos a la aplicación de las normas del nuevo código.

Desde la perspectiva teórica, este trabajo se inscribe en una concepción racionalista acerca de la prueba, cuyas tesis centrales expuestas por JORDI FERRER consisten en: a) la averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria; b) la aceptación del concepto de verdad como correspondencia; c) el recurso a metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba; sin desconocer la concurrencia de algunas normas jurídicas como criterios racionales para la valoración dentro de un sistema de libre apreciación.

Se ha dividido el trabajo en ocho capítulos, que si bien no abarcan todas las instituciones del Derecho probatorio, sí tratan puntualmente todas las fases de la actividad probatoria y los principales problemas de admisión, práctica y valoración de la prueba en el proceso penal.

En el primer capítulo se desarrollan las bases constitucionales de la prueba penal. El derecho a la prueba y la presunción de inocencia a la vez que los derechos fundamentales, se constituyen en elementos configuradores de las normas sobre la actividad probatoria. Se abordan, pues, la noción, los alcances y límites de tales derechos, tanto desde una perspectiva constitucional como procesal, a partir de las disposiciones del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal que los recoge; así como los problemas de interpretación que se derivan del tratamiento de dichos derechos.

El segundo capítulo está referido al tratamiento de los hechos, base esencial para el desarrollo de la actividad probatoria. De poco serviría conocer los principios y reglas sobre la prueba, si no se distingue la forma en que se producen los hechos, fase en la cual se evidencian problemas de percepción e interpretación. Como afirmaba antes KARL LARENZ y ahora MICHELE TARUFFO, los hechos no están aislados de las normas.

Los actos de aportación y admisión de la prueba son tratados en el tercer capítulo. Se destaca la postura del nuevo código acerca de la prueba de oficio como excepción al principio de aportación de parte, la misma que no es incompatible con el modelo acusatorio ni pone en duda la imparcialidad del juzgador. Se desarrollan los principios que regulan la aportación y admisión de la prueba, así como lo relativo a las convenciones probatorias.

En el cuarto capítulo se reflexiona sobre la manera de asegurar la producción o conservación de la prueba, que ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba. La prueba anticipada y la prueba preconstituida se erigen en las formas esenciales de aseguramiento y conservación de fuentes de prueba; su tratamiento, además de novedoso, es de suyo importante por cuanto el nuevo código las asimila a los actos de prueba. En esta parte se trata también la cadena de custodia en tanto elemento de aseguramiento y conservación de fuentes de prueba.

La actuación o práctica de los medios de prueba es tratada en el quinto capítulo. Tanto el fiscal como el abogado, de acuerdo a su teoría del caso, deben elaborar las estrategias adecuadas y eficaces para sostener su teoría y debilitar la del contrario; para tal efecto no tienen más oportunidad que la fase de práctica de las pruebas, pues una vez actuada una prueba, su valoración solo queda en manos del juzgador. Es indispensable que los operadores conozcan, conforme a las reglas del nuevo código, los principios que se utilizan para la formación de la prueba (publicidad, contradicción, intermediación y oralidad), así como la forma en que deben utilizar las técnicas para el convencimiento del juez o tribunal. Con frecuencia los jueces confunden el principio de intermediación, utilizándolo como un instrumento para la formación del convencimiento, cuando en realidad solo sirve para la formación de la prueba como instrumento de la publicidad y contradicción. Estos temas son abordados de manera clara y puntual en este capítulo.

El sexto capítulo está referido a la valoración de la prueba, que se considera la fase medular de toda la actividad probatoria. Por lo general, los manuales de Derecho procesal solo se limitan a señalar las reglas conforme a las cuales se valora la prueba, sin establecer el contenido de las mismas ni cómo se desarrolla el proceso de valoración. En el presente trabajo, además de tratar sobre el contenido de las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, se presenta el examen individual de las pruebas, el examen de conjunto o global de las pruebas, así como la exposición de los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

Sin duda, el tema estelar o de actualidad no es otro que las reglas o pautas específicas de valoración, que son tratadas en el capítulo séptimo. Dichas reglas constituyen una excepción dentro del sistema de libre valoración. Se trata de una prueba legal, pero de carácter negativo; esto es, que en ningún caso su aplicación conllevaría el riesgo de un falso positivo. Antes bien, están destinadas a dotar de mayor racionalidad la valoración de las declaraciones de los coimputados, colaboradores, testigos de referencia, testigo único, víctima o la aplicación de la prueba por indicios.

En el último capítulo se trata la prueba ilícita, tema de moda en nuestro país, y no solo desde una perspectiva de doctrina y jurisprudencia comparadas. También abordamos temas muy poco tratados como es el caso de las consecuencias jurídicas de la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba, los mecanismos de control de la prueba ilícita y el análisis de las normas relativas a la prueba ilícita en el nuevo Código Procesal Penal.

Por cierto, la variedad de temas de Derecho probatorio tratados no solo no abarcan todas las normas que sobre prueba nos trae el nuevo Código Procesal Penal, sino que además cada tema bien podría dar lugar a una monografía. Por tal razón, los argumentos y posturas expuestas en este trabajo no son sino elementos para la discusión jurídica, pautas para la práctica legal, antes que posiciones acabadas o un “solucionario” a los inacabables problemas probatorios.

La presente obra no hubiese podido llegar a su término sin el invalorable apoyo de la Cooperación Alemana para el Desarrollo – GTZ y los agudos comentarios y sugerencias de Horst Schoenbohm a cada capítulo de esta obra. Aún cuando por razones de tiempo no se ha sometido al comentario de otros colegas, es oportuno rendir un homenaje a tres juristas peruanos, impulsores de la reforma procesal penal en nuestro país y mejores amigos, que de una u otra manera han colaborado en la afirmación de mi inquietud académica y docente por el Derecho procesal penal, César San Martín Castro, brillante magistrado de la Corte Suprema, autor principal del nuevo Código Procesal Penal y reconocido tratadista de talla internacional; Florencio Mixán Mass, ilustre profesor y autor de magníficas obras en la materia probatoria; y Arsenio Oré Guardia, destacado maestro, impulsor de las ideas renovadoras de nuestro proceso penal y desinteresado artífice de las futuras generaciones de procesalistas penales.

CAPÍTULO I

BASES CONSTITUCIONALES DE LA PRUEBA PENAL

1. CONSTITUCIÓN Y PROCESO PENAL

Es deber primordial del Estado garantizar, de un lado, la plena vigencia de los derechos humanos y, de otro, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; así reza el artículo 44° de la Constitución. Tal disposición no hace sino reflejar la permanente tensión que existe en el Estado entre los intereses de la seguridad colectiva y los derechos fundamentales y libertades individuales, que a decir de ASECIO MELLADO se presenta con mayor intensidad en el proceso penal¹.

La razón estriba en que el proceso penal persigue la realización de la pretensión punitiva mediante el descubrimiento de los actos delictivos y de sus autores, para lo cual limita en la práctica derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo necesario que despliegue tal actividad respetando el contenido esencial de los derechos, garantías y principios constitucionales. De ahí que la estrecha relación entre Constitución y proceso penal ha llevado a señalar a SCHMIDT² que la ordenanza procesal penal no es otra cosa que una ley de ejecución de la ley fundamental de Bonn³ (Derecho Constitucional aplicado); a GOLDSCHMIDT⁴, que la estructura del proceso penal de una nación no es otra cosa que el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución; y a ROXIN⁵ a considerar al proceso penal como el sismógrafo de la Constitución estatal, de modo tal que cada cambio esencial en la estructura política también conduce a transformaciones del procedimiento penal.

La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal penal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal; lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello el Tribunal Constitucional

¹ ASECIO MELLADO, José María. “El proceso penal con todas las garantías”. En: Revista *Ius et Veritas* N° 33. Lima, diciembre de 2006.

² SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*. Editora Lerner. Córdoba 2006, pág. 192.

³ Solo si se tiene en cuenta esto, la interpretación y la aplicación de la ordenanza procesal penal podrá realizarse con sentido constitucional, es decir, con sentido político jurídico (SCHMIDT, Eberhard. *Op. cit.*, pág. 192).

⁴ GOLDSCHMIDT, James. “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal”. En: *Principios generales del proceso*, Volumen I. Editorial Jurídica Universitaria. México 2003, pág. 106.

⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires 2000, pág.10.

ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC 9081-2006-PHC/TC].

Los derechos fundamentales, y no solo los reconocidos expresamente como tales en el Capítulo I del Título I de la Constitución sino también los no enumerados o implícitos —lo que da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez constitucionales—, en opinión de PECES-BARBA, expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica. Como apunta nuestro Tribunal Constitucional, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (frecuentemente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiesta concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado [STC 1417-2005-AA/TC].

Como se ha dicho, todo derecho fundamental ha de reputarse un derecho constitucional y como tal es exigible por cualquier persona —incluso por una persona jurídica, de acuerdo a los alcances de cada derecho—. Sin embargo, respecto a su eficacia, se deben distinguir aquellos derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley, lo que no significa que carezcan de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, ya que una interpretación en dicho sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que este hecho implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental [STC 1417-2005-AA/TC].

Otra distinción capital que es menester efectuar es la que se produce entre las garantías y los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales engendran derechos subjetivos, mientras que las garantías no; de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas [STC 9955-2006-PHC/TC].

El deber de proteger los derechos fundamentales exige de los jueces —en especial— y de los demás operadores jurídicos, observar los precedentes y la jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional. El máximo intérprete de la Constitución viene sosteniendo a lo largo de los últimos dos años que sus sentencias normativas y sus precedentes con efectos normativos se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado y a los particulares [STC 3741-2004-AA/TC, caso Salazar Yarlénque]. En tanto que su jurisprudencia —en la medida que constituya interpretación de la Constitución y sus principios— es vinculante para los jueces al momento de interpretar y aplicar la normatividad vigente en sus fallos, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional. En la aludida sentencia, el Tribunal Constitucional señala, además, que si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante —en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio—, el Tribunal, mediante el

precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, dando lugar a una norma a partir de un caso concreto.

Pero, como es lógico, tan relevantes y amplias atribuciones, en ocasiones —particularmente cuando se trata de resoluciones jurisdiccionales—, corren el riesgo de llegar a un punto en el cual sus competencias puedan afectar las atribuciones de la jurisdicción ordinaria. Por ello, el propio Tribunal Constitucional ha recogido —al igual que en su día lo hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán— la célebre “fórmula Heck”:

“La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional Federal; solo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional Federal entrar a conocer el asunto (...). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos al examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto.” (*BverfGE* 18, 85 —sentencia del 10 de junio de 1964—) [STC 9746-2005-PHC/TC].

Todo ello no hace sino poner en evidencia la íntima relación que existe entre la Constitución y el proceso penal, así como resaltar la importancia de conocer y aplicar adecuadamente las sentencias normativas, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. Sin embargo, esto último no significa, en modo alguno, asumir de manera acrítica los razonamientos del máximo intérprete de la Constitución, pues será en el ámbito académico donde debe darse la batalla para ir perfilando de la mejor manera los precedentes constitucionales y evitar de ese modo su fosilización.

2. EL DERECHO A LA PRUEBA

2.1. Noción

La función principal del proceso judicial radica en determinar la ocurrencia de determinados hechos a los que el Derecho vincula determinadas consecuencias jurídicas, y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio Derecho. Por ello se ha de concluir que la función del proceso es la aplicación del Derecho⁶. En esa línea, la idea fundamental es que el ciudadano tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en que se funda su pretensión procesal. Es decir, el ciudadano tiene derecho a probar

⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. En: Revista *Jueces para la democracia*. N° 47. Madrid 2003, págs. 27-34.

que se han producido, o no, los hechos a los que el Derecho vincula consecuencias jurídicas⁷. Por ello, SÁNCHEZ VELARDE se encarga de resaltar que la prueba constituye uno de los temas de mayor apasionamiento en el proceso judicial y sobre manera en el proceso penal, pues toda la doctrina procesalista se aboca a su estudio con distintas intensidades⁸.

Desde la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución. En la sentencia N° 6712-2005-HC/TC se señaló que existe un derecho constitucional a probar, orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Posteriormente, se dijo que el derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso, que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen [STC 5068-2006-PHC/TC]. Finalmente, se ha puesto de relieve que una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios para posibilitar la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos [STC 1014-2007-PHC/TC].

Siendo un derecho fundamental, el derecho a la prueba tiene una doble dimensión o carácter. En su dimensión subjetiva, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria, con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. En su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia [STC 1014-2007-PHC/TC].

Como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales —límites extrínsecos—, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión —límites intrínsecos— [STC 4831-2005-PHC/TC].

El derecho a la prueba es reconocido explícitamente como norma rectora por el nuevo Código Procesal Penal, cuando en su artículo IX del Título Preliminar señala que toda persona tiene derecho a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes. Si bien el nuevo código solo hace alusión en su título preliminar al derecho de las partes a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes, ello en modo alguno puede ser interpretado de manera restrictiva, sino por el contrario ampliamente, en la medida en que el concepto de actividad probatoria comprende no solo la aportación de

⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta. Madrid 2002, pág. 21.

⁸ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Idemsa. Lima, 2004, pág. 637.

medios de prueba, sino también la admisión, recepción y valoración de la prueba. Por lo demás, el Tribunal Constitucional se ha encargado de delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba.

2.2. *Alcances*

El contenido esencial o contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la prueba no fue primigeniamente desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino por la doctrina nacional y la doctrina y jurisprudencia extranjeras. No obstante, se debe puntualizar que la delimitación o alcance del derecho fundamental a la prueba se ha ido perfilando en nuestro país a través de la jurisprudencia de nuestro máximo intérprete de la Constitución, y particularmente por las reglas probatorias del nuevo Código Procesal Penal.

BUSTAMANTE ALARCÓN⁹ afirma que se trata de un derecho complejo, en vista de que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos: 1) el derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba; 2) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; 3) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; 4) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, 5) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento.

Por su parte, FERRER BELTRÁN¹⁰ considera que los elementos definitorios del derecho a la prueba son los siguientes: 1) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; 2) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; 3) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas; y, 4) la obligación de motivar las decisiones judiciales.

Con el fin de definir cuáles son las manifestaciones, elementos o derechos que integran el derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional ha recogido ampliamente todas las que la doctrina ha puntualizado hasta el momento, sin duda con la finalidad de dotar al referido derecho fundamental de una elevada protección constitucional, tanto más si la configuración de este derecho es esencialmente legal. Así, ha sostenido que se trata de un derecho complejo cuyo contenido está determinado por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos y adecuadamente actuados, a que se asegure su producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y a

⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Ara Editores. Lima 2001, págs. 102-103.

¹⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. En: *Revista Jueces para la democracia*. N° 47. Madrid 2003, págs. 27-34.

que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darles el mérito probatorio que tengan en la sentencia [STC 1014-2007-PHC y STC 6712-2005-HC/TC].

A) *El derecho a ofrecer medios de prueba*

El Tribunal Constitucional afirma que una de las garantías que asiste a las partes del proceso (en general) es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus enunciados fácticos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, no se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva. El derecho a la prueba implica la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor [STC 6712-2005-HC/TC].

Una de las manifestaciones de este elemento del derecho a probar se encuentra en la posibilidad de ofrecer testigos. Tal como claramente lo ha expresado el artículo 14°, inciso 3, acápite e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la persona acusada tendrá derecho, en plena igualdad, y durante todo el proceso: a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Conforme a este derecho, por regla general se puede ofrecer cualquier medio de prueba para probar cualquier hecho objeto de prueba, siempre que no esté expresamente prohibido o no permitido por la ley. Subyace aquí el principio de libertad de prueba. Pueden aportarse medios de prueba típicos —los previstos expresamente en la ley— o atípicos —aquellos que no están regulados en la ley—, en cuyo caso la forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos en lo posible [art. 157°.1 del NCPP].

El nuevo Código Procesal Penal regula el derecho a ofrecer medios probatorios estableciendo como regla esencial el principio de aportación de parte en el artículo 155°.2, y fijando los momentos en que se pueden aportar los medios de prueba en los artículos 350°.1.f), 373°.1, 373°.2 y 385°.2, en los términos que seguidamente se reseñan.

Se instituye como regla el principio de aportación de parte: las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. Sin embargo, se estipula que la ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio. Así, el artículo 385° inciso 2) señala que el juez penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer —de oficio o a pedido de parte— la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles

para esclarecer la verdad. El juez penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

El fiscal debe ofrecer los medios de prueba en su acusación, para lo cual presentará la lista de testigos y peritos —con indicación de su nombre y domicilio—, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

Los demás sujetos procesales podrán, en el plazo de 10 días de notificados con la acusación, ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de los testigos y peritos que deben ser convocados al debate —con indicación de nombre, profesión y domicilio—, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Además, presentar los documentos que no fueron incorporados anteriormente, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.

B) *El derecho a que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos*

Este elemento consiste en el derecho que tiene su titular a que se admitan los medios probatorios ofrecidos, con el propósito de acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el objeto concreto de prueba.

A juicio de TARUFFO deberán ser admitidas todas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser idóneas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que deben ser probados.

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho a la prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, oportunos, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos [STC 6712-2005-HC/TC].

Constituye un serio e importante avance para proteger el derecho fundamental a la prueba, la regulación sobre la admisión de las pruebas que ha efectuado el nuevo Código Procesal Penal. Entre las reglas generales para el juicio de admisión, se tiene: a) la admisión de un medio de prueba requiere de un auto especialmente motivado (art. 155°.2); b) se pueden excluir los medios de prueba que no sean pertinentes y los prohibidos por la ley (art. 155°.2); c) se pueden limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución; d) es posible reexaminar la admisión de un medio de prueba (art. 155°.4); e) no pueden ser utilizados métodos o técnicas idóneos para influir sobre la libertad de autodeterminación de una persona o para alterar su capacidad de

recordar o valorar los hechos (art. 157°.3); f) no se pueden utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos mediante la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (art. 159°).

C) *El derecho a que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos*

Se entiende por actuación o práctica de la prueba, los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos, solicitados o decretados de oficio se incorporen o ejecuten en el proceso.

Esta fase de la actividad probatoria tiene igualmente sus requisitos: ante todo el que consiste en que haya sido admitida, y también los de formalidad, oportunidad y competencia del funcionario. El Código de Procedimientos Penales, por ejemplo, señala un orden para la práctica de las pruebas en el juicio oral, mientras que el nuevo Código Procesal lo deja a criterio del juez, escuchando a las partes.

A través de los medios de prueba, las fuentes de prueba ingresan al proceso. El momento en que deben ser adecuadamente incorporadas las fuentes de prueba es el juicio, porque es en dicha fase del proceso penal que rigen plenamente los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación, esenciales para la formación de las pruebas. La doctrina denomina a los medios de prueba practicados en el juicio actos de prueba, distinguiéndolos de los actos de investigación que son propios de la investigación probatoria y que solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia [art. 325° del NCPP]. Por esta razón es que el artículo 393° del nuevo Código Procesal Penal señala que no se pueden utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquéllas legítimamente incorporadas en el juicio.

Sin duda, de acuerdo al contenido esencial del derecho a la prueba, no es del caso conformarse con cualquier forma de práctica de la prueba en el proceso. Por ello, y con razón, TARUFFO sostiene que deberá maximizarse la participación de las partes a través del principio de contradicción, dando en todo momento a cada parte la oportunidad de contra-probar lo alegado por la parte contraria.

La actuación adecuada de los medios probatorios como elemento del derecho a la prueba a que se refiere la STC 6712-2005-HC/TC exige, entre otros la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Para que la actuación probatoria sea adecuada, deben regir los siguientes principios:

Legalidad de la actividad probatoria: implica que tanto la obtención, la recepción, así como la valoración de la prueba deben desarrollarse en orden a lo establecido por la ley, sin que eso signifique adoptar el sistema de prueba legal. La legalidad se invoca de manera muy especial, cuando en la actividad probatoria se producen transgresiones del orden jurídico o violaciones de los derechos de las personas.

La legalidad del medio de prueba significa que la actividad procesal que es preciso desarrollar para incorporar la fuente al proceso, debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Así, será preciso que:

- a) Solamente se admitan los medios legalmente previstos; significa que si para un proceso concreto existe una limitación probatoria, ésta debe respetarse.
- b) Y, además, que esos medios solo se propongan y practiquen en la forma establecida en la ley, y no de cualquier otra.

Publicidad: en su verdadero sentido, este principio establece que la publicidad requiere que no solo las partes, sino el público, tengan oportunidad—real y efectiva—de presenciar la recepción de la prueba que los alemanes denominan “publicidad inmediata”. En los procesos sumarios solo es posible una publicidad mediata.

Contradicción: implica que, para ser válida o por lo menos eficaz, la prueba debió haber sido producida con audiencia o intervención de la parte contraria, de modo que ésta pudiese haber fiscalizado su ordenada asunción, y haber contado con la posibilidad de ofrecer prueba en descargo.

Inmediación: exige que el juzgador y las partes se encuentren en contacto personal e inmediato con las personas, hechos y cosas que sirven o servirán como fuente o medio de prueba, según sea el caso, de modo tal que pueda alcanzarse una real coincidencia entre el hecho percibido y el hecho objeto de prueba.

Comunidad de la prueba: es la ventaja o provecho que los sujetos procesales pueden sacar de un medio de prueba introducido en el proceso, independientemente de quien lo haya planteado.

D) *El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba*

El Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que el derecho a la prueba comprende o está determinado —entre otros elementos— por el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios [STC 1014-2007-PHC/TC].

De poco serviría tener derecho a ofrecer medios probatorios o que los mismos sean admitidos para su actuación en el juicio, si éstos no estuvieran disponibles para su actuación en el momento oportuno del

debate. Debido a la duración de los procesos en nuestro país, con cierta frecuencia ocurre que por enfermedad o viaje los testigos o peritos no van a estar disponibles para su presentación en el juicio o la audiencia de actuación probatoria, o que el testigo no podrá reconocer al autor o partícipe de un hecho punible o el objeto material de un delito —denominado prueba o evidencia material— porque no estará en las mismas condiciones en las que fue hallado o incautado. De ahí que resulte indispensable que las partes cuenten con la posibilidad de asegurar la producción y conservación de sus fuentes de prueba.

Nuestro máximo intérprete de la Constitución estima que la actuación anticipada de los medios probatorios es el instrumento idóneo para asegurar la producción y conservación de los mismos [STC 1014-2005-HC/TC]. La prueba anticipada es aquella practicada antes del juicio —con intervención del juez— en condiciones que permitan la contradicción, cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que algo pudiera motivar su suspensión.

El nuevo Código Procesal Penal regula ampliamente la prueba anticipada, estableciendo los supuestos en que el juez de la Investigación Preparatoria debe decidir su actuación a solicitud de los sujetos del proceso (art. 242°). Concretamente, la prueba anticipada procede en los casos siguientes: a) testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que esto no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente; b) careo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior; y c) reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la celebración del juicio.

E) El derecho a una valoración racional de las pruebas actuadas

Como ha señalado TARUFFO, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, es una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión.

Uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De este hecho se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso en el

marco del respeto de los derechos fundamentales y de lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables. Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso [STC 1014-2007-PHC/TC].

Conforme se señala en la STC 1934-2003-HC/TC, en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de libre valoración razonada (sana crítica). En virtud de ello, el juzgador tiene libertad para evaluar los medios probatorios sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado (tarifa legal). El Tribunal Constitucional precisa que no le compete valorar las pruebas o revocar las sentencias emitidas en sede penal, o determinar la responsabilidad penal de los imputados, pero sí analizar si en su valoración existe una manifiesta irrazonabilidad.

Esta exigencia de valoración de las pruebas puede descomponerse en dos aspectos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte. Por otro lado, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional. La primera de las exigencias es a menudo incumplida mediante el recurso a la denominada “valoración conjunta de las pruebas”. Debe advertirse que, si bien una decisión sobre los hechos no pueda realizarse sin esa valoración conjunta, esta última no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Es más, solo después de valoradas individualmente las pruebas podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas. Por ello, deberían ser consideradas como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración en el momento de la decisión.

Es necesario también que la valoración de las pruebas, individual y conjunta, se adecue a las reglas de la racionalidad. Solo así podrá entenderse que se respeta el derecho de las partes a probar, esto es a producir un determinado resultado probatorio que sirva de fundamento a sus pretensiones. Es más, solo si se garantiza que los hechos probados a los que se aplicará el Derecho han sido obtenidos racionalmente a partir de los elementos de juicio aportados al proceso, puede certificarse también un nivel mínimamente aceptable de seguridad jurídica.

En sus disposiciones, el nuevo Código Procesal Penal configura una valoración racional de la prueba al señalar, de un lado, que en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, estando obligado a exponer los resultados obtenidos y los criterios adoptados (art. 158°). En ese

sentido, la racionalidad radicaría en la necesaria corrección del razonamiento probatorio en la medida que hay obligación de explicitarlo. De otro lado, el artículo 393°.2 estatuye que, para la apreciación de las pruebas, el juez penal procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás.

F) *La obligación de motivar el razonamiento probatorio*

En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. El derecho a la prueba comprende no solo el derecho a que los medios de prueba practicados sean valorados de manera adecuada, sino también a la motivación debida. La valoración de la prueba debe estar motivada por escrito, con el fin de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado [STC 1014-2007-PHC/TC].

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la libre valoración razonada en modo alguno significa que la actividad probatoria se sustraiga del control de la jurisdicción constitucional. Aquélla debe ser realizada de acuerdo con los principios que la informan. Entre dichos principios, un lugar especial ocupa la necesidad de la debida motivación, que deberá quedar plasmada en la sentencia de manera suficiente. Evidentemente, al juez constitucional no le compete valorar las pruebas, pero sí analizar si en su valoración (razonamiento probatorio) existe una manifiesta irrazonabilidad [STC 1934-2003-HC/TC]. Empero, debe entenderse que para que un juez constitucional se pronuncie sobre la motivación de la apreciación de la prueba, resulta indispensable que previamente los tribunales ordinarios hayan revisado tal motivación conforme a los recursos legalmente previstos.

La obligación de motivar expresamente las decisiones judiciales se encuentra recogida en el artículo 139°.5 de la Constitución. La exigencia de motivación no supone una exhaustiva y pormenorizada descripción del proceso intelectual que ha llevado al juez o al tribunal a resolver en un determinado sentido. Desarrollando tal precepto constitucional, el nuevo Código Procesal Penal establece la obligación de motivar especialmente el auto de admisión de las pruebas ofrecidas [art. 155°.2], la exigencia de explicitar los resultados obtenidos y los criterios adoptados en el proceso de valoración [art. 158°.1], y la necesidad de justificar el razonamiento probatorio [art. 394°], motivación que deberá cumplir con los presupuestos de claridad, logicidad y completitud.

Es preciso distinguir entre la estructura de la motivación y la valoración. La estructura de la motivación es la secuencia constituida por una máxima de experiencia (premisa mayor), un dato probatorio (premisa menor) y un hecho probado (conclusión). En cambio, la

valoración concierne al fundamento de la máxima de experiencia adoptada¹¹.

Por último, en cuanto a esta exigencia del derecho a la prueba, la motivación también debe cumplir con los requisitos de racionalidad, coherencia y razonabilidad. Sobre la racionalidad de la motivación, es del caso precisar sus dos alcances: de un lado, será racional toda motivación capaz de hacer aparecer justificada la decisión, de modo que consienta el necesario control externo (de un tercero) sobre el fundamento racional. En el otro aspecto, será racional toda motivación cuyos argumentos sean válidos; se busca la coherencia de los mismos, así como la completitud de la justificación con relación a la decisión adoptada.

2.3. *Límites*

Desde la STC 010-2002-AI/TC se sostuvo que, al igual que todo derecho constitucional, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales —*límites extrínsecos*—, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión —*límites intrínsecos*—. El derecho a la prueba se encuentra sujeto a los principios de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Estos principios informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, establecen límites immanentes a su ejercicio, esto es derivados de la propia naturaleza del derecho. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no pueda establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado conceptualmente los límites del derecho a la prueba en la STC 6712-2005-HC/TC:

Pertinencia: exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

Conducencia o idoneidad: el legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos sean probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o vedado para verificar un determinado hecho.

¹¹ IGÁRTUA SALAVERÍA, Juan. *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*. Editorial Thomson – Civitas. Madrid 2004, pág. 122.

Utilidad: se presenta cuando contribuye a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar por su intermedio los hechos que pretenden ser probados por la parte; y cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

Licitud: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida. En la STC 1014-2007-PHC/TC, se exige la constitucionalidad de la actividad probatoria, lo cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o las transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba.

Preclusión o eventualidad: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios; pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

Sobre la pertinencia, el nuevo Código Procesal Penal confiere a la defensa la facultad de utilizar medios de prueba, siempre que sean pertinentes (art. IX T. P.). La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere que el aporte probatorio sea pertinente (art. 352°.5.b); en caso contrario, el juez los excluye mediante auto motivado (art. 155°.2).

El principio de conducencia o idoneidad, que se encuentra expresamente reconocido como requisito para la admisibilidad probatoria en el artículo 352°.5.b del CPP, parte de dos premisas fundamentales. En primer lugar, que el legislador tiene la capacidad de determinar en algunos casos, qué medios o instrumentos pueden ser utilizados como medios probatorios y cuáles no (ejemplo: los diplomáticos testifican mediante informe escrito [art. 168°]). En segundo lugar, que el legislador puede prohibir la utilización de determinados medios probatorios para un caso concreto (Ejemplo: no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años. [art. 182°.3]).

La utilidad puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para probar un hecho. Se encuentra prevista en los artículos 155°.2 y 352°.5.b del nuevo Código Procesal Penal.

Respecto a la exigencia de licitud, el nuevo Código Procesal Penal estipula que un medio de prueba podrá ser valorado solamente si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo (art. VIII°.1 del Título Preliminar). Por lo tanto, carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa (*prueba ilícita*) o indirectamente (*fruto del árbol*

envenenado), con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (art. VIII°.2 del Título Preliminar).

3. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ACTIVIDAD PROBATORIA

3.1 Noción

En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11°.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. De igual modo, el citado derecho es contemplado en el artículo 14°.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8°.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2°, inciso 24, de la Constitución establece que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. De esta manera, el constituyente ha reconocido la *presunción de inocencia* como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana, como en el principio *pro homine* [STC10107-2005-PHC/TC].

Como bien señala SÁNCHEZ VELARDE, la inocencia del imputado es considerada como un principio rector del proceso penal de ineludible observancia principalmente por la autoridad judicial, y por aquellas otras autoridades encargadas de la persecución del delito¹².

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción *iuris tantum*, implica que

“(…) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva” [STC 0618-2005-PHC/TC].

De igual forma, se ha dicho que la presunción de inocencia se mantiene “viva” en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla [STC 2915-2004-PHC/TC].

Como todo derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter. Esto es, que no solamente es un derecho subjetivo,

¹² SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Idemsa. Lima, 2004, pág. 299.

sino también una institución objetiva dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional.

CORDÓN MORENO¹³ señala que la garantía de la presunción de inocencia se asienta en ideas fundamentales, cuales son: el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde actuar a los jueces y tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba; y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado, y de este modo desvirtuar la presunción.

Por su parte, ASECIO MELLADO¹⁴ concibe la presunción de inocencia como un derecho fundamental de desarrollo jurisprudencial, que asiste a todo acusado por un delito a no ser condenado sin pruebas y a que éstas reúnan todas las garantías suficientes para cumplir la función del proceso de averiguación de la verdad. Para dicho autor, de ser un derecho de configuración formal, equiparado al simple principio *in dubio pro reo*, ha pasado a erigirse en derecho fundamental, rector de la actividad probatoria penal, limitador del poder absoluto de los jueces, corrector de la actividad policial ilícita y favorecedor; en suma, del derecho a un proceso con todas las garantías.

A juicio de IGARTUA SALAVERRÍA, la presunción de inocencia cumple dos funciones (garantías): para asignar la carga de la prueba (al acusador corresponde probar la culpabilidad del acusado) y para fijar el *quantum* de la prueba (la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable)¹⁵.

3.2 Alcanes

La presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a llevar a cabo una actividad probatoria suficiente que desvirtúe el estado de inocencia del que goza todo imputado [STC 1934-2003-HC/TC]. La sentencia condenatoria debe fundamentarse en auténticos hechos de prueba y en que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia, no solo del hecho punible sino también de la responsabilidad penal del acusado [STC 10107-2005-PHC/TC].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de 18 de agosto de 2000 caso: Cantoral Benavides vs. Perú —apartado 120— ha establecido que:

“El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8º.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad

¹³ CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Editorial Aranzadi, Navarra 1999, pág. 155.
¹⁴ ASECIO MELLADO, José María. “El proceso penal con todas las garantías”. En: Revista *Ius et Veritas* N° 33. Lima, diciembre de 2006.
¹⁵ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Editorial Trotta. Madrid 1999, pág. 17.

penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.”

La presunción de inocencia como principio cardinal del Derecho Procesal contemporáneo presenta un triple contenido: como regla de tratamiento del imputado, como regla del juicio penal y como regla probatoria (Art. IIº.1 Título Preliminar del NCPP). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia obliga a que el acusado sea tratado durante el desarrollo del proceso penal como inocente mientras no se declare su culpabilidad en una sentencia condenatoria. Como regla de juicio penal, la presunción de inocencia opera imponiendo la absolución del acusado tanto en los supuestos de ausencia total de prueba como en los supuestos de insuficiencia probatoria o duda razonable. Como regla probatoria, la presunción de inocencia exige que la carga de la prueba sea del que acusa; la existencia de pruebas y que éstas tengan la condición de pruebas de cargo, que sean suficientes y que hayan sido obtenidas y actuadas con las debidas garantías procesales (ver: art. IIº.1 del Título Preliminar del NCPP).

La carga de la prueba: la prueba de cargo debe ser proporcionada por la acusación, no teniendo el acusado deber alguno de probar su inocencia, de modo que su actividad o falta de ella jamás puede ser valorada en su contra.

La concurrencia de prueba: para condenar a una persona es exigible que se practique en el proceso una actividad probatoria precisa, no bastando la convicción judicial para llegar a una conclusión, puesto que, para tener validez, el convencimiento judicial solo puede formarse sobre la base de pruebas en sentido objetivo e incriminador¹⁶. Los elementos que sirvan de base para la condena, han de consistir en auténticos medios de prueba. En principio, solamente los medios practicados en el juicio oral pueden servir de base para la condena. Así lo estipula el artículo 393º.1 del nuevo Código Procesal Penal.

Prueba de cargo: La prueba practicada ha de referirse en todo caso al delito por el que se condena, no siendo válida una prueba genérica sin referencia objetiva alguna al hecho que se afirma acreditado. La prueba ha de tener un sentido incriminador objetivo o, lo que es lo mismo, no puede llegarse a una conclusión que, con base en la manifestación externa de la prueba, debería ser exactamente contraria.

Suficiencia: La suficiencia de las pruebas se predica en orden a fundamentar una declaración de culpabilidad del acusado. En el caso Cantoral Benavides vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que si obra contra el acusado prueba incompleta o *insuficiente*, no es procedente condenarlo, sino absolverlo. A este criterio de suficiencia se refiere el art. IIº del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, cuando establece que la presunción de inocencia requiere, para ser desvirtuada, de una suficiente actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

¹⁶ ASECIO MELLADO, José María. “El proceso penal con todas las garantías”. En: Revista *Ius et Veritas* N° 33. Lima, diciembre de 2006.

Legitimidad: La presunción de inocencia exige que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan de forma lícita. La licitud de la prueba no es una cuestión de apreciación o valoración, sino un presupuesto ineludible de dicha apreciación. La libre valoración de la prueba solo puede predicarse de aquellas pruebas obtenidas de forma lícita y con todas las garantías, y ella misma no puede fundar su licitud. Las exigencias de legitimidad de la prueba se hallan contempladas en el artículo VIIIº del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal.

3.3 Límites

El derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales —como la prisión preventiva—, sin que ello signifique su afectación,

“(…) porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado por principios propios de un Estado de derecho; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria” [STC 10107-2005-PHC/TC].

4. LA LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA

4.1 Noción

Como ya se ha afirmado, la presunción de inocencia exige que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan de forma lícita. Para DEVIS ECHANDÍA¹⁷, el principio de legitimidad de la prueba exige que se utilicen medios de prueba moralmente lícitos. SILVA MELERO¹⁸ apunta que la legitimidad consiste en que debe obtenerse la prueba “por los modos legítimos y las vías derechas”, excluyendo las calificadas de “fuentes impuras de prueba”. El citado principio comprende tanto el concepto de legitimidad como el de licitud de la prueba.

El principio de legitimidad de la prueba ha sido recogido por el artículo VIIIº.1 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, el mismo que establece que todo medio de prueba solo podrá ser valorado si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

¹⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá 2002, pág. 117-118.
¹⁸ SILVA MELERO, Valentín. *La prueba procesal*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1963, pág. 29-30.

Al desarrollar los alcances del derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia 1014-2007-PHC/TC, considera que conforme a tal derecho se exige la constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o las transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba.

Desde luego, la legitimidad de la prueba se refiere esencialmente a las llamadas prohibiciones de prueba y la llamada prueba ilícita o prueba prohibida, mas no así a la prueba irregular o defectuosa.

4.2 Prohibiciones de prueba

Las prohibiciones de prueba o —como la denomina el nuevo Código Procesal Penal— prueba prohibida por la ley (art. 155º.2) comprenden los casos de prohibiciones de temas probatorios, prohibición de medios probatorios y prohibición de métodos probatorios.

Los hechos que guarda por razón del secreto profesional un ministro de culto religioso, no pueden ser tema de prueba en un proceso penal, aun cuando dicho ministro sea liberado por el interesado del deber de guardar el secreto (art. 165º.2.a).

Conforme a la prohibición de medios probatorios, determinados medios de prueba no pueden ser objeto de actividad probatoria en un caso concreto. Así, el artículo 182º.3 estatuye que no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad.

De acuerdo con las prohibiciones de métodos probatorios, determinados métodos de prueba no pueden ser empleados. Específicamente el artículo 157º.3 prescribe que no pueden ser utilizados —aun con el consentimiento del interesado— métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.

4.3 Prueba prohibida o prueba ilícita

A diferencia de muchas constituciones, incluso la Constitución de los Estados Unidos y sus Enmiendas, la Constitución del Perú de 1993 reconoce la llamada regla de exclusión (prueba prohibida o prueba ilícita) en forma expresa en dos disposiciones: en el artículo 2º.24.h, cuando señala que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia —moral, psíquica o física—, y que quien las emplea incurre en responsabilidad; y, en el artículo 2º.10, al prescribir que los documentos privados obtenidos con violación del precepto constitucional —primer párrafo de la citada disposición constitucional— no tienen efecto legal.

En forma expresa, nuestra Constitución adopta el criterio de la ineficacia probatoria o regla de exclusión de aquella fuente de prueba obtenida mediante la infracción de preceptos constitucionales.

El que no haya sido expresamente previsto como consecuencia jurídica para el caso de vulneración de otros derechos fundamentales, en modo alguno

puede llevar a considerar que la regla de exclusión opera solo en los supuestos expresamente contemplados.

Dos son las razones que pueden esgrimirse: la primera, que la Constitución no es el texto idóneo para establecer las consecuencias jurídicas de la infracción de cada precepto constitucional, pues ello le corresponde a la legislación; y la segunda, que entre la protección constitucional de los documentos privados y la integridad personal hay un conjunto de derechos constitucionales cuya infracción sin duda debe generar consecuencias jurídicas. El énfasis con el que el constituyente haya redactado algunos preceptos constitucionales no puede considerarse como una taxatividad o *numerus clausus*, sino como formas de observancia de nuestra Ley Fundamental, que deben ser aplicadas también para otras disposiciones constitucionales de similar naturaleza.

En su sentencia del 18 de agosto de 2004, expediente N° 1058-2004-AA/TC, caso: Rafael Francisco García Mendoza, [Fundamento 22] el Tribunal Constitucional sostuvo que se debe garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de las personas ni, mucho menos y como es evidente, generar efectos en su perjuicio. En la sentencia del 12 de agosto de 2004, expediente N° 2333-2004-HC/TC, caso: Natalia Foronda Crespo y otras [fundamento 2.5] se afirmó que, a la luz de la doctrina de los derechos fundamentales... se hace necesario establecer la inadmisibilidad judicial de la prueba obtenida ilícitamente (v.g., mediante la violencia psíquica, física o moral). Es en la STC del 15 de setiembre de 2003, expediente N° 2053-2003-HC/TC, caso: Edmi Lastra Quiñónez, que el Tribunal Constitucional define la prueba ilícita como aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable.

El nuevo Código Procesal Penal peruano, promulgado mediante Decreto Legislativo 957, y en vigencia parcial en los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad, se refiere expresamente a la prueba ilícita en el artículo VIII° del Título Preliminar y en el artículo 159°.

La prueba ilícita no ha sido definida por el nuevo Código Procesal Penal, ni tenía por qué serlo; pero de su descripción legal se puede concluir porque se asume un criterio restringido¹⁹ de la noción de prueba ilícita. En efecto, el legislador ha considerado que solo se está frente a prueba ilícita cuando las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violan o vulneran el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (art. 159°).

¹⁹ Para autores como SILVA MELERO, que asumen el criterio amplio sobre la noción de prueba ilícita, es aquella que atenta contra la dignidad humana. Según VÉSCOVİ, prueba ilícita es la contraria a una norma de Derecho; es decir, la obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas. Entre los que sostienen un criterio restrictivo de la noción de prueba ilícita, PICO JUNOY y GONZALES MONTES limitan el concepto de prueba ilícita a aquella adquirida o realizada con infracción de derechos fundamentales.

CAPÍTULO II

LOS HECHOS

EN EL PROCESO PENAL

1. LOS HECHOS

El nuevo Código Procesal Penal se refiere en forma expresa a los hechos que son objeto de prueba en el artículo 156°.1, a los hechos objeto de prueba que pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley en el artículo 157°.1, así como en el artículo 393°.3.c) al establecer que la deliberación y votación comprende las cuestiones relativas a la existencia del hecho y sus circunstancias.

Si bien los hechos son de capital importancia en la actividad probatoria y se encuentran recogidos en las reglas sobre la prueba del nuevo Código Procesal Penal, en la doctrina se discute sobre su conceptualización. Así, GONZÁLEZ LAGIER²⁰ ha sostenido que “hecho” es un término sumamente ambiguo. Algunos autores llaman “hechos” a todo aquello que existe en el mundo espacio-temporal, distinguiendo como dos tipos de “hechos” a los eventos y a los objetos. Parece, sin embargo, que el sentido con el cual emplean los juristas la palabra “hecho” (al menos en la teoría de la prueba) es más restringido y viene a coincidir con la idea de “evento”. Una noción de “hecho” en tanto “evento” es la que asume, por ejemplo, BERTRAND RUSSELL, al definir los “hechos” como aquello que torna verdaderas o falsas nuestras proposiciones o creencias.

La prueba sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión. Según el nuevo Código Procesal Penal, el hecho que es objeto de prueba se presenta como afirmación de una de las partes. De tal manera que el objeto no es el hecho sino la afirmación misma, en el sentido de que es lo que “es probado” en el proceso.

Es evidente que no se hace referencia al hecho en cuanto ocurrencia de la realidad empírica, sino a enunciados —de distinta naturaleza—, que se refieren a ocurrencias que se supone suceden en el mundo de la realidad empírica. Los hechos del mundo real existen (cuando existen) según modalidades empíricas absolutamente independientes de la esfera de las determinaciones conceptuales, valorativas o normativas: no son los eventos del mundo real los que se “construyen”, “definen” o “identifican”, porque éstos, por decirlo así, “suceden” de forma absolutamente independiente de las categorías, de los conceptos y de las valoraciones que a ellos se refieren. Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de hechos particularmente complejos, versiones de segmentos de experiencia o de sectores de la realidad que tienen alguna relevancia en el juicio.

²⁰ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra Editores. Lima 2005, pág. 20.

En consecuencia, como afirma TARUFFO²¹, en el proceso “el hecho” es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, y no el objeto empírico que es enunciado.

Todo enunciado fáctico es siempre uno entre muchos enunciados posibles acerca del mismo hecho, que es seleccionado y “preferido” respecto a los demás enunciados posibles en función de elementos del contexto en que es empleado: esto es, depende del sujeto que realiza la enunciación (definición, hipótesis, descripción, etc.), de los criterios que emplea para individualizar el hecho (grado de precisión, presencia o ausencia de valoración o de calificación jurídicas) y del lenguaje que usa (común o jurídico, vago o preciso, etc.).

En cuanto enunciado, el hecho se refiere, en primer lugar, a sucesos o situaciones reales; nos dice cuándo, dónde y de qué modo ha ocurrido esto o aquello. Los enunciados sobre hechos se basan, por regla general, en percepciones²².

Los hechos materiales existen o no existen, pero no tiene sentido decir de ellos que son verdaderos o falsos; solo los enunciados fácticos pueden ser verdaderos, si se refieren a hechos materiales sucedidos, o falsos, si afirman hechos materiales no sucedidos. En consecuencia, la “verdad del hecho” es únicamente una fórmula elíptica para referirse a la verdad del enunciado que tiene por objeto un hecho.

2. LOS HECHOS Y LAS NORMAS JURÍDICAS

Las normas jurídicas deben ser aplicadas a sucesos fácticos, a un hecho acaecido. Como ya hemos visto, esto solo es posible en cuanto el hecho acaecido es enunciado. Lo que en el supuesto de hecho de un juicio aparece como “hecho”, es el hecho en cuanto enunciado. El hecho, en cuanto enunciado, efectúa siempre una selección de la inabarcable profusión, del constante fluir del acontecer fáctico; el que enjuicia encuentra ya esta selección de acuerdo a la posible relevancia jurídica de los hechos particulares. El hecho en cuanto enunciado no está, por lo tanto, “dado” de antemano al que enjuicia, sino que tiene que ser primero formado por él; por un lado, atendiendo a los hechos que ha llegado a conocer, y por el otro, atendiendo a su posible significación jurídica²³.

En cualquier caso, la norma delimita el hecho cuya existencia importa constatar. Al juez no le interesa la historia completa sino solamente una parte de ella: la relevante jurídicamente. Y, por ello mismo, se trata de hechos buscados, previamente seleccionados, dejando a un lado los demás²⁴.

No se puede hablar del “hecho” separándolo completamente del “derecho” u olvidando sus implicaciones jurídicas. En el proceso, los hechos de los que hay que

²¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta. Madrid 2002, pág. 114.
²² LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, 1980, pág. 278.
²³ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona 1980, pág. 272.
²⁴ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. Barcelona 2000, pág. 85.

establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica. Para usar una fórmula sintética: es el Derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye “el hecho”. El “hecho”, por lo tanto, no está dado por sí mismo y autónomamente antes de asumir relevancia jurídica. En el proceso es “hecho” lo que se define como tal en función de la norma aplicable para decidir la controversia.

Esto no implica ni permite confusiones entre hecho y Derecho, ni mucho menos autoriza a quitarle autonomía al hecho para diluirlo y anularlo en la genérica dimensión jurídica de la controversia.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS

GONZÁLEZ LAGIER²⁵ nos ofrece un esquema de carácter indicativo, pero muy didáctico, sobre la clasificación de los hechos en el Derecho, que sirve para hacerse una idea bastante clara de la diversidad de tipos de hechos que se engloba bajo la expresión “hechos en el Derecho”:

- A) *Hechos físicos*:
- 1. Independientes de la voluntad
Estados de cosas (“La puerta estaba abierta”).
Sucesos (“La puerta se cerró”).
Acciones involuntarias: actos reflejos (“Dio un manotazo dormido”).
Omisiones involuntarias (“Se quedó dormido y no me despertó”).
 - 2. Dependientes de la voluntad
Acciones positivas:
Acciones intencionales (“Se compró un coche deportivo”).
Acciones no intencionales (“Atropelló a un peatón por conducir excesivamente rápido”).
Omisiones:
Omisiones intencionales (“Juan decidió no bajarse del árbol y nunca más lo hizo”).
Omisiones no intencionales (“Olvidó cerrar el grifo de la bañera mientras cocinaba”).
- B) *Hechos psicológicos*:
- 1. Estados mentales:
Voliciones: deseos (“deseaba ser rico”) e intenciones (“tengo la intención de matarlo para heredar su fortuna”).
Creencias (“creía que podría envenenarlo con pequeñas dosis de cianuro”).
Emociones (“sentía una gran animadversión hacia su vecino”).
 - 2. Acciones mentales (“calculó mentalmente las consecuencias”, “decidió hacerlo”).

²⁵ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Editorial Palestra. Lima 2005, pág. 23.

C) *Relaciones de causalidad* (“la ingestión de aceite de colza fue la causa del síndrome tóxico”).

4. **DISTINCIÓN ENTRE HECHO EXTERNO, HECHO PERCIBIDO Y HECHO INTERPRETADO**

Hecho externo es el hecho en tanto acaecimiento empírico, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones. Hecho percibido es el conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos. Hecho interpretado es la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales, clasificándolos como un caso de alguna clase genérica de hechos. Así, no es lo mismo el hecho real por medio del cual Juan agita su brazo, y la percepción que un observador tiene de ese movimiento; esto es, los datos sensoriales que tal hecho externo causa en su mente, así como la interpretación que hace de esos movimientos, como un saludo, una amenaza, un aviso de algún peligro, etc. Pues bien: entre el hecho externo y el hecho percibido pueden surgir problemas de percepción; y entre el hecho percibido y el hecho interpretado, problemas de interpretación²⁶.

Surge un problema de percepción cuando tenemos dudas acerca de si la percepción que tenemos de un hecho refleja fielmente las propiedades (o algunas propiedades) de dicho hecho; esto es, cuando nos preguntamos si nuestras percepciones son fiables (posibilidades de ilusiones o alucinaciones, influencia de nuestros factores socioculturales). Respecto a los problemas de interpretación, un juez no solo debe asegurarse de que las percepciones de los testigos sean correctas, sino que también debe controlar sus interpretaciones, o bien elaborar su propia interpretación a partir de la información de los testigos, si quiere conocer lo que realmente ocurrió, si quiere comprender la situación²⁷.

5. **EL TEMA DE PRUEBA Y LA TEORÍA DEL CASO**

El tema de prueba o *thema probandum* se denomina a lo que en la práctica resulta necesariamente objeto de la actividad probatoria en cada proceso penal en concreto. De modo que el *thema probandum* tiene como contenido hechos concretos.

Son tema de prueba los actos, omisiones, fenómenos, relaciones, cantidades, volúmenes, cualidades, causas, móviles, efectos reales o de peligro, cualidades e identidad personal (el hombre como realidad biopsíquica) o también como sujeto concreto en interacción con la sociedad, etc.; todos ellos en cuanto constituyan el contenido de una imputación y sean materia de la consiguiente actividad probatoria que, a su turno, se convierta en el contenido fáctico de la acusación y del consiguiente debate, para finalmente transformarse en el *thema decidendus*.

²⁶ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, pág.19.
²⁷ *Ibid.*, pág. 20.

En toda acción u omisión consciente existe diferencia entre objeto y finalidad; pero, a la vez, una íntima relación entre sí. Más aún, en muchos casos una finalidad proyectada o concretada puede pasar a constituir también objeto de prueba, siempre que sea necesaria una averiguación y verificación al respecto.

Asimismo, existe diferencia entre necesidad de prueba y tema de prueba; pues la primera tiene categoría de principio, mientras que el segundo no; la primera es incluyente y el segundo incluido.

Los perfiles y particularidades del tema de prueba serán identificados y delimitados según la tipicidad efectuada que haya determinado la apertura del procedimiento y la consiguiente necesidad de la actividad probatoria en cada caso concreto.

Existe consenso en denominar teoría del caso al conjunto de explicaciones jurídicas (teoría jurídica) e hipótesis descriptivas y explicativas de hechos (teoría fáctica) que las acompañan. Se dice incluso que es una especie de cuento o recreación de los hechos pasados, los cuales tienen una implicación jurídica. BERGMAN²⁸ sostiene que se trata de la formulación de proposiciones fácticas y jurídicas.

La teoría del caso, al igual que el tema de prueba, está referida a hechos en concreto, más propiamente a proposiciones fácticas (versiones de las partes acerca de los hechos), pero se distinguen en que el tema de prueba está referido solamente al hecho punible, mientras que la teoría del caso involucra el elemento fáctico, el jurídico y el probatorio, siendo mucho más completa y compleja.

La teoría del caso tiene tres componentes:

- *Fáctico*: está constituido por las afirmaciones o refutaciones sobre los hechos relevantes del caso. Su construcción se realiza teniendo en cuenta el tema de prueba (concreción en función de los elementos constitutivos del delito y los supuestos de afirmaciones defensivas).
- *Jurídico*: constituido por la teoría legal sobre los hechos y eventualmente sobre aspectos procesales que constituyan un beneficio para la parte que, convenientemente, lo postula.
- *Probatorio*: es un elemento esencial que incide sobre los hechos, no solo en cuanto fuente de conocimiento, sino también en tanto esta fuente esté o no a disposición de la parte que formula su correspondiente teoría del caso.

La teoría del caso es la expectativa de una ventaja procesal, sobre lo que corresponde decidir al juez tanto para la aplicación de la ley penal cuanto para la adopción de una fórmula de simplificación o de oportunidad procesal. A tal expectativa cabe agregar la carga que dentro del proceso penal tiene cada parte.

²⁸ BERGMAN, Paul. *La defensa en juicio. La defensa penal y a oralidad*. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires 1995, pág. 21.

Puedo configurar dentro de mi teoría del caso el más convincente relato o explicación sobre los hechos, pero si mi teoría legal no tiene asidero, el resultado me será desfavorable. En similar sentido, si mi relato y mi teoría legal son convincentes, pero no apporto la prueba que lo demuestre, sufro las consecuencias de mi descuido.

La teoría del caso debe ser formulada desde cuando el fiscal recibe en sus manos la denuncia, pues de otro modo no podrá dirigir de manera adecuada la investigación preliminar u optar por una salida alternativa; dicha teoría se va perfilando con la continuación o formalización de la investigación preparatoria y se formula de manera exhaustiva en el momento de formular acusación. Lo mismo ocurrirá tratándose de la defensa: el abogado debe enunciar su teoría del caso desde el inicio de su actividad defensiva.

Sin embargo, la teoría del caso tiene como momento estelar el inicio del juicio, ya que su función es delimitar el objeto del proceso penal, y particularmente la discusión o disputa en el juzgamiento. Pero, además, cumple otras funciones de orden práctico: emitir el alegato de apertura, conferir un orden a toda la prueba que se ha de presentar en el juicio, elaborar de forma sólida el alegato de clausura, poder solicitar la aplicación de un mecanismo de simplificación procesal, etc.

En el nuevo Código Procesal Penal la teoría del caso se presenta formalmente en el momento de formular los alegatos preliminares o de apertura (art. 371°).

Resulta inoportuno que la conformidad se produzca después de la presentación de la teoría del caso. Es contradictorio que se diga que la teoría del caso es única, y luego se abra un espacio para negociar la posibilidad de aplicar la conformidad prevista en el artículo 372°. Por razones prácticas, primero se debe abrir la posibilidad de la conformidad y luego llevar a cabo la presentación de los alegatos preliminares.

6. LOS HECHOS NO CONTROVERTIDOS Y LOS HECHOS ADMITIDOS

A diferencia del Código Procesal Civil, el nuevo Código Procesal Penal no contempla los hechos no controvertidos, pero sí los hechos admitidos. En efecto, el artículo 190°.1 del Código Procesal Civil señala que no requieren probanza los hechos no controvertidos y los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda. Por su parte, el artículo 350°.2 del nuevo Código Procesal Penal establece que luego de notificados con el escrito de acusación, los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan, que el juez dará por acreditados obviando su actuación probatoria en el juicio.

La admisión del hecho produce el doble efecto procesal de obligar al juez a tenerlo en cuenta y a considerarlo suficientemente probado²⁹ (a menos que la ley exija otro medio especial, o sospeche fraude). Se trata también de un caso de

²⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría de la prueba judicial*. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá, 2002, pág. 193.

innecesidad de prueba; no hay debate, discusión o controversia alguna sobre un determinado hecho.

Según GOZAINI³⁰, los hechos admitidos son aquellos en los que ambas partes están de acuerdo en cuanto a su producción. No hay discrepancia en el relato de las circunstancias. Por lo general, la admisión es producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta por ciertas, hablándose en estos casos de admisión expresa.

La aceptación o admisión de hechos a que se refiere el artículo 350°.2 debe ser expresa y simple. No es admisible la aceptación calificada o tácita.

7. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LOS HECHOS

Determinar el hecho en el contexto de la decisión significa esencialmente definir cuál es el hecho “concreto” o “histórico” al que se aplica la norma idónea para decidir el caso o bien; pero no es lo mismo establecer cuál es el hecho controvertido para posteriormente decidir cuál es la norma que debe serle aplicada³¹.

En la decisión, todos los hechos que se deben determinar, y solo éstos, son aquellos a los que se aplica la norma usada como criterio jurídico de decisión. Se trata del concepto de *relevancia jurídica* del hecho, conocido también por los juristas con otras expresiones sinónimas (hecho jurídico, hecho constitutivo, hecho principal, etc.). El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante; es decir, como punto de referencia de los efectos que la norma misma prevé. En otros términos, es la norma la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquéllos que asumen relevancia específica para su aplicación. Si, y solo si, en la concreta situación planteada en el juicio este criterio funciona con resultados positivos, entonces la norma es aplicable al hecho, éste resulta siendo objeto de la decisión y, por tanto, objeto de prueba. La construcción del caso es la individualización del hecho que constituye el objeto específico de la decisión.

La construcción del caso —para usar la expresión de HRUSCHKA— es, por lo tanto, una operación compleja en la que el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y control del análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones³².

La referencia a la norma y al supuesto de hecho sirve, como ya se ha dicho, para establecer qué circunstancias del hecho son jurídicamente relevantes en el caso concreto y, por tanto, para establecer qué hechos deben ser determinados a los efectos de la decisión. Esa referencia sirve, pues, para establecer cuál es el objeto

³⁰ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *La prueba en el proceso civil peruano*. Editora Normas Legales. Trujillo, 1997, pág. 165.

³¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta. Madrid, 2002, pág. 96.

³² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta. Madrid, 2002, pág. 97.

del juicio de hecho; esto es, qué hechos son los que constituyen el objeto de las pruebas a producir en ese proceso³³.

En resumen, únicamente el primer problema supone la interpretación de la norma, mientras que el segundo afecta al conocimiento del hecho: debe tratarse del hecho jurídicamente relevante (y no de un hecho irrelevante desde el punto de vista de la norma aplicable); pero, en todo caso, siempre se tratará de establecer la existencia de un hecho.

³³ *Ibíd.*, pág. 101.

CAPÍTULO III

**LOS ACTOS DE APORTACIÓN
Y ADMISIÓN DE LA PRUEBA**

1. EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE. LA PRUEBA DE OFICIO

Se instituye como regla el principio de aportación de parte. Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. Sin embargo, se estipula que la ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio. Así, el artículo 385° inciso 2) señala que el juez penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer —de oficio o a pedido de parte—, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El juez penal cuidará de no reemplazar con este medio la actuación propia de las partes.

Se trata de un principio que reglamenta en exclusiva el modo en que se desarrolla el proceso en relación con una parcela muy concreta del mismo: la introducción de los hechos y de las pruebas³⁴. A diferencia del principio dispositivo, que es un límite infranqueable para el legislador, el principio de aportación puede ser sometido a ciertas correcciones con el fin de permitir determinadas actuaciones de oficio³⁵. Es consecuencia del principio de aportación que las partes asuman la responsabilidad de aportar al proceso las pruebas en virtud de las cuales consideran que serán atendidas sus pretensiones y resistencias.

La actividad probatoria de oficio se considera una excepción justificada al principio de aportación de parte. Si se atiende a una de las finalidades primordiales del proceso penal, como es el descubrimiento de la verdad (art. 385°.2), se comprende que, en ocasiones, la persecución de dicha finalidad puede exigir que la actividad probatoria de parte sea completada por la práctica de ciertos medios de prueba ordenados de oficio. Tanto más si de por medio se encuentra el interés público en la persecución penal, por lo que tomando en cuenta el principio de legalidad se justifica que el juez —en caso de que no se haya podido aclarar suficientemente los hechos— ordene la práctica de otras pruebas.

La prueba de oficio ha sido objeto de crítica en la doctrina, afirmándose que vulneraría la imparcialidad judicial. Al respecto, debemos puntualizar que resulta ciertamente contradictorio proclamar, por un lado, la necesaria intervención del juez civil en la práctica de la prueba y, por el otro, diseñar la figura de un órgano

³⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Editorial Iustel, Madrid 2005, pág. 91.

³⁵ *Ibíd.*, pág. 91.

jurisdiccional penal absolutamente inactivo al amparo del mantenimiento de su debida imparcialidad. Como señala PICÓ I JUNOY, aludir a la imparcialidad como fundamento de la inactividad judicial en el orden penal, a la vez que se propugna su necesaria intervención en otros órdenes, conlleva la admisión de la posible parcialidad de los órganos jurisdiccionales pertenecientes a estos otros órdenes. Ello puede provocar, a su vez, una situación paradójica advertida por TARUFFO: parece que el proceso civil se halla orientado a la búsqueda de la verdad, mientras que el proceso penal se muestra como un proceso orientado únicamente a garantizar la defensa del acusado y a constatar si las pruebas de cargo son o no suficientes para superar la presunción de inocencia.

Lo cierto es que, en el Derecho comparado, la tendencia no es a configurar modelos acusatorios puros; así, en el ámbito europeo continental, el Código de Procedimiento Penal italiano y la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) —sobre la base del principio de investigación oficial y de averiguación de la verdad— facultan al juez a introducir prueba de oficio. Mientras tanto, en el ámbito anglonorteamericano, la regla 614 de las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos y la regla 43 D de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico facultan al juez a llamar a testigos y peritos, así como a interrogarlos directamente.

Respecto a la imparcialidad, debemos señalar que ésta no se ve afectada por la incorporación de prueba de oficio; la imparcialidad no debe ser confundida con la pasividad o absoluta neutralidad del juzgador; lo que se debe preservar es que no exista una sustitución de las partes. No se trata de una carga sino de una facultad de carácter complementario y que apunta a la realización de uno de los fines primordiales del proceso penal.

En efecto, con arreglo al nuevo Código Procesal Penal, el juez no tiene la obligación ni constituye una carga para él ordenar de oficio la práctica de nuevos medios de prueba. Se trata de una facultad que debe ejercer prudentemente y bajo la observancia de determinados requisitos; de manera tal que no podrá anularse ni casarse una sentencia porque el juez no ejerció la facultad o iniciativa de practicar prueba de oficio.

En primer lugar, debe tratarse de nueva prueba, es decir, de un medio de prueba que anteriormente no hubiera sido ofrecido por las partes para su actuación en el juicio. Puede tratarse de prueba sobreviviente o no, no opera en este caso la restricción contemplada en el artículo 373°.1, en razón de que como consecuencia de la actuación probatoria en juicio puede surgir la necesidad de llamar a testigos que antes no fueron considerados, por el hecho de haber sido mencionados en la audiencia como conocedores de algún hecho relevante o para contrastar la credibilidad de algún medio de prueba.

En segundo lugar, la facultad de ordenar la práctica de prueba de oficio solo puede ser ejercida por el juez una vez que las partes hubieran ofrecido y practicado sus medios de prueba aportados en la fase intermedia o al inicio del juicio.

En tercer lugar, debe tratarse de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles para esclarecer la verdad (art. 385°.2). La dinámica del juicio puede dar como

resultado que muten o surjan hechos nuevos y relevantes para los fines de resolver y de hacer que aparezcan, por lo tanto, ulteriores medios de prueba útiles. Además, los medios de prueba que se decida practicar en el juicio deben ser pertinentes, conducentes y lícitos.

En cuarto lugar, mediante el ejercicio de la facultad o iniciativa de oficio, el juzgador no puede sustituir a las partes; esto es, no puede ordenar la actuación de prueba directamente de cargo o de descargo, sino de prueba complementaria o prueba sobre la prueba. El nuevo Código Procesal Penal no otorga una facultad supletoria sino excepcional para ordenar la práctica de prueba de oficio. Prueba complementaria o prueba sobre la prueba, es aquella que persigue establecer la credibilidad o no de un órgano de prueba (testigo) o del contenido de un medio de prueba (testimonio).

2. LA OPORTUNIDAD EN QUE DEBE SER OFRECIDA LA PRUEBA

El momento en que el fiscal, la defensa y las demás partes deben ofrecer sus medios de prueba es en la fase intermedia (arts. 349°.1 h y 350°.1. f), para lo cual presentarán su lista de testigos y peritos —con indicación de su nombre, profesión y domicilio—, precisando los hechos o puntos sobre los cuales serán examinados en el curso del debate.

El fiscal debe ofrecer los medios de prueba en su acusación, para lo cual presentará la lista de testigos y peritos —con indicación de su nombre y domicilio—, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, le corresponde hacer una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

Los otros sujetos procesales podrán, en el plazo de diez días de notificados con la acusación, ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate —con indicación de nombre, profesión y domicilio—, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.

Conforme al artículo 373°.1, luego de preguntado el acusado si admite los hechos o no, las partes podrán ofrecer nuevos medios de prueba. En tal caso, solo se admitirán aquellos de los cuales las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación.

Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba no admitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere una especial argumentación de las partes (art. 373°.2). El juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes. Esta posibilidad de aportar prueba en el juicio es distinta a la señalada por el artículo 385°.2.

Los autos que decidan sobre la admisión de la prueba pueden ser objeto de un nuevo examen por el juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

Según el artículo 385°.2, una vez culminada la recepción de las pruebas, las partes podrán solicitar al juez la práctica de nuevos medios de prueba que resulten indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. Esta es la última oportunidad que tienen las partes para ofrecer nuevas pruebas, entendiéndose como tales no solo las sobrevinientes, sino todas aquellas no ofrecidas precedentemente.

3. LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LA APORTACIÓN Y LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA

3.1 Principio de libertad de prueba

Llamado también principio de libertad en la utilización de medios probatorios, se encuentra consagrado en el inciso 1 del artículo 157°, conforme al cual los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Conforme a este principio, se prohíbe enunciar taxativamente los medios de prueba, de modo tal que las partes pueden ofrecer y utilizar los medios probatorios típicos o atípicos, siendo que su admisión y posterior actuación estará sujeta a que sean conformes con los principios y demás bienes jurídicos que delimitan su contenido. Se sustenta en el criterio de que todo se puede probar y por cualquier medio; es decir, no se requiere de un medio de prueba determinado, ya que todos son admisibles para dar con la verdad concreta.

En el proceso penal no se tienen en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, con excepción de aquéllos que se refieren al estado civil o la ciudadanía de las personas.

3.2 Principio de pertinencia

Es la relación lógica entre el medio y el hecho por probar. En consecuencia, prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye objeto del proceso. Prueba impertinente es la que evidentemente no tiene vinculación alguna con el objeto del proceso, en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia directa ni indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal.

En un delito de homicidio, prueba pertinente será la testifical ofrecida para acreditar que el acusado amenazó a la víctima dos días antes de los hechos. Prueba impertinente será la prueba testimonial ofrecida para demostrar la mala fama de la víctima en un caso por delito de homicidio.

El Código Procesal Penal confiere a la defensa la facultad de utilizar medios de prueba, siempre que sean pertinentes (art. IX° T. P.). La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere que el aporte probatorio sea pertinente (art. 352°.5.b); en caso contrario, el juez los excluye mediante auto motivado (art. 155°.2).

La pertinencia guarda relación con lo que es objeto de prueba, que se define como aquello susceptible de ser probado; es decir, en lo que debe o puede recaer la prueba.

Son objeto de prueba los hechos afirmados por las partes; esto es, los que se refieran a la imputación, a la punibilidad y a la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito (art. 156°).

No debe confundirse la pertinencia de un medio probatorio con su eventual eficacia, pues mientras el primero alude a la relación lógico-jurídica que existe entre el medio de prueba y alguno de los hechos que constituyen el objeto concreto de prueba, el segundo se refiere a la posibilidad de que el medio probatorio produzca los fines perseguidos con él, esto es: producir la convicción del juzgador sobre la existencia o inexistencia del hecho objeto concreto de prueba y asegurar o alcanzar la verdad jurídica objetiva. En tal sentido, un medio probatorio puede ser pertinente pero ineficaz, porque no cumplió con los fines que con él se persiguen.

No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio (art. 156°).

Las máximas o reglas de la experiencia han sido conceptualizadas por STEIN³⁶ como definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general, independientes del caso concreto que se ha de juzgar en el proceso y de sus elementos particulares, que son producto de la experiencia y que poseen en principio una validez general, por lo cual son independientes de los casos particulares. Se caracterizan por su generalidad, habitualidad o repetición, y tratándose de reglas de experiencia común su reconocimiento social depende del lugar y tiempo. A decir de DEVIS ECHANDÍA³⁷, tales reglas de la experiencia no requieren probanza, sin perjuicio de que se pueda requerir dictamen pericial si su conocimiento es limitado a especialistas.

Entre las máximas de la experiencia están comprendidas las leyes naturales y científicas, así como las reglas técnicas y del arte, etc. Las máximas de la experiencia son reglas de contenido general —por lo tanto, independientes del caso concreto—, que han sido extraídas de la observación corriente del comportamiento humano o de cuanto ocurre generalmente en múltiples ocasiones.

La norma jurídica no puede ser objeto de prueba, en la medida que se trata de un deber jurídico inexcusable que dimana de la obligatoriedad de la ley a que se refiere el artículo 109° de la Constitución. El viejo aforismo *ignorantia legis neminem excusat* (la ignorancia de la ley a nadie excusa) rige plenamente en este caso, tratándose de la ley nacional. A nuestro juicio, ni

³⁶ STEIN, Friederich. *El conocimiento privado del juez*. Universidad de Navarra. Pamplona 1973, pág. 30.
³⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Pág. 191.

siquiera en los casos en que el asunto o tema legal requiera opiniones dogmáticas muy elaboradas es admisible considerar tal tema como objeto de prueba, aquello sobre lo que debe recaer la actividad probatoria; cosa distinta son los dictámenes o informes jurídicos de carácter ilustrativo. En el caso de la ley extranjera, quien la invoca debe acreditar su existencia y vigencia; incluso no se niega la posibilidad de un peritaje en casos de complejidad para determinar los alcances o significados de la disposición extranjera.

El legislador ha considerado también que la cosa juzgada no sea objeto de prueba, opción que se funda en criterios de seguridad jurídica. No es posible reabrir actividad probatoria sobre unos hechos que ya han sido objeto de una decisión judicial firme, lo que constituye una garantía procesal específica, contemplada en el artículo 14°.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸. Sin embargo, se debe tener en cuenta que los hechos declarados probados en un proceso no impiden que en otro proceso se discutan los mismos o se realice actividad probatoria que modifique su confirmación, siempre que se trate de otro sujeto. La cosa juzgada en materia penal vincula esencialmente a los que fueron parte en el proceso en el que se expidió la decisión y no a los demás.

Lo *imposible* es aquello que no corresponde a la realidad, no solo física sino también social, y al estado del avance científico y tecnológico. No debe olvidarse que si en el siglo XIX hubiese sido considerado un hecho imposible los viajes en transbordador espacial; hoy es una realidad. Imposible es orientar la actividad probatoria a demostrar que una persona puede quedar suspendida en el aire por medio minuto. Para SAN MARTÍN, imposible es el hecho que no puede tener concreción en la realidad por ser contrario a las leyes naturales o no puede establecerse en el mundo de los fenómenos. No debe confundirse el hecho imposible con la imposibilidad de obtención de una fuente de prueba o la práctica de un medio de prueba (art. 156°.2 *in fine*). Hecho imposible es aquel sobre el cual no se puede realizar actividad probatoria alguna; es decir, no se puede ofrecer ni actuar en el proceso.

Los hechos notorios no necesitan ser probados, puesto que, como afirma MANZINI³⁹, solo constituyen objeto de prueba las afirmaciones sobre hechos que puedan dar lugar a incertidumbre⁴⁰, o sea exijan una comprobación. Por hecho notorio se entiende aquel cuya certeza positiva o negativa es de general conocimiento en un ámbito espacio-temporal determinado. Ejemplos de hechos notorios son: las fechas de fiestas patrias o navidad, el nombre del presidente de la República del Perú, que en la ciudad de Lima no cae nieve, entre otros. No debe confundirse el hecho notorio con el hecho evidente, siendo del caso anotar que el nuevo Código Procesal Penal no ha

³⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Tomo II. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2003, pág. 808.

³⁹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III, págs. 204-205.

⁴⁰ Para JAUCHEN, el objeto de la prueba en el proceso penal está constituido por el material fáctico, incierto en cuanto a su conocimiento, y que como tal se debe y puede probar a los fines de declarar la existencia o inexistencia sobre la cuestión sometida a decisión.

regulado sobre el hecho evidente, lo que no significa que no pueda distinguirse. Si se pretendiera aportar un medio de prueba para acreditar un hecho notorio, el juez no debe admitirlo por no ser objeto de prueba. Sin embargo, ROXIN⁴¹ apunta que no es completamente inadmisibile la prueba con la que se pretende contradecir la existencia del hecho notorio, si se presentan circunstancias nuevas y no conocidas que demuestran la aceptación equivocada de la notoriedad.

3.3. *Principio de conducencia*

El principio de conducencia o idoneidad, que se encuentra expresamente reconocido como requisito para la admisibilidad probatoria en el artículo 352°.5.b, parte de dos premisas fundamentales.

En primer lugar, que el legislador puede determinar, en algunos casos, qué medios o instrumentos pueden ser utilizados como medios probatorios y cuáles no (Ejemplo: los diplomáticos testifican mediante informe escrito, artículo 168°).

En segundo lugar, que el legislador puede prohibir la utilización de determinados medios probatorios para un caso concreto (Ejemplo: no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años, artículo 182°.3).

La conducencia es una cuestión de derecho, porque se trata de determinar si el medio utilizado, presentado o solicitado es legalmente apto para probar el hecho. La prueba inconducente es rechazada *in limine* en la mayoría de los códigos.

3.4 *Principio de utilidad*

La utilidad puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para probar un hecho.

La prueba, además de ser pertinente, debe ser útil. Un ejemplo de prueba inútil es el siguiente: en el caso de proponerse una prueba testifical para averiguar si el agua de un determinado pozo es o no potable. Los criterios que determinan la potabilidad del agua constituyen máximas de experiencia de carácter técnico y solo un perito en la materia podrá aportarlas con la fiabilidad necesaria.

Para JAUCHEN⁴², la utilidad de la prueba está directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga en relación con el objeto que debe probarse. Esto es, su importancia, idoneidad y eficacia para verificar el mismo. Porque, además de ser pertinente, la prueba debe ser útil. La inutilidad supondrá, por lo tanto, que el medio de prueba no resulte apto

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires 2000, pág. 188.

⁴² JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, 2002, pág. 25.

para probar el hecho que se pretende. Un medio de prueba será útil si es relevante para resolver el caso particular y concreto.

Para la admisión de los medios de prueba ofrecidos, el artículo 352°.5.b) del nuevo Código Procesal Penal requiere —entre otros requisitos— que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. De modo tal que a diferencia de lo que se sostiene en la doctrina, la utilidad del medio de prueba aportado debe ser examinada *a priori*.

Respecto de la utilidad, el Código Procesal Penal reconoce dos supuestos especiales: la limitación de los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución (art. 155°.2). Resulta sobreabundante —por ejemplo— ofrecer veinte testigos para acreditar que el acusado tiene buena conducta; en tal caso, al juez le corresponde limitar la aportación de prueba al número razonable de testigos, para lo cual deberá comunicar su decisión a la parte que propuso los testigos, con el objeto de que ésta sea quien elija los testigos que de acuerdo a su estrategia o teoría del caso le convengan más. No obstante, se ha considerado que es sumamente contingente para la defensa qué testigos finalmente brindarán la mejor y más calificada información para confirmar su teoría. Sin duda, se trata de un tema polémico, requiriéndose que el juez realice el juicio de admisión con prudencia y teniendo en cuenta la complejidad del asunto. Si se han presentado, por ejemplo, muchos testigos para el mismo asunto, resulta difícil limitar la cantidad. Uno no sabe lo que van a decir. Hay dos posibilidades: se cita a todos y cuando se ha tomado el testimonio a cierta cantidad se deja a los demás. Otra opción es citar a un número limitado y si sus declaraciones no son consideradas suficientes, se cita al resto para otra audiencia dentro del plazo.

3.5 Principio de licitud

Este principio está referido al modo de obtención de la fuente que posteriormente se pretende incorporar al proceso.

Conforme al nuevo Código Procesal Penal, un medio de prueba podrá ser admitido solamente si ha sido obtenido por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y valorado solo si ha sido incorporado legítimamente al proceso. Por lo tanto, carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa (*prueba ilícita*) o indirectamente (*fruto del árbol envenenado*), con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (art. VIII° T.P.).

Se refiere al modo de obtención de la fuente que posteriormente se pretende incorporar al proceso. Se trata, en suma, de regular la actividad que conduce a la obtención de la fuente. La consecuencia procesal de la ilicitud será en unos casos la inadmisión del medio de prueba, y en otros su falta de aptitud para formar la convicción judicial o bien fijar los hechos, es decir para motivar la sentencia. La lesión de un derecho fundamental en la obtención de una fuente de prueba supone una ilegalidad, como también es ilegal la proposición extemporánea de un medio de prueba. La diferencia radica en la

calidad de la norma infringida. En el primer caso se trata de infracción normativa constitucional, y en el segundo de infracción de normativa ordinaria.

3.6 Principio de necesidad. Las convenciones probatorias

En materia penal, la necesidad de la prueba tiene su sustento en la presunción de inocencia consagrada en el artículo 2°.24.e) de la Constitución, y desarrollada por el artículo II°.1 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal.

La prueba es vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella reinaría la arbitrariedad. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia (conocimiento privado).

La necesidad de un medio de prueba es una cualidad del mismo que no puede ser utilizada por el órgano jurisdiccional como criterio de admisión probatoria general. En principio, no existe limitación en orden a su necesidad, en cuanto a los medios de prueba que las partes puedan proponer, ni en el proceso penal ni en el proceso civil. Sin embargo, en determinados supuestos sí puede utilizarse dicho criterio. Son casos éstos en los que el medio de prueba se manifiesta claramente como innecesario o superfluo. Esto puede suceder cuando se propongan muchas pruebas con el mismo fin o cuando el medio de prueba ya se haya practicado antes. Para JAUCHEN⁴³ este principio se enuncia como la necesidad de que todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser corroborado solo mediante pruebas introducidas legalmente al mismo, con independencia del conocimiento que de tales hechos tenga el órgano jurisdiccional.

Una excepción al principio de necesidad de prueba está constituida por las llamadas convenciones probatorias. Las convenciones probatorias o estipulaciones de prueba son acuerdos celebrados entre el fiscal y la defensa para tener por probados alguno o algunos hechos o sus circunstancias, así como sobre los medios de prueba que deban ser utilizados para probar determinados hechos.

Es una expresión más de un modelo adversativo, en el cual las partes tienen una mayor presencia e intervención. En la legislación comparada⁴⁴, las

⁴³ JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Pág. 20.

⁴⁴ **Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (1998)**
Artículo 200°. Estipulaciones. Si todas las partes estuvieren de **acuerdo** en algunos de los hechos que se pretenden demostrar con la realización de determinada prueba, podrán realizar estipulaciones respecto a esa prueba, con la finalidad de evitar su presentación en el debate del juicio oral y público.
De tales estipulaciones deberá quedar constancia expresa en el auto de apertura a juicio, y las partes podrán alegarlas en el debate, sin necesidad de incorporarlas por algún medio de prueba. No obstante, si el tribunal lo estima conveniente ordenará su presentación.

Código Procesal Penal de Chile (2000)
Artículo 275°. Convenciones probatorias. Durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo

convenciones o estipulaciones probatorias han sido consagradas en el Código Procesal Penal de Chile (art. 275°), el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (art. 200°), el Código Procesal Penal de Nicaragua (art. 192°) y en el Código de Procedimiento Penal de Colombia del 2004 (art. 356°). A diferencia de dichos códigos, el peruano no deja al total albedrío de las partes el acuerdo sobre los medios de prueba; el artículo 350°.2 permite al juez desvincularse del acuerdo, exponiendo los motivos que lo justifiquen.

El artículo 156°.3 establece: las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en acta. Conforme al artículo 350°, los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio. El juez puede desvincularse del convenio probatorio, exponiendo los motivos que lo justifiquen.

Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba considerados necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.

El artículo 352° inciso 6 del nuevo Código Procesal Penal estatuye: la resolución sobre las convenciones probatorias, conforme a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 350°, no es recurrible. En el auto de enjuiciamiento se indicarán los hechos específicos que se dieron por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

hubiere, y el imputado podrán **solicitar en conjunto** al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia. Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieron por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral.

Código Procesal Penal de Nicaragua (2001)
Artículo 192. Objeto de prueba. Solo serán objeto de prueba los hechos que consten en la causa. El tribunal podrá limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho cuando resulten manifiestamente repetitivos. Asimismo, podrá prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio o cuando exista **acuerdo** en que determinados hechos o circunstancias sean considerados como probados.

Código de Procedimiento Penal de Colombia (Ley 906 de 2004)
Artículo 356.- Desarrollo de la audiencia preparatoria. En el desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:
4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.
Parágrafo.- Se entiende por estipulaciones probatorias los **acuerdos** celebrados entre la Fiscalía y la Defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

Para que se produzca la convención probatoria se requiere del consenso de las partes principales y adversarias: el Fiscal y la defensa, respecto de las pretensiones penal y civil, el actor civil y la defensa respecto de la pretensión civil. No se descarta la posibilidad de acuerdos probatorios entre el tercero civil responsable y el actor civil respecto a hechos o circunstancias vinculados a la reparación civil.

Aun cuando el artículo 156° señale que el objeto de las convenciones probatorias son “determinadas circunstancias”, debe entenderse que se refiere a cualquiera de los hechos que conforman el *factum* de la pretensión penal.

Los acuerdos probatorios deben constar en acta y ser propuestos directamente al juez por las partes. No se trata de una petición o solicitud conjunta, como lo configura el Código Procesal Penal chileno.

Las convenciones probatorias se distinguen de cualquier forma de allanamiento o aceptación de determinados hechos, aun cuando tengan el mismo efecto, pues se diferencian por el acto procesal que las originan.

Se diferencian también de la conformidad, por cuanto ésta exige que el procesado admita ser responsable del delito materia de acusación (art. 372°.2).

El principal efecto de las convenciones probatorias es que los hechos o circunstancias acordados no serán tema de prueba en el juicio, ni las partes ni el juez podrán aportar pruebas. Serán valorados en su oportunidad como hechos notorios.

Tratándose de un acuerdo sobre medios de prueba, el efecto es que solo podrá emplearse un determinado medio de prueba para tener por acreditado un hecho o hechos. Sin embargo, puede ocurrir que el medio de prueba acordado pueda resultar de imposible consecución, en cuyo caso nada obsta a que se pueda modificar el convenio probatorio y elegir otro medio de prueba, o dejar en libertad a las partes y al juez de aportar otro medio de prueba.

Las convenciones probatorias vinculan a las partes que lo acuerden y al juez, salvo que este último, exponiendo los motivos que lo justifiquen, decida desvincularse de esos acuerdos (art. 350°.2). Si el juez no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efectos la decisión que los desestime.

Sin duda, tal vinculación puede ser afectada por la prueba actuada en el juicio, en cuyo caso corresponderá al juez apreciar esta circunstancia y resolver conforme a las reglas de la sana crítica; es decir, libremente decidirá si prevalecen los hechos materia de acuerdo o son desvirtuados por la prueba actuada.

CAPÍTULO IV

EL ASEGURAMIENTO DE LA PRODUCCIÓN O CONSERVACIÓN DE LA PRUEBA

1. LA PRUEBA ANTICIPADA

A diferencia del Código de Procedimientos Penales el nuevo Código Procesal Penal sí ha regulado la llamada prueba anticipada —o más propiamente anticipación de la prueba— en el Título IV de la Sección Segunda del Libro Segundo, específicamente de los artículos 242° a 246°. Esta regulación ha sido considerada de gran precisión sistemática por un sector de la doctrina⁴⁵.

Prueba anticipada es para el nuevo ordenamiento procesal penal aquella practicada antes del juicio, con intervención del juez en condiciones que permiten la contradicción, cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudiera motivar su suspensión.

Si bien el artículo 393°.1 del nuevo Código Procesal Penal establece que el juez penal no puede utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio, ello no significa que únicamente pueda ser objeto de valoración la prueba practicada en el juicio —esto es, los llamados actos de prueba—, sino también la prueba anticipada y la prueba preconstituida, a las cuales el artículo 325° del nuevo Código otorga el carácter de actos de prueba. Es por ello que el legislador ha empleado la frase “pruebas incorporadas en el juicio”, en lugar de “pruebas practicadas en el juicio”. Se trata, sin duda, de una equiparación, en el entendido de que determinadas fuentes de prueba no podrán estar disponibles para su práctica en el juicio y que solamente es posible incorporarlas mediante su lectura para su ulterior debate.

La prueba anticipada se caracteriza porque la no disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral resulta siempre “previsible” en el momento en que se solicita la práctica de dicha prueba. Se realiza la actuación probatoria en un momento anterior a aquél en que correspondería o sería propio hacerlo.

La prueba anticipada debe ser actuada con los requisitos que corresponderían a su práctica en el juicio, especialmente la intermediación ante el juez, con citación de las partes y con plena intervención de éstas. El principio de contradicción exige que se brinde a la defensa la posibilidad de comparecer en la práctica de la prueba anticipada (art. 244°.1). Se trata de un requisito esencial para su ulterior valoración; sin embargo, el Código ha establecido una excepción para el caso de la existencia de un peligro inminente de pérdida del elemento probatorio (fuente de prueba) y su actuación no admita dilación, en cuyo supuesto, a pedido del fiscal, el juez decidirá su realización de inmediato, sin traslado alguno (art. 244°.4).

⁴⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. “La prueba anticipada”. En: *El nuevo proceso penal*. Estudios fundamentales. Editorial Palestra. Lima 2005, p. 455.

1.1 Supuestos de prueba anticipada

A) La prueba testimonial

El riesgo de no poder disponer de un testigo para la recepción de su testimonial se presenta con frecuencia en los juicios; por ello el artículo 242°.1.a exige que exista un motivo fundado para considerar que dicha prueba no podrá practicarse en el juicio. El nuevo Código Procesal Penal contempla tres motivos para su examen de urgencia: 1) enfermedad u otro grave impedimento del testigo, 2) que el testigo hubiera sido expuesto a violencia o amenaza, para que no declare o lo haga falsamente, y 3) que al testigo se le hubieran hecho ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declare o lo haga falsamente.

Debe entenderse que la enfermedad debe ser de tal entidad que sea inminente la pérdida del órgano de prueba o de sus condiciones físicas y síquicas para testificar. No necesariamente debe entenderse que la enfermedad ponga en riesgo la vida; basta que ponga en riesgo las facultades sicofísicas del testigo. Otro grave impedimento puede representar el inminente viaje del testigo a otro país o que se trate de un testigo que carece de domicilio, lo que hará sumamente difícil dar con su paradero a efecto de su citación a juicio.

El segundo motivo está relacionado con la coacción que pueda sufrir un testigo, sea de forma directa o indirecta; en este último caso, la violencia o amenazas puede recaer sobre un familiar o inclusive sobre su abogado. Consideramos que no basta invocar el riesgo de violencia o amenazas, sino que deben concurrir indicios racionales del uso de la violencia o de las amenazas; obviamente, bastará con los intentos de ejercer la violencia para que la solicitud de prueba anticipada sea admitida (ejemplo: el testigo, su familiar o su abogado sufre un atentado).

El tercer motivo se refiere a la compra del testigo, mecanismo al que recurren los acusados con poder económico —lícito o ilícito— con la finalidad de eliminar la prueba de cargo en su contra. No es necesario que el testigo haya sido comprado; basta con que se le haya ofertado o prometido el pago u otra utilidad con el propósito de que no declare o lo haga falsamente. Se requiere sin duda la versión del propio testigo o una prueba que demuestre el intento de comprarlo.

B) El examen de perito

En el caso del examen del perito, su anticipación probatoria puede darse por los mismos motivos de urgencia y riesgo que para el examen de los testigos. No obstante, el artículo 242°.1.a estatuye que el interrogatorio formulado al perito, puede incluir el debate pericial cuando éste sea procedente.

Un problema relacionado con el examen del perito como prueba anticipada, consiste en determinar si también pueden ser objeto de anticipación la operación pericial y el informe pericial. Consideramos que lo que se anticipa es el examen del perito, esto es la información que este último deba brindar en el juicio, y no la práctica de la pericia o la elaboración del informe, ya que las pericias son esencialmente actos realizados en la investigación. Sin duda, la situación es diversa si se ofrece prueba pericial en la fase intermedia para su actuación en el juicio. En tal supuesto, podría estimarse procedente, en la medida que exista el riesgo de no disponibilidad del órgano de prueba y se acredite la urgencia de su práctica anticipada. El perito puede ser coaccionado o comprado para asegurar la no realización o la falsedad de la pericia o el informe.

C) Careo entre personas que han declarado

Para la procedencia del careo como prueba anticipada, se requiere que se cumpla en primer lugar con los requisitos exigidos por el artículo 182°; esto es, que existan contradicciones importantes entre lo declarado por un imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o el agraviado, o entre agraviados, o entre testigos, o entre éstos y aquéllos.

En segundo lugar, deben concurrir las mismas circunstancias y motivos establecidos en el artículo 242°.1.a del nuevo Código Procesal Penal. Aquí cabe destacar que la disposición legal no se circunscribe a los testigos en tanto órganos de prueba sujetos a riesgo de no disponibilidad para el juicio, pues hace referencia al careo entre personas que han declarado, que pueden ser cualquiera de los sujetos mencionados en el artículo 182°.

Coincidimos con GÓMEZ DE LIAÑO⁴⁶ cuando afirma que el nuevo Código Procesal Penal parece haber confiado demasiado en la utilidad del careo, ya que en realidad no se trata de un auténtico acto de prueba; sus beneficios son a veces discutibles y es un acto sumamente delicado en el que el juez debe poner la mayor atención, comportándose con el más riguroso escrúpulo.

D) Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones

El artículo 242°.1.c señala que se pueden anticipar reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones que, debido a su naturaleza y características, sean considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la celebración del juicio.

Los reconocimientos pueden recaer sobre personas (art. 189°), cosas (art. 191°), voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial (art. 190°). El artículo 189°.3 estatuye que si la diligencia de

⁴⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. *Op. cit.*, pág. 462.

reconocimiento de personas es presenciada por el juez de la Investigación Preparatoria, se considerará un acto de prueba anticipada⁴⁷. Estimamos que debió considerársele prueba preconstituída antes que prueba anticipada, ya que ésta requiere que la realice el juez con todas las garantías del juicio y básicamente con la contradicción y no que, debido a la ausencia del abogado defensor, el juez se limite a presenciar el reconocimiento.

Para que se considere como acto definitivo, el anticipo de la diligencia de reconocimiento se funda en el riesgo de que las características o propiedades de las personas o cosas puedan variar; incluso tratándose de las cosas, éstas puedan deteriorarse y no vayan a estar disponibles para el juicio o alteren la fiabilidad del acto de prueba en el juzgamiento.

La inspección tiene por objeto comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas (art. 192°.2). Sin duda, las huellas y otros efectos materiales del delito, bien sea por el transcurso del tiempo o por no estar bajo custodia de la autoridad los bienes inmuebles o muebles, pueden no estar disponibles para su actuación en el juicio, de donde resulta indispensable acordar su actuación anticipada. Por ello, en la doctrina se ha sostenido que se trata de una diligencia típicamente sumarial o de un acto de investigación.

La reconstrucción del hecho tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas (art. 192°.3). Siendo la reconstrucción una reproducción o escenificación del hecho principal o de sus circunstancias, el fundamento de la irreproducibilidad para su actuación anticipada no parece del todo atendible. La reconstrucción puede practicarse en la investigación preparatoria o en el juicio, pues es en el juzgamiento donde se vierten las declaraciones y se practican las demás pruebas que van a incidir en la deliberación, no las declaraciones prestadas en la investigación. Al parecer, ha primado el criterio tradicional de considerar la reconstrucción como una prueba sumarial o medio de investigación que no debe practicarse en el juicio. No debe olvidarse que el artículo 385°.1 señala que en el juicio el juez penal, de oficio o a pedido de parte, previo al debate de los intervinientes, podrá ordenar la realización de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarla a cabo.

1.2 Oportunidady sujetos legitimados

Como ya se ha dicho, la prueba anticipada es ordenada y dirigida por el juez de la Investigación Preparatoria. El momento para instar la actuación de

⁴⁷ Artículo 189°.3. Durante la investigación preparatoria deberá presenciar el acto el defensor del imputado o, en su defecto, el juez de la Investigación Preparatoria, en cuyo caso se considerará la diligencia un acto de prueba anticipada.

una prueba anticipada es durante la investigación preparatoria (art. 242°.1) y también es posible su solicitud en la etapa intermedia (arts. 242°.2 y 350°.1.c). Cuando se formula la petición de prueba anticipada en la fase intermedia, su actuación se realiza en la audiencia preliminar con la citación de todas las partes concernidas (art. 351°.1).

Puede suceder que iniciado un juicio complejo por el considerable volumen de pruebas admitidas, surja el riesgo de no poder disponer de una fuente de prueba para su oportuna práctica conforme al orden de actuación probatoria. En este supuesto, nada impide que se pueda realizar su actuación anticipada bajo las mismas circunstancias y motivos que los señalados en el artículo 242° del nuevo Código Procesal Penal; en este caso puede ser instada por alguna de las partes e incluso ordenada de oficio, apoyándose en la facultad conferida por el artículo 385°.

Durante la investigación preparatoria y en la etapa intermedia, los sujetos legitimados para instar la actuación de una prueba anticipada son el fiscal y los demás sujetos procesales (art. 242°.1). Sin embargo, tratándose del reconocimiento de personas, el juez de la Investigación Preparatoria puede intervenir de oficio en dicha diligencia, lo que le otorga la calidad de prueba anticipada (art. 189°.3). En el caso de las diligencias de inspección judicial y reconstrucción, pueden ser ordenadas por el juez de la Investigación Preparatoria (art. 192°.1), de lo que se concluye que en estos supuestos no solo puede instarse la prueba anticipada por las partes, sino también de oficio.

1.3 Procedimiento

El nuevo Código Procesal Penal es amplio en cuanto a la regulación procedimental de la prueba anticipada; de este aspecto tratan los artículos 243°, 244° y 245°.

La solicitud de prueba anticipada debe cumplir con los requisitos siguientes: a) precisar la prueba a actuar, b) los hechos que constituyen su objeto, c) las razones de su importancia para la decisión en el juicio, d) indicar el nombre de las personas que deben intervenir en el acto, e) precisar las circunstancias de su procedencia, y f) señalar los sujetos procesales constituidos en autos, así como su domicilio procesal.

Una vez presentada la solicitud de actuación probatoria, el juez correrá traslado por dos días para que los demás sujetos procesales puedan formular sus consideraciones sobre la petición. La actuación anticipada puede ser aplazada a pedido del fiscal, cuando indique las causas por las que la práctica de la prueba anticipada podría perjudicar los actos de investigación inmediatos. En el término de dos días, el juez decide sobre la admisibilidad de la solicitud o si aplaza su diligenciamiento. En casos de urgencia, el juez puede abreviar los términos para su actuación o realizarla sin traslado a las partes, cuando exista peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su práctica no admita dilación. Para tal efecto deberá formular el pedido al fiscal y designar defensor de oficio para que controle el acto, si resulta imposible comunicar al defensor de elección.

La resolución que dispone la realización de la prueba anticipada deberá especificar el objeto de la prueba, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia que, salvo lo dispuesto en el caso de urgencia, no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se deberá citar a todos los sujetos procesales, sin exclusión (art. 244°.5). Si se trata de la actuación de varias pruebas, se llevarán a cabo en una audiencia única, salvo que la realización de la misma resulte manifiestamente imposible (art. 244°.6).

La audiencia de prueba anticipada se debe realizar en acto público y con la necesaria participación del fiscal⁴⁸ y del abogado defensor del imputado. La inasistencia del defensor puede generar el aplazamiento de la audiencia, siempre que por su naturaleza sea factible. Los demás sujetos serán citados obligatoriamente, pero su incomparecencia no frustra la audiencia.

En la audiencia, las pruebas deben ser practicadas con las formalidades establecidas para el juicio oral. Si por algún motivo la práctica de la prueba no concluye en la misma audiencia, ésta puede ser aplazada para el día siguiente hábil o para un tiempo mayor, de ser el caso. El acta de la audiencia y demás elementos y documentos agregados al cuaderno de prueba anticipada serán remitidos al fiscal.

1.4 Recurso

Conforme al artículo 246° del nuevo Código Procesal Penal, procede el recurso de apelación contra la resolución que: a) decreta la actuación de la prueba anticipada, b) la que desestime o disponga el aplazamiento de su práctica, y c) la que decida la realización de la diligencia bajo el supuesto de urgencia. La citada disposición legal establece que el recurso de apelación es con efecto devolutivo, especificación que estimamos superflua, habida cuenta que el recurso de apelación siempre confiere a la Sala Penal Superior el conocimiento del asunto de la resolución impugnada⁴⁹.

2. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

2.1 Utilización en el juicio de las fuentes de prueba halladas en la investigación

La investigación sirve para localizar y asegurar las fuentes de prueba que las partes vayan a utilizar para sostener y demostrar sus respectivas hipótesis. Los actos desarrollados durante la instrucción van a servir en un primer momento para discernir si es posible formular una acusación, y entonces abrir el juicio oral, o si no es posible y entonces dictar el sobreseimiento. En ese momento los resultados de la investigación no se están manejando como

⁴⁸ Conforme al artículo 243°.3, el Ministerio Público asistirá obligatoriamente a la audiencia de prueba anticipada y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.

⁴⁹ Artículo 419°.1.- La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida, tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del Derecho.

prueba, sino como datos que las partes evalúan para pedir al juez la apertura del juicio oral; solo entonces los elementos, datos e informaciones recogidos en la investigación cobran sentido como fuentes de prueba.

Los problemas de la llamada “eficacia o valor probatorio de las diligencias de investigación” se relacionan tradicionalmente con los conceptos de repetibilidad o de irrepetibilidad, de reproducibilidad o irreproducibilidad.

GUZMÁN FLUJA⁵⁰ señala que es preferible no utilizar el término repetible, no repetible, reproducible, no reproducible o equivalentes. Hablar de repetibilidad o de no repetibilidad implica que el acto del que se trata sea el mismo acto; y no se puede repetir o no repetir aquello que no es igual o que no es lo mismo. Las diligencias de investigación no pertenecen al juicio oral; son actos que nunca se harían en el juicio oral (no se cachea en un juicio oral, pero no porque el acto sea irrepetible sino porque es inútil a los efectos del caso hacerlo en ese momento; no se interceptan comunicaciones durante el juicio oral; no se practica una pericia; no se realizan los actos técnicos necesarios, por ejemplo, para la determinación de la composición de una sustancia, o para determinar si un arma produce la herida de tal o cual forma; no se traslada el perito con su laboratorio al juicio oral). Sin embargo, todo esto debe relatarse y explicarse en él.

No se entiende que practicar un medio de prueba sea reproducir o repetir una diligencia de investigación. El juicio oral no es una repetición de lo actuado en la investigación, salvo cuando se trata de determinadas diligencias de carácter irrepetible, en cuyo caso, en la oportunidad que corresponda, serán valoradas directamente por el juzgador.

Es preferible hablar de fuentes de prueba directamente disponibles o no disponibles en el momento del juicio oral. Este es un cambio de fondo, y no un cambio de mera terminología. Es de fondo porque atiende al resultado de los actos de investigación y no a las operaciones o sucesión de actividades que constituyen el acto en sí.

Si como consecuencia de una diligencia de entrada y registro se encuentran y se recogen, también se aseguran, los elementos de prueba, es decir las fuentes de prueba; sucede que la medida instrumental ha cumplido su objetivo, no necesito repetirla ni reproducirla. Además, los elementos necesarios para la construcción del caso han sido encontrados (por ejempl:, la droga, los papeles, libros, documentos, etc.). Ahora, lo que debe preocupar es si se pueden llevar al juicio oral, por problemas de disponibilidad de la fuente de prueba, relacionados con su conservación y aseguramiento.

Es importante precisar que cuando hablamos de fuentes de prueba de carácter personal —por ejemplo un testigo—, es posible hablar de reproducción de la fuente de prueba (pero no de irreproducción)⁵¹.

⁵⁰ GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 210-211.

⁵¹ GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op. cit.*, pág. 214.

No existe, por lo tanto, un problema de repetibilidad o de reproducibilidad de actos, ya que los actos no son sino medios para adquirir conocimientos, datos e informaciones que primero sirven a la propia investigación, para definirla, orientarla, etc., y luego como fuentes de prueba. Existe un problema de traslado de las fuentes de prueba al juicio oral para que se sometan a las reglas de éste, con el fin de convertirse en auténtica prueba. Para trasladar, para introducir las fuentes de prueba, lo que necesito es que estén disponibles.

Y, finalmente, las fuentes de prueba no son ni dejan de ser reproducibles o repetibles. Son utilizables o no utilizables, y a los efectos del proceso penal: son o no son, están o no están, se puede disponer de ellas o no se puede disponer de ellas.

En la prueba preconstituida sucederá que la no disponibilidad puede ser tanto conocida de antemano como sobrevenir en el momento en que se efectuó la preconstitución, y aquí cabrá ver si era un acontecimiento previsible o imprevisible. Esto significa que la preconstitución es un fenómeno complejo, que no puede ser subsumido en una única categoría.

En la doctrina se sostiene que la relatividad probatoria de los conocimientos adquiridos en la fase de investigación y la excepcionalidad de su utilización, son características que se predicen de la prueba preconstituida, en cuanto se trata de un concepto que se refiere a las fuentes de prueba. Lo que se haya podido preconstituir en la fase de instrucción puede ser utilizado como conocimiento útil en el juicio oral, no solo a los efectos de dar por cierto un hecho, sino también para descartar la credibilidad de un testigo o de su testimonio⁵².

2.2 Conceptos y características de la prueba preconstituida

Es aquella practicada antes del inicio formal del proceso penal o en la propia fase de investigación, observando las garantías constitucionales y las prescripciones legales, con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba.

En la prueba preconstituida, la no disponibilidad puede ser tanto conocida de antemano como sobrevenir al momento en que se llevó a cabo la preconstitución.

El art. 325° del nuevo Código Procesal Penal establece que para los efectos de la sentencia, tienen carácter de acto de prueba las actuaciones objetivas e irreproducibles.

Lo que se preconstituye son las fuentes de prueba. La práctica de un medio de prueba solo es posible, y solo tiene sentido, dentro del juicio oral, de manera que no se puede preconstituir el medio de prueba desde el momento en que su existencia no tiene sentido fuera de dicha fase procesal. Recordemos que el medio de prueba es el instrumento, el conjunto de operaciones o actuaciones

⁵² GUZMÁN FLUJA, Vicente. Op. cit., pág. 237.

necesarias para que una fuente de prueba ingrese al juicio oral y tome cuerpo en él. La fuente de prueba debe ser incorporada al debate bajo las condiciones de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad.

La incorporación de la prueba preconstituida en el juicio se produce mediante su lectura. Es el caso de las actas levantadas por la policía, el fiscal o el juez que contengan diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en el nuevo Código Procesal Penal o la Ley, tales como las actas de reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras (art. 383° 1.c)

2.3 Semejanzas y diferencias entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida

Semejanzas

- La dificultad en la disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio.
- Las actas que dejan constancia de las actuaciones anticipadas o de las pruebas preconstituidas deben ser introducidas al juicio oral a través de su lectura.
- Se trata de medios subsidiarios, pues si la fuente de prueba finalmente se encuentra disponible para su actuación en el juicio, se impone su práctica y ulterior valoración (situación de normalidad).

Diferencias

- La prueba anticipada se caracteriza por el hecho de que la no disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral resulta siempre “previsible” en el momento en que se solicita la práctica de dicha prueba. Se realiza la actuación probatoria en un momento anterior a aquél en que correspondía o era propio.
- En la prueba preconstituida la no disponibilidad puede ser tanto conocida de antemano como sobrevenir en el momento en que se llevó a cabo la preconstitución.

3. LA CADENA DE CUSTODIA

La cadena de custodia tiene por objeto acreditar que la prueba no ha sido alterada, contaminada, etc., o que no se ha cometido un error en la identificación de los objetos, sustancias, documentos, o cualquier otro elemento relacionado —directa o indirectamente— con el o los hechos que se desean probar, así como que las técnicas utilizadas son las apropiadas.

La cadena de custodia se encuentra expresamente contemplada en el artículo 220°5 del NCPP, señalándose como su finalidad esencial garantizar la autenticidad de lo incautado.

Por la importancia para el conocimiento de la cadena de custodia y su procedimiento, reproducimos los artículos 7° al 15° del Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados, aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006:

Artículo 7°.- Concepto

La Cadena de Custodia es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso.

Las actas, formularios y embalajes forman parte de la cadena de custodia.

Artículo 8°.- Del procedimiento de la Cadena de Custodia

La Cadena de Custodia se inicia con el aseguramiento, inmovilización o recojo de los elementos materiales y evidencias en el lugar de los hechos, durante las primeras diligencias o incorporados en el curso de la Investigación preparatoria; y, concluye con la disposición o resolución que establezca su destino final.

Artículo 9°.- Escena como una fuente de evidencias

La escena es el lugar o espacio físico donde sucedieron los hechos investigados. Es el foco aparentemente protagónico en el cual el autor o partícipe consciente o inconscientemente deja elementos materiales o evidencias, huellas y rastros que puedan ser significativos para establecer el hecho punible y la identificación de los responsables.

También se considerará como escena el entorno de interés criminalístico donde se realizaron los actos preparatorios, así como aquél donde se aprecien las consecuencias del mismo.

La información suficiente, determinará la amplitud de la escena.

Artículo 10°.- Protección de la escena y evidencias

Es la actividad practicada por el Fiscal o la Policía, destinada a garantizar el aseguramiento y perennización de la escena para evitar su contaminación, alteración, destrucción o pérdida, con el objeto de comprobar la existencia de elementos materiales y evidencias pertinentes y útiles para el esclarecimiento del hecho punible y la identificación de los responsables, procurando la intangibilidad, conservación e inmovilización de la misma y de aquellos para su posterior recojo.

En caso de flagrancia o peligro inminente de la perpetración de un hecho punible, la Policía procederá a asegurar, inmovilizar o secuestrar los elementos materiales o evidencias.

Artículo 11°.- Formato de Cadena de Custodia

Los elementos materiales, evidencias y bienes incautados se registrarán en el formato de la cadena de custodia mediante una descripción minuciosa y detallada de los caracteres, medidas, peso, tamaño, color, especie, estado, entre otros datos del medio en el que se hallaron los elementos materiales y evidencias, de las técnicas utilizadas en el recojo y pericias que se dispongan,

en el cual no se admiten enmendaduras. En caso que amerite una corrección, ésta se efectuará entre paréntesis, explicando los motivos que la generaron. Los bienes materiales y las evidencias recolectadas o incorporadas, deberán ser debidamente rotuladas y etiquetadas para su correcta identificación y seguridad e inalterabilidad.

Artículo 12°.- Supervisión de la cadena de custodia

El Fiscal o la persona que delegue, supervisará la identificación, individualización, recolección, envío, manejo, análisis, entrega, recepción, seguimiento, y otros procedimientos que se generen respecto a los elementos materiales y evidencias.

También, las condiciones de seguridad, el empleo de medios materiales y de técnicas adecuadas para su traslado, almacenamiento, conservación, administración y destino final. Así como el registro e identificación de las personas responsables de cada procedimiento.

En caso de advertir la alteración del estado original de aquellos, según su naturaleza y de los registros, adoptará las acciones que correspondan.

Artículo 13°.- Procedimiento de recolección, embalaje y traslado

Los Fiscales observarán que se cumplan los siguientes lineamientos mínimos: Iniciar la colección de elementos materiales y evidencias con los objetos grandes y movibles, posteriormente se recolecta aquellos que requieren de un tratamiento o técnica especial, seleccionándolos y clasificándolos.

Utilizar embalajes apropiados de acuerdo a su naturaleza, etiquetándolos o rotulándolos para una rápida ubicación e identificación o precintándolos según el caso, consignándose como mínimo: ciudad de origen, autoridad que ordenó la remisión, forma de recojo de los bienes incautados, número de investigación o proceso, descripción (clase, cantidad, estado, color), fecha, hora, lugar donde se practicó la colección y la identificación del responsable.

Llenar el formato de cadena de custodia por duplicado, el cual no podrá tener modificaciones o alteraciones.

Disponer las pericias, análisis, informes técnicos que se requieran para la investigación respecto a los elementos materiales y evidencias o una muestra de ellos. Tratándose de objetos de gran dimensión o volumen y según su naturaleza, designará al responsable del traslado, así como su destino de custodia, después que se practiquen las pericias respectivas.

Ordenar el traslado al Almacén de Elementos Materiales y Evidencias correspondiente, según su volumen, el que se efectuará con el formato de cadena de custodia. Al ser transportados, debe preservarse su integridad, manteniéndolos libres de todo riesgo o peligro de alteración, deterioro o destrucción.

Artículo 14°.- Registro y custodia

Es el procedimiento que se desarrolla con el objeto de garantizar el ingreso, registro, almacenaje, administración y salida de los elementos materiales y evidencias.

En un plazo máximo de tres días calendarios de la intervención o recepción del informe policial, el Fiscal dispondrá el destino al Almacén, conforme a los siguientes lineamientos:

El personal asignado por el Fiscal o la autoridad policial, en delegación, recibe

el mandato y el formato de cadena de custodia. Quien entrega y quien los recibe, verifica el estado de los mismos o sus embalajes, los cuales deben estar íntegros, sin presentar alteraciones. Los rótulos o etiquetas no deben mostrar enmendaduras.

Se registra en el formato de cadena de custodia el traslado y traspaso, fecha, hora, dejándose constancia de las observaciones pertinentes.

El responsable de la recepción en el laboratorio o del almacén recibe debidamente embalados los elementos materiales y evidencias, los revisa efectuando los registros necesarios en el formato de cadena de custodia y en el sistema de información manual o electrónico. Este, debe verificar los datos consignados y el responsable del traslado.

El responsable del almacén en los Distritos Judiciales se encargará de recibir el formato de la cadena de custodia por duplicado. Una copia se queda en poder de la Fiscalía o autoridad interviniente para que sea agregado a la carpeta fiscal, la otra permanecerá en custodia del Almacén, a fin de registrar las futuras diligencias que se practiquen. Toda actuación posterior que se genere se consignará en el formato de cadena de custodia y en el registro informático, cronológicamente.

El responsable del Almacén, después de su recepción conforme a los requisitos antes señalados, selecciona y ubica cada uno de los bienes, dependiendo de su naturaleza, clasificándolos atendiendo a su volumen, cantidad, peso, clase de sustancia, riesgo que representa, valor y todas aquellas circunstancias que la experiencia aconseje para el adecuado almacenamiento, registrando en el sistema de información su ubicación dentro del almacén.

En caso que se aprecien alteraciones en los embalajes y rótulos o etiquetas, quien los advierta en el almacén lo comunicará inmediatamente al jefe inmediato y a la autoridad competente, dejando constancia escrita en el formato de cadena de custodia y si es posible, fijará mediante fotografía o filmación las alteraciones.

Quien entrega y quien recibe debe conocer las alteraciones advertidas.

Para los efectos del cumplimiento de estas especificaciones, tratándose de elementos biológicos y químicos, serán almacenados en ambientes especialmente organizados, con el objeto de evitar su deterioro y la integridad física de los responsables.

El perito responsable o especialista a quien se le haya ordenado la realización de un análisis, examen pericial o informe técnico, consignará en el formato de cadena de custodia sucintamente las técnicas empleadas, identificándose.

Artículo 15º.- Traslado para diligencia

Cuando sea necesario llevarse a cabo una diligencia fiscal o judicial en la que se requiere tener a la vista los elementos materiales y evidencias o una muestra de ella, el Fiscal dispondrá el traslado, indicando el personal responsable.

El responsable del almacén de bienes incautados cumplirá con el mandato en la forma y plazo que disponga la autoridad requirente.

El responsable del almacén al recibir la orden fiscal, ubica físicamente los elementos materiales, los entrega al servidor encargado del traslado y adjunta con tal fin los formatos de cadena de custodia donde efectúa los registros correspondientes. A su vez, descarga en el sistema de información manual o electrónico que se tenga, la salida, procediendo a su entrega al responsable del traslado y transporte.

CAPÍTULO V

**LA ACTUACIÓN
DE LOS MEDIOS DE PRUEBA**

1. LA PRUEBA SE ACTÚA EN EL JUICIO

La fase de juicio oral viene constituida por un conjunto de actuaciones que tienen como eje fundamental la celebración del juicio, que como acto concentrado es la máxima expresión del proceso penal. Tanto la deducción de las pretensiones que determinan el objeto del proceso, cuanto la conformidad que pretende evitar, precisamente un juicio, tienen la mirada puesta en el acto de la vista.

El juicio es el espacio de diálogo normativamente regulado, donde se produce la formación o producción de la prueba. En ello reside la distinción entre actos de investigación y actos de prueba. Por tal motivo, el artículo 393°.1 establece que para la deliberación solo se podrán utilizar aquellas pruebas que se hubieran incorporado legítimamente en el juicio.

Los actos de prueba deben formarse ante el juez que va a decidir el caso y las partes, con pleno respeto de la dignidad de las personas que concurren al juicio y observancia de los principios de publicidad, inmediación, contradicción y oralidad.

Por ello se ha dicho que la investigación se caracteriza por ser una fase de averiguación de hechos, mientras que el juicio es la fase para la acreditación o adjudicación de los mismos.

Epistemológicamente, si la observación es un elemento esencial para la adquisición del conocimiento, tanto más si en Derecho la producción de la prueba está sujeta a reglas jurídicas y exigencias éticas, la única forma de alcanzar tal nivel de conocimiento es viendo y oyendo a las fuentes de información que son introducidas y controladas por las partes, bajo la dirección del juzgador.

2. LOS PRINCIPIOS DE LA FORMACIÓN DE LA PRUEBA

Los principios del juicio oral son el conjunto de ideas directrices o ideas políticas que inspiran y sobre las que descansa la actividad de juzgamiento de una persona. Estos principios son de aplicación directa en el proceso y deben llenar los vacíos, orientar la interpretación y erigirse como argumentos últimos del razonamiento judicial.

En relación con la actividad probatoria, en el juicio oral rigen especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y de contradicción, tal como lo prescribe el artículo 356°.1 del CPP. Tales principios permiten a las partes y al juez

controlar adecuadamente la admisión y práctica de las pruebas, con el objeto de obtener resultados probatorios legítimos y altamente fiables.

2.1 *El principio de publicidad*

El juicio debe realizarse en presencia del público interesado. Toda persona tiene derecho a presenciar el juicio y a observar de qué manera jueces y abogados ejercen su labor ante el tribunal. Tiene que ver con la transparencia, reduce espacios de corrupción, legitima. La prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter “social”: hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma adecuada y segura⁵³.

La publicidad es un principio básico en el proceso penal, en la medida que constituye una garantía para la sociedad que controla de este modo la justicia penal. Por ello decía con razón MIRABEAU “Dadme el juez que queréis, mi mayor enemigo si os place, con tal de que no pueda verificar acto alguno sino en público”⁵⁴.

La publicidad representa el más intenso medio disuasivo en contra de las potenciales interferencias (órganos de prueba mentirosos, jueces arbitrarios) para los fines del juicio, de manera tal que los sujetos procesales viven la presión que imprime o puede imprimir el público, observando cómo los que intervienen en el juicio coadyuvan a la administración del Derecho en el caso concreto. Así, los testigos eventualmente mentirosos encuentran límite en la contraexamenación pública; las partes vencen si convencen al tribunal; el tribunal no puede hacer lo que quiere, sino lo que debe⁵⁵.

El nuevo Código ratifica la publicidad del juicio como regla general, salvo los casos en que el juez, mediante resolución motivada, acuerde realizar el acto del juicio oral total o parcialmente en privado, asumiendo el Código determinados supuestos como el pudor, la vida privada, la integridad física de alguno de los participantes en el juicio, el orden público o la seguridad nacional, los intereses de la justicia o cuando esté previsto en una norma específica (artículo 357º.1).

Se faculta también al juez a disponer, individual o concurrentemente, con sujeción al principio de proporcionalidad, las medidas siguientes: prohibir el acceso u ordenar la salida de determinadas personas de la sala cuando afecten el orden y el decoro del juicio, reducir el acceso de público, ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas, prohibir el acceso de cámaras fotográficas o de filmación, grabadoras, etc., siempre que considere que su utilización puede perjudicar los intereses de la justicia y, en especial, el derecho de las partes (artículo 357º.2).

⁵³ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 2002, pág. 10.

⁵⁴ Citado por CAFFERATA NORES, José, en *Introducción al derecho procesal penal*, pág. 207.

⁵⁵ VIVAS USSHER, Gustavo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, volumen 2, Ediciones Alveroni. Córdoba 1999, p. 339.

2.2 *El principio de contradicción*

Sobre la base de la separación de las funciones de persecución de las jurisdiccionales y la presunción de inocencia, el nuevo Código Procesal Penal ha reformulado el modelo procesal penal vigente, especialmente en materia probatoria, convirtiéndolo en un modelo acusatorio con rasgos adversativos. Así, el artículo IIº de su Título Preliminar señala que la declaración judicial de responsabilidad requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

Lo acusatorio significa, en su esencia, la distinción entre las funciones acusadoras y las decisorias. O, dicho de otra manera, el principio acusatorio implica la instauración de un proceso de partes, adversarial, de adversarios o partes enfrentadas.

Lo que pretende, en última instancia, el sistema acusatorio es una distribución de roles, una diferenciación entre la parte acusadora, el imputado y el órgano jurisdiccional⁵⁶.

El principio de contradicción es una derivación de la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho de defensa (artículo 139º.14 de la Constitución). Por ello es que el artículo IXº del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 señala que toda persona tiene derecho a intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria, y —en las condiciones previstas por la ley— a utilizar los medios de prueba pertinentes.

A decir de ASECIO MELLADO, el principio de contradicción, que se manifiesta especialmente en el derecho de defensa, pero que excede al mismo en tanto garantiza la existencia de una dualidad de posiciones, es consecuencia del carácter dialéctico del proceso en tanto método de averiguación de la verdad. Hallar la verdad exige que exista oposición entre ambas partes y que cada una exponga sus argumentos y versiones con plenas facultades e igualdad de condiciones. El proceso, en suma, no puede ser un monólogo, pues en tal caso no podría cumplir su función⁵⁷.

La parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla⁵⁸. La defensa ha de contar en la práctica de la prueba con las mismas posibilidades de actuación que la acusación⁵⁹. Así, en la fase intermedia la Fiscalía puede ofrecer los medios de prueba de cargo al formular su acusación (art. 349º.1 h), que deben ser puestos en conocimiento de las otras partes, las cuales en un plazo de diez días podrán ofrecer sus pruebas para el juicio (art. 350º.1 f) y cuestionar las de la parte adversa (ya no hay posibilidad de tachar testigos o peritos).

⁵⁶ DIAZ CABIALE, José Antonio. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Editorial Comares. Granada 1996, págs. 216-217.

⁵⁷ ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2003, pág. 258.

⁵⁸ JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*, pág. 34.

⁵⁹ ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*, pág. 259.

El interrogatorio directo (art. 375º) y el contrainterrogatorio (art. 378º.8) de los testigos y peritos corresponden al fiscal y a los abogados de las partes, y es en esos momentos cuando las partes, en igualdad de armas, controlan mediante sus preguntas y objeciones la prueba que se está practicando.

La discusión de la prueba ocurre contradictoriamente en el momento de los alegatos finales o de clausura, comenzando primero por el alegato del fiscal, seguidamente el del actor civil, tercero civil, el abogado defensor y finalmente con la autodefensa del acusado (art. 386º).

2.3 *El principio de inmediación*

La inmediación supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio⁶⁰. Si bien el Código Procesal Penal de 2004 no define expresamente los alcances del principio de inmediación, que configura su necesaria observancia cuando señala que el juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquéllas legítimamente incorporadas en el juicio (art. 393º.1).

El juicio oral ha de ser, necesariamente, inmediato en la medida en que es la única forma de valorar correcta, adecuada y plenamente una prueba, especialmente si se trata de una prueba de naturaleza personal.

Como apunta ANDRÉS IBÁÑEZ, lo esencial del juicio se cifra en la relación directa del juez con las fuentes personales de prueba, que en la experiencia del proceso criminal son muchas veces las únicas y, por lo general, las de mayor rendimiento. Y, además, vigente el principio de la libre convicción, no existiría otro *modus operandi* posible, puesto que el juzgador debe formar criterio con materiales de *primera mano*, en virtud de una apreciación personalísima⁶¹.

Ahora bien, ocurre que la manera de entender la práctica de la inmediación en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de libre convicción. Como ha sostenido IACOVELLO, “la oralidad-inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”⁶². No puede ser tomada como forma de percepción íntima —extrasensorial casi más que sensorial, a tenor de ciertas formulaciones— de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido, fuente de datos esenciales. Sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incommunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la inmediación se convierte en una suerte de *blindaje* del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y, con ello, en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento⁶³.

⁶⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*, Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 2002, pág. 62.

⁶¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Sobre el valor de la inmediación”. En: *En torno a la jurisdicción*. Editores del Puerto. Buenos Aires 2007, pág. 155.

⁶² Citado por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Op. cit.* pág. 159.

⁶³ *Ibid.*, pág. 159.

Como quiera que la inmediación no es incompatible con el uso de la videoconferencia, como tecnología que en tiempo real y en sentido bidireccional permite apreciar la declaración de un testigo o perito con nitidez en audio y video, pues —como se ha dicho— lo relevante es la relación directa, la percepción de la verbalización y la posibilidad de control del examen. Obviamente, el uso de la videoconferencia no es un medio para ser usado por comodidad del testigo o perito, o para eludir su presencia en la audiencia, sino en aras de los intereses de la justicia, cuando en los casos previstos en la ley —bien sea por medidas de protección, distancia o una razón plenamente justificada— los órganos de prueba no puedan estar presentes en la sala de audiencias.

Al servicio de la inmediación se encuentran también los principios de . identidad del juzgador, concentración y continuidad en las audiencias (art. 359º). Se apuesta porque el juicio se realice en una sola sesión de audiencia y si no fuera posible por la complejidad del asunto, deberá continuar en los días sucesivos en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión (art. 360º). Con la finalidad de eliminar la práctica judicial actual de llevar a cabo audiencias diminutas con varios días de diferencia entre una y otra sesión, lo que afecta a la inmediación, el nuevo Código ha establecido que entre sesiones no podrán realizarse otros juicios, salvo que las características de la nueva causa lo permitan (art. 360º.5).

2.4 *El principio de oralidad*

La oralidad es principio esencial del proceso penal y constituye un instrumento ineludible para una correcta y adecuada valoración de la prueba.

De este modo, las pruebas personales (testificales e interrogatorio del acusado, así como de los peritos) deben ser practicadas, por regla general, en forma oral a los efectos de eludir cualquier tipo de influencia externa sobre los deponentes y garantizar una plena asunción de la información, lo que no permite la escritura siempre más limitada.

La oralidad, que exige la continuidad, permite que la atención pública dé seguimiento al juicio, pues el debate se inicia y concluye en un breve lapso, en el cual se habrá de respetar a pie juntillas la oralidad, evitándose que cualquier prueba útil pueda ser incorporada al debate por la lectura del acta que la documentó durante la investigación preparatoria, evitándose así la imposición legal de su producción personal en el juicio, que es el momento en el que brilla la pública examinación cruzada de la prueba⁶⁴.

El artículo 361º del nuevo Código Procesal Penal establece que la audiencia se realiza oralmente. La oralidad es el medio apropiado para la práctica de la prueba, ya que a través de la misma se expresan las partes, los testigos y los peritos. La oralidad permite la concentración —sumamente útil para valorar

⁶⁴ VIVAS USSHER, Gustavo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, volumen 2. Ediciones Alveroni. Córdoba 1999, pág. 341.

en forma relacionada todos los elementos que influyen en la sentencia—, garantiza la inmediación, insoslayable en un régimen de libre valoración de la prueba, y da sentido a la publicidad⁶⁵.

Los que concurren al juicio oral en condición de órganos de prueba deberán declarar espontáneamente, en base a su memoria y a través de la palabra, de modo que puedan ser oídos directamente por los jueces. La lectura daña severamente la inmediación de los jueces y el contradictorio. La mera lectura de escritos, declaraciones, actas y dictámenes periciales no constituye oralidad, ya que quienes los han emitido deberán reproducirlos en juicio a viva voz, pues esa es la única manera de controlar su fiabilidad probatoria y hacer realidad el principio de contradicción y de inmediación⁶⁶. Solo por excepción se permite la oralización de ciertos medios de prueba (art. 383º).

Como se ha dicho, la audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta. La audiencia podrá registrarse también mediante un medio técnico. Toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada en forma oral, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella. Está prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin, salvo quienes no puedan hablar o no lo supieran hacer en el idioma castellano, en cuyo caso intervendrán por escrito, salvo que lo hagan por medio de intérprete (art. 114º inciso 3). Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente. Se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta.

2.5 *El principio de comunidad o de adquisición*

Por el principio de comunidad de la prueba o adquisición procesal, los sujetos procesales pueden sacar ventaja o provecho de un medio de prueba ofrecido o incorporado al proceso, independientemente de quien lo haya planteado.

En tal sentido, en el supuesto de que la parte que ofreció el medio de prueba para su actuación en el juicio oral y público se desista del mismo, el juez debe correr traslado de inmediato a las demás partes para que convengan con el desistimiento o, por el contrario, en base al aludido principio insistan en su actuación. Si ocurre esto último, el juez debe realizar todos los actos de ordenación para su debida y oportuna actuación en el juzgamiento; en caso contrario, debe darse lugar al desistimiento.

Cabe destacar que, cuando la parte se desiste de una prueba, por la razón que estime pertinente para su estrategia procesal, no puede pretender introducir como prueba de su alegación un acto de investigación o declaración previa que no haya sido incorporado al juicio sin que las otras

⁶⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 2003, pág. 67.
⁶⁶ En el fondo, la oralidad permite la inmediación de la producción de las pruebas, especialmente de los interrogatorios.

partes hubieran tenido oportunidad de contradicción efectiva. Se exceptúan los casos de fallecimiento o comprobado desconocimiento del paradero del órgano de prueba.

3. **EL ORDEN DE ACTUACIÓN PROBATORIA**

Existen hasta tres modelos que se han formulado sobre el orden en que deben actuarse las pruebas en el juicio. 1) Aquél que establece en la ley el orden de la actuación probatoria, de manera casi rígida y sin escuchar a las partes. 2) El que se sujeta al orden planteado por las partes, comenzando primero por las partes acusadoras y concluyendo por la actuación de la prueba de la defensa. 3) El modelo en el que, si bien la ley procesal establece un orden general de actuación probatoria, en lo específico deja al juez decidir el orden escuchando a las partes.

El artículo 375º del nuevo Código Procesal Penal se acoge al tercer modelo. Es decir, estipula un orden general del debate probatorio: a) examen del acusado; b) actuación de los medios de prueba admitidos; y c) oralización de los medios probatorios. Pero ese orden solo es general; no altera el orden específico de los medios de prueba admitidos para su actuación en el juzgamiento, que quedará en los ámbitos de propuesta de las partes al juez, de acuerdo a su estrategia procesal.

En cuanto al orden de actuación general, bajo el criterio de que por regla general el examen del acusado, antes que un medio de prueba es un medio de defensa de éste, es que le ha concedido la oportunidad de ser examinado en primer lugar para que pueda fijar su posición sobre las circunstancias de la imputación y efectúe sus descargos o brinde las explicaciones a favor de su defensa. Por cierto, en el sistema anglonorteamericano el acusado no declara al inicio, sino en el momento en que se ofrezca como testigo asumiendo las consecuencias de sus declaraciones, pues todo lo que diga puede ser usado en su contra, dado que presta juramento.

Es evidente, y así lo señala el artículo 375º.2, que tratándose de varios acusados el orden lo establece el juez escuchando a las partes.

Respecto al orden específico en que deben actuarse los medios de prueba admitidos, que es lo central de la actividad probatoria en juicio, no queda a la mera discreción del juez; antes bien, el artículo 375º.2 le impone el deber de acordar el orden sobre la base de oír a las partes. Además, debe tener presente que primeramente se deben practicar las pruebas de la acusación, las del actor civil y, por último, las de la defensa, pues ese es el orden también de los alegatos preliminares y de los alegatos finales, así como una lógica consecuencia de la carga de la prueba.

Por respeto al sistema acusatorio que constituye el modelo procesal del nuevo Código Procesal Penal y al principio de aportación de parte que rige toda la actividad probatoria conforme lo estatuye el artículo 155º del nuevo Código Procesal Penal, el juez no puede actuar por encima de las partes en el establecimiento del orden de la actuación probatoria, sin que ello en modo alguno signifique menoscabar sus poderes de dirección y autoridad. Incluso el juez u órgano jurisdiccional colegiado puede dar directivas concretas para fijar las reglas

sobre la actuación probatoria, teniendo en cuenta diversos factores como la dificultad para la comparecencia de testigos y peritos, el volumen de la información a ser proporcionada, la necesidad de emplear determinada tecnología, u otros criterios jurídicos o de economía procesal. El uso de las directivas se encuentra recogido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y recientemente ha sido empleado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema que juzga al expresidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori.

Para las técnicas de litigación penal, la organización de la prueba para su actuación en el juicio es de una importancia primordial, pues en gran medida del orden en que se presenta la prueba dependerá la coherencia y persuasión de las premisas fácticas de la teoría del caso de cada parte. Es decir, el fiscal o los abogados deben, de acuerdo con su teoría del caso, establecer el orden en que presentarán su prueba para probar cada cuestión; deben, por ejemplo, tener en cuenta la credibilidad del testigo y la credibilidad de su testimonio; incluso algunos autores como FONTANET Y QUIÑÓNEZ consideran que se debe tener en consideración también el *demeanor* del testigo, que consiste en la combinación de factores —muchos de ellos intangible—, que afectan la manera en que percibimos a los seres humanos. Incluye la conducta no verbalizada, así como la manera de testificar.

No es fácil ofrecer un modelo sobre el orden en que debe presentarse la prueba. Los factores que decidirán dicha cuestión son muchos. THOMAS MAUET nos sugiere lo siguiente:

Para un caso penal de asesinato:

- a. Testigo presencial.
- b. Primer policía en llegar a la escena.
- c. Patólogo (médico legista).
- d. Testigo presencial.
- e. Policía que efectúa el arresto.
- f. Policía que condujo la investigación.

El orden de los testigos casi siempre no depende más que una decisión de carácter táctico; no existen normas que impongan determinado orden. Una posibilidad de ordenamiento es la que sugieren los principios de primacía y novedad. Estos principios indican que recordamos mejor lo que vemos y oímos primero y último. Uno puede concebir la posibilidad de comenzar y terminar con sus testigos “más sólidos”. Los testigos cuya declaración es considerada menos importante, o cuyo modo de atestiguar no es el propio de una estrella, pueden instalarse entre los extremos.

En otros casos es preferible hacer un relato estrictamente cronológico, y se presentará a los testigos en el orden en que fueron “apareciendo” en la escena del crimen, a fin de ir recreando los hechos ante el tribunal tal y como ocurrieron.

En otras ocasiones, dependerá de las otras pruebas de que dispongamos, tales como documentos, objetos, peritos, y de la relación que con éstas tengan los testigos.

4. LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Se entiende por práctica o recepción de la prueba, los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos, solicitados o decretados de oficio, se incorporen o ejecuten en el proceso. Esta fase de la actividad probatoria tiene igualmente sus requisitos; ante todo el que consiste en que haya sido admitida, así como también los de formalidad, oportunidad y competencia del funcionario.

Toda actuación probatoria se debe realizar teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima (art. 155°.5).

El nuevo Código Procesal Penal introduce los conceptos de interrogatorio directo y contrainterrogatorio. El interrogatorio directo de los órganos de prueba corresponde al fiscal y a los abogados de las partes (art. 375°.3).

Durante el desarrollo de la actividad probatoria, el juez ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el fiscal o los abogados de las partes realicen los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío (art. 375°.4). No se opta por un control de la práctica de la prueba por las partes, lo que caracteriza a un modelo acusatorio adversarial puro.

4.1. Examen del acusado

Culminados los alegatos preliminares, el juez informará al acusado sobre sus derechos y le indicará que es libre de manifestarse sobre la acusación o de no declarar sobre los hechos. En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o complementar sus afirmaciones o declarar si anteriormente se hubiera abstenido de hacerlo. Asimismo, en todo momento el acusado podrá comunicarse con su defensor, sin que por ello se paralice la audiencia, derecho que no podrá ejercer durante su declaración o antes de responder a las preguntas que se le formulen (art. 371°.3).

Si el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente, el Juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán las declaraciones que anteriormente hubiera prestado ante el fiscal (art. 376°.1).

Conforme al artículo 376°.2, si el acusado acepta ser interrogado, el examen se sujetará a las siguientes reglas:

- a) El acusado aportará libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso;
- b) El interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil;
- c) El interrogatorio estará sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles;

- d) No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiese declarado, salvo la evidente necesidad de obtener una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas.

Conforme a las técnicas de la litigación oral, las preguntas sugestivas no están prohibidas para el contrainterrogatorio, dado que este tipo de examen lo realiza la parte adversa; por lo que corresponde realizar una interpretación restrictiva del artículo 376°.2.d para advertir que la prohibición de formular preguntas sugestivas solo se ha impuesto para el interrogatorio o examen del acusado, y no para el contraexamen.

4.2 El examen o interrogatorio directo de testigos

A) El testigo en el nuevo Código Procesal Penal

En principio, el testigo es aquella persona que ha percibido por sus sentidos el hecho punible, sus circunstancias o cualquier otro hecho sobre el cual las partes hubieran hecho alguna afirmación y sea objeto de prueba. Por excepción y subsidiariamente, se admiten las declaraciones de testigos de referencia y testigos técnicos.

En cuanto a su capacidad para prestar testimonio, toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la Ley (art. 162°.1). Dicho de otro modo, no son de aplicación supletoria las causales de tacha de testigos del Código Procesal Civil. Los casos de los testigos impedidos por la ley están previstos en el artículo 165°.

El nuevo Código Procesal Penal impone al testigo un conjunto de obligaciones tales como: 1) el deber de concurrir al juzgado cuando es citado, salvo excepción expresa de ley, incluso tratándose de los testigos que pueden abstenerse de rendir testimonio; 2) el deber de prestar declaración; es decir que no puede negarse a rendir testimonio, salvo que se trate de uno de los testigos exceptuados (art. 165°)⁶⁷; y 3) el de responder con verdad a las preguntas que se le hagan (art. 163°.1).

El testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría desprenderse su responsabilidad penal. El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguna de las personas mencionadas en el numeral 1) del artículo 165°⁶⁸.

⁶⁷ Aun en los casos en que un testigo no está obligado a declarar judicialmente por estar exceptuado por la ley, está obligado a proporcionar sus datos personales y las razones por las que está exceptuado de declarar o por las que no desea declarar en el caso que la ley le otorgue la facultad de decidir si lo hace o no. Solo así se podrá controlar si realmente tiene el derecho a no declarar.

⁶⁸ Artículo 165°.- Abstención para rendir testimonio.-
1. Podrán abstenerse de rendir testimonio el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquél que tuviera relación de convivencia con él. Se extiende esta facultad, en la misma medida, a los parientes por

Tampoco el testigo policía, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado puede ser obligado a revelar los nombres de sus informantes. Si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones proporcionadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas (art. 163°.3).

Según el artículo 166° del nuevo Código Procesal Penal, la declaración del testigo versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba. No se permite al testigo expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades, salvo cuando se trate de un testigo técnico.

Cuando el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado (art. 166°.2).

Si el testigo se halla en el extranjero, se procederá conforme a lo dispuesto por las normas sobre cooperación judicial internacional. En estos casos, de ser posible se utilizará el método de videoconferencia o el de filmación de la declaración, con intervención —si corresponde— del cónsul o de otro funcionario especialmente habilitado para tal efecto (art. 169°.2).

-
- adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes aún cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial. Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte.
2. Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la Ley deban guardar secreto profesional o de Estado:
- a) Los vinculados por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre ellos se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por Ley expresa. Sin embargo, estas personas, con excepción de ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.
 - b) Los funcionarios y servidores públicos si conocen de un secreto de Estado, esto es, de una información clasificada como secreta o reservada, tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que los cite. En estos casos se suspenderá la diligencia y se solicitará información al Ministro del Sector a fin de que, en el plazo de quince días, precise si, en efecto, la información requerida se encuentra dentro de los alcances de las excepciones establecidas en el texto único ordenado de la Ley de la materia.
3. Si la información requerida al testigo no se encuentra incurso en las excepciones previstas en la Ley de la materia, se dispondrá la continuación de la declaración. Si la información ha sido clasificada como secreta o reservada, el juez, de oficio o a solicitud de parte, en tanto considere imprescindible la información, requerirá la información por escrito e inclusive podrá citar a declarar al o a los funcionarios públicos que correspondan, incluso al testigo inicialmente emplazado, para los esclarecimientos correspondientes.

B) *La práctica del examen o interrogatorio directo*

El primer interrogatorio que se realiza a un declarante por la parte que lo ha propuesto como su testigo, se conoce como el interrogatorio directo (art. 375°.3). Para la efectividad del interrogatorio directo se exige: exactitud, completitud y detalle. En el interrogatorio directo se sigue esta estructura básica: la introducción, la acreditación del testigo y el relato de los hechos.

El interrogatorio directo es el primer interrogatorio de un testigo. Es aquél que efectúa el fiscal o abogado que presenta al testigo, con el propósito de establecer o aportar prueba sobre alguna de sus alegaciones. Según las técnicas de la litigación penal, en el interrogatorio directo bajo ningún concepto el protagonista puede ser el abogado, tiene que ser el declarante. Ciertamente su finalidad es que el juzgador pueda ver y escuchar todo lo que el testigo es capaz de aportar al caso.

El artículo 378°.2 prescribe que el examen de los testigos se sujete —en lo pertinente— a las mismas reglas del interrogatorio del acusado. En lo pertinente, significa que se deberá estar a la naturaleza y características propias del testigo—quien no ejerce derecho de defensa a través de su testimonio— y de su testimonio —fidelidad de sus respuestas—.

Según la norma procesal citada, corresponde el interrogatorio directo a la parte que ha ofrecido la prueba y luego a las restantes (art. 378°.2). Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni deberán ver, oír o ser informados sobre lo que ocurra en la sala de audiencia.

La limitación contenida en el artículo 378°.2 *in fine*, referida a que no se puede leer la declaración de un testigo interrogado antes de la audiencia, cuando hace uso de su derecho a negar el testimonio en el juicio, resultaría contradictoria si asumimos su tenor literal, pues sería contraria a la permisión contenida en el artículo 378°.8, que autoriza el uso para el contraexamen de las declaraciones previas del propio testigo, así como la posibilidad de que frente a una contradicción del testigo con una declaración anterior que no se puede superar de otra manera, se pueda leer la misma (art. 378°.6). Se trata, en consecuencia, de una limitación general que admite las salvedades antes anotadas.

Los objetivos del interrogatorio directo son:

- a) Demostrar la credibilidad de nuestro testigo.
- b) Presentar y enfatizar los aspectos del relato que sustentan nuestras proposiciones fácticas.
- c) Acreditar e introducir al juicio prueba material y documental.
- d) Obtener información relevante para el análisis de otra prueba.

En el examen o interrogatorio directo, las preguntas deberán ser directas, claras, pertinentes y útiles (art. 376°.2.c). No son admisibles las preguntas capciosas, las impertinentes, las repetidas o las que contengan respuestas sugeridas (art. 376°.2.d). Al juez le corresponde moderar el interrogatorio y evitar que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes; y procurar que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes, en ese mismo acto, podrán solicitar la reposición de las decisiones de quien dirige el debate, cuando éstas limiten el interrogatorio (art. 378°.4).

Las preguntas en el examen o interrogatorio directo:

Preguntas introductorias: son aquellas cuya formulación permite a los testigos y al juez situarse en el contexto en el cual se va a desarrollar el examen directo. Ejemplo: *Sr. Suárez, ahora voy a preguntarle acerca de sus relaciones con el acusado, específicamente acerca de su relación profesional.*

Preguntas de transición: son aquellas que permiten variar el contenido del relato, para derivar en otro aspecto de él. Ejemplo: *Establecido lo anterior Sr. Suárez, ahora quisiera que nos centremos en qué sucedió durante la reunión del 3 de marzo.*

Preguntas abiertas: son aquellas que debido a su formulación invitan al testigo a hablar o a manifestar abiertamente lo que sabe. Ejemplo: *¿Qué hizo el 7 de junio?*

Preguntas cerradas: son aquellas que focalizan la declaración del testigo en aspectos muy específicos del relato —de la prueba—, relevantes para el caso de quien presenta al testigo. Ejemplo: *¿De qué color era su cabello?*

Preguntas sugestivas: son aquellas que conllevan su propia respuesta. Ejemplo: *¿Tenía el acusado un cuchillo en la mano?* Lo correcto sería preguntar: *¿Qué tenía el acusado en la mano?* En el examen o interrogatorio directo no se acepta el uso de las preguntas sugestivas, salvo que el juez lo autorice cuando la parte que lo ofreció justifique que se trata de un testigo hostil o de un testigo que tiene dificultad para expresarse.

Para la práctica del examen o interrogatorio directo, las técnicas de litigación penal aconsejan lo siguiente: a) preparar el testimonio; b) preparar al testigo —lo que en modo alguno puede significar influir para una modificación de su versión o para que sostenga aquello que no ha percibido por sus sentidos—; c) emplear lenguaje común y sencillo; d) ir directamente al punto; e) escuchar al testigo; f) controlar el ritmo del interrogatorio; g) adelantar debilidades y explicarlas; h) no leer el interrogatorio; i) pedir aclaraciones sobre las respuestas del testigo; y j) no usar muletillas

4.3 *El contraexamen o contrainterrogatorio de testigos*

Es el interrogatorio de un testigo por la parte adversa. Según FONTANET, el contrainterrogatorio es el interrogatorio que realiza la parte contra quien se ha ofrecido el testimonio del declarante. El contrainterrogatorio está limitado a aquellas áreas cubiertas en el interrogatorio directo y a todas aquellas relacionadas con la credibilidad del declarante. Se sustenta esencialmente en las denominadas “repreguntas”. Se encuentra contemplado expresamente en el artículo 378º.8. El contrainterrogatorio no tiene una estructura rígida. BERGMAN señala que en contraste con el formato narrativo del interrogatorio directo, en su forma típica el contrainterrogatorio tiene un formato temático, donde se busca aclarar puntos específicos.

Los objetivos del contrainterrogatorio son:

- a) Aportar aspectos positivos a nuestro caso.
- b) Destacar aspectos negativos del caso de la parte contraria.
- c) Impugnar la credibilidad del testigo de la parte contraria.
- d) Sentar las bases para la admisibilidad de una prueba documental o material.

Como ya se ha dicho, a diferencia del examen o interrogatorio directo, en el contraexamen o contrainterrogatorio no existe una estructura definida; antes bien, se trata de apuntar hacia aquellas porciones de la declaración del testigo rival que pueden ser impugnadas como inverosímiles, falsas o inconsistentes.

Las técnicas de interrogación aconsejan el uso de preguntas sugestivas, que se encuentran prohibidas para el interrogatorio directo pero no para el contrainterrogatorio. A diferencia del examen directo, la relación entre el litigante y el testigo no está, por lo general, basada en la empatía y la cooperación. En la gran mayoría de los casos, dada la naturaleza del proceso acusatorio con rasgos adversariales, el testigo no va a estar identificado con el examinador. Por esta razón es que, como norma general, se permite el uso de preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio.

No solo pueden emplearse preguntas sugestivas, que suelen ser cerradas, sino también preguntas abiertas, que inducen al testigo a hablar, aumentando las posibilidades de que incurra en alguna inconsistencia, contradiga a otro testigo de la contraparte o aporte información útil a nuestro caso, ante lo cual el abogado deberá estar atento y preparado para reaccionar.

Un aspecto muy particular del contrainterrogatorio lo constituye el uso de las declaraciones previas. La citada técnica de litigación se encuentra expresamente prevista en el artículo 378º.7:

“Se podrá leer la parte correspondiente de una declaración anterior del testigo cuando surge una contradicción con su declaración anterior que no se puede superar de otra manera. Y el artículo 378º.8: Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.”

Para utilizar las declaraciones previas de un testigo al que contraexaminamos, suele haber un procedimiento que sigue los siguientes pasos:

- a.- Antes que nada, debemos pedir al testigo que fije exactamente cuál es su actual testimonio (ese por el cual lo pretendemos desacreditar).
- b.- Trabajamos sobre las condiciones de credibilidad de la declaración previa, aquélla que queremos contrastar con el testimonio actual.
- c.- Obtenemos la declaración previa inconsistente, y seguimos adelante.

Las técnicas de litigación penal sugieren para el contrainterrogatorio los siguientes consejos:

- Formular en lo posible solamente preguntas sugestivas.
- Solo preguntar lo que se sabe que contestará el testigo.
- Ser breve y formular preguntas sencillas.
- Emplear las declaraciones previas del testigo.
- No permitir que el testigo explique.
- Saber cuándo preguntar.
- Saber cuándo terminar.
- Escuchar la contestación y no pelear con el testigo.
- No repetir el interrogatorio directo.

4.4 *Nuevo interrogatorio de testigos*

El artículo 378º10 faculta a las partes a solicitar al juez su autorización para realizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubiesen declarado en la audiencia. Esta disposición no debe ser interpretada solo como una posibilidad de ampliación del testimonio de un testigo, sino también como la posibilidad de utilizar el interrogatorio re–directo o re–contrainterrogatorio.

El interrogatorio re-directo, es el segundo interrogatorio que hace la parte que ha presentado al testigo; está orientado a rehabilitar al testigo, especialmente en cuanto a su credibilidad, cuando ésta haya sido afectada en el curso del contrainterrogatorio.

El re-contrainterrogatorio es el segundo contrainterrogatorio. Es el interrogatorio de un testigo que, con posterioridad al interrogatorio re-directo del que ha sido objeto, le formula la parte que lo sometió al contrainterrogatorio. El propósito del re-contrainterrogatorio es que la parte adversa al testigo tenga la oportunidad de desacreditar o refutar la prueba de rehabilitación.

4.5 *Examen especial de testigos*

El nuevo Código Procesal Penal reconoce algunas formas de actuación probatoria dada la naturaleza o las características propias de los testigos o circunstancias ajenas de carácter temporal, residencia, o temor a algún riesgo que pudiera correr el testigo o la espontaneidad de su declaración, estableciendo para ello un conjunto de reglas especiales.

Así, tratándose del examen del testimonio de un menor de dieciséis años, éste será conducido por el juez en base a las preguntas y contrainterrogatorios presentados por el fiscal y las demás partes. Podrá aceptarse el auxilio de un familiar del menor y/o de un experto en psicología. Si, oídas las partes, se considerase que el interrogatorio directo al menor de edad no perjudica su serenidad, se dispondrá que el interrogatorio prosiga con las formalidades previstas para los demás testigos. Esta decisión puede ser revocada en el transcurso del interrogatorio (art. 378°.3).

En el caso de que se tema que el acusado, testigo o perito, no diga la verdad en presencia del acusado, el juez podrá —a pedido de parte o de oficio— ordenar que aquél no esté presente en la audiencia durante el interrogatorio. Dado el grado de afectación del derecho a confrontación —entendido como que el testigo declara en presencia del acusado—, ha de entenderse que la petición deberá estar mínimamente justificada (art. 380°.1).

Del mismo modo se procederá si, en el interrogatorio de un menor de diez y seis años, se teme un perjuicio relevante para él, o si, en el interrogatorio de otra persona como testigo o perito, en presencia del acusado, existe el peligro de un perjuicio grave para su integridad física o su salud. Tan pronto como el acusado esté presente de nuevo, debe instruírsele sobre el contenido esencial de aquello que se ha dicho o discutido en su ausencia.

Cuando los testigos o peritos no puedan concurrir a la Sala de Audiencias por un impedimento justificado, deberán ser examinados en el lugar donde se hallen por el juez (art. 381°.1); es el caso de los privados de libertad o los enfermos. Si el testigo o perito se encuentra en un lugar distinto al del juicio, el juez podrá trasladarse hasta dicho lugar o alternativamente emplear el sistema de videoconferencia, pudiendo ser representadas las partes por sus abogados (art. 381°.2).

Solamente en casos excepcionales se producirá la comisión a otro juez para la práctica de pruebas, pudiendo intervenir en la misma los abogados de las partes; el acta deberá reproducir íntegramente la prueba y, si se cuenta con los medios técnicos correspondientes, se reproducirá a través del video, la filmación o el audio (art. 381°.3). Este mecanismo excepcional no debe utilizarse en principio para la actuación de las pruebas personales, sino para las documentales, materiales y que requieran actuaciones en determinados lugares de difícil acceso, como es el caso de las inspecciones oculares. En segundo lugar, debe autorizarse la participación del representante del Ministerio Público y de los abogados de las partes en la diligencia.

4.6 Las objeciones

En el sistema acusatorio adversativo, el término objeción significa poner reparo a algún elemento o material de prueba que pretenda introducir en el proceso alguna de las partes o el juez. Las partes se podrán objetar unas a otras, pero siempre por conducto del juez (efecto triangular). Las objeciones están expresamente contempladas en el artículo 378°.4.

Para FONTANET⁶⁹ las objeciones son el procedimiento utilizado para oponerse a la presentación de evidencia inadmisibles, como también para objetar un comportamiento indebido durante el juicio.

Al objetar, aparte de poder identificar que la pregunta —o la contestación— es objetable, el abogado debe poder identificar el fundamento correcto; pero, más importante aún, evaluar la procedencia de objetar.

Las objeciones tienen tres requisitos básicos: a) *Oportuna*: la objeción debe hacerse tan pronto surja la situación que da lugar a la misma. b) *Específica*: al hacer la objeción, la parte debe señalar específicamente qué es lo que se objeta. c) *Fundamento correcto*: la objeción puede ser oportuna y específica, pero no procede si no se invoca el fundamento correcto de acuerdo al derecho probatorio o procesal penal aplicable.

- En las técnicas de litigación penal se reconocen dos tipos de objeciones:
- a) Objeciones sobre aspectos de forma: pregunta sugestiva, argumentativa, repetitiva, etc.
 - b) Objeciones sobre aspectos sustantivos: falta de pertinencia, testigo carece de capacidad testifical, prueba de referencia, falta de autenticación, materia privilegiada, etc.

Motivos para objetar preguntas:

La pregunta solicita información impertinente (art. 378°.4). No está relacionada con lo que es objeto de prueba o se trata de un hecho que no puede ser considerado objeto de prueba (ver art. 156°).

La pregunta es sugestiva (art. 378°.4). La pregunta sugestiva es aquella pregunta que sugiere al testigo la respuesta deseada por la parte que lo interroga. Es recomendable que se objeten solo aquellas preguntas sugestivas en las cuales la sugestividad esté relacionada con la médula o aspectos cruciales del caso. Se proscribe, por lo general, en el interrogatorio directo.

La pregunta es repetitiva (art. 378°.4). Si la pregunta formulada es respondida por el testigo, no debe permitirse que se siga repitiendo la pregunta una y otra vez, pues sería la de nunca acabar. Además, se prestaría para que una parte ponga énfasis de manera impropia en un punto específico. Esto no quiere decir que no se pueda repetir una pregunta. Lo que se pretende es que no se continúe con el mismo asunto, si éste ya fue respondido apropiadamente.

La pregunta es capciosa (art. 378°.4). Las preguntas capciosas pueden ser entendidas como aquellas que, por el modo en que son elaboradas, inducen a error al testigo, favoreciendo de esta forma a la parte que las formula. Son aquéllas basadas en el artificio o el engaño, que se hacen con el propósito de obtener conclusiones favorables a la tesis de aquél que formula la pregunta. Son aquéllas que encierran engaño o pueden provocar confusión. El ejemplo

⁶⁹ FONTANET MALDONADO, Julio. *Principios y técnicas de la práctica forense*. Segunda Edición. Jurídica Editores. San Juan de Puerto Rico 2002, pág. 69.

clásico de la pregunta capciosa es cuando se pregunta en forma aseverativa al testigo: *“Lo cierto es que ya usted dejó de pegarle a su esposa”*. Como quiera que responda, ya sea afirmativa o negativamente, estará reconociendo que le ha pegado a su esposa.

La pregunta es compuesta. Las preguntas deben ser hechas de forma clara y precisa, para que tanto el testigo como el juzgador no se confundan. Las preguntas compuestas, es decir dos o más preguntas en una, tienden a confundir y en los procesos de naturaleza penal eso es lo menos aconsejable. A pesar de ello, algunos abogados defensores son de la opinión, sin estar muy lejos de la realidad, que la mejor táctica para lograr la absolución de su representado es precisamente crear confusión en el juzgador. Sin embargo, lo correcto es hacer una pregunta a la vez, pues el testigo debe tener la oportunidad de aceptar una y negar otra. Por ejemplo, si se pregunta al testigo si entró o no en el restaurante y almorzó, el testigo debe tener la oportunidad de negar cualquiera de los dos elementos de la pregunta.

La pregunta es especulativa: La pregunta especulativa es aquélla que supone hechos no ocurridos en la realidad e incita al testigo a presumir, imaginar, suponer, y a emitir su particular opinión sobre hechos ficticios e irreales. Ejemplo de ello sería que una parte, en un caso de accidente de tránsito ocurrido en un día lluvioso, le preguntara al testigo: *“¿Cree que si no hubiese estado lloviendo ese día, el accidente hubiese ocurrido de la misma forma en que sucedió?”* Es especulativa, pues supone hechos que no corresponden a la realidad de lo que supuestamente ocurrió.

La pregunta es argumentativa. La pregunta argumentativa es aquella que se refiere esencialmente a discutir con el testigo, sugiriendo falsedad por parte de éste. Si la respuesta que ofrece el testigo a la parte que lo interroga no es la que ésta esperaba o deseaba, puede formular otras preguntas para aclarar la situación, pero no puede entrar en argumentaciones o discutir con el testigo. La parte litigante pregunta y el testigo responde; esas y no otras son sus funciones en los interrogatorios.

La pregunta es ambigua. La pregunta ambigua es aquella que no es clara, que no se entiende o que puede estar sujeta a varias interpretaciones por parte del testigo. ¿Cómo puede exigirse o pretenderse una respuesta directa y concreta si la pregunta resulta confusa en su exposición?

La pregunta se refiere a materia privilegiada. Se refiere a aquella información que, aunque pertinente, se excluye por ser materia confidencial, secreto profesional, estatal o de seguridad de Estado, relación entre cónyuges, relación abogado-cliente, etc. Todo depende de las materias privilegiadas expresamente legisladas en el artículo 165°.2 del nuevo Código Procesal Penal para poder invocar la objeción. Estos privilegios deben ser interpretados de forma restrictiva.

Motivos para objetar respuestas:

El testigo no responde a lo que se le pregunta. El testigo está en el proceso para responder a las preguntas que se le formulen y no para decir lo que él desee

expresar. Por lo tanto, su respuesta debe limitarse a lo que en específico se le preguntó, y nada más. Esta objeción puede ser invocada por la parte que no está formulando el interrogatorio. Es decir, cuando la pregunta la hace la parte contraria y el testigo no responde a lo que se le pregunta. Pero también puede ser formulada por el que está contrainterrogando al testigo, cuando éste responde algo distinto a lo que se le pregunta. En ese caso, se puede solicitar el auxilio del tribunal para que oriente y ordene al testigo que responda específicamente a lo que se le pregunta.

El testigo responde más de los que se le pregunta. Esta objeción se hace cuando el testigo responde correctamente a la pregunta, pero continúa declarando sobre aspectos que no se le formularon en la misma. Tan pronto el testigo responda a lo que se le preguntó, ahí debe terminar.

El testigo emite opinión y no es perito. Los testigos, excepto aquellos calificados como peritos, solo pueden declarar sobre los hechos que les consten de propio y personal conocimiento. Únicamente los testigos calificados como peritos pueden emitir opiniones sobre su campo de especialización. Por lo tanto, cuando un testigo que no haya sido acreditado como perito emite su opinión personal sobre determinado asunto, puede ser objetado.

El testigo emite conclusión valorativa. La función de los testigos es responder a las preguntas que les sean formuladas. No están para emitir conclusiones o juicios de valor sobre lo observado por ellos, ni para hacer suposiciones o interpretaciones personales de lo que haya sucedido. Por lo tanto, su función es describir lo observado u oído por ellos, y es el juzgador, con base en esa información, el que debe llegar a las conclusiones correspondientes. Un ejemplo muy común es cuando un testigo afirma algo como lo siguiente: *“Pedro salió corriendo porque me vio”*. Ello es una valoración y conclusión muy personal del testigo, puesto que quien únicamente podría declarar si Pedro salió corriendo *porque lo vio*, con firmeza y conocimiento, es precisamente la persona que salió corriendo (Pedro) y no el testigo que así lo percibió. Nadie podría dar fe por lo que vio otro, ni de que ello fuera la razón para actuar como lo hizo. Solo se podría permitir que declare que Pedro salió corriendo, pues de ello sí puede dar fe.

Otra conclusión valorativa muy común es cuando el testigo, al responder a la pregunta *supone*, por ejemplo, que tal cosa ocurrió por determinada razón. Si fuera cuestión de suponer, todos podrían suponer algo distinto y no es de eso que trata el proceso. El testigo solamente puede declarar lo que le consta de propio y personal conocimiento. Las suposiciones del testigo no tienen cabida en el sistema acusatorio.

4.7. Examen de peritos

Los peritos son aquellas personas que por su conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada, pueden brindar una explicación y mejor comprensión de algún hecho objeto de prueba (art. 172°.1). Para ello es necesario que sean designados en forma

expresa por el fiscal o el juez, no siendo preciso este requisito cuando se trate de organismos especializados como los que establece el artículo 173°.2. Las operaciones periciales y sus comprobaciones deben constar en un informe (art. 178°).

Una de las pruebas que mayor complejidad presenta tiene relación con la prueba de peritos, pues supone por parte del litigante que presentará la pericia el dominio de las técnicas de examinación directa, y además del conocimiento —por lo menos general— de la ciencia, arte u oficio que el perito domina y sobre la base de la cual se arribará a determinadas conclusiones científicas o técnicas que deben ser consultadas en el examen directo. Todo esto habrá de hacerse permitiendo que los jueces logren comprender la relevancia de la opinión experta⁷⁰.

De lo señalado se desprende que el litigante debe recibir un asesoramiento básico sobre el significado de la pericia, sobre la confiabilidad del método empleado por el perito, sobre los resultados de la misma, sobre las conexiones que dichos resultados tienen con la teoría del caso que el litigante va a presentar, y sobre la forma de preguntar para obtener una respuesta útil a los efectos de la estrategia del juicio.

El examen directo de los peritos es concebido como la revisión de aquellos expertos en determinada ciencia, arte u oficio, que han sido presentados con las debidas acreditaciones en la audiencia de preparación del juicio oral, para que puedan explayarse en el juicio sobre sus conocimientos y los resultados de las pericias por ellos practicados a determinadas personas, objetos o lugares⁷¹.

El examen o interrogatorio directo de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario, se ordenará la lectura del dictamen pericial. Luego se exhibirá el dictamen y se les preguntará si corresponde al que han emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del mismo. A continuación se les pedirá que expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba para luego continuar con los restantes (art. 378°.5).

Para el examen de los peritos se aplican, al igual que en el caso de los testigos, las técnicas del interrogatorio directo y del contrainterrogatorio. Los peritos deben expresar la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento; incluso, durante el contrainterrogatorio, pueden ser confrontados con sus propios dichos (art. 378°.8) u otras opiniones presentadas en el juicio, y particularmente en el debate pericial si es que tiene lugar en la audiencia. Si el perito declara que no recuerda una afirmación u opinión brindada anteriormente, se puede leer la parte correspondiente del acta sobre su

⁷⁰ BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Editorial Lexis Nexos. Santiago de Chile 2005, p. 186-187.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 187.

interrogatorio anterior para que haga memoria. En igual sentido se procederá cuando surja una contradicción con la declaración anterior, que no se pueda contestar o superar de otra manera (art. 378°.6).

Los peritos están facultados para consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio. En caso necesario se realizará un debate pericial, para lo cual se ordenará la lectura de los dictámenes periciales o informes científicos o técnicos que se estimen convenientes (art. 378°.7).

Son aplicables a los peritos las reglas especiales para el examen de los testigos, en los casos previstos en los artículos 380° y 381° del nuevo Código Procesal Penal.

4.8 *Actuación de la prueba material*

Un viejo dicho muy popular que se atribuye a los chinos es: “una imagen vale más que mil palabras”. La observación visual de ciertos objetos representa una evidente ventaja al momento de relatar una historia, pues puede llegar a ser mucho más esclarecedora que la sola declaración de testigos y peritos⁷². En ello reside la importancia de la forma en que es incorporada la prueba material.

A diferencia de la forma en que se realizan los juicios con arreglo al todavía vigente Código de Procedimientos Penales, donde lo que se presenta no es la evidencia material sino el acta en la que se describe la misma —muchas veces deficientemente—; en el nuevo juicio los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes (art. 382°.1). La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella (art. 382°.2).

Es menester resaltar que la exhibición o presentación en juicio de la prueba material siempre requiere, como paso previo, que el acusado, testigo o perito haya descrito con detalle el medio de prueba, demostrando al juez que lo conoce perfectamente; luego se procede a ponérselo a la vista. Es indispensable que la prueba material pueda ser revisada por las otras partes, con el fin de verificar su autenticidad, y si no se ha producido alguna alteración de la prueba —especialmente en la cadena de custodia—.

Una vez controlado el medio de prueba por la contraparte, corresponderá que el objeto sea exhibido al acusado, testigo o perito, tomando la precaución de evitar ser sugestivo. Lo que se pretende es que el acusado, testigo o perito explique al juez las características del objeto, que se refiera a las razones por las cuales conoce el objeto, dónde fue encontrado, etc. Esto es lo que en las técnicas de litigación penal se denomina “autenticación”. Es el acusado, testigo o perito el invitado a declarar que el objeto de prueba es lo que se

⁷² BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. *Op. cit.*, pág. 224.

afirma que es. Las preguntas que usualmente se formulan son: a) ¿conoce usted este objeto?; b) ¿puede describirlo?; c) ¿por qué lo conoce?, etc.

4.9 La actuación de otros medios de prueba

Si para conocer los hechos, siempre que sea posible y que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o que ésta resultara manifiestamente insuficiente, el juez penal —de oficio o a pedido de parte—, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo (art. 385°.1).

Para la actuación de una inspección o de una reconstrucción, conforme lo autoriza el artículo 385°.1, la condición de que no se hubiera realizado en la investigación preparatoria, hay que tomarla con relatividad. Sobre todo tratándose de la reconstrucción, pues este medio de prueba tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas, conforme lo señala el artículo 192°.3. En ese caso, las declaraciones base para la reconstrucción ya no serán las diligencias practicadas en la investigación preparatoria, sino las declaraciones vertidas en el juicio oral. Lo recomendable es que, debido al principio de inmediación, la reconstrucción la realice el juez del juicio.

4.10 La presentación y lectura de la prueba documental

El artículo 393° del nuevo Código Procesal Penal establece que solo se podrán utilizar para la deliberación las pruebas legítimamente incorporadas en el juicio. Entre aquellas pruebas se encuentran las que pueden ser incorporadas mediante su lectura en el juicio.

No solo puede ser objeto de lectura la prueba documental, sino también las actas de la prueba anticipada y la prueba preconstituida, a las que el artículo 325° lasimila a los actos de prueba. Según el nuevo Código, la prueba preconstituida se caracteriza por tratarse de actuaciones objetivas e irreproducibles.

Según el artículo 383°.1 se pueden incorporar al juicio mediante su lectura:

- a) Las actas conteniendo la prueba anticipada.
- b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones.
- c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se dará lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.

- d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior.
- e) Las actas levantadas por la policía, el fiscal o el juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles, actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

La lectura se lleva a cabo a pedido del fiscal o de los defensores. La inicia el fiscal, luego el abogado del actor civil y del tercero civil, y culmina con el abogado del acusado. El que solicite la lectura deberá indicar con precisión el folio o los documentos, y destacará en forma oral el significado probatorio que considere útil (art. 384°.1). La oralización incluye, además del pedido de lectura, el que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta (art. 383°.3).

No se pueden leer los documentos o actas que se refieren a la prueba practicada en la audiencia ni a la actuación de ésta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse en el juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor (art. 383°.2).

La lectura se realiza a pedido del fiscal o los defensores. Quien pida la lectura indicará el folio o documentos, y destacará oralmente el significado probatorio que considere útil (art. 384°.1).

Cuando los documentos o informes fueran muy voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra. De igual manera, se podrá prescindir de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenándose su lectura o reproducción parcial (art. 384°.2).

Los registros de imágenes, sonidos o en soporte informático podrán ser reproducidos en la audiencia, según su forma de reproducción habitual (art. 384°.3).

Una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra —por breve término— a las partes para que, si lo consideran necesario, expliquen, aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido.

4.11 La prueba sobre la prueba

Si como consecuencia de la práctica de una prueba surgiera una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez puede autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque éstas no hubieran sido ofrecidas oportunamente. Se persigue con ello brindar elementos al juez para que en la valoración de la prueba desestime la prueba practicada por la contraparte, en

atención a su falta de fiabilidad. No se trata, pues, del ofrecimiento de alguna prueba nueva sobre los hechos mismos, sino de una destinada a echar por tierra la fuerza probatoria de un medio de prueba ya practicado en el juicio.

El uso de la prueba sobre la prueba se encuentra autorizado por el artículo 385°. 2, al señalar que, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de la prueba, el juez —de oficio o a pedido de parte— podrá disponer la actuación de nuevos medios probatorios, si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. Y la veracidad precisamente es lo que se contrasta del contenido de un medio probatorio cuando se practica prueba sobre la prueba. En ese sentido, para verificar la idoneidad psíquica de un testigo —incluso menor de edad—, el juez puede ordenar de oficio la realización de las pericias que correspondan (art. 162°.2). Esta facultad conferida al juez es de suma relevancia para establecer la fiabilidad probatoria de los menores de edad, que muchas veces son manipulados para incriminar por delito de violación de la libertad sexual.

La prueba sobre la prueba no es una novedad en el ordenamiento procesal penal peruano. El artículo 254° del Código de Procedimientos Penales establece que las partes pueden ofrecer testigos —cuyo número no puede exceder de dos— para demostrar los motivos de parcialidad que tiene un testigo en juicio, y se limitarán a declarar sobre dicha materia.

CAPÍTULO VI

**LA VALORACIÓN
DE LA PRUEBA**

1. NOCIÓN

La actividad probatoria tiene tres momentos: en primer lugar, la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas (producción de la prueba), la valoración y la decisión sobre los hechos probados.

La valoración es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. Tiende a establecer cuál es su real utilidad para los fines de la formación de la convicción en el juez sobre las afirmaciones sobre los hechos que dieron origen al proceso. Según FERRER BELTRÁN, el objetivo de la valoración es determinar el grado de corroboración que el material probatorio aporta a cada una de las posibles hipótesis fácticas en conflicto⁷³.

Para GASCÓN ABELLÁN, la valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de las informaciones aportadas al proceso mediante los medios de prueba. Más exactamente, valorar consiste en evaluar si esas afirmaciones (en rigor, hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas⁷⁴.

En tanto operación intelectual realizada por los jueces, la valoración de las pruebas presenta dos características: de una parte, ser un procedimiento progresivo y, de otra, ser una operación compleja. En relación con la primera de estas características, no se debe perder de vista que para poder dictar un relato de hechos probados, el juez debe previamente realizar diversas operaciones (valorar la fiabilidad probatoria del concreto medio de prueba, interpretar la prueba practicada, etc.), las cuales le suministran los elementos necesarios para la valoración final de la prueba. En lo que respecta el carácter complejo de la actividad de valoración, no se debe olvidar que en la valoración de las pruebas el juez maneja un conjunto de elementos de diversa naturaleza que le permitirán llegar a deducir un relato global de los hechos probados⁷⁵.

2. SISTEMAS DE VALORACIÓN

Los principales sistemas de valoración son: el sistema de prueba legal o tasada, y el sistema de libre convicción o sana crítica.

⁷³ FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*. Editorial Marcial Pons, Madrid 2007, pág. 91.
⁷⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Segunda Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid 2004, pág. 157.
⁷⁵ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2003, pág. 199.

2.1. Sistema de prueba legal o tasada

En el sistema de prueba legal o tasada, es la ley la que establece o prefija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba. Esto es, explicita la regla de experiencia conforme a la cual se establecerá la credibilidad de una prueba. En este sistema la ley señala las condiciones conforme a las cuales el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia, y en qué casos no puede hacerlo.

La prueba tasada consiste en el establecimiento por parte del legislador, y consiguiente imposición al juez, de un conjunto de reglas vinculantes mediante las cuales se limitan los elementos de prueba utilizables para formar la convicción; esto es, se establece un *numerus clausus* de medios probatorios, sancionándose, además, de forma previa —en lo que constituye una sustitución de la labor del juez por el propio legislador—, el valor que ha de atribuirse a cada instrumento de prueba, así como las condiciones y requisitos que han de sucederse para alcanzar un determinado valor absoluto o parcial⁷⁶.

Como apunta VARELA⁷⁷, el sistema de la prueba tasada, al menos en la época moderna, fue impuesto como una reacción contra fallos descalificantes debido a la arbitrariedad que ostentaban y para poner remedio a tal situación. También constituyó un medio de civilizar la administración de justicia frente a la existencia de jueces ignorantes o arbitrarios.

Nuestro Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863 se adscribió en materia probatoria al sistema de prueba legal o tasada. Así, conforme a dicho código, la prueba era plena cuando la única consecuencia que de ella podía deducirse era la culpabilidad del acusado; y semiplena, cuando no excluía la posibilidad de que el acusado fuera inocente, o menos culpable, del delito que se le imputaba. Además, varias pruebas semiplenas formaban plena prueba, cuando concurriendo contra una misma persona hacían imposible su inocencia. Si el acusado contradecía y destruía alguna prueba semiplena de las reunidas que formaban prueba plena, quedaba ésta destruida (art. 99º).

Para que las declaraciones de los testigos sean prueba plena, se requiere que exista cuerpo del delito y que haya por lo menos dos testigos presenciales de excepción, conformes en cuanto a la persona, al hecho, al tiempo y al lugar (art. 101º).

La declaración de un testigo prueba semiplenamente, si da razón de su dicho. Si no la da, o hace una cita que no puede absolverse, se reputa presunción (art. 101º).

Cuando no hay cuerpo de delito, la prueba testimonial no tiene valor alguno.

⁷⁶ ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Inpeccp Fondo Editorial. Lima 2008, pág. 8.

⁷⁷ VARELA, Casimiro. *Valoración de la prueba*. 2ª. Reimpresión de la 2ª. Edición. Buenos Aires 2004, pág. 154.

Los instrumentos auténticos y los públicos hacen plena prueba, excepto en delito de falsificación del mismo documento; en cuyo caso, se debe probar de otro modo la criminalidad del autor (art. 103º). Los instrumentos privados, que se otorgaron antes de que se cometiese el delito, hacen prueba semiplena, cuanado son legalmente reconocidos.

La prueba oral consiste en la confesión del reo; y para ser plena, necesita los requisitos siguientes (art. 105º):

- 1º. Que esté legalmente producida;
- 2º. Que sea libre y espontánea;
- 3º. Que exista cuerpo del delito;
- 4º. Que cuando menos esté probada semiplenamente, por otros medios distintos de la confesión, la criminalidad de que el reo se confiese delincuente.

La confesión del reo, unida solamente a indicios, nada prueba en contra suya (art. 106º).

Si del proceso resulta plenamente probada la delincuencia del reo, se le condenará.

Si no resulta prueba alguna contra el reo o acredita éste su inocencia, se le absolverá definitivamente, condenando al querellante en costas, daños y perjuicios.

Si solo hubiere prueba semiplena se le absolverá de la instancia (la absolución de la instancia deja abierto el juicio, para cuando se presenten nuevas pruebas en contra o a favor del reo, durante el término de la prescripción del derecho de acusar).

La sentencia condenatoria que no se funde en prueba plena es nula, y genera la responsabilidad del juez.

El sistema de prueba legal o tasada fue abandonado al advertirse una serie de desventajas, sobre todo porque el riguroso estándar de prueba llevaba en muchos casos a dictar sentencias de absolución de la instancia, en lugar de pronunciamientos sobre el fondo. Entre las desventajas de la prueba tasada se señalan: convertía en función mecánica la tarea del juez en la valoración de las pruebas, conducía con frecuencia a declarar como verdad una simple apariencia formal, y se producía un divorcio entre la justicia y la sentencia, sacrificando los fines del proceso a una fórmula meramente abstracta⁷⁸.

Sin duda, tal sistema frente al propósito de descubrir la verdad real, no se evidencia como el más apropiado para ello, pues bien puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda probarse de un modo diferente del previsto por la ley. Por esa razón, por lo general hoy en día se ha abandonado, aunque sus reglas no deban descuidarse a la hora de la libre valoración del juez.

⁷⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, pág. 94.

2.2. Sistema de libre convicción

En el sistema de libre convicción, el juez forma su convicción sobre la base de las pruebas, sin sujetarse a reglas jurídicas preestablecidas. Se reconocen dos formas de libre convicción: la íntima convicción y la libre convicción o sana crítica.

En la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando las pruebas según su leal saber y entender. A ésta debe agregársele otra característica, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales.

Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal —pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces ajenas a la verdad real)—, presenta como defecto evidente el hecho de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de cometer una arbitrariedad y, por ende, una injusticia.

El sistema de la libre convicción o sana crítica, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige —a diferencia de lo que ocurre en aquél— que las conclusiones a las que se llega sean el fruto racional de las pruebas en que se apoyen.

Claro que si bien en este sistema el juez no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad encuentra un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado obtenga conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir las normas de la lógica, la ciencia y la experiencia común.

La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a las que se llega, así como los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.

Para GASCÓN ABELLÁN⁷⁹ la libre convicción no es un criterio positivo de valoración alternativo al de las pruebas legales, sino un principio metodológico (negativo), que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión. En tanto principio negativo, no nos dice cómo valorar ni cómo determinar la aceptabilidad de una hipótesis. Por ello la necesidad de construir criterios racionales para la valoración de la prueba, que puedan ser justificados y controlados.

⁷⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Op. cit.*, págs. 158-159.

La valoración racional de la prueba se sustenta en que el grado de confirmación de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas⁸⁰. Es decir, una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (la confirman); o, mejor aún, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos.

Una hipótesis viene refutada por las pruebas disponibles si éstas se hallan en contradicción con aquélla. Una hipótesis viene confirmada por una prueba si existe un nexo causal o lógico entre ambas, que hace que la existencia de la prueba constituya una razón para aceptar la hipótesis. El grado de confirmación de una hipótesis es, pues, equivalente a su probabilidad; es decir, a la credibilidad de la hipótesis a la luz del conjunto de conocimientos disponibles.

3. LAS REGLAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL SOBRE LA VALORACIÓN

Si bien el Código de Procedimientos Penales de 1940, se adscribía al sistema de libre convicción, bajo el llamado criterio de conciencia previsto en el art. 283°, en modo alguno constituía un criterio positivo de valoración.

Por el contrario, el nuevo Código Procesal Penal no solo se adscribe al sistema de libre valoración, sino que se decanta por 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.

El nuevo Código Procesal Penal contiene normas jurídicas generales y específicas sobre la valoración de la prueba, así como un conjunto de reglas extrajurídicas.

Solo pueden ser objeto de valoración las pruebas incorporadas legítimamente en el juicio oral (art. 393°.1).

No pueden ser utilizadas para la valoración las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. VIII° T.P.).

Para la valoración de las pruebas, en primer lugar el juez procederá a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás (art. 393°.2).

En la valoración de la prueba, el juez expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados (art. 158°.1).

El artículo 394°.3 del nuevo Código exige que la sentencia contenga la motivación sobre la valoración de las pruebas que sustentan los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, con indicación del razonamiento que la justifiquen.

⁸⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Op. cit.*, pág. 179.

Los artículos 158°.1 y 393°.2 del nuevo Código Procesal Penal establecen que, en la valoración de la prueba, el juez deberá respetar las reglas de la sana crítica, especialmente los principios de la lógica, la ciencia o los conocimientos científicos, y las máximas de la experiencia.

El Código Procesal Penal contiene diversas pautas o criterios para la valoración de determinadas pruebas. Así, el artículo 160° establece las condiciones para valorar la confesión del acusado. El artículo 158°.2 señala que en los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos, colaboradores o situaciones análogas, se hace necesario la corroboración extrínseca. En tanto que el artículo 158°.3 regula los requisitos o condiciones para la valoración de la prueba por indicios.

4. LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

Por disposición del artículo 393°.2 del nuevo Código Procesal Penal, la valoración probatoria debe, especialmente, respetar las reglas de la sana crítica conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

En principio, la sana crítica significa libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia. Implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis. El criterio valorativo está basado en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a su juzgamiento, y no debe derivar solamente de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica.

Más que reglas específicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos constituyen criterios racionales adecuados para que el juez forme su convicción sobre los hechos.

4.1. Los principios o reglas de la lógica

El primer grupo viene a estar conformado por las leyes o principios lógicos que informan la validez del juicio de valor finalmente expuesto en los autos. Estos principios nos van a permitir evaluar si el razonamiento, en tanto estructura discursiva, es formalmente correcto; es decir, si no ha violado alguna ley del pensar.

Los principios o reglas básicas de la lógica aplicables en el proceso son:

El principio de identidad: cuando en un juicio, el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto-predicado, el juicio es necesariamente verdadero.

El principio de contradicción: no se puede afirmar y negar respecto de algo una misma cosa al mismo tiempo. Según este principio “la misma cosa no puede ser y no ser a la vez, y bajo el mismo respecto”; es decir, al mismo tiempo o en el mismo sentido. Por lo tanto, no es correcto afirmar y negar a la

vez la existencia de un hecho, la calidad de una cosa, la aplicación de una norma, etc. Se viola este principio cuando se afirma y se niega conjuntamente una cosa o una característica de un mismo objeto.

El principio del tercero excluido: de dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero. Se sostiene la verdad de uno y la falsedad del otro enunciado opuesto contradictoriamente, aunque sin precisar cuál de ellos es el verdadero y cuál el falso. Este principio es similar al de contradicción; enseña que entre dos proposiciones contradictorias, necesariamente una es verdadera y la otra es falsa, y que ambas no pueden ser verdaderas y falsas a la vez. Se afecta este principio, por citar un ejemplo, si se valora un medio probatorio que momentos antes fue declarado improcedente por ser manifestamente impertinente (en efecto, al valorarlo se está reconociendo su pertinencia, a pesar de que momentos antes se dijo todo lo contrario); o cuando se dice que un testigo es idóneo para acreditar determinado hecho y acto seguido que no lo es.

El principio de razón suficiente: este es el principio de soldadura entre las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia. La ley de la razón suficiente se formula así: para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada; es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera.

El principio de verificabilidad o de razón suficiente permite controlar o verificar si la motivación de la decisión en general, y el juicio de valor emitido sobre los medios probatorios y el material fáctico en particular, están lo suficientemente fundados para que la motivación y la valoración se consideren correctas.

4.2. Las reglas o máximas de la experiencia

El grupo de las reglas de la experiencia está conformado por el número de conclusiones extraídas de una serie de percepciones singulares pertenecientes a los más variados campos del conocimiento humano (técnica, moral, ciencia, conocimientos comunes, etc.), consideradas por el juez como suficientes para asignar un cierto valor a los medios probatorios.

Son reglas contingentes, variables en el tiempo y en el espacio; y están encaminadas a argumentar el valor probatorio asignado a cada medio probatorio en particular, como primordialmente a su conjunto. Estas reglas, de otro lado, no pueden ser determinadas, por los menos de una manera pretendidamente exhaustiva. Ello no tendría sentido puesto que, si bien es importante detectarlas, no olvidemos que es el juez quien libremente las escoge y determina: solo le exigiremos que sea lógico, prudente y sensible para optar, en el caso concreto, por las reglas o pautas que mejor satisfagan al descubrimiento de la verdad.

La conceptualización originaria de la idea de máxima de la experiencia fue formulada por FRIEDRICH STEIN en 1893, en su conocidísima obra sobre

El conocimiento privado del juez:

“son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.

La generalización surge de la observación⁸¹.

La máxima de la experiencia es una regla general que se construye inductivamente según la experiencia relativa a determinados estados de cosas. Esta regla puede ser empleada por el juez como criterio para fundamentar sus razonamientos: siendo una regla general, le sirve al juez como premisa mayor de los silogismos en los que se articula su razonamiento.

Como señala GARCIMARTIN MONTERO, su contenido es muy amplio y puede abarcar cualquier ámbito del saber (desde la vida común hasta las ciencias naturales, desde la vida social hasta el arte), siendo las más habituales las de tipo científico o técnico. Pero no necesariamente ha de ser así, pues pueden tener también un contenido cultural o social⁸².

Funciones de las reglas de la experiencia:

Según STEIN, las reglas de la experiencia cumplen las siguientes funciones:

- Para hacer valoración de los medios probatorios. Por ejemplo, para juzgar si un testigo pudo o no apreciar determinado hecho a ciento cincuenta metros.
- Para que se puedan indicar hechos que están fuera del proceso, por medio de otros (lo que se conoce como indicios) y a los cuales se refiere STEIN así: *Los indicios son hechos, es decir acontecimientos o circunstancias, a partir de los cuales y por medio de la experiencia, se puede concluir en otros hechos que están fuera del proceso y constituyen el objeto de la prueba.*
- En todo lo que tiene relación con el miramiento de si un hecho es imposible. En efecto, escribe STEIN: *Una tercera e independiente función de las máximas de la experiencia, que por un lado todavía se refiere al derecho probatorio y por otro pertenece al enjuiciamiento del supuesto del hecho material, es la determinación de la imposibilidad de un hecho.*

⁸¹ Para determinar si estamos frente a un caso de lesiones o tentativa de homicidio, se pueden emplear diversas reglas de experiencia: clase de arma, reiteración de su empleo, región afectada y distancia. Reunidas marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la agresión.

⁸² GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El objeto de la prueba en el proceso civil*. Cedecs Editorial S.L. Barcelona 1997, pág. 88.

Ejemplos de análisis de la prueba con el empleo de reglas de la experiencia:

*Se dan por probados los siguientes hechos (objetivos):
El empresario aceitero Juan Medina refinó en las instalaciones de su empresa una serie de partidas de aceite industrial que contenía anilina, un compuesto químico venenoso que se intentó eliminar del aceite mediante un proceso de refinado para su introducción posterior en el mercado como producto apto para el consumo humano. Varias personas consumieron el aceite, muriendo a consecuencia del efecto tóxico de la anilina. La acusación atribuye a Juan Medina la condición de autor de diversos homicidios dolosos. La defensa niega que el acusado conociera el carácter venenoso de la anilina y, además, sostiene que dicho acusado no se representó que, tras el proceso de refinado, pudieran permanecer restos de tal producto en el aceite.*

Para llegar a la condena del acusado como autor de un homicidio doloso, como pretende la acusación, el razonamiento judicial debe basarse en la aplicación de una serie de silogismos encadenados.

1º/

Premisa Mayor (regla de experiencia): todos los empresarios aceiteros conocen el carácter venenoso (mortal) de la anilina.

Premisa menor (hecho probado): el acusado ejercía la profesión de empresario aceitero en el momento de los hechos.

Conclusión: el acusado conocía el carácter venenoso (mortal) de la anilina en el momento de los hechos.

2º/

Premisa Mayor (regla de experiencia): quien intenta refinar una partida de aceite, extrayendo de éste su contenido de anilina, es consciente de que pueden permanecer restos de tal producto tóxico tras el proceso de refinado si no se adoptan posteriores medidas de control.

Premisa menor (hecho probado): el acusado refinó una partida de aceite intentando extraer de ésta su contenido de anilina sin adoptar posteriores medidas de control.

Conclusión: el acusado fue consciente de que podían permanecer restos de anilina en el aceite tras el proceso de refinado.

Las dos conclusiones obtenidas en los anteriores silogismos pasan ahora a desempeñar el papel de hechos probados (plenamente acreditados) en los razonamientos posteriores que debe llevar a cabo el tribunal sentenciador:

3º/

Premisa Mayor (regla de experiencia): quien sabe que la anilina es venenosa (mortal) y trata de refinar aceite que contiene anilina, siendo consciente de que pueden permanecer restos de ésta, es a la vez consciente de que existe riesgo de que el aceite siga conteniendo anilina y, por lo tanto, sea venenoso (mortal) tras el proceso de refinado.

Premisa menor (hechos probados): el acusado sabía que la anilina era venenosa y fue consciente de que en el proceso de refinado del aceite existía el riesgo de que permanecieran restos de este producto.

Conclusión: el acusado fue consciente de que tras el proceso de refinado

existía el riesgo de que el aceite continuara conteniendo anilina y, por lo tanto, de que fuera venenoso (mortal).

4º/

Premisa Mayor (regla de experiencia): quien introduce en el mercado de comestibles un producto, siendo consciente del riesgo de que dicho producto sea venenoso (mortal), es también consciente de que está creando un riesgo de muerte para potenciales consumidores.

Premisa menor (hecho probado): el acusado introdujo aceite en el mercado de comestibles siendo consciente del riesgo de que tal aceite fuera venenoso (mortal).

Conclusión: el acusado era consciente de que estaba creando un riesgo de muerte para potenciales consumidores al introducir el aceite en el mercado.

4.3. Las reglas de la ciencia o los conocimientos científicos

Las exigencias de racionalidad, de controlabilidad y de justificación del razonamiento probatorio del juez, determinan que deba recurrir a la ciencia, o sea a conocimientos que se forman por fuera del Derecho y que se caracterizan por la peculiar aceptabilidad debida al hecho de que resultan de las investigaciones y búsquedas de carácter científico.

En la cultura moderna, la referencia a los conocimientos científicos responde de modo particularmente eficaz a la necesidad de certeza que se manifiesta en muchos sectores de la experiencia individual y social.

Dado el avance vertiginoso de los descubrimientos científicos, el juez solo puede emplear para la valoración de la prueba aquellos conocimientos científicos cuya aceptabilidad resulte segura. Dicho de otro modo, deberá aplicar las reglas de la ciencia o conocimientos científicos asentados, conocidos por la generalidad.

Precisamente en 1993, la Corte Suprema de los Estados Unidos, al decidir el caso *Daubert*, pronunció una sentencia famosa en la que se indican varios criterios a los cuales los jueces deberían atenerse para asegurarse de que “la ciencia” que se introduce en el proceso como base para comprobar los hechos, efectivamente corresponda a cánones de validez científica, controlabilidad y falseabilidad empírica, conocimiento y aceptación generalizados entre la comunidad científica.

Si bien el hecho de recurrir a la ciencia como instrumento de racionalización del razonamiento fáctico del juez abre perspectivas interesantes y provee un conjunto de conocimientos utilizables con garantías de confiabilidad indudablemente superiores a las ofrecidas por la mera experiencia común, por otro lado genera problemas de difícil solución vinculados a la validez de los conocimientos científicos de que hace uso el juez y a la manera en que emplea y utiliza estos conocimientos.

Con frecuencia las reglas de la ciencia o los conocimientos científicos forman parte de las reglas o máximas de la experiencia, precisamente porque se trata de generalizaciones.

Entre las reglas de la ciencia más conocidas se tienen las leyes de Newton (de la inercia, de la fuerza y de la acción y reacción), la ley de la gravitación universal, las leyes de la termodinámica (primera (conservación de la energía), segunda y tercera) o las leyes fundamentales de la química (ley de conservación de la masa, ley de las proporciones definidas, ley de las proporciones múltiples y ley de las proporciones recíprocas), entre otras muchas.

Es obvio que al valorar una prueba de balística forense, el juez deberá tomar en consideración la ley de acción y reacción, pues al efectuarse un disparo se produce siempre una reacción, lo que puede alterar el curso del proyectil. Para valorar el dicho de un testigo acerca de la velocidad con la que el acusado conducía el vehículo que colisionó con el de la víctima, el juez, empleando la regla científica: *La fuerza que actúa sobre un cuerpo es directamente proporcional al producto de su masa y su aceleración*; simplemente con verificar el estado en que quedaron ambos vehículos podrá establecer con verosimilitud la velocidad a la que iba dicho vehículo.

5. EL EXAMEN INDIVIDUAL DE LAS PRUEBAS

Es preciso distinguir dos grandes fases en la valoración de la prueba: una primera que podemos denominar examen individual de las pruebas⁸³, y una segunda que llamaremos examen global de todos los resultados probatorios. No se trata de una mera cuestión metodológica sino de un mandato del nuevo Código Procesal Penal, cuando señala que, para la apreciación de las pruebas, el juez penal procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás (art. 393°.2).

En lo que respecta al examen individual, que se dirige a descubrir y valorar el significado de cada una de las pruebas practicadas en la causa, se encuentra integrado por un conjunto de actividades racionales: juicio de fiabilidad, interpretación, juicio de verosimilitud, comparación de los hechos alegados con los resultados probatorios.

a) El juicio de fiabilidad probatoria

En *primer lugar*, el juez comprueba que la prueba incorporada al juicio tenga todos los requisitos formales y materiales para alcanzar su finalidad; es decir para demostrar o verificar la certeza y la veracidad del hecho controvertido. Esta actividad judicial aporta un elemento fundamental para la valoración global de las pruebas, puesto que si un concreto medio de prueba carece de

⁸³ El examen individual se corresponde con lo que la doctrina denomina “prudente apreciación” de las pruebas. Esencialmente la finalidad perseguida con dicho examen es la fijación o determinación del contenido acreditado por cada uno de los medios de prueba practicado en un proceso. Este objetivo solo se podrá alcanzar si el juez respeta las reglas procedimentales que constituyen una prudente apreciación de las pruebas. De ahí que, por lo tanto, la motivación deba incluir justificación expresa sobre el respeto a las reglas de una prudente apreciación, así como la indicación de las máximas de la experiencia empleadas para determinar el contenido y la fiabilidad de cada medio de prueba.

alguna de las exigencias materiales o formales legalmente exigidas, el resultado probatorio que se obtenga con la misma no podrá ser tenido en cuenta, o bien perderá parte de su eficacia probatoria en el momento del examen global de todas las pruebas.

La verificación de la concurrencia de los requisitos de cada uno de los medios de prueba introducidos en la causa constituye una de las premisas básicas del análisis probatorio que influirá posteriormente en el convencimiento del juez. Y por ello cuando exista cualquier circunstancia —por ejemplo, la falta de alguno de los requisitos formales o materiales de la prueba— que provoque dudas sobre la credibilidad o fiabilidad de un concreto medio de prueba, la motivación deberá incluir una explicación o justificación expresa de la decisión del juez de no tomar en cuenta el eventual contenido de la prueba debido a la falta de fiabilidad del medio probatorio en que se articule.

El juicio de fiabilidad de la prueba atiende principalmente a las características que debe reunir un medio de prueba para cumplir su función, y a la posibilidad de que el mismo medio suministre una representación del hecho que sea atendible sin errores y sin vicios. Así, por ejemplo, la fiabilidad de una prueba documental exigirá un control de su autenticidad, mientras la de una prueba testifical exigirá comprobar que la misma cumpla todos los requisitos previstos en la ley.

Ahora bien, este examen de fiabilidad de un medio de prueba no solo se limita a realizar la indicada verificación, sino que también requiere la aplicación de la correspondiente máxima de la experiencia al concreto medio probatorio, para que de este modo el juez pueda alcanzar una opinión sobre la capacidad de dicho medio para dar a conocer un hecho concreto. En este sentido, no se debe olvidar que el hecho de que un medio de prueba pueda eventualmente pasar con éxito el juicio de fiabilidad del que estamos hablando, en modo alguno significa la veracidad del hecho que se dirija a probar. Y es que este examen de la fiabilidad no es un juicio sobre la veracidad del hecho que constituya el objeto de un medio de prueba, sino que se limita a ser un juicio sobre la posibilidad de usar un concreto medio de prueba como instrumento para acreditar un hecho determinado.

Para CLIMENT DURÁN⁸⁴, en el juicio de fiabilidad o confianza interesa determinar ante el juzgador, antes que nada, si el testigo o el perito reúnen —al menos externa o aparentemente— las suficientes condiciones de normalidad como para poder fiarse de lo que dicen (independientemente de que luego se crea o no se crea el contenido de sus manifestaciones), e igualmente ha de determinar el juzgador si los documentos aportados presentan externamente los requisitos exigibles para poder desplegar la eficacia probatoria que en principio les viene otorgada.

En la fase del juicio de fiabilidad, el juez efectuará un análisis sobre la legitimidad del medio de prueba, así como de la forma en que se ha

⁸⁴ CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo I, 2ª. edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2005, págs. 87-88.

incorporado. Si el medio de prueba se ha incorporado al juicio en forma ilegítima, no podrá ser utilizado para la valoración (arts. VIIIº T.P. y 393º.1).

Cuidará también que se trate de actos de prueba, o de prueba anticipada o prueba preconstituida, equiparados a los primeros por disposición del artículo 325º. Tratándose de las llamadas diligencias sumariales (prueba anticipada y prueba preconstituida), equiparadas a los actos de prueba, y que como tales accederán al juicio mediante su lectura, deben ser objeto de un control judicial sobre la legalidad de su producción, a fin de comprobar si al tiempo de practicarse se han ajustado a cuantas exigencias legales vienen impuestas.

El análisis de fiabilidad debe comprender la verificación de la concurrencia de los requisitos, tanto para la práctica de cada prueba en concreto como de las condiciones para su valoración. Así, todo testigo presta juramento o promesa de honor de decir la verdad (art. 170º.1), pero al testigo de referencia se le exigirá además que proporcione la identidad de la persona fuente de su conocimiento; en caso contrario no podrá ser utilizado su testimonio (art. 166º.2).

Uno de los medios de prueba que mayores problemas de fiabilidad genera en su práctica, es el reconocimiento de personas, por lo que el juez deberá tener el cuidado de verificar la concurrencia de sus requisitos y condiciones. Así, deberá constatar que quien haya realizado el reconocimiento, previamente haya descrito a la persona a reconocer; que a ésta se le haya puesto a la vista junto con otras personas de aspecto exterior semejantes, y que recién luego se le haya preguntado sobre si la reconoce o no (art. 189º.1).

Si luego del examen de fiabilidad se verifica que la prueba es ilegítima o adolece de absoluta fiabilidad al no cumplir con un requisito esencial, el medio de prueba no podrá ser utilizado para estimar como probado o no un hecho. Simplemente se excluye del acervo probatorio. Si luego del examen de fiabilidad se verifica que, por ejemplo, el reconocimiento de una persona se realizó con descripción previa de sus rasgos físicos, pero sin que se le hubiera puesto a la vista con otras personas semejantes, su credibilidad o fiabilidad disminuye, pero no necesariamente se excluye del acervo probatorio; en todo caso, no podrá por sí solo fundar una declaración de culpabilidad, pero podrá ser valorado con el resto de los medios de prueba.

b) Interpretación del medio de prueba

En segundo lugar, después de haber verificado la fiabilidad del medio de prueba, es necesario proceder a la interpretación de la prueba practicada. Con esta labor, el juez ha de tratar de determinar y fijar el contenido que se ha querido transmitir mediante el empleo del medio de prueba por la parte que lo propuso.

Como apunta CLIMENT DURÁN⁸⁵, se trata de determinar qué es lo que exactamente ha expresado y qué es lo que se ha querido decir mediante la

⁸⁵ CLIMENT DURÁN, Carlos. *Op. cit.*, pág. 92.

persona o el documento que comunica algo al juzgador, como paso ineludiblemente previo a la valoración de tal manifestación. Se habla así de interpretación de las pruebas como operación previa a su valoración, todo lo cual queda englobado en la genérica apreciación de las pruebas. La determinación del significado de los hechos aportados por cada medio probatorio se efectúa mediante los correspondientes razonamientos deductivos o silogísticos, cuya premisa mayor está integrada por las denominadas “*máximas de la experiencia sobre el uso del lenguaje*”, bien se trate del lenguaje general, bien de lenguajes correspondientes a ambientes más específicos, bien de giros correspondientes a dialectos o idiomas.

Mediante esta actividad se busca extraer la información relevante, el elemento de prueba, lo que el testigo proporcionó como información acerca de algún hecho, lo que el documento representa o las opiniones o conclusiones del perito. No se trata de obtener un resumen de lo vertido por el testigo, sino de seleccionar información con base en los enunciados fácticos de las hipótesis de acusación o defensa.

Si bien el hecho de determinar o seleccionar el contenido fáctico a extraer de una testimonial no está regido por normas jurídicas, existiendo un margen de discrecionalidad, no significa que no sea racional. El juez obtiene el contenido de los medios de prueba asegurándose de que el mismo guarde relación o pertinencia con los enunciados fácticos formulados por las partes, y que además sea lo suficientemente preciso y a la vez exhaustivo.

Así, por ejemplo, de la declaración de un testigo en un caso de homicidio, el juez extrae como información o contenido relevante el dicho del testigo de que vio al acusado ingresar a las once de la noche a la casa del agraviado, y que lo pudo ver desde una distancia de cien metros. Aquí se puede notar que, por un lado, el juez recoge la versión del testigo, lo que percibió según sus sentidos; pero además las condiciones en que lo percibió.

Esta actividad resulta esencial para conocer la circunstancia o proposición fáctica que la prueba pretende transmitir. La interpretación, por lo tanto, solo se dirige a determinar el hecho que constituye el objeto de la prueba practicada. Con tal finalidad, el juez usa máximas de la experiencia que le orientan y le permiten determinar el contenido fáctico que subyace a la prueba.

La interpretación es un paso previo y necesario para que el órgano jurisdiccional pueda realizar la valoración de las pruebas, ya que difícilmente se podrá valorar una prueba sin conocer antes su significado. En esta actividad, el juez emplea máximas de la experiencia en el uso del lenguaje que le permiten comprender el significado buscado por la parte al proponer y practicar la prueba objeto de la interpretación.

c) *El juicio de verosimilitud*

Una vez determinado el significado de los hechos aportados por cada uno de los medios probatorios hechos valer por las partes, el juzgador ha de entrar

en el examen de esos mismos hechos. Con este fin, tras haber determinado el juzgador el significado de lo expuesto por el correspondiente medio probatorio, deberá hacer una valoración sobre la verosimilitud de los hechos relatados por el testigo o por el documento, para lo que deberá efectuar cuantos razonamientos deductivos o silogismos precise, valiéndose para ello de la máxima de experiencia que considere más acertada para cada caso concreto⁸⁶.

La apreciación de la verosimilitud de un resultado probatorio permite al juez comprobar la posibilidad y aceptabilidad del contenido obtenido de una prueba a través de su correspondiente interpretación. El órgano jurisdiccional verifica la aceptabilidad y la posibilidad abstracta de que el hecho obtenido de la interpretación del medio de prueba pueda responder a la realidad, de manera que el juzgador no deberá utilizar aquellos resultados probatorios que sean contrarios a las reglas comunes de la experiencia⁸⁷.

En lo que respecta la motivación de este juicio de verosimilitud, no hay duda que una adecuada y completa justificación del juicio de hecho debería incluir una expresa mención al resultado de dicho examen, así como una explícita indicación del criterio de análisis empleado (máxima de la experiencia), pues ambos son elementos fundamentales del razonamiento valorativo del juzgador.

d) *La comparación entre los resultados probatorios y los hechos alegados*

Después de haber determinado qué hechos reputa verosímiles o creíbles de entre los expuestos a través de los medios probatorios —desechando todo aquello que se le presenta como increíble o inverosímil—, el juez se encuentra frente a dos clases de hechos: de un lado, los hechos inicialmente alegados por las partes y, de otro lado, los hechos considerados verosímiles que han sido aportados a través de los diversos medios de prueba practicados. Y en ese momento el juez ha de confrontar ambas clases de hechos para determinar si los hechos alegados por las partes resultan o no confirmados por los contenidos de los resultados probatorios. De esta manera, el propio juez examina los límites de su cognición, toda vez que los hechos probados que no coincidan con los hechos alegados por las partes no podrán ser tenidos en cuenta por el juzgador, por no formar parte del *thema decidendi*. Esta es una clara manifestación de la importancia que reviste el principio de aportación de parte sobre la racionalidad del juicio de hecho, hasta el punto de ser el criterio fundamental que preside la selección judicial de los hechos probados.

⁸⁶ CLIMENT DURÁN, CARLOS. *Op. cit.*, pág. 92.

⁸⁷ La verosimilitud requiere que el contenido de la prueba respete absolutamente las reglas de la física y de la naturaleza. Esto significa que no será verosímil un resultado probatorio que se oponga a las leyes naturales. Así, por ejemplo, por mucho que de la interpretación de una prueba testifical se obtenga como resultado el hecho de que tirado un libro desde dos metros de altura éste no cae sino que flota, no hay duda en este caso de que el resultado probatorio no puede superar el juicio de verosimilitud por contradecir la ley de la gravedad, lo que motiva que el mismo no sea posible ni aceptable en la realidad.

La labor que el juez debe hacer en esta fase radica en comparar los hechos alegados con los hechos considerados verosímiles, y comprobar si éstos reafirman o consolidan aquellas originarias afirmaciones o si, por el contrario, las desacreditan, las debilitan o las ponen en duda.

Por ello, CLIMENT DURÁN⁸⁸ sostiene que la valoración es, ante todo, una labor de comparación entre los hechos afirmados por las partes y las afirmaciones instrumentales que, aportadas por los diversos medios probatorios, se reputan como ciertas o como realmente sucedidas. Pero, además de comparar las afirmaciones básicas con las afirmaciones instrumentales, la valoración también consiste en una labor de inducción de un hecho a partir de uno u otros hechos previamente afirmados como probados, tras la referida labor inicial de comparación. Y, en el caso de que alguna de las afirmaciones básicas no se reputa probada, así habrá de ser declarado, determinándose las consecuencias perjudiciales derivadas de esa falta de probanza en función de la aplicación del principio de la carga de la prueba.

6. EL EXAMEN DE CONJUNTO O GLOBAL DE LAS PRUEBAS

Un *segundo momento* en la valoración de las pruebas viene constituido por el examen global de todos los resultados probatorios obtenidos en la causa. El juez, tras el análisis de cada una de las pruebas practicadas, procede a realizar una comparación entre los diversos resultados probatorios de los distintos medios de prueba con el objeto de establecer un *iter fáctico*, que se plasmará en el relato de hechos probados. La necesidad de organizar de un modo coherente los hechos que resulten acreditados por las diversas pruebas, sin contradicciones y de conformidad con la base fáctica empleada para alcanzar el efecto jurídico pretendido por la parte, son las finalidades que se persiguen con dicho examen global.

El examen global, es decir la confrontación entre todos los resultados probatorios, se encuentra sometido al principio de completitud de la valoración de la prueba. Este es un principio de orden racional, incluso antes que jurídico, que exige que la acreditación de los hechos objeto del proceso se consiga sobre la base de todas las pruebas que hayan sido incorporadas a la causa, y que se hayan revelado esenciales y útiles para establecer los hechos de la causa. Este principio de valoración completa o de complitud presenta una doble dimensión. De un lado, aquella ya enunciada conforme a la cual el juez determinará el valor probatorio de cada prueba que tenga por objeto el mismo hecho, y después procederá por confrontación, combinación o exclusión a considerar las diversas posibles versiones sobre ese mismo hecho, para terminar escogiendo aquélla que aparezca confirmada por un mayor grado de atendibilidad. De otro lado, encontramos la dimensión global del principio de complitud, según la cual previamente a la redacción del relato de hechos probados se debe tener en cuenta todos los resultados probatorios extraídos por el juez en la aplicación de la dimensión individual de este principio.

⁸⁸ CLIMENT DURÁN, Carlos. *Op. cit.*, pág. 94.

La valoración completa de todas las pruebas practicadas constituye un presupuesto necesario para lograr una valoración de las pruebas que tenga en cuenta todos los elementos precisos para una adecuada redacción del relato de hechos probados. En este sentido, no se debe perder de vista que la complitud en la valoración evita que el juzgador pueda incurrir en un vicio tan pernicioso como la valoración unilateral de las pruebas. Este defecto de la actividad judicial se produce cuando el juez justifica su propio convencimiento sobre la *quaestio facti*, utilizando para ello solo los elementos de prueba que sostengan su decisión, sin hacer la más mínima mención a las pruebas que la contradigan; o bien cuando el juzgador, en lugar de obtener la decisión del juicio de hecho de todos los resultados probatorios disponibles en la causa, elige *a priori* una versión de los hechos para posteriormente seleccionar los resultados probatorios que la confirman, dejando de lado los demás. Por lo tanto, la importancia de una valoración completa radica en que mediante ésta se garantiza que el órgano jurisdiccional examine y tenga en cuenta todos los posibles resultados probatorios, aunque posteriormente no sean utilizados en la justificación de la decisión del *thema decidendi*.

7. LA EXPOSICIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS Y LOS CRITERIOS ADOPTADOS

Constituye una garantía constitucional el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 139°.5 de la Constitución). Pero, además, de manera específica en la motivación sobre la valoración de la prueba, el juez está en la obligación de exponer los resultados obtenidos y los criterios adoptados (art. 158°.1).

Los resultados obtenidos no son otra cosa que los resultados parciales (consecuencia del examen individual de las pruebas) y de conjunto (examen global de las pruebas). Para IGARTUA SALAVERRÍA⁸⁹ el resultado probatorio es el desenlace de las operaciones mentales mediante las cuales el juez concluye que los elementos de prueba demuestran o no el hecho imputado.

La motivación debe incluir expresa indicación de los resultados obtenidos en cada una de las fases.

Por otro lado, exponer los criterios adoptados en la valoración de la prueba, significa explicitar y justificar los criterios de convencimiento judicial empleados.

En la doctrina existen diversos modelos o criterios de convencimiento judicial. Un primer modelo sostiene que en la valoración de la prueba el juez no debe pretender alcanzar un conocimiento de la verdad, entendida como certeza moral, sino simplemente acreditar —sobre la base de las pruebas practicadas— si un concreto *iter fáctico* presenta un cierto grado de verosimilitud. La decisión vendrá determinada a favor de la prueba que tenga el mayor porcentaje de verosimilitud. Sobre la base de dicho criterio, se ha desarrollado el “principio de la prevalencia mínima de verosimilitud”, conforme al cual, a falta de otras razones más poderosas, el juez debe limitarse a acreditar y dar por probado un hecho,

⁸⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*; Editorial Thomson – Civitas. Madrid 2004, pág. 109.

apoyándose siquiera en una ligera prevalencia en cuanto a la verosimilitud de una prueba frente a las otras practicadas. Otra teoría considera que el criterio del convencimiento judicial se encuentra en el grado de atendibilidad del enunciado que tenga por objeto un hecho probado. Dicho grado de atendibilidad es el resultado final de un procedimiento de inferencia o de probabilidad lógica entre el enunciado de un hecho como cierto y los elementos de prueba en función de los cuales el enunciado aparece como atendible. El juez deberá elegir entre las diversas versiones de cada uno de los hechos y entre cada combinación de hechos relevantes, aquella versión que aparezca sostenida por la mayor cantidad de material probatorio disponible⁹⁰.

Para considerar probado un hecho, el juez debe utilizar un criterio de convencimiento, bien sea la verosimilitud, la atendibilidad o cualquier otro, pero además debe cumplir con la obligación de indicar en la motivación el criterio empleado. Puesto que, si no da a conocer el criterio usado para elegir una concreta versión del hecho a probar, la elección del juez se torna incontrolable o irracional.

A modo de conclusión, es conveniente resaltar que la racionalidad de la justificación de la cuestión fáctica se consigue cuando se indica expresamente el criterio valorativo del juzgador y, al mismo tiempo, se muestran los resultados producidos por la aplicación del criterio de convencimiento elegido entre los diversos medios de prueba actuados en el juicio.

CAPÍTULO VII

**REGLAS O PAUTAS ESPECÍFICAS
DE VALORACIÓN**

⁹⁰ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias*, pág. 228.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La valoración racional de la prueba como forma del sistema de libre apreciación o convicción, no solo se sujeta a reglas extrajurídicas tales como la lógica, la ciencia o las máximas de la experiencia, sino también —en determinados supuestos— a reglas, pautas o criterios establecidos por la ley o por la jurisprudencia.

El juez no puede actuar con una alta dosis de subjetivismo o discrecionalidad en el momento de la valoración, sino que tal proceso debe sujetarse a las reglas de la sana crítica y a algunas de carácter jurídico que se imponen por criterios de racionalidad.

SAN MARTÍN señala que tales reglas son una explicitación de máximas de experiencia que, fruto del razonamiento inductivo, se han convertido en garantía, a través de las cuales se busca claridad y adecuación a la racionalidad, para estimar si la entidad de la prueba va contra la presunción de inocencia. Se trata de indicar al juez cuáles son los requisitos mínimos para que una valoración de la prueba sea racional. Se trata de reglas mínimas.

En la doctrina, autores como PAGANO⁹¹ señalan que tales reglas son una manifestación de prueba legal, pero en sentido negativo y no positivo. La prueba legal, en su sentido negativo, se constituye como una barrera al arbitrio del juez; mientras que en sentido positivo está dirigida a imponer automáticamente la condena.

Para IPPÓLITO⁹², si bien en el plano de la teoría del conocimiento el modelo de las pruebas legales negativas no resulta menos insostenible que el sistema de las pruebas legales positivas, en el plano jurídico las pruebas legales negativas equivalen a una *garantía* contra la convicción errónea o arbitraria de culpabilidad, asegurando normativamente la necesidad de la prueba y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario. Teóricamente, puede estimarse epistemológicamente frágil, pero sólidamente garantista.

La importancia de las reglas específicas para la valoración, incluso bajo la idea de pruebas legales negativas, surge de la necesidad de valorar pruebas escasamente fiables tales como la confesión, la declaración del coimputado, la declaración de la víctima o del testigo único, la declaración de arrepentidos o colaboradores y la prueba indiciaria, entre otras. De ahí que el objetivo de fijar reglas, pautas o

⁹¹ Citado por IPPOLITO, Darío. “Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: La teoría de las pruebas judiciales en Filangieri y Pagano”. En: Revista *Jueces para la democracia* N° 61. Marzo 2008, págs. 69-75.

⁹² IPPOLITO, Darío. *Op. cit.*, págs. 69-75.

criterios por el legislador o la jurisprudencia no sea otro que otorgar confiabilidad o racionalidad a la valoración de la prueba.

MIRANDA ESTRAMPES⁹³ sostiene que la libertad de valoración no impide, en principio, que la jurisprudencia o la propia ley pueda establecer determinadas reglas objetivas de utilización de la prueba, así como de suficiencia probatoria. Aunque algunos estiman que tales reglas suponen una injerencia en las facultades de libre valoración que tienen los tribunales, y la reaparición de reglas de prueba tasada. No obstante, tales reglas de suficiencia se limitan a indicar al juez cuáles son las condiciones objetivas requeridas para la utilización de algunas pruebas, pero no determinan con carácter previo el valor o mérito de las mismas; esto es, su capacidad de persuasión. Una vez constatada la concurrencia de tales condiciones, el juez mantiene su libertad para atribuirles o no valor probatorio en orden a estimar destruida la presunción de inocencia.

2. LA CONFESIÓN DEL ACUSADO

A diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, el nuevo Código Procesal Penal define la confesión y establece las condiciones o criterios para que el juez le otorgue valor probatorio.

La confesión debe consistir en la admisión de los cargos o en la imputación formulada en su contra por el imputado (art. 160°.1). Se trata de una admisión simple y llana, en principio, y no de una calificada, en la que se puede admitir el hecho principal pero sin incorporar una circunstancia de atenuación, justificación o exculpación. Aquí es preciso señalar que una cosa es la confesión como elemento de prueba a ser valorado por el juez, y otra, la oportunidad en que se formula o si hay pruebas de cargo en contra del acusado; estos dos últimos supuestos son los factores que el juez debe evaluar para estimar si es procedente la reducción de la pena en tanto premio por la confesión.

Entendemos que el artículo 160° regula tanto los casos de confesión, en conjunto con la existencia de otras pruebas de cargo autónomas o directas, y la confesión como única prueba directa rodeada de elementos de convicción que la sostienen.

Las pautas o criterios exigidos por la ley (art. 160°.2) para estimar el valor probatorio de la confesión, son:

- a) Que la confesión sea prestada ante el juez penal o el fiscal en presencia de su abogado; por lo que carece de valor probatorio suficiente la declaración prestada ante la policía para enervar la presunción de inocencia. Aunque venga corroborada con datos o elementos periféricos que la sostengan, se requerirá en este caso la concurrencia de otro u otros elementos de convicción de carácter autónomo.
- b) Que la confesión sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas. Aquí la libertad debe entenderse, en respeto al derecho a no declarar

⁹³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004”. En: *Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo II. Ara Editores. Lima 2006, pág. 540.

y a no autoincriminarse, en que debe ser voluntaria y libre de presiones de cualquier índole, incluidas morales tales como las advertencias de no prestar su declaración o no decir la verdad, sin juramentos o promesas. Las presiones no solo pueden venir de los operadores del sistema, sino también de extraños al mismo, como puede ser uno de los responsables del hecho punible, aunque no esté formalmente procesado; una organización criminal o cualquier otra persona o entidad; pueden responder a amenazas o a la compra de su autoincriminación para desplazar la responsabilidad de otro hacia él. Esto, en gran medida, tiene mucho que ver con el concepto de sinceridad.

- c) Que la confesión esté corroborada por otro u otros elementos de convicción, lo que significa que deben haberse actuado otros medios de prueba en sede judicial que sostengan la versión autoincriminatoria, que bien puede estar referidas al delito como a su participación en el mismo, pero que le confieran verosimilitud.

3. LA DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO

La declaración del coimputado o copartícipe no se encuentra expresamente regulada en el nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, su consideración, de cara a su idoneidad para ser estimada como una prueba de cargo susceptible de enervar la presunción de inocencia, se desprende del tenor del artículo 158°.2 del nuevo Código. Tal artículo señala que en situaciones análogas a los supuestos de las declaraciones de testigos de referencia, de arrepentidos o colaboradores, solamente con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

La declaración del coimputado es, en cierto modo, una situación análoga a la de un arrepentido o colaborador, pues este personaje es por lo general un sujeto que ha participado en el hecho punible; es decir, es un coimputado. Por otro lado, la consideración más relevante de analogía es que se trata de un único medio de prueba de cargo directo. De ahí la exigencia de que tal declaración venga corroborada con otras pruebas.

3.1 Consideraciones sobre su fuerza probatoria y admisibilidad

La utilización como prueba de las declaraciones de los coimputados está condicionada por su efectiva presencia en el acto del juicio oral, sin que pueda sustituirse por la lectura de sus anteriores declaraciones, salvo en los supuestos de imposibilidad de reproducción de la declaración. El cumplimiento de la garantía de contradicción actúa como condición objetiva mínima de admisibilidad de dicha prueba⁹⁴.

La declaración inculminatoria que un coacusado hace contra otro coacusado es, o puede ser, una prueba de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia del coacusado así afectado. Esa manifestación

⁹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal de 2004”. En: *Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Ara Editores. Lima 2006. pág. 544.

acusatoria puede ser la única prueba de cargo, o bien puede estar acompañada de otras pruebas de cargo. Si concurre con otras pruebas de cargo, no suelen plantearse más dificultades, porque existen otros elementos probatorios suficientes para destruir la presunción de inocencia. Cuando surge el problema es en el caso en que la única prueba incriminatoria sea la confesión acusatoria de un encausado. En un supuesto así, es preciso examinar con cautela esta prueba de cargo, porque hay razones para pensar que la confesión de un coencausado puede estar viciada o dirigida a buscar su propio beneficio en perjuicio del coencausado⁹⁵.

Por sí misma, la declaración del coimputado es prueba insuficiente para destruir la presunción de inocencia. El artículo 158°.2 exige que venga corroborada por otras pruebas, recogiendo con ello lo que en la doctrina italiana se denomina *declaración vestida*, en contraposición a la *declaración desnuda*, es decir sin elementos de corroboración.

La declaración de un coimputado no es por sí misma suficiente para destruir la presunción de inocencia, debido a que se trata de una declaración sobre la cual si bien se puede predicar su legitimidad, no necesariamente se puede decir lo mismo de su credibilidad. Esto es así porque el coimputado no tiene obligación de decir la verdad y tiene derecho a guardar silencio; dada su participación en el hecho punible, su declaración puede estar motivada por fines exculpatorios o guiada por móviles espurios, o puede estar buscando beneficios legales o procesales, todo lo cual puede condicionar su necesidad de sindicar a su coimputado.

Para disipar cualquiera de esas sospechas objetivas, lo procedente es que el coimputado incriminador aporte algún dato externo que corrobore objetivamente su manifestación incriminatoria, con lo que así dejará de ser una mera imputación verbal y se convertirá en una declaración objetivada y superadora de la inicial sospecha que pesa en su contra. Porque lo que no parece admisible es fundamentar la condena del acusado en simples manifestaciones verbales de un coacusado, carentes de la menor corroboración objetiva.

La declaración incriminatoria de un coimputado contra otro tiene eficacia probatoria, con capacidad para destruir la presunción de inocencia del coimputado afectado por esa declaración incriminatoria, siempre que concurren determinados requisitos.

La declaración incriminatoria de un coacusado no puede ser considerada como una declaración testifical, porque el coacusado no tiene la obligación de decir verdad, ni ha de prestar juramento o promesa de decir verdad, ni su falsa declaración se sanciona con el delito de falso testimonio. Pero tampoco puede ser considerada como una confesión propiamente dicha, porque no supone reconocer la propia responsabilidad, sino atribuir a un coacusado su intervención en el hecho delictivo del que ambos son acusados. En todo caso, bien sea que se le denomine testimonio impropio o declaración del coimputado o copartícipe, lo relevante es que en la declaración de éste debe

⁹⁵ CLIMENT DURÁN, Carlos. *Op. cit.*, pág. 500.

haberse respetado sus derechos como imputado y el hecho de que se trata de un medio de prueba racional, por haber estado en el acaecimiento mismo del hecho materia de acusación; es decir, que lo ha percibido directamente por sus sentidos.

3.2 *Pautas o criterios para la valoración de la declaración del coimputado*

En la jurisprudencia nacional, en diversas ejecutorias la Corte Suprema ha ido perfilando las pautas o criterios para la valoración de la declaración del coimputado, hasta llegar al Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, en el que se establece que la declaración del coimputado puede ser utilizada como elemento de convicción susceptible de enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, siempre que se cumpla con los criterios o requisitos que en tal acuerdo se consignan.

A) *Ausencia de incredibilidad subjetiva*

El Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116:

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 que la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

B) *Verosimilitud de la incriminación: concurrencia de corroboraciones periféricas objetivas*

El Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116:

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.

La mejor manera de que la incriminación de un coacusado sea creíble por verosímil, está en la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración incriminatoria del coacusado, que doten de objetividad a esa declaración, de manera tal que no aparezca como una simple manifestación, sino que se apoye en datos objetivos externos y alejados del manifestante.

La corroboración: se trata de un hecho o de un dato fáctico de carácter objetivo, ajeno a la voluntad del coacusado incriminante, y periférico o externo a su manifestación, cuya concurrencia permite contrastar la veracidad de esa manifestación acusatoria.

Ante todo, es un hecho o un dato fáctico de carácter objetivo y ajeno a la voluntad del coacusado inculminante. En principio, no debe buscarse el hecho o dato corroborador en la misma declaración del coacusado, porque ésta depende de su voluntad y, por lo tanto, no es objetiva. Se trata de anclajes que sujetan toda la manifestación inculminatoria a la realidad: esas conexiones hacen que las palabras acusatorias no sean una entelequia, sino que estén enganchadas con la realidad objetiva.

- C) Persistencia en la inculminación: ausencia de ambigüedades y de contradicciones

El Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116:

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.

A diferencia del criterio de corroboración desarrollado por la jurisprudencia peruana, específicamente en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, que solo exige que el relato inculminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias, aún de carácter periférico, que consolide su contenido inculminador; MIRANDA ESTRAMPES señala que el art. 158°.2 del nuevo Código Procesal Penal no se inclina por la simple exigencia de una mínima corroboración periférica, sino que viene a exigir la presencia de pruebas autónomas que sean suficientes por si mismas para acreditar la participación del acusado en los hechos⁹⁶.

Nuestra postura es que, efectivamente, si el artículo 158°.2 exige la concurrencia o corroboración del testimonio inculminatorio por otras pruebas, no hace referencia a meros datos o circunstancias periféricas, sino a verdaderas pruebas actuadas en sede judicial. Empero, de ello no debe desprenderse la exigencia de pruebas autónomas que sean suficientes por si mismas para acreditar la participación del acusado en los hechos.

La corroboración tiene que darse mediante pruebas incorporadas legítimamente al juicio (art. 393°.1), pero las pruebas pueden ser autónomas o pueden estar orientadas a sostener la versión de cargo de un medio de prueba, darle fuerza, credibilidad o solidez conviccional. En este último caso, bien pueden ser indicios graves, que como es bien sabido se acreditan mediante pruebas. Lo que se requiere es la concurrencia de otros elementos objetivos o extrínsecos, es decir otros elementos de prueba que confirmen la credibilidad de la declaración del coimputado.

⁹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Op. cit.*, pág. 547.

Por último, en la doctrina española se acepta la llamada verificación cruzada de las declaraciones inculminatorias de los coimputados respecto de otro. DÍAZ PITA⁹⁷, sostiene que siendo la declaración de un coimputado medio de prueba directo, nada impediría otorgarle naturaleza de elemento de corroboración de la declaración inculminatoria de otro coimputado en la que se apunta como presunto partícipe en el hecho o hechos delictivos a un tercer imputado. Nuestra postura no coincide con dicha autora; sostenemos que la sola verificación cruzada de las inculminaciones de coimputados no es suficiente, y que se requerirá siempre la corroboración extrínseca con otras pruebas distintas para dotar de credibilidad a dichas sindicaciones.

4. EL TESTIMONIO ÚNICO

Cuando es llamado a declarar quien ha sido víctima del delito, sobre tal testigo pesa la sospecha de que su testimonio no sea tan aséptico e imparcial como pueda ser la declaración de cualquier otro testigo presencial del delito, que no haya sufrido ningún perjuicio por razón del mismo.

Sin embargo, las declaraciones de las víctimas de los delitos pueden llegar a ser considerados verdaderas pruebas testificales, con aptitud para destruir la presunción de inocencia, siempre que se cumpla con determinados criterios o pautas de valoración. Se supera de esa manera el aforismo *testis unus, testis nullus* (un testigo, no es testigo).

La víctima tiene la condición formal de testigo a todos los efectos. Con todo, su declaración no puede ser plena y absolutamente equiparada con la declaración de un testigo que es un tercero ajeno al hecho delictivo y que, por lo tanto, se halla en una posición de imparcialidad objetiva con respecto a tal hecho. A diferencia de éste, la víctima ha tenido una inevitable intervención pasiva en el hecho delictivo sobre el que declara, y tal hecho le ha ocasionado un perjuicio mayor o menor, por lo que las manifestaciones que realice sobre el mismo están condicionadas en cierto grado por su mayor o menor animosidad hacia el acusado.

En definitiva, se puede considerar como un principio básico en materia de valoración de la prueba testifical el hecho de que no basta con el testimonio de la víctima para destruir la presunción de inocencia, sino que el mismo ha de ir acompañado de otras pruebas que corroboren su credibilidad y disipen la inicial sospecha objetiva de parcialidad que soporta la víctima por su condición de tal.

Los criterios valorativos ayudan a ponderar la credibilidad que merece el *sujeto* del testimonio, o sea la persona de la víctima (*fiabilidad del testigo*), así como la credibilidad que merece el *objeto* del testimonio, o sea la declaración de la víctima (*verosimilitud del testimonio*). Los criterios valorativos no son requisitos, sino simples directrices o pautas para realizar una adecuada crítica del testimonio de la víctima y determinar si es apta o no para ser considerada como prueba de cargo.

En la jurisprudencia penal peruana se han desarrollado los criterios o pautas a ser tenidas en cuenta por los jueces en el momento de la valoración del testimonio

⁹⁷ DÍAZ PITA, Ma. Paula. *El coimputado*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2000, pág. 470.

único, a efectos de poder enervar la presunción de inocencia. A continuación reproducimos la parte pertinente del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116:

Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.*
- b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo, que la doten de aptitud probatoria.*
- c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.*

Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al juez o a la Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas incapaces de matizar o adaptarse al caso concreto.

A lo expuesto por el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 sobre la ausencia de incredibilidad subjetiva, se debe agregar que el juez debe apreciar las condiciones personales del testigo o víctima; esto es, si se trata de una persona con dificultades para percibir, retener y evocar hechos de manera idónea y adecuada, si se trata de un sujeto manipulador o fabulador, o que hubiera sido objeto de una condena anterior por falso testimonio o falsedad genérica. La denuncia tardía es algo que también puede restar credibilidad.

Sobre la exigencia de verosimilitud, al igual que en el caso de la declaración del coimputado, el artículo 158°.2 requiere que el testimonio único incriminatorio venga corroborado por otras pruebas que lo doten de credibilidad.

La persistencia en la incriminación por parte del testigo único o víctima consiste en la propalación de una versión sin modificaciones, uniforme a lo largo del proceso. Se requiere, además, su concreción; es decir que debe carecer de ambigüedades, generalidades o vaguedades. Así como se exige que el testimonio sea coherente, es decir sin contradicciones, debiendo darse una conexión lógica entre las diversas partes o aspectos del mismo.

Puede ocurrir con alguna frecuencia que la víctima o testigo no haya sido persistente en su versión incriminatoria por diversas razones: temor o influencias, e incluso por haber sido comprado. Sin embargo, tales situaciones no le restan de manera automática credibilidad, y en estos casos deberán evaluarse las circunstancias o factores externos que han concurrido y las justificaciones o explicaciones que brinde el testigo o la víctima para justificar la modificación de su versión.

5. EL TESTIGO DE REFERENCIA

Según el artículo 166°1, el testigo declara sobre lo que ha percibido en relación con los hechos objeto de prueba. Es decir, que debe haber percibido en forma directa los hechos sobre los cuales declara. Mientras, el testigo de referencia es el que de manera indirecta ha tomado conocimiento de los hechos objeto de prueba; es por ello que dicho testigo está en la obligación de señalar el momento, el lugar, así como las personas y medios (art. 166°.2) por los cuales obtuvo dicho conocimiento.

En la doctrina se distingue entre testigo de referencia primaria (cuando el testigo toma conocimiento del hecho de un testigo fuente), y testigo de referencia secundaria (cuando el testigo toma conocimiento del hecho del testigo de referencia primaria).

En el proceso estadounidense existen limitaciones muy severas en lo que concierne la admisibilidad de testimonios acerca de lo que un testigo escuchó decir a un tercero. En tal sentido, impera la tradicionalmente denominada regla *Hearsay*; su principal fundamentación descansa en el hecho de que ese supuesto tercero al cual el testigo alude, no está presente en el juicio para ser interrogado sobre las circunstancias que se dice percibió, resultando en consecuencia imposible poder valorar su credibilidad en general⁹⁸.

La declaración del testigo de referencia es subsidiaria a la declaración del testigo fuente —titular del conocimiento directo de los hechos—; por ello la obligación que tiene de señalar el momento, lugar, las personas y los medios por los cuales obtuvo el conocimiento del testigo fuente. Quien debe comparecer ante el tribunal a declarar es el testigo fuente; este es el testimonio que interesa a la justicia, por su conocimiento directo de los hechos. Solo es admisible la declaración del testigo de referencia cuando, debido a situaciones de imposibilidad real y efectiva, no se pueda obtener la declaración del testigo directo (fallecimiento, enfermedad grave, paradero desconocido, etc.). MIRANDA ESTRAMPES⁹⁹ señala que la prueba testifical de referencia debe tener un carácter supletorio y excepcional. Es decir, se da como última *ratio*, y solamente es admisible cuando no es posible contar con la prueba directa.

La declaración del testigo de referencia por sí sola no es suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y se exige el cumplimiento de los criterios o siguientes exigencias:

- a) El testigo de referencia está obligado a proporcionar la identidad del testigo fuente. Si se niega a hacerlo su testimonio no podrá ser utilizado (art. 166°.2).
- b) Está obligado a brindar información detallada sobre el momento, el lugar, las personas y medios por los cuales obtuvo el conocimiento indirecto de los hechos (art. 166°.2).

⁹⁸ JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires 2002, pág. 289.

⁹⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004*, pág. 542.

- c) La declaración del testigo de referencia debe estar corroborada por otras pruebas (art. 158°.2)

Además, para establecer la credibilidad del testigo de referencia se debe evaluar que no haya sido condenado anteriormente por falso testimonio o falsedad genérica, ni que tenga algún interés en la causa.

Respecto a lo que el testigo directo le narró al testigo de referencia, existen tres posibilidades: primero, que el relato sea de por sí falso; segundo, que el relato sea una mala percepción del testigo directo y, por ende, errado; y, tercero, que lo que le relató sea lo que realmente acaeció. Estas versiones serán valoradas con arreglo al grado de confirmación o corroboración de la declaración que brinde el testigo de referencia, en caso de no poder concurrir al juicio el testigo fuente.

Pero, por otro lado, puede suceder que lo que afirma el testigo directo es de por sí contradictorio con la afirmación del testigo de referencia. Al respecto, como ya se ha dicho anteriormente, existe una subordinación o dependencia entre lo afirmado por el testigo fuente o testigo directo y lo que afirma el testigo indirecto o de referencia, ya que el primero relata lo percibido por sus sentidos, mientras que el segundo no; por ende, al testigo de referencia no se le puede conferir mayor credibilidad que al primero.

Existen también tres posibilidades sobre lo manifestado por el testigo de referencia: primero, que esta declaración sea de por sí falsa; segundo, que la declaración se deba a una percepción errónea de lo que narró el testigo directo; y tercero, que lo narrado por el testigo indirecto guarde identidad con lo narrado por el testigo directo. Estos supuestos, a nuestro juicio, deben ser resueltos sobre la base del testimonio directo, lo que no deja de considerar a la testifical de referencia como un medio de prueba que presenta serios problemas de credibilidad.

6. LOS ARREPENTIDOS O COLABORADORES

Tratándose de la declaración de arrepentidos o colaboradores, el artículo 158°.2 del nuevo Código Procesal Penal establece como una regla específica o pauta de valoración que solo mediante la existencia de otras pruebas que corroboren tal declaración se puede dictar contra el acusado sentencia condenatoria.

En el ordenamiento jurídico penal peruano, el arrepentimiento y la colaboración eficaz fueron introducidas por primera vez mediante la Ley 24651, cuyo artículo 2° incorporó el artículo 85° A del Código Penal de 1924, tanto para regular al arrepentido, como el sujeto que haya abandonado sus actividades delictivas (terroristas) y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado. Mientras, el colaborador, además de disociarse, debía haber evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro o impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. La citada disposición fue mejorada por la Ley 25103

Posteriormente, en 1992, se promulgó la Ley 25499, conocida como Ley de Arrepentimiento, que del mismo modo que las anteriores disposiciones reguló sobre la disociación voluntaria de integrantes de organizaciones terroristas, en cuyo caso

procedía la reducción de la pena. También reguló la colaboración eficaz, que daba lugar a la exención de la pena cuando alguien involucrado en delito de terrorismo —se encontrara o no comprendido en un proceso penal—, proporcionara voluntariamente información oportuna y veraz que permitiera conocer detalles sobre grupos u organizaciones terroristas y su funcionamiento, la identificación de los jefes, cabecillas, dirigentes y/o de sus principales integrantes, así como futuras acciones que gracias a dicha información se lograran impedir o neutralizar.

En el 2001 se promulgó la Ley 27378, conocida como Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, que solo regula la figura del colaborador eficaz; esto es, no se otorga ningún beneficio por el solo hecho de disociarse de la organización criminal.

Finalmente, el nuevo Código Procesal Penal ha regulado el proceso por colaboración eficaz, conforme con lo cual el Ministerio Público podrá celebrar un acuerdo de beneficios y colaboración con quien, encontrándose o no sometido a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal (art. 472°.1). Se exige que el colaborador haya abandonado sus actividades delictivas y admitido los hechos en los que ha intervenido o se le imputen. La información que proporcione el colaborador debe ser eficaz; esto es, evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, permitir conocer las circunstancias del mismo, identificar a los autores y partícipes del delito o a los integrantes de la organización criminal, o entregar instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos (art. 474°.1). Los beneficios para el colaborador pueden ser: exención de la pena, disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, o remisión de la pena para quien la está cumpliendo (art. 474°.2).

Como se puede advertir de las normas antes citadas, el arrepentido o colaborador se ha disociado o ha brindado información eficaz con la finalidad de obtener un beneficio penal, procesal o de ejecución; es decir, ha perseguido un interés personal. En la obtención de beneficios premiales reside la sospecha relativa a la credibilidad de su testimonio, de ahí que la sola declaración del arrepentido o colaborador no sea suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado, sino que se hace necesario que venga vestida, es decir corroborada con otras pruebas.

La exigencia de corroboración extrínseca ya venía establecida por el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, pues tratándose de las declaraciones obtenidas en los procedimientos por colaboración eficaz, para que el juez dicte sentencia condenatoria resulta indispensable que las informaciones que proporcionen los colaboradores estén corroboradas con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las incriminaciones formuladas.

Además, en el caso de los colaboradores surge otro problema serio para la práctica de sus declaraciones y que sin duda alguna afecta su credibilidad, como es que al colaborador se le haya beneficiado con la medida de protección de la reserva de la identidad a que se refiere el artículo 248°.2.d) del nuevo Código Procesal Penal.

Bajo la reserva de identidad, el colaborador pasa a convertirse en un “testigo anónimo”, que es aquél cuya identidad es desconocida por las partes procesales o

solo por la defensa. El testigo anónimo o secreto es el grado máximo de ocultación o de protección de un testigo.

En el caso *DOORSON* (STEDH 1996/16 26-3-1996), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó el supuesto del testigo anónimo, su incidencia en el proceso y en el derecho de defensa, manifestando que

“Ciertamente, el artículo 6º no requiere explícitamente que los intereses de los testigos en general, y los de las víctimas llamadas a declarar en particular, sean tomados en consideración. Sin embargo, puede estar en juego su vida, su libertad o seguridad, como intereses relevantes, de una manera general, desde el punto de vista del artículo 8º del convenio. Tales intereses de los testigos y de las víctimas están en principio protegidos por otras disposiciones normativas del convenio, que implican que los estados parte organizan su procedimiento penal de manera que dichos intereses no sean indebidamente puestos en peligro. Siendo esto así, los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos apropiados, los intereses de la defensa sean puestos en equilibrio con los de los testigos o de las víctimas llamadas a declarar.”

En los procesos en que existan testigos anónimos, los artículos 6º.1 y 6º.3 d) del Convenio de Roma exigen que dicho obstáculo sea suficientemente compensado a la defensa a través de otros mecanismos, vedándose fundar una condena únicamente en las declaraciones efectuadas por un testigo anónimo.

En relación con los testigos anónimos, es conveniente resaltar lo expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Especial sobre el Terrorismo de octubre de 2002, apartado 251:

“... el derecho del acusado a interrogar o a que se interroguen los testigos presentados en su contra podría en principio estar sujeto a restricciones en instancias limitadas. Debe reconocerse a este respecto que los empeños por investigar y procesar los delitos, incluidos los vinculados con terrorismo, pueden en algunas instancias generar amenazas contra la vida e integridad de los testigos y, de esa manera, plantear aspectos complejos vinculados a la forma en que esos testigos pueden ser identificados durante el proceso penal sin comprometer su seguridad. Estas consideraciones nunca pueden servir de base para comprometer las protecciones inderogables de un acusado respecto del debido proceso, y cada situación debe ser detenidamente evaluada en sus propios méritos dentro del contexto del sistema judicial particular de que se trate. Sujeto a estas consideraciones, podrían, en principio, diseñarse procedimientos conforme a los cuales se pueda proteger el anonimato de los testigos sin comprometer los derechos del acusado a un juicio imparcial. Los factores que deben tenerse en cuenta al evaluar la permisibilidad de estos procedimientos incluyen el tener suficientes razones para mantener el anonimato de un determinado testigo, y la posibilidad de que la defensa sea, no obstante, capaz de impugnar las pruebas del testigo e intentar sembrar dudas sobre la confiabilidad de sus declaraciones, por ejemplo, mediante el interrogatorio por parte del abogado defensor. Otras consideraciones pertinentes incluyen que el propio tribunal conozca la identidad del testigo y pueda evaluar la confiabilidad de la evidencia del testigo y la importancia de las pruebas en la causa contra el acusado, en particular, si la condena podría basarse únicamente, o en grado decisivo, en esa prueba”.

7. LA PRUEBA POR INDICIOS

7.1 Concepto

En cualquier caso penal, el acervo probatorio puede estar constituido por pruebas directas o pruebas indirectas; las primeras revelan la manera en que ha sucedido un hecho imputado, mientras que las segundas permiten inferir esto a partir de hechos probados no constitutivos del delito o de la intervención de una persona en el mismo.

El hecho de que una prueba sea indirecta, no la priva de ser en rigor una prueba, en la medida que es una fuente de conocimiento de un hecho, y se orienta a confirmar o no enunciados fácticos mediante la utilización de una inferencia. Lo relevante es la posibilidad de racionalidad, justificación y control de dicha inferencia.

El nuevo Código Procesal Penal no define la prueba por indicios o prueba indiciaria; se limita a fijar sus elementos estructurales, como que el indicio esté probado y que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. Del mismo modo los requisitos para valorar la concurrencia de indicios contingentes: su pluralidad, concordancia y convergencia, así como que no se presenten contraindicios consistentes (art. 158º.2).

La prueba indiciaria es una prueba de contenido complejo constituida por tres elementos fundamentales: el indicio o hecho base de la presunción, el hecho presumido o conclusión y, por último, el nex o relación causal que une el indicio o hecho base con su correspondiente conclusión. Mediante la prueba indiciaria lo que se obtiene es un razonamiento fundado que, una vez probada la existencia de los indicios o hechos base, proporciona un convencimiento respecto del hecho consecuencia que se puede plasmar en la sentencia de modo que sea racionalmente comprendido y compartido por todas las personas¹⁰⁰.

Para RIVES SEVA¹⁰¹ la prueba indiciaria es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero a partir de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado. Ha de motivarse en función de un nex o causal y coherente entre los hechos probados —indicios— y el que se trate de probar —delito—.

Según el profesor MIXÁN MASS¹⁰², la prueba indiciaria consiste en una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta.

¹⁰⁰ FUENTES SORIANO, Olga. “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”. En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo. Lima 2000, pág. 169.

¹⁰¹ RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La prueba en el proceso penal*. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Editorial Aranzadi. Pamplona 1999, pág. 121.

¹⁰² MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*. Ediciones BLG. Trujillo 1995, pág. 22.

SÁNCHEZ VELARDE sostiene que la prueba indiciaria debe distinguirse de la llamada prueba de presunciones, pues ésta resulta equívoca y posibilita la confusión entre indicio y presunción legal, ya que el indicio es un dato significativo y la presunción una conclusión inferida¹⁰³. La prueba indiciaria o prueba por indicios permite enlazar los conceptos de *hecho indicio*, como dato real, cierto y el *hecho consecuencia*, es decir, lo que permite descubrir o comprobar¹⁰⁴.

7.2 Características de la prueba indiciaria

La prueba por indicios o prueba indiciaria no es un medio de prueba, ya que no se trata de un procedimiento previsto en la ley para incorporar una fuente de prueba. Se trata de una prueba, en tanto resultado probatorio sobre la base de hechos probados y de un razonamiento.

Es una prueba indirecta, por cuanto el juez llega a dar por demostrado un hecho por la deducción que hace, mediante las reglas de la experiencia, de otro conocido. La actividad probatoria no recae sobre los hechos determinantes de la responsabilidad penal, sino sobre otros hechos, y mediante un razonamiento puede establecerse su prueba.

No se trata de una prueba histórica, en la medida que no representa al hecho objeto de la prueba, sino que permite deducir su existencia o inexistencia.

Se trata de una prueba crítica, desde que interviene el raciocinio. Sin el razonamiento probatorio que contenga como premisa mayor la regla de experiencia, no es posible arribar a conclusión probatoria alguna.

7.3 Estructura de la prueba indiciaria

A) El indicio

Es una exigencia legalmente establecida en el artículo 158°.3.a), para la valoración de la prueba por indicios. El indicio debe estar probado. SAN MARTÍN¹⁰⁵ señala que indicio es todo hecho cierto y probado (hecho indicador) con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado (hecho indicado). Para CAFFERATA¹⁰⁶ el indicio es un hecho (o circunstancia) del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro.

Indicio es aquel dato real, cierto, concreto, indubitavelmente probado, inequívoco e indivisible, y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*.

¹⁰³ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Op. cit.*, pág. 690.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 691.

¹⁰⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Editorial Grijley. Lima 2003, pág. 856.

¹⁰⁶ CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Quinta Edición. Editorial Lexis Nexos – Depalma. Buenos Aires 2003, pág. 190.

Por indicios o hechos base podría entenderse aquellos elementos que, considerados en sí mismos, no forman parte del delito que se pretende probar pero que, sin embargo, guardan con el mismo una relación indirecta, de modo tal que aunque por sí solos no den prueba de su comisión, unidos a otros indicios sí pueden ser base suficiente como para sostener un fallo condenatorio.

En materia penal suele hablarse de **sospecha** y diferenciarla del **indicio**. Ambos tienen en común los elementos que los configuran, como es el hecho indicador, el indicado y la inferencia lógica, pero obran de diferente manera. En efecto, mientras el indicio es un medio de prueba y requiere que el hecho indicador esté plenamente demostrado, en la sospecha esto no acontece, por cuanto solo se trata de una hipótesis, que se apoya en el conocimiento intuitivo y cuya eficacia se limita a encauzar las primeras investigaciones de la autoría del delito.

B) La inferencia

El artículo 158°.3.b) exige que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia (común). La inferencia consiste en la deducción que se hace, basada en las reglas de la experiencia o en el conocimiento de determinadas cuestiones técnicas o científicas, del hecho conocido para inferir la existencia o inexistencia de otro, que es su consecuencia. Es —como observa DELLEPIANE¹⁰⁷— un silogismo en el cual la premisa mayor está constituida por las reglas de la experiencia que, aplicadas al hecho indicador (indicio), como premisa menor, conducen al hecho indicado o conclusión.

La inferencia es el razonamiento efectuado sobre la base de las reglas lógicas pertinentes. Son muchas las posibles inferencias; entre ellas, el silogismo categórico, la inferencia condicional, la inferencia transductiva, la inductiva, por coligación, reconstructiva, por concordancia y discordancia¹⁰⁸, etc. La inferencia es válida si se efectúa aplicando correctamente las reglas lógicas pertinentes.

Ejemplo de inferencia:

- *Premisa Mayor (regla de experiencia)*: todos los empresarios aceiteros conocen el carácter venenoso (mortal) de la anilina.
- *Premisa Menor (hecho probado)*: el acusado ejercía la profesión de empresario aceitero en el momento de los hechos.
- *Conclusión*: el acusado conocía el carácter venenoso (mortal) de la anilina en el momento de los hechos.

Probados los indicios, es característica de este medio probatorio que mediante una inferencia lógica quede demostrada la existencia del que

¹⁰⁷ DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*. Novena Edición. Editorial Temis. Bogotá 1993, pág. 57.

¹⁰⁸ MIXÁN MASS, Florencio. *Op. cit.*, págs. 41 y ss.

se ha denominado hecho presumido o conclusión, esto es, del delito. Pero los indicios no solo han de concluir en la existencia del hecho delictivo sino que pueden concluir también en la participación en el mismo de la persona acusada.

Por último, el paso del indicio a su conclusión viene facilitado por la existencia de un nexo causal entre ambos. Este nexo o relación causal se constituye mediante el razonamiento que une al indicio con su consecuencia. A efectos probatorios y de valoración, se trata del elemento esencial de la prueba indiciaria por cuanto, como se ha dicho, los indicios por sí solos nada prueban en relación con el delito.

El razonamiento judicial que permite pasar de los indicios a la afirmación sobre la comisión del hecho delictivo se fundamentará en máximas de experiencia, es decir en reglas del pensar —y no en normas jurídicas— que cualquier persona podría reputar válidas a la vista de los indicios probados y las consecuencias que de ellos se afirman. Y la clave que permite reconocer una correcta valoración de la prueba por parte del órgano enjuiciador, reside en que éste haga constar en la sentencia la existencia no solo de unos determinados indicios y los medios a través de los cuales éstos han sido declarados probados, sino también —y, principalmente— el razonamiento lógico que le lleva a imputar —o no— la comisión del hecho delictivo al acusado. Solo la expresión de este razonamiento permite afirmar que, efectivamente, hubo prueba de cargo —aunque indiciaria— suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia, lejana por lo tanto a un simple conjunto de variadas sospechas o conjeturas.

C) *El hecho indicado*¹⁰⁹

El hecho indicado o desconocido —que se pretende conocer—, surge como consecuencia del hecho conocido o indicador. Pretende establecer la existencia o inexistencia del hecho al cual apunta o del que se deduce como lógica secuela del hecho indicador.

La Corte Suprema ha establecido que la prueba por indicios requiere de un hecho indicador, un razonamiento correcto en aplicación de las reglas de la ciencia, la técnica y la experiencia, una pluralidad, concordancia y convergencia de indicios contingentes, así como la ausencia de contraindicios consistentes.

Un dato real e indubitable solo puede tener la categoría de indicio si tiene aptitud para conducir hacia el conocimiento de otro dato. Ese otro dato a descubrir es la incógnita del problema. El descubrimiento del dato indicado debe concretarse siguiendo el nexo lógico entre el indicio y éste. Para seguir ese nexo lógico es indispensable aplicar,

¹⁰⁹ El término “indicado” es el que mayoritariamente en la doctrina procesal se utiliza para señalar al hecho que se pretende probar, que se quiere descubrir. El hecho al cual se llega mediante el empleo de una inferencia sobre un indicio, se le conoce como “hecho indicador”.

como ya se ha anotado, también una inferencia correcta en el procedimiento cognoscitivo para descubrir el significado de la prueba indiciaria.

Si el significado del otro dato descubierto es pertinente y útil con respecto al *thema probandum*, entonces se obtiene un argumento probatorio de naturaleza indiciaria.

7.4. *Clasificación de los indicios*

A) *De acuerdo con la incidencia que tenga en el hecho indicado: puede ser necesario o contingente.*

- a) El indicio *necesario* es el que irremediablemente conduce a una determinada consecuencia. En otros términos, como lo observa MARTÍNEZ RAVE¹¹⁰, cuando el hecho deducido no puede tener por causa sino el hecho probado. La relación de causa a efecto es absoluta. Se funda esencialmente en leyes científicas inalterables en las cuales los efectos corresponden a una determinada causa. Si hay ceniza, hubo fuego.
- b) El indicio *contingente* es el que puede conducir a deducir varios hechos. Así, por ejemplo, si una persona sale del sitio donde se cometió un delito, puede deducirse que sea el autor del mismo o simplemente que se encontraba en ese lugar realizando otro tipo de gestión.

El indicio contingente puede clasificarse en grave o leve, según el grado de equivocidad que exista entre el hecho indicado y el indicador.

- b.1.) En el indicio *grave*, el hecho indicador conduce a un grado considerable de probabilidad de otro hecho. Acontece cuando se encuentra en poder de una persona objetos robados. Puede haberlos adquirido mediante un ilícito, pero también es factible que los haya comprado sin conocer su procedencia.
- b.2) En el indicio *leve*, el hecho indicado es apenas una consecuencia probable que se infiere del hecho indicador. En otros términos, del hecho indicador pueden deducirse apenas circunstancias del hecho indicado. No puede deducirse que una persona sea la autora de la muerte de otra por el hecho de haberla amenazado.

B) *Según su relación en el tiempo con el hecho indicador: pueden ser antecedentes, concomitantes o subsiguientes.*

¹¹⁰ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano*. Duodécima edición. Editorial Temis. Bogotá 2002, pág. 534.

Son *antecedentes* los anteriores al delito. Están referidos a la *capacidad para delinquir* y a la *oportunidad para la comisión de un delito*, tales como la tenencia de instrumentos, las amenazas previas, las ofensas y enemistades, el interés en la desaparición de una persona.

Los tres últimos son los denominados indicios del *móvil delictivo*, que son *indicios psicológicos* de suma importancia, en el entendido que toda acción humana —y especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias— tiene una razón, un motivo que la impulsa. Solamente asociados a otros indicios, éstos pueden constituir prueba suficiente.

Son *concomitantes* los indicios que resultan de la ejecución del delito. Se presentan simultáneamente con el delito. A este rubro pertenecen los indicios de presencia y los indicios de participación en el delito. Los primeros en la clasificación de GORPHE¹¹¹, también llamados de “*oportunidad física*”, están dirigidos a establecer la presencia física del imputado en el lugar de los hechos (v.gr.: hallazgo de huellas dactilares en el lugar de los hechos, haber sido la última persona vista en compañía de la víctima, etc.). Los segundos tienden a señalar una participación más concreta del imputado en los hechos (v.gr.: manchas de sangre en los objetos sustraídos o que sirvieron para cometer el delito, objetos de propiedad del imputado dejados en el lugar de los hechos).

Son *subsiguientes* los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito. En la clasificación de GORPHE se trata de los indicios de actitud sospechosa¹¹². Pueden ser acciones o palabras, manifestaciones vertidas posteriormente a amigos, el cambio de residencia sin ningún motivo aparente, el alejarse del lugar donde se cometió el ilícito, el fugarse después de estar detenido, el ocultar elementos materiales del delito, la preparación de pruebas falsas sobre su inocencia, la consecución de testigos falsos.

7.5 *Requisitos para la eficacia probatoria de los indicios contingentes*

El artículo 158°.3.c) establece que cuando se trate de indicios contingentes, éstos deben ser plurales, concordantes y convergentes, así como no presentar contraindicios consistentes.

La *pluralidad*, hace referencia a que los indicios sean varios, cuando menos dos.

La *concordancia*, implica que todos los indicios se entrelazan, se corroboran o confirman recíprocamente. Concordantes son los indicios que no contrastan entre ellos y con otros datos o elementos ciertos.

¹¹¹ GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*. Editorial Temis. Bogotá 1985, pág. 239.
¹¹² GORPHE, François. *Op. cit.*, pág. 241.

La *convergencia* se refiere a que todas las inferencias indiciarias reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas. Con mayor razón, puede afirmarse que todas las inferencias deben conducir a establecer el mismo hecho.

Ejemplo: Que una persona desaparezca de su habitual lugar de trabajo, se hallen huellas de sangre en su ropa y sea su arma la que se encuentra en el lugar donde aparece muerta la otra, que era su enemiga, son indicios que encajan o tienen relación entre sí y confluyen a hacer que se la considere autora del crimen.

Aún cuando el nuevo Código Procesal Penal no exija como requisito de los indicios contingentes que éstos sean graves, como sí lo hace el artículo 192°.2 del Código de Procedimiento Penal italiano, es oportuno precisar que la gravedad de los indicios se refiere al grado de probabilidad que existe entre el hecho indicado y el indicador.

Como se señala en el artículo 192°.2 del Código de Procedimiento Penal italiano, los indicios deben ser fuertes, precisos y concordantes. Fuertes son los indicios consistentes; es decir, resistentes a las objeciones, y por lo tanto atendibles y convincentes. Precisos son aquellos indicios no genéricos y no susceptibles de interpretación diferente, igualmente o más verosímil y, por lo tanto, no equívocos. Concordantes son los indicios que no contrastan entre ellos y con otros datos o elementos ciertos.

Finalmente, los contraindicios están constituidos por la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria. El contraindicio es toda prueba que se opone o le quita eficacia al indicio.

Según MITTERMAIER¹¹³ los contraindicios hacen ver poderosamente debilitados los indicios de cargo, en cuanto de ellos resulta a favor del acusado una explicación enteramente favorable de los hechos que parecían correlativos del delito, y daban importancia a las sospechas.

Es factible que a una persona se le atribuya la comisión de un homicidio con fundamento en un conjunto de indicios, como ocurre cuando es la depositaria de la confianza de otra y la única que tenía acceso a ella y a los lugares donde se encontraba el dinero, que desaparece luego del homicidio; sin embargo, esa situación se desvirtúa con la confesión de quien en época anterior también fue sujeto de su confianza.

7.6. *La prueba por indicios en la jurisprudencia nacional*

La Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Acuerdo Plenario N° 1-2006-ESV-22, de 13 de octubre de 2006 [R.N. N° 1912-2005-Piura de 6

¹¹³ MITTRERMAIER, Kart. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Fabián J. Di Plácido Editor. Buenos Aires 1999, pág. 413.

de septiembre de 2005], ha establecido en el fundamento 4) las pautas o criterios para la valoración de la prueba por indicios:

- Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, la prueba por indicios no se opone a la presunción de inocencia [Asunto Pahn Hoang contra Francia, sentencia de 25 de septiembre de 1992, y Telfner contra Austria, sentencia de 20 de marzo de 2001];
- Materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto del indicio en sí mismo, como de la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito —tal y como está regulado en la ley penal—, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar.
- Respecto al indicio, se exige: a) que éste —hecho base— ha de estar plenamente probado —por los diversos medios de prueba que autoriza la ley—, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno; b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa; c) también concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son—; y d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí—.
- No todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función de la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos —ello depende del nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar— pueden clasificarse en débiles y fuertes. Los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y por sí solos no tienen la fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera —esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve—.
- En lo relativo a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

CAPÍTULO VIII

LA PRUEBA ILÍCITA

1. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a la prueba¹¹⁴ no es un derecho consagrado expresamente por la Constitución de 1993, pero se reconoce su raigambre constitucional, y así lo ha hecho el Tribunal Constitucional en su sentencia normativa del 3 de enero de 2003, expediente N° 010-2002-AI/TC, caso: Marcelino Tineo Silva y cinco mil ciudadanos, al establecer en los fundamentos 148 a 150 de dicho fallo: “El derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Política del Perú”.

En el fundamento 149 de la aludida sentencia, el supremo intérprete de la Constitución didácticamente señala:

“Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Éstos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es derivados de la propia naturaleza del derecho a la prueba.”

Sobre la relatividad de los derechos fundamentales, en sentencia normativa de 21 de julio de 2005, expediente N° 0019-2005-PI/TC, caso: Inconstitucionalidad parcial del artículo 47° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28568, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

“... ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección” [Fundamento 12].

¹¹⁴ El derecho a la prueba ha sido definido como la garantía constitucional o el derecho fundamental que asegura a todos los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo del proceso sus alegaciones, presentar sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva, se trata de la garantía de la participación de los interesados en la formación del juicio jurisdiccional. CAROCCA PÉREZ, Alex: *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona 1998, pags. 98 y ss.

De modo tal que el derecho a la prueba, como cualquier otro derecho constitucional, tiene límites, los mismos que se encuentran previstos en la propia Constitución, en los principios y garantías de un debido proceso y en el respeto a la dignidad de la persona. En ese sentido, el principio de libertad de prueba, conforme al cual se puede probar un hecho con cualquier medio de prueba, típico o atípico. En este último supuesto, siempre que se observe en su práctica análogamente los procedimientos estatuidos para una prueba semejante, se ve limitado por la observancia de los derechos fundamentales de toda persona.

Por ello, coincidimos con PELLEGRINI cuando señala que el derecho a la prueba, aun cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y de la defensa, así como el contradictorio, no es absoluto, y le reconocen límites. Ello se debe, a criterio de la autora, a que los derechos humanos, según la moderna doctrina constitucional, no pueden ser entendidos en sentido absoluto a la luz de la natural restricción resultante del principio de convivencia de las libertades, por lo que no se permite que cualquiera de ellas sea ejercida de modo dañoso al orden público o a las libertades ajenas. Las grandes líneas evolutivas de los derechos fundamentales, después del liberalismo, acentuaron la transformación de los derechos individuales en derechos humanos inscritos en la sociedad. De tal modo que no es más en relación exclusivamente con el individuo, sino en el enfoque de su inserción en la sociedad que se justifican, en el Estado social de Derecho, tanto los derechos como sus limitaciones¹¹⁵.

Tratando de sintetizar la problemática, GÖSSEL¹¹⁶ apunta que las *pruebas ilícitas* se caracterizan, por lo tanto, como “límites de la averiguación de la verdad en un proceso penal” (siguiendo las famosas palabras de BELING en el título de su trabajo aparecido en 1903).

Tales límites (referidos al principio de licitud) son conocidos como prohibiciones probatorias o prohibiciones de prueba, de temas probatorios, de medios probatorios, de métodos probatorios, condicional de la prueba y de utilizar la prueba¹¹⁷.

En conclusión, la reconstrucción de la verdad histórica, o simplemente la búsqueda de la verdad, no es concebida como un valor absoluto dentro del procedimiento penal¹¹⁸, sino que, por el contrario, se erigen frente a ella determinadas barreras que el Estado no puede franquear. Problema que es caracterizado por la Corte Suprema Federal Alemana con la siguiente cita: “No es un principio de la Ordenanza Procesal Penal alemana que la verdad deba ser investigada a cualquier precio”.

¹¹⁵ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Pruebas ilícitas”. En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal* N° 1. Lima 2000, pág. 286.

¹¹⁶ GÖSSEL, Kart Heinz. « La prueba ilícita en el proceso penal.” En: *Revista de Derecho Penal, 2001-1. Garantías constitucionales y nulidades procesal-I*, Editorial Rubinzal –Culzoni. Buenos Aires 2001, pág. 29.

¹¹⁷ Ver SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Volumen II, Editorial Grijley. Lima, 2003, págs. 878 y 879.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires 2000, pág. 191.

2. LA NOCIÓN DE PRUEBA ILÍCITA

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la República ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la prueba prohibida, o prueba ilícita en diversas ejecutorias, no ha trabajado un concepto de prueba ilícita. La jurisprudencia nacional se ha esforzado más bien por desarrollar criterios para excepcionar la regla de exclusión, esto es para no obstante verificar la lesión a un derecho fundamental en la obtención de fuentes de prueba, poder utilizar dicha evidencia.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional sí ha intentado configurar una noción de lo que es prueba ilícita a efectos de establecer sus alcances. Así, en sentencia del 15 de septiembre de 2003, expediente N° 2053-2003-HC/TC, caso: Edmi Lastra Quiñónez, definió la prueba ilícita como aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable.

Como se puede advertir, nuestro Tribunal Constitucional asume un criterio sincrético. De un lado, asume que estamos frente a una prueba ilícita cuando se lesiona un derecho fundamental y, por el otro, cuando se viole la legalidad procesal. El primero se puede estimar como un criterio estricto, y el segundo como un criterio amplio de la noción de prueba ilícita.

Autores tales como SILVA MELERO, que asumen el criterio amplio sobre la noción de prueba ilícita, consideran que es aquélla que atenta contra la dignidad humana. Según VÉSCOVI, prueba ilícita es la contraria a una norma de Derecho, es decir la obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas. Para CONSO todas las normas relativas a las pruebas penales son reglas de garantía del acusado, toda infracción de las normas relativas a la obtención y práctica de la prueba debe estimarse ilícita, por cuanto implicaría una vulneración del derecho a un debido proceso¹¹⁹.

Entre los que sostienen un criterio restrictivo de la noción de prueba ilícita, al que nos adscribimos, MINVIELLE afirma que únicamente podemos hablar de prueba ilícita toda vez que comparezca un medio de prueba obtenido, fuera del proceso, en violación de derechos constitucionales, principalmente los que integran la categoría denominada derechos a la personalidad. PICO I JUNOY y GONZALES MONTES limitan el concepto de prueba ilícita a aquélla adquirida o realizada con infracción de derechos fundamentales. ARMIJO agrega que deben implicar un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso.

¹¹⁹ Esta postura fue contradicha por CAPELLETI, Mauro, “La naturaleza de las normas sobre las pruebas”, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Op. cit.*, págs. 169 y ss., para quien tales normas, por lo menos en parte, persiguen también otras finalidades, como por ejemplo hallar la verdad o salvaguardar un desarrollo eficaz del procedimiento. Dicho autor califica el planteamiento de CONSO de erróneo por exceso, concluyendo que no todas las normas sobre las pruebas penales se han de considerar como normas de garantía del imputado, aun siendo verdad que en el ámbito de las normas sobre las pruebas, hay también ciertas normas fundamentales de garantía, las normas –precisamente- sobre el *due process* en materia de prueba.

Asumiendo el criterio restrictivo, PARRA¹²⁰ señala que prueba ilícita es la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para lograr la fuente de prueba o el medio de prueba. En el mismo sentido, PELLEGRINI¹²¹ apunta que se entiende por prueba ilícita la obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida infringiendo normas de naturaleza material y principalmente constitucionales.

Los límites al derecho a la prueba tienen que suponer una infracción del mismo nivel. Desde esta perspectiva existe, en un segundo nivel, la noción de “prueba irregular o ilegal”, que es aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica, y como tal tienen como efecto la nulidad de actuaciones, no así la prueba prohibida, que genera una prohibición de valoración del resultado probatorio¹²².

SAN MARTÍN CASTRO¹²³ se adscribe a un criterio restrictivo cuando estipula que para que pueda hablarse de “prohibición probatoria”, la actividad probatoria (obtención de la fuente o del medio de prueba) se debe generar o ser el resultado de lesionar el derecho fundamental. Es decir, se debe dar un nexo de causalidad entre prohibición probatoria y menoscabo del derecho fundamental.

Agrega dicho autor, aunque todos los derechos fundamentales son, en principio, susceptibles —mediante su lesión— de provocar la prohibición probatoria, los que habitualmente conllevan prohibición probatoria son los cometidos contra la integridad física, la libertad personal, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la reserva y el secreto tributario y bancario, la autodeterminación informativa en relación con el uso de la informática. En tanto que tratándose de derechos fundamentales de naturaleza procesal (*vid.* Art. 139°), en principio, su vulneración no implica un caso de prohibición probatoria, aunque existen excepciones tales como aquellas garantías referidas a la asistencia letrada, el previo conocimiento de cargos, la no autoincriminación, la no declaración por razones de parentesco o secreto profesional¹²⁴.

El nuevo Código Procesal Penal asume un concepto estricto de prueba ilícita cuando señala en el artículo VIII.2 del Título Preliminar:

“Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”

Y, al prescribir el artículo 159°:

¹²⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. “Pruebas ilícitas”. En: Revista *Ius et Veritas*. Año VIII, N° 14. Lima, junio 1997, pág. 39.

¹²¹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Pruebas ilícitas”. En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal* N° 1. Lima 2000, pág. 290.

¹²² GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Editorial Colex. Madrid 2007, pág. 677.

¹²³ SAN MARTÍN CASTRO, César. “Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal”. En: *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal* N° 4. Lima 2003, pág. 64

¹²⁴ *Ibíd.*, pág. 64.

“El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Por otro lado, la prueba es ilegal o irregular toda vez que su obtención configure violación de normas legales o principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material. Cuando la prohibición fue colocada por una ley procesal, la prueba será ilegítima (o ilegítimamente producida); cuando, por el contrario, la prohibición fue de naturaleza material, la prueba será ilícitamente obtenida¹²⁵.

Bajo la denominación de prueba irregular se incluirían las fuentes de prueba logradas de modo ilegal, así como también los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento establecido, pero sin que a raíz de tales infracciones se haya afectado un derecho fundamental.

3. POSTURAS SOBRE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

A criterio de BARBOSA MOREIRA¹²⁶ existen dos opiniones radicales sobre las pruebas obtenidas mediante infracción a una norma jurídica. Para la primera, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la justicia por el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor. Para la segunda, en cambio, el derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella se derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal. Por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida. Entre estos extremos se han propuesto soluciones más matizadas. Piensan muchos que la complejidad del problema repele el empleo de fórmulas apriorísticas y sugiere posiciones flexibles. Sería más prudente conceder al juez la libertad de evaluar la situación en sus varios aspectos. Habida cuenta de la gravedad del caso, de la índole de la relación jurídica controvertida, de la dificultad para el litigante de demostrar la veracidad de sus alegaciones mediante procedimientos perfectamente ortodoxos, el juzgador decidiría cuál de los intereses en conflicto debe ser sacrificado, y en qué medida.

Posturas a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita

El juez norteamericano Cardozo, en el caso *Defoe vs. United States* de 1926, consideraba que la prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueran castigados por el hecho realizado.

¹²⁵ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Pruebas ilícitas”. En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal*, N° 1. Lima 2000, pág. 289.

¹²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Restricciones a la prueba en la Constitución Brasileña”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen II N°s. 21-22. Bogotá 1997, pág. 129.

La prueba ilícitamente obtenida debe admitirse en el proceso, y ser eficaz pudiendo por tanto ser objeto de apreciación por el juez, sin perjuicio de que se castigue a las personas que obtuvieron de esa forma la prueba. Debe predominar el interés de descubrir la verdad y a los delincuentes.

Posturas en contra de la admisibilidad y apreciabilidad

La prueba ilícita no es admisible. Debe ser excluida (*exclusionary rules*). Existen “lujos” que el Estado no puede darse, como sería el hecho de violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger. En 1928, en un voto particular, el juez norteamericano Holmes señaló que era necesario elegir y preferir que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes de que el gobierno desempeñe un papel indigno.

Tampoco se puede cobijar bajo el manto de la impunidad la violación de esos derechos y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido.

Es una consecuencia que el rechazo de la prueba ilícitamente obtenida desalentará a quienes recurren a tales medios, y eso ya supone un importantísimo paso para la consecución del Estado de Derecho. Y no debe olvidarse que la policía está sometida a directivas y presiones gubernamentales dirigidas a la consecución de una mejor estadística de casos resueltos. Además, la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida produce una ausencia de control sobre la policía y ello, a nuestro modo de ver, no redundará en beneficios sociales.

Posturas intermedias:

Teoría de la ponderación de intereses en conflicto:
PASTOR BORGONÓN¹²⁷ estima que el interés público por la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se integra el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en el ordenamiento en tanto derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones que puedan proceder contra la persona responsable de ello.

Teoría del ámbito jurídico (Rechtskreistheorie):
Se trata de una teoría desarrollada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), conforme a la cual en aquellos casos en los que se transgredió la prohibición de practicar la prueba, la utilización (mediante su valoración o apreciación) de la prueba así obtenida depende de “*si la lesión afecta esencialmente el ámbito jurídico del reclamante o si para él es secundaria o de poca significación*”.

La teoría obliga a realizar un examen pormenorizado, caso por caso, teniendo en cuenta la formulación general y las soluciones que la jurisprudencia proporciona en los distintos supuestos contemplados: filmaciones clandestinas y otros.

¹²⁷ Citada por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Editorial Akal/iure. Madrid 1989, pág. 109.

4. LOS EFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

Los efectos reflejos de la prueba ilícita se conocen también como pruebas ilícitas por derivación, o sea aquellas pruebas en sí mismas lícitas pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba lícitamente recogida. Es el caso, por ejemplo, de la confesión arrancada mediante tortura, en que el acusado indica dónde se encuentra el producto del delito, que viene a ser regularmente incautado. O el caso de interceptación telefónica clandestina, por medio de la cual la policía descubre un testimonio de hecho que, en declaración regularmente prestada, incrimina al acusado.

La prohibición de valoración debe alcanzar no solo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas que, a pesar de haber sido obtenidas o practicadas de forma lícita, tengan su origen en la primera. La ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco tales pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas. Se trata de la aplicación de la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*) y, consiguientemente, del reconocimiento de efectos reflejos o indirectos a las pruebas ilícitas.

La llamada doctrina del “fruto del árbol venenoso” tuvo su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí recibe el nombre de *fruit of the poisonous tree* o, más simplemente, *fruit doctrine*. Su origen se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States* (1920) en el que la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimidar a una persona para que entregara documentación cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal. Posteriormente, en *Nardone v. United Sates* (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se hubiera llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones. Para casos posteriores de aplicación de esta doctrina, pueden verse, entre otros, *Wong Sun v. United Status* (1963): exclusión como prueba de dichos de testigos y de objetos a los que se llegó como consecuencia de un allanamiento y arresto ilegal; *Brown v. Illinois* (1975): exclusión de una confesión prestada por una persona arbitrariamente detenida; *Davis v. Mississippi* (1969): exclusión de huellas dactilares tomadas de una persona detenida ilegalmente, aun cuando correspondían a las halladas en la escena del crimen.

Si agentes de la policía ingresan ilegalmente en el domicilio de una persona, o si interrogan a un sospechoso por medio de apremios, los elementos encontrados en el domicilio allanado o los dichos vertidos por quien ha sido coercionado, no serán admisibles como prueba en contra de quienes han padecido tales violaciones de sus garantías constitucionales.

Siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales (el allanamiento o la confesión coactiva), tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad. De tal manera que no solo resultan inadmisibles en contra de los

titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial (en los ejemplos, los objetos secuestrados en el allanamiento y la confesión misma), sino además todas aquellas otras evidencias que son fruto de la ilegalidad originaria. En los ejemplos, los demás testimonios, las pruebas materiales encontradas en poder de los interrogados o en otro lugar, etcétera.

Afirma PARRA¹²⁸ que restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco tales pruebas legales pueden ser admitidas. Por ejemplo: si una persona es torturada y dice dónde están las armas, no puede utilizarse la confesión ni tampoco endilgarle que él tenía las armas, porque a pesar de que la segunda prueba —la inspección judicial— es válida y legal, tiene como fuente un acto ilegal. Claro que la existencia de las armas, por ser una objetividad, no se puede negar, pero para poder condenar si es del caso a la persona, se requiere utilizar otras pruebas no contaminadas.

5. EVOLUCIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

Se inicia la jurisprudencia norteamericana desde el caso *Boyd v. United States* en 1886. Allí se cuestionó una factura que el acusado fue obligado a aportar en contra de su voluntad. Se excluyó la prueba por violación de la Cuarta¹²⁹ y Quinta¹³⁰ Enmiendas constitucionales.

En 1914 se da el caso *Weeks v. United States*, en el cual la Corte avanzó en el desarrollo de la regla de exclusión e invalidó una prueba obtenida en violación solo a la Cuarta Enmienda, limitándola al procedimiento penal federal.

La evolución continuó con los casos *Silverthorne Lumber Co. v. United States* de 1920 y *Nardone v. United States* de 1939, en los cuales no solo se declaró ineficaz la prueba misma obtenida ilegalmente, sino también las derivadas, doctrina que pasó a ser conocida mundialmente con la denominación de los frutos del árbol venenoso, utilizada en el caso “Nardone”.

El máximo desarrollo de la regla de exclusión se produjo en los Estados Unidos a través del caso *Mapp v. Ohio*, a raíz del cual se extendió su aplicación obligatoria a

¹²⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. *Pruebas ilícitas*, pág. 39.

¹²⁹ Artículo IVº.- No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino a virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas.

¹³⁰ Artículo Vº.- Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley; ni se podrá tomar propiedad privada para uso público, sin justa compensación.

todos los estados de la Unión, cuando estuviese involucrada la Cuarta Enmienda.

Posteriormente, una serie de fallos extienden el ámbito de actuación a pruebas obtenidas en infracción de otras disposiciones constitucionales. Así, en 1967, en el caso *Gilbert v. California* ,se impide hacer valer en juicio un reconocimiento en rueda de personas realizado sin la presencia del defensor, por ser violatorio de la Quinta Enmienda. Lo mismo sucedió en *Wade v. United States*, aunque se aplicó la excepción de la fuente independiente, y en *Stovall v. Demo*, dando lugar al cuestionamiento del imputado de la declaración en juicio de un testigo que antes había practicado un reconocimiento que no cumplía con las garantías establecidas para tal acto.

También de ese período data *Miranda v. Arizona*, que impuso a la policía la obligación de advertir los derechos constitucionales a las personas que va a interrogar bajo su custodia, como sospechosas de haber cometido un delito, excluyendo las confesiones tomadas sin esos recaudos. La culminación de la doctrina emergente del caso “Miranda” tuvo lugar en el fallo *Orozco v. Texas* de 1969.

6. LAS EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

La regla de exclusión de la prueba ilícita admite excepciones, que han sido desarrolladas esencialmente por la jurisprudencia norteamericana como formas de atenuar el impacto de la sensación de impunidad que genera la aplicación de las exclusiones probatorias.

Fuente independiente

La excepción de la fuente independiente funciona cuando al acto ilegal o a sus consecuencias se puede llegar por medios probatorios legales presentes, que no tienen conexión con la violación constitucional. Es decir que, aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado, se puede igualmente arribar a sus consecuencias por vías legales independientes.

En Argentina, en el caso *Rayford* se dijo que esta primera excepción a la regla de exclusión se daría en caso de que hubiese un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo, con base en lo cual pueda afirmarse que existía la posibilidad de obtener la prueba cuestionada por una fuente distinta o autónoma.

Esta excepción, también receptada en los Estados Unidos, recibe allí el nombre de *independent source* (fuente independiente). Su formulación se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, donde la Corte norteamericana sostuvo que las pruebas obtenidas por vías ilegales podían de todas maneras ser admitidas en juicio si el conocimiento de ellas podría derivar de una fuente independiente. La excepción ha sido también consagrada en los fallos: *Fah v. Connecticut*, *Cecolini v. United States* y *Bynum v. United States*.

Si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo, de manera de poder afirmarse que existía la posibilidad de obtener la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esa prueba será

válida. Uno de los casos en que se emplea con frecuencia la *fuerza independiente* en los Estados Unidos es en aquellos reconocimientos en rueda de personas, efectuadas sin aviso al defensor, y luego en el juicio el testigo espontáneamente reconoce nuevamente al acusado. También aquellos reconocimientos a los que se llevó a un imputado ilegalmente arrestado.

La Corte Suprema argentina, citando el caso *Nix v. Williams*, sostuvo que: No es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente, que habría llevado inevitablemente al mismo resultado.

Descubrimiento inevitable

La excepción del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery doctrine*) se aplica cuando la actividad ilícita (ejemplo: allanamiento domiciliario sin orden judicial) y sus consecuencias (incautación de drogas) se hubieran conocido por otros caminos que en el futuro, indefectiblemente, se hubiesen presentado, prescindiendo de la actuación contraria a derecho (ejemplo: persona que presenció el ingreso de la droga al domicilio y estaba dispuesta a denunciarlo).

Esta excepción se da, entonces, cuando la prueba obtenida ilegítimamente, por sus características, habría sido encontrada de todas maneras tarde o temprano.

Si bien algunos tribunales inferiores la han rechazado sobre la base de que constituye un incentivo para que la policía actúe ilegalmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos admitió para casos en que se acreditara por el Estado:

- a) Que la policía no había actuado de mala fe, y solamente con el propósito de acelerar la investigación, recurriendo a un medio ilegal.
- b) Que efectivamente la prueba no podía haber permanecido oculta.

En el caso *Nix v. Williams* (1984) se admitió como prueba en contra del procesado un cadáver a cuya localización la policía llegó violando el derecho de aquél a no ser interrogado en ausencia de su abogado defensor. Durante el juicio, la Fiscalía probó que al momento de obtenerse la declaración inválida, la zona donde se hallaba el cadáver estaba siendo rastreada por gran cantidad de agentes policiales y colaboradores. La Suprema Corte norteamericana sostuvo entonces que el descubrimiento de esa prueba era inevitable y que, por lo tanto, no existía entre la ilegalidad policial y la prueba un nexo de entidad suficiente como para justificar su exclusión.

Cabe destacar que la diferencia entre esta excepción y la fuente independiente radica en que en esta última se requiere que la prueba alternativa e independiente sea actual; en cambio, en el descubrimiento inevitable, que sea hipotéticamente factible. También que esta última se distingue por no requerir una línea de investigación distinta, actual y comprobada en el expediente, sino que basta una concatenación hipotética.

Una de las modalidades del descubrimiento inevitable lo constituyen los registros sin orden judicial, pero con causa probable. Conforme a esta excepción,

la regla del descubrimiento inevitable se debe aplicar siempre y cuando la policía tenga suficientes pruebas en su poder en el momento de la realización de la acción, que si se hubieran presentado el pedido ante un juez éste hubiera emitido la orden correspondiente. La orden, de acuerdo con este razonamiento, hubiera sido emitida y la policía habría encontrado las pruebas por este medio constitucional. En *United States v. Brown*, un tribunal de apelaciones consideró este argumento y lo rechazó. Aceptar este planteamiento —sostuvo el tribunal—, eliminaría el requisito de una orden judicial previa a un allanamiento en todos los casos en los que la policía tuviera suficientes pruebas para solicitar una orden judicial, pero que, sin embargo, no lo hiciera. La mayoría de los restantes tribunales que han considerado esta extensión del razonamiento de *Nix* lo han rechazado. Sin embargo, en *United States v. Souza* (decisión del 10º Circuito de Apelaciones, del 2000), el tribunal de apelaciones permitió la presentación de pruebas obtenidas sin orden judicial porque el Ministerio Fiscal había dado los pasos necesarios para obtener la orden, aunque la policía no la tuviera en mano cuando efectuó el registro.

Los testimonios dotados de voluntad autónoma

La prueba que proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse éstas dotadas de voluntad autónoma, admiten mayores posibilidades de atenuación de la regla (caso *Rayford*). Por último, el grado de libertad de quien declara no es irrelevante para evaluar la libertad con que hizo sus manifestaciones, de modo que la exclusión requiere, en estos supuestos, un vínculo más inmediato entre la ilegalidad y el testimonio que el exigido para descalificar la prueba material. La Corte argentina se inspiró en el caso *Ceccolini v. United States* (1978), en el cual se hizo exactamente esa diferenciación. Allí, un oficial de policía había llevado a cabo el registro de un comercio sin orden judicial previa, secuestrando ciertos sobres que halló en un mostrador. En uno de los sobres había evidencias de la realización de pruebas ilegales. El policía preguntó al empleado del comercio a quién pertenecía el sobre en cuestión. El empleado suministró el nombre del acusado, quien era un cliente del referido comercio. Durante el proceso el acusado buscó la supresión, como prueba, tanto del sobre conteniendo la documentación incriminatoria como del testimonio del empleado del comercio. La Corte estadounidense, en votación dividida, consideró al testimonio del empleado como una prueba válida para justificar por qué se aceptaba la exclusión del sobre, pero no la de la declaración del empleado.

Buena fe

Esta excepción es común, sobre todo en materia de allanamientos y requisas, cuando por error se lleve a cabo un procedimiento que vulnera la garantía constitucional en juego o su reglamentación, en el cual ha habido buena fe de los funcionarios actuantes.

En el caso *León v. United States* (1984), la Corte Suprema de los Estados Unidos ha elaborado la doctrina de la buena fe, que consiste en la posibilidad de valorar evidencias obtenidas en infracción a principios constitucionales si ésta fue realizada sin intención, generalmente por error o ignorancia. En dicho caso se analizó la validez de la prueba obtenida como consecuencia de una orden de allanamiento no sustentada en causa probable para su emisión, situación que ignoraban los policías que la llevaron a cabo.

La excepción opera, entonces, cuando la policía actúa de buena fe y en cumplimiento de una orden judicial, aun cuando luego se determine que esa orden estuvo mal dictada. El fundamento que se ha dado para admitir esta excepción es que no tiene ningún sentido intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiado en que obraba conforme a Derecho.

Si bien en el Derecho norteamericano esa excepción se ha limitado hasta el momento a supuestos de actos cumplidos en ejecución de una orden judicial, es probable que sea extendida a todos los casos en que la policía crea de buena fe estar cumpliendo con sus deberes.

Seguridad pública

En algún caso se ha admitido una excepción a la exclusión automática de prueba obtenida ilegalmente, cuando la “seguridad pública” requería acción inmediata por parte de la policía. En el caso *Quarles v. New York* (1984), oficiales de la policía habían localizado en un supermercado a un sospechoso por una violación recientemente denunciada. El sospechoso intentó escapar pero fue detenido. Al palparlo de armas, los policías advirtieron que portaba una cartuchera vacía. El sospechoso fue interrogado, sin ser advertido previamente de sus derechos, acerca del lugar donde estaba el arma. En tales circunstancias admitió haberla escondido entre unas cajas en el supermercado, lugar donde fue localizada. Durante el juicio el procesado objetó la validez de su admisión inculpativa y del arma así encontrada. Llegado el caso a la Corte Suprema, ésta —en votación sumamente dividida— declaró tales pruebas admisibles.

Consideraciones sobre la “seguridad pública” —sostuvo el tribunal— justificaban hacer lugar a una “pequeña excepción” a los principios de exclusión de prueba obtenida en violación de los derechos de los imputados. La Corte estadounidense fue cuidadosa, sin embargo, al remarcar que éste no era un caso en el cual la policía hubiese forzado a un procesado a autoincriminarse.

La ponderación de intereses en conflicto

Sobre la ponderación de intereses en conflicto, cabe destacar que SAN MARTÍN CASTRO¹³¹ ha sostenido que tratándose de la lesión de un derecho fundamental material, no hay necesidad de acudir a juicio de ponderación alguno. Refiere que ello es así —con cita de PEDRAZ PENALVA— en la medida en que la doctrina de la exclusión de la prueba prohibida se construye en nuestro ordenamiento en términos absolutos. En cambio, cuando se trata de derechos fundamentales de naturaleza procesal, resulta esencial el juicio de ponderación o la concepción del ámbito jurídico.

El profesor español GÁLVEZ MUÑOZ¹³², ha postulado un conjunto de criterios para operativizar la ponderación: a) la gravedad o entidad objetiva de la infracción; b) la intencionalidad del infractor; c) la naturaleza y entidad objetiva

¹³¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. “Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la admisión de la prueba prohibida en el proceso penal”. En: *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal* N° 4, Lima 2003, pág. 64.

¹³² GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Editorial Thomson – Aranzadi. Navarra 2003, págs. 125 y 126.

que tenga el hecho investigado por el infractor; d) la dificultad probatoria; e) la naturaleza rígida o flexible del derecho fundamental afectado; f) la inevitabilidad o no del descubrimiento de la prueba por medios lícitos; y g) las consecuencias de la aplicación de la regla de exclusión sobre otros bienes y valores dignos de protección.

La justicia canadiense también ha esbozado algunos criterios para ponderar la decisión de aplicar o no la regla de exclusión: a) si la decisión afecta el resultado del juicio; b) la gravedad del delito; c) el efecto que la decisión tendrá sobre la reputación de la administración de justicia; d) la buena fe de la policía; e) la existencia de factores exigentes; f) si la policía pudo haber obtenido las pruebas sin violar la ley; g) el nivel de violación del derecho a la intimidad; h) el nivel de expectativa de privacidad en el área que es objeto del registro; e i) la importancia de la prueba para el caso del fiscal.

7. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA

En la legislación, jurisprudencia y doctrina comparadas, en lo relativo a la obtención de las fuentes de prueba o pruebas —directa o indirectamente— con violación de derechos fundamentales, se asumen diversos tipos de consecuencias jurídicas: nulidad, invalidez, ineficacia, inutilizabilidad, prohibición de valoración, exclusión probatoria, inadmisibilidad, entre otras.

En España, en su sentencia 114/84 de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional asumió la inadmisibilidad así como la prohibición de valoración de la prueba ilícita a aquellos casos en que se hubiere obtenido violentando derechos o libertades fundamentales. Tal doctrina jurisprudencial tuvo su plasmación normativa en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Dicha norma se enmarca dentro del instituto de las nulidades de actuaciones, consecuencia jurídica respecto de la cual no existe una coincidencia doctrinaria, ni tampoco respecto a si solamente debe comprenderse entre las consecuencias de inadmisibilidad de la prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener las pruebas, o también a la que se produzca en el momento de su admisión o práctica en el proceso judicial. ORTELLS RAMOS¹³³ y DÍAZ CABIALE¹³⁴, excluyen del ámbito de aplicación del artículo 11.1 L.O.P.J. los supuestos de vulneración de derechos fundamentales procesales, y reconducen su régimen jurídico al de las nulidades procesales. De esta solución discrepa ASENCIO MELLADO¹³⁵, para quien por obtención de la prueba cabe entender no solo la actividad de investigación de la fuente de prueba, sino también la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba medianate mecanismos inadmisibles en tanto violan derechos fundamentales.

¹³³ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Jurisdiccional III*. Editorial Trant lo Blanch. Valencia 2000, pág. 319.

¹³⁴ DÍAZ CABIALE - MARTÍN MORALES. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Editorial Civitas. Madrid 2001, págs. 134 y ss.

¹³⁵ ASENCIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Fondo Editorial del INPECCP. Lima 2008, págs. 117 y ss.

La doctrina italiana viene utilizando el concepto de *inutilizzabilità* para referirse a la consecuencia jurídica que deriva de la infracción de las prohibiciones legales en la obtención de la prueba, que da por resultado su ineficacia. Dicho término ha sido plasmado normativamente en el artículo 191 del Código de Procedimiento Penal italiano de 1989: 1. Las pruebas practicadas con violación de las prohibiciones establecidas por la ley, no pueden ser utilizadas. 2. Tal circunstancia es declarable aun de oficio, en cualquier estado y grado del proceso.

La *inutilizzabilità* de la prueba ilícita, como prohibición de otorgar validez alguna a la prueba ilícita, despliega sus efectos en dos momentos distintos: en el momento de la admisión del medio de prueba y en el momento de su valoración o apreciación judicial. Se impone, por lo tanto, un examen por separado de cada uno de estos dos efectos.

Para MIRANDA ESTRAMPES es preferible hablar de “inutilizabilidad” de la prueba ilícita; es decir de prohibición de admisión o prohibición de valoración de la misma, cuya consecuencia es más la privación de eficacia probatoria que la nulidad. La ilicitud de la prueba y la nulidad de los actos procesales operarían en ámbitos diferentes¹³⁶. Es oportuno destacar en este momento que la ausencia de una norma legal expresa que proclamara la nulidad de las pruebas obtenidas mediante violación de derechos fundamentales, no fue obstáculo para que el Tribunal Constitucional (español) consagrara su inadmisibilidad y, por lo tanto, su carencia de efectos, configurando dicha exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal¹³⁷.

Para el caso en que, por las razones que fuesen, la prueba obtenida ilícitamente hubiera sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiera producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase del juicio oral, la misma no deberá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El juez o tribunal no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita. Los resultados probatorios obtenidos devendrán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia; es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia. La prueba ilícita es, por lo tanto, una prueba de valoración prohibida. Ello no nos debe llevar al error de estimar que nos encontramos ante una cuestión de valoración probatoria, pues precisamente lo que le está vedado al órgano jurisdiccional es la operación de valoración de la prueba obtenida de forma ilícita¹³⁸. GUARIGLIA¹³⁹ se refiere a esta prohibición de valoración de la prueba en los términos siguientes:

“...significa sustraer del conocimiento de los jueces no el objeto de prueba, lo cual solo sucede en el caso de prohibición de temas de prueba, o limitaciones absolutas, sino solamente aquella información referida a él obtenida mediante

¹³⁶ *Ibíd.*, pág. 95.

¹³⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona 2004, pág. 95.

¹³⁸ *Ibíd.*, págs. 101 y 102.

¹³⁹ GUARIGLIA, Fabricio. “Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”. En: *Jueces para la democracia*, N° 25. Marzo de 1996, pág. 78.

la actividad estatal defectuosa. El objeto de prueba permanece, en principio, accesible a la persecución penal, la que puede llegar a él mediante la utilización de las vías regulares de adquisición de prueba. En resumen, lo característico de la prueba ilícita es su carencia de validez y eficacia probatoria, lo que se traduce en la práctica en la prohibición de valoración para construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria.”

En los Estados Unidos de Norteamérica funciona la regla de exclusión (probatoria), que es la reacción procesal establecida ante la pretensión de hacer valer en el proceso la información incriminatoria contenida en los materiales probatorios obtenidos de forma inconstitucional.

Nuestra postura se asimila al criterio de la inutilizabilidad o ineficacia probatoria, como consecuencia de la inadmisión de una fuente de prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales o la exclusión de valoración de un medio de prueba que se incorporó indebidamente al proceso, o su derivada o efecto reflejo. La inadmisibilidad no solamente funciona para el caso de la prueba impertinente, inútil o inconducente, sino también en el supuesto de prueba obtenida de manera ilegítima. En cuanto a la ineficacia probatoria, es deci, a su no valoración, se trata de una consecuencia prevista de manera expresa en la Constitución Política del Perú cuando se señala en el artículo 2°.10 que “los documentos obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”; y en el artículo 2°.24.h), cuando se establece que “carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia”.

8. MECANISMOS DE CONTROL DE LA PRUEBA ILÍCITA

En la práctica forense existe una tendencia generalizada a diferir el análisis de la litud o ilicitud de la prueba al momento de dictar sentencia; nada impide que el órgano judicial rechace en el trámite de admisión o inadmisión aquellas pruebas obtenidas ilícitamente. SILVA MELERO¹⁴⁰ afirmaba que “cuando los medios de prueba son ilícitos, no deben ser admitidos y, en caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta”. La ilicitud debe motivar, por lo tanto, no solo la inapreciabilidad de la prueba por el órgano judicial sentenciador sino, también, su inadmisibilidad procesal.

Según MIRANDA ESTRAMPES¹⁴¹, la expresión “no surtirán efecto” que utiliza el artículo 11°.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, no significa que se haga referencia exclusivamente al momento de la valoración o apreciación de la prueba, sino que comprende también el momento procesal de su admisión. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹⁴² señala que precisamente la mejor forma de conseguir que esas pruebas no surtan efecto es impidiendo que entren en la

¹⁴⁰ SILVA MELERO, V. *La prueba procesal*, Tomo 1. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1963, pág. 70.

¹⁴¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Op. cit.*, pág. 95.

¹⁴² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Editorial Akal. Madrid 1989, pág. 146.

causa y, si han sido incorporadas a la misma, forzando que salgan de ella; es decir procediendo a su exclusión material.

En el trámite procesal de admisión, el juez debería de rechazar, incluso de oficio, la prueba obtenida ilícitamente. Se considera que éste es el momento oportuno para examinar las circunstancias en las que se obtuvo la fuente de prueba que trata de incorporarse al proceso, no pudiendo contentarse con que la prueba sea relevante —pertinente y útil— para el caso en cuestión. La ilicitud de la prueba, insistimos, debe actuar como causa de inadmisión procesal. No sería necesario, además, que la ilicitud fuera alegada por alguna de las partes.

A los efectos de posibilitar el control de la licitud o ilicitud de las pruebas por vía de los recursos, la jurisprudencia española viene exigiendo que cuando el Tribunal sentenciador considere que una determinada prueba es inválida por no respetar las garantías constitucionales o de legalidad ordinaria, deberá recoger en el *“factum”*, tanto el contenido de la misma como las circunstancias de su práctica, para que el Tribunal superior que deba revisar la sentencia pueda, en su caso, pronunciarse sobre el acierto o desacierto de la decisión sobre la toma o no en consideración de tal diligencia por razones de ilicitud o nulidad.

En los Estados Unidos de Norteamérica, el mecanismo de control de la prueba ilícita más utilizado es la moción de supresión (*motion to supress*). La audiencia de supresión únicamente se celebrará si el acusado interesado en la exclusión de determinados materiales probatorios presenta una moción de supresión, la cual se define como “el instrumento (procesal) por el que la cuestión de si determinados materiales probatorios deberían ser excluidos en razón de su obtención en violación (de derechos constitucionales) se plantea ordinariamente en un caso criminal”.

La moción de supresión debe formularse necesariamente por escrito, y en ella deberán especificarse las pruebas cuya exclusión se pretende, y explicitar con cierto detalle el fundamento legal o constitucional que se invoca, sin que sea suficiente afirmar genéricamente que las pruebas son inadmisibles por ser “ilegales” o “inconstitucionales”. Por lo general, el juez que dirige la audiencia de supresión debe decidir sobre la moción de supresión antes del juicio oral, pero puede diferir su decisión para el momento del juicio oral, en cuyo caso el acusado deberá reiterar su moción si no quiere que su derecho decaiga. La regla de exclusión se aplica a instancia de parte interesada y debidamente legitimada, por el cauce de la moción de supresión presentada en tiempo y forma, de cuya consideración concluye el juez que se produjo una violación constitucional en la obtención de las pruebas que se pretende aportar al juicio.

9. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

El nuevo Código Procesal Penal peruano, promulgado mediante Decreto Legislativo 957, y en vigencia parcial en los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad, se refiere expresamente a la prueba ilícita en el artículo VIII° del Título Preliminar y en el artículo 159°.

La prueba ilícita no ha sido definida por el nuevo Código Procesal Penal, ni tenía por qué serlo, pero de su descripción legal se puede concluir por qué se asume un criterio restringido de la noción de prueba ilícita. En efecto, el legislador ha considerado que solo se está frente a prueba ilícita cuando las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violan o vulneran el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Un primer problema dogmático se advierte cuando se trata de establecer cuál es el alcance de la prueba ilícita. ¿Comprende solo la obtención ilícita de una fuente de prueba o también su incorporación? Aun cuando el inciso 2) del artículo VIII° del Título Preliminar haga referencia únicamente a la “obtención” de las pruebas con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, ello no es óbice para excluir la posibilidad de estimar prueba ilícita en el momento de la “incorporación” de la fuente de prueba en el proceso. Tal afirmación se deriva de la regla general contenida en el inciso 1) del artículo VIII° del Título Preliminar, cuando emplea la frase *“solo si ha sido... incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo”*. En este último supuesto, el mecanismo de control ya no estará orientado a la inadmisión de la prueba, sino a su inutilizabilidad o no valoración.

Un segundo problema dogmático consiste en precisar lo que debe entenderse por violación o vulneración del “contenido esencial” de los derechos fundamentales de la persona. Por contenido esencial debe entenderse al contenido determinable de un derecho fundamental, que se erige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir tales derechos. Es “esencial” en cuanto atañe a la esencia del Derecho, a su naturaleza, a su ontología, de modo que todo el contenido es en sí mismo necesario por esencial¹⁴³. Últimamente, el Tribunal Constitucional utiliza el concepto de “contenido constitucionalmente protegido” y se erige en el órgano que delimita los contornos de su ámbito de protección. De manera tal que se debe considerar que se viola el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando se afecta el contenido delimitado de su ámbito de protección.

Es discutible que en conferencias algunos autores nacionales asuman la posición de que la prueba ilícita sea consecuencia de la obtención o incorporación sin observancia del debido proceso. No se debe olvidar que no todos los componentes o elementos del debido proceso son derechos fundamentales. Por otro lado, es también discutible en la doctrina que la prueba ilícita se produzca por violación de derechos procesales, ya que para éstos el ordenamiento procesal prevé el régimen de nulidades.

En cuanto a los efectos derivados o reflejos de la prueba, el nuevo Código Procesal Penal los comprende de manera expresa, en la medida que estipula que carecen de efecto legal (art. VIII° T.P.) o no se pueden utilizar (art. 159°) pruebas obtenidas “indirectamente” con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales. En tal sentido, no podrán ser incorporadas o utilizadas las fuentes de prueba obtenidas lícitamente con base o teniendo como origen una prueba

¹⁴³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Ara Editores. Lima 2003, pág. 138.

ilícita. Sin duda alguna, le alcanza la ineficacia probatoria de la prueba obtenida ilícitamente.

Respecto a las consecuencias de estimarse la concurrencia de prueba ilícita, el nuevo Código Procesal Penal emplea las frases “carecen de efecto legal” (art. VIII° T.P.) y “no podrá utilizar” (art. 159°). Ambos términos jurídicos conceptualmente están relacionados con la “inutilizabilidad” o “ineficacia probatoria”; es decir que no podrán ser objeto de valoración por el juez. Sin embargo, el Código no se refiere expresamente al supuesto de inadmisión de la prueba ilícita, lo que no significa que desde el propio Código no se pueda construir una interpretación que permita considerar la posibilidad de inadmitir una prueba ilícita. En efecto, cuando el artículo 155°.2 se refiere a la admisión de las pruebas, emplea el término “exclusión” como sinónimo de inadmisión, estableciendo que el juez “solo podrá excluir las (pruebas) que no sean pertinentes y prohibidas por la ley”. Siendo la prueba ilícita una prueba prohibida por la ley —dado su origen ilegítimo—, en consecuencia su inadmisión (exclusión) se encuentra perfectamente autorizada por el nuevo Código.

Constituye una excepción a la ineficacia de la prueba obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, cuando tal prueba resulte favorable al imputado. Cabe aplicar en este caso la regla contenida en el artículo VIII°.3 del Título Preliminar, cuando señala que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio. Esto en modo alguno autoriza a que el imputado obtenga fuentes de prueba lesionando los derechos fundamentales de la víctima o de terceros, y luego las utilice en su favor, sino al aprovechamiento de aquellas fuentes obtenidas por los agentes estatales, aun con infracción de las garantías constitucionales estatuidas en su favor.

En lo que concierne las excepciones a la regla de exclusión —entendida como inadmisión o exclusión para la valoración de la prueba ilícita—, si bien el nuevo Código Procesal Penal no regula los distintos supuestos en los que no obstante haberse obtenido, directa o indirectamente, una fuente de prueba con violación de derechos fundamentales es posible su valoración, también lo es que los supuestos de excepción a la ineficacia de la prueba ilícita son producto de una construcción esencialmente jurisprudencial. En la jurisprudencia norteamericana, las excepciones a la regla de exclusión probatoria son obra de los fallos de la Suprema Corte. Contemporáneamente, se viene empleando los de proporcionalidad y de ponderación de intereses para decidir la utilización o no de las fuentes de prueba derivadas de la violación de los derechos fundamentales, cuyos contornos son definidos progresivamente y de manera general por la jurisprudencia como consecuencia del tratamiento que se les da en cada caso concreto.

Finalmente, un tema no abordado por el nuevo Código Procesal Penal de manera expresa es el relativo al cauce procesal para declarar la inadmisión o exclusión probatoria de una prueba ilícita. Empero, esto en modo alguno nos puede llevar a eludir una postura sobre tal problema procedimental, puesto que finalmente, del cauce procesal dependerá que las consecuencias o efectos de la prueba ilícita no solo contaminen el proceso, sino que esencialmente persistan en la afectación de los derechos fundamentales del procesado.

Si en el curso de las diligencias preliminares o en la investigación probatoria se pretende incorporar una fuente de prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de la persona, el imputado puede hacer uso de la vía de tutela ante el juez de la Investigación Preparatoria (art. 71°.4), en resguardo de sus derechos, solicitando la inadmisión de la prueba ilícita como una medida de corrección.

El otro momento en que se puede instar la inadmisión de una prueba ilícita es en la fase intermedia, específicamente en la audiencia preliminar regulada por los artículos 351° y 352°, donde las partes tendrán la oportunidad de debatir sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida y el juez de decidir sobre la admisión de los medios de prueba ofrecidos.

Por último, si la prueba ilícita fue incorporada indebidamente en el proceso, al momento de la deliberación el juez podrá excluirla de la valoración, pues con arreglo al artículo 159° éste no puede utilizar los medios de prueba —se entiende que la fuente de prueba ya fue incorporada al proceso mediante la actuación del medio de prueba o su oralización— que contengan fuentes de prueba obtenidas con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. No se debe olvidar la regla general prevista en el artículo 393°.1: *El juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio; por lo tanto, se excluyen de la valoración las pruebas ilegítimas.*

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. “Sobre el valor de la inmediación”. En: *En torno a la jurisdicción*. Editores del puerto. Buenos Aires 2007.

ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2003.

ASENCIO MELLADO, José María. “El proceso Penal con todas las garantías”. En: Revista *Ius et Veritas* N°33. Lima, diciembre de 2006.

ASENCIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Inpeccp Fondo Editorial. Lima 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Restricciones a la prueba en la Constitución Brasileña”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen II, Bogotá 1997.

BERGMAN, Paul. *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*. Editorial Abeledo–Perrot. Buenos Aires 1995.

BLANCO SUARÉZ, Rafael y otros. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile 2005.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Ara Editores. Lima 2001.

CAFFERATA NORES, José. En *Introducción al derecho procesal penal*. Lerner Editores, Córdoba, 1994.

CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Quinta edición. Editorial Lexis Nexos–Depalma. Buenos Aires 2003.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Ara Editores. Lima 2003.

CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2005.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Editorial Aranzadi. Navarra 1999.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 2003.

DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*. Novena Edición. Editorial Temis. Bogotá 1993.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá 2002.

DIAZ CABIALE, José Antonio. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Editorial Comares. Granada 1996.

DIAZ CABIALE – MARTÍN MORALES. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Editorial Civitas. Madrid 2001.

DÍAZ PITA, Ma. Paula. *El coimputado*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2000.

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

FERRER BELTRÁN, Jordi. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. En: *Revista Jueces para la democracia*. Nº 47. Madrid 2003.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Editorial Marcial Pon., Madrid 2007.

FUENTES SORIANO, Olga. “Valoración de la prueba indiciaria y declaración 2de la víctima en los delitos sexuales”. En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo. Lima 2000.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Editorial Thomson – Aranzadi. Navarra 2003.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El objeto de la prueba en el proceso civil*. Cedecs Editorial S.L. Barcelona 1997.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*”. Segunda Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid 2004.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex. Madrid 2006.

GOLDSCHMIDT, James. “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal”. En: *Principios generales del proceso*, Volumen I. Editorial Jurídica Universitaria. México 2003.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. “La prueba anticipada”. En: *El nuevo proceso penal*. Estudios fundamentales. Editorial Palestra. Lima 2005.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra Editores. Lima 2005.

GORPHE, Francois. *Apreciación judicial de las pruebas*. Editorial Temis. Bogotá 1985.

GÖSSEL, Kart Heinz. “La prueba ilícita en el proceso penal”. En: *Revista de Derecho Penal, 2001-1 Garantías constitucionales y nulidad procesal-I*, Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *La prueba en el proceso civil peruano*. Editora Normas Legales. Trujillo 1997.

GUARIGLIA, Fabricio. “Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”. En: *Jueces para la democracia*, Nº 25, marzo de 1996.

GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2006.

IGÁRTUA SALAVERRÍA, Juan. *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Editorial Trotta. Madrid 1999.

IGÁRTUA SALAVERRÍA, Juan. *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*. Editorial Thomson – Civitas. Madrid 2004.

IPPÓLITO, Darío. “Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: La teoría de las pruebas judiciales en Filangieri y Pagano”. En: *Revista Jueces para la democracia*, Nº 61, marzo 2008.

JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires 2002.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Editorial Ariel. Barcelona 1980.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Editorial Akal/iure. Madrid 1989.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), 1951.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano*. Duodécima Edición. Editorial Temis. Bogotá 2002.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004”. En: *Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo II. Ara Editores. Lima 2006.

MITTERMAIER, Kart. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Fabián J. Di Plácido Editor. Buenos Aires 1999.

MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*. Ediciones BLG. Trujillo 1995.

NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. Barcelona 2000.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Jurisdiccional III*. Editorial Trant lo Blanch. Valencia 2000.

PARRA QUIJANO, Jairo. “Pruebas Ilícitas”. En: Revista *Ius et Veritas*. Año VIII, N°14. Lima, junio de 1997.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 2002.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Pruebas ilícitas”. En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal*, N° 1. Lima 2000.

RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La prueba en el proceso penal*. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Editorial Aranzadi. Pamplona 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires 2000.

SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Editora Lerner. Córdoba 2006.

SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Tomo II. Editora Jurídica Grijley. Lima 2003.

SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. “Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal”. En: *Proceso & Justicia*. Revista de Derecho Procesal N°4. Lima 2003.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Idemsa. Lima, 2004.

SILVA MELERO, Valentín. *La prueba procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado, tomo I. Madrid 1963.

STEIN, Friederich. *El conocimiento privado del juez*. Universidad de Navarra. Pamplona 1973.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta. Madrid 2002.

VARELA, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Segunda reimpresión de la segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

VIVAS USSHER, Gustavo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Editores Alveroni. Córdoba, 1999.