



ANEXO DE LECTURAS

TALLER “VALORACION Y CARGA DE LA PRUEBA”

UNIDAD I: ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL

- 1) Talavera Elguera Pablo, la prueba en el nuevo proceso penal-manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común. GTZ (cooperación técnica alemana), p. 19, ss



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

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

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

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	

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

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 realza 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 preconstituída 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, inmediación 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 inmediación, 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. Aquella 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 inmanentes 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 SALAVERRÍA, 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 Alcances

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 VIII° 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 VIII°.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. 155°.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. 165°.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 182°.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 157°.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 2°.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 2°.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 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. 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 aquellos 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.

CAPÍTULO III

LOS ACTOS DE APORTACIÓN Y ADMISIÓN DE LA PRUEBA

³³ *Ibid.*, pág. 101.

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 *Ibid.*, 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 angloamericano, 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.

quiera 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 inadmisibles 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 que 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 inmediación 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 escrupulo.

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 preconstituida 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 Oportunidad y 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 irrepeticibilidad, 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 irrepeticible 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 irrepeticible, 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. 375°) y el contrainterrogatorio (art. 378°.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. 386°).

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. 393°.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. 359°). 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. 360°). 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. 360°.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 361° 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 efectuó 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 deber 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 concontrainterrogatorio de testigos*

Es el interrogatorio de un testigo por la parte adversa. Según FONTANET, el concontrainterrogatorio es el interrogatorio que realiza la parte contra quien se ha ofrecido el testimonio del declarante. El concontrainterrogatorio 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 378°.8. El concontrainterrogatorio no tiene una estructura rígida. BERGMAN señala que en contraste con el formato narrativo del interrogatorio directo, en su forma típica el concontrainterrogatorio tiene un formato temático, donde se busca aclarar puntos específicos.

Los objetivos del concontrainterrogatorio 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 concontrainterrogatorio 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 concontrainterrogatorio. 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 concontrainterrogatorio.

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 concontrainterrogatorio lo constituye el uso de las declaraciones previas. La citada técnica de litigación se encuentra expresamente prevista en el artículo 378°.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 378°.8: Durante el concontrainterrogatorio, 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 concontrainterrogatorio 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 378°10 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-concontrainterrogatorio.

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 concontrainterrogatorio.

El re-concontrainterrogatorio es el segundo concontrainterrogatorio. 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 concontrainterrogatorio. El propósito del re-concontrainterrogatorio 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 coninterrogatorios 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 proscriben, 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 aquellas 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 aquellas 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 aquella 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 formulan 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° las asimila 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 al 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, cuando 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 justifican.

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 manifiestamente 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 a 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 completitud 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 aquella que aparezca confirmada por un mayor grado de atendibilidad. De otro lado, encontramos la dimensión global del principio de completitud, 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 completitud 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.

critérios 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 inculpativa 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 coacusado puede estar viciada o dirigida a buscar su propio beneficio en perjuicio del coacusado⁹⁵.

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 sindicarse 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 inculpinante. 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 inculpinatoria 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 inculpinación: 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 inculpinador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias, aún de carácter periférico, que consolide su contenido inculpinador, 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 sí 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 inculpinatorio 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 sí 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 inculpinatorias 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 inculpinatoria 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 inculpinaciones 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 imputaciones 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 nexos 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 nexos 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, indubitadamente 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 irremediamente 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 MITTERMAIER, 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 aquella 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 aquella 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 *Ibid.*, 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 States* (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 States* (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 inadmisión 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 medianamente 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 vendrán 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 *Ibid.*, 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 *Ibid.*, 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 decir, 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 licitud 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 suppress*). 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 intermediación”. 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*. N° 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*, N° 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*, N° 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.

UNIDAD I: ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL

2. Jauchen Eduardo M. “Tratado de la prueba en materia penal”, ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires argentina, p. 375, ss.

EDUARDO M. JAUCHEN

Ex profesor adjunto de la cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe. Ex profesor de Trabajos Prácticos en Procesal Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología del Colegio de Abogados de Santa Fe. Conjuez del Juzgado Federal de Santa Fe. Jurado del Consejo de la Magistratura de la Nación para la selección de magistrados.

TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe

ión

-727-370-0

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

*Por su dignidad como mujer, por su cualidad
de madre ejemplar, por los hijos que me dio,
por el amor, la amistad y la tolerancia que
me prodiga, dedico este subyugante esfuerzo
a mi esposa, MARÍA MERCEDES REPETTO*

de una ley extranjera, en cuyo caso se la considera como un hecho que deberá ser acreditado por los medios de prueba pertinentes para conocer su contenido. Sin embargo, si dichas normas extranjeras han sido incorporadas al ordenamiento vigente nacional en virtud de un tratado internacional (art. 31, Const. Nac.), su conocimiento se presume y no será necesaria su acreditación¹³.

Pertinencia de la prueba

Prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye el objeto del proceso. La referencia puede aludir al hecho que constituye el objeto del proceso, como corroborante de su existencia, inexistencia o modalidades, o bien a la participación que en él tuvo el imputado. En razón de la indisponibilidad del objeto del proceso en materia penal, la pertinencia del medio probatorio no estará determinada por la circunstancia de que las partes hayan controvertido o admitido el hecho, sino por la vinculación del elemento con los hechos que es necesario probar para verificar la verdad histórica. Empero, no será sólo la proximidad directa con el hecho delictuoso la pauta para verificar su pertinencia, pues de esta cualidad puede gozar el medio que tiende a comprobar un hecho incidental dentro del proceso a raíz de un incidente, oposición o excepción articulada dentro del mismo y para cuyo caso sea menester recurrir a la corroboración de hechos que no tengan una vinculación directa con el fondo que suscita el proceso. También puede estar dirigido a verificar la idoneidad misma de otro elemento probatorio que esté relacionado directamente con el hecho principal, como serían las pruebas tendientes a comprobar la dudosa veracidad de un testigo que refiere haber presenciado el hecho ilícito objeto del proceso, la prueba pericial para verificar la autenticidad de la documental que materializa el

¹³ Cfr. RUBIANES, ob. cit., p. 234.

ilícito, etcétera. Además la prueba puede ser directa o indirecta según que de la misma se obtenga una referencia del delito mismo, o bien de algún otro hecho que haga posible inferir o conocer indirectamente aquél; ambas serán obviamente pruebas pertinentes. En caso de dudas deberá estarse por un criterio amplio que considere pertinente al elemento probatorio. Prueba impertinente será, en consecuencia, aquella que evidentemente no tenga 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 principal¹⁴.

Utilidad de la prueba

La utilidad de la prueba está directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga con relación al objeto que debe probarse. Esto es, su importancia, idoneidad y eficacia para verificar el mismo. Pues además de ser pertinente, la prueba debe ser útil. Será inútil aquel elemento que carezca de toda importancia en cuanto relevancia para verificar el hecho investigado. Salvo en la etapa de instrucción, el juez no puede evaluar por anticipado la utilidad del elemento probatorio¹⁵.

Prueba superabundante

Aun cuando los códigos¹⁶ refieran sólo a las pruebas impertinentes y superabundantes como aquellas susceptibles de rechazo por parte del juez o tribunal, estas últimas son en realidad una especie dentro de las pruebas inútiles que hemos conceptualizado en el punto anterior. Sin embargo, como ya

¹⁴ Ver arts. 356, N. C. P. P. N., y 387, C. P. P. de Santa Fe; cfr. CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., ps. 25, 26 y 27.

¹⁵ Cfr. arts. 201 y 202, C. P. P. de Santa Fe; CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., p. 27.

¹⁶ Cfr. arts. 356, N. C. P. P. N., y 387, C. P. P. de Santa Fe.

se dijo, el aspecto exclusivamente utilitario, en tanto idoneidad, no puede ser meritado anticipadamente por el magistrado, lo cual constituirá un prejuzgamiento, salvo las facultades que tiene el instructor para no admitir durante esa etapa las pruebas que considere inútiles, las que en tal supuesto podrán ser ofrecidas nuevamente en la etapa del juicio¹⁷. De manera que será preciso deslindar claramente cuáles son aquéllas pruebas que el juez podrá rechazar por considerarlas superabundantes sin incurrir en arbitrariedad o prejuzgamiento. Y así, cabe señalar que al igual que la imperinencia, la superabundancia debe resultar "evidente" según lo exige expresamente la norma del artículo 387, de modo que como ya se dijo, en caso de dudas la prueba debe admitirse y producirse. Será superabundante entonces aquella prueba que resulte evidente y manifiestamente excesiva para verificar un hecho. Esta calificación es relativa, en cuanto lo será conforme a la índole del hecho a verificar, y a la calidad y cantidad de los elementos con los que se pretenda comprobarlo. Además, la superabundancia no estriba en cada elemento considerado singularmente sino en la cantidad de ellos¹⁸.

Principio de investigación integral

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil donde prevalece fuertemente el sistema dispositivo y sólo las partes son las encargadas de introducir el material probatorio referente a las cuestiones privadas que ellas propusieron al trabar la litis, en el proceso penal, debido al interés público comprometido en su objeto, el órgano jurisdiccional tiene un poder autónomo de investigación sobre los hechos sometidos a su decisión, característica propia del proceso inquisitivo, tendiente a conocer la verdad real sobre ellos y con absoluta

¹⁷ Cfr. arts. 199, N. C. P. P. N., y 201 y 202, C. P. P. de Santa Fe.

¹⁸ Cfr. CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., p. 27.

independencia de la voluntad de las partes. En otras palabras, a pesar de que las partes no ofrezcan pruebas o no controviertan un hecho, y aun cuando el imputado confiese, el órgano jurisdiccional puede y debe investigar la verdad material con independencia de aquellas conductas partivas. Se configura así no sólo como una facultad, sino fundamentalmente como un deber funcional. Este principio es directa consecuencia de la naturaleza de los bienes en juego en todo el proceso penal de acción pública que, como tal, comprometen el orden público, convirtiendo en indisponible el objeto del mismo¹⁹.

Cuerpo del delito

El cuerpo del delito es el conjunto de elementos materiales constituidos por los instrumentos, el objeto y los efectos del hecho ilícito. Es en gran parte el principal objeto de prueba en el proceso penal. El cuerpo del delito debe probarse, y de él puede inducir el juez el conocimiento sobre la existencia fáctica del delito. Está constituido por el conjunto de materialidades perdurables que ha dejado la comisión del hecho criminoso. En los códigos antiguos, como el de la Justicia Federal, se hace mención expresa al "cuerpo del delito", regulándose incluso en forma tabulada la exigencia y forma de probarlo. Esto es así como parte integrante de un sistema tasado en la valoración de la prueba. Casualmente en los códigos modernos, que han adoptado el sistema de la libre convicción para la valoración del plexo probatorio, no se hace mención alguna dentro de su normativa, debido a que la comprobación del cuerpo del delito no tiene exigencias legales prefijadas, sino que queda sujeto a la libre convicción del juez extraer su existencia del material colectado, el que valorará conforme a la sana crítica. Empero, ello no significa en modo alguno que en este sistema pueda prescindirse de

¹⁹ Cfr. BAUMANN, Jürgen, *Principios de Derecho Procesal Penal*, p. 74; CAFFERATA NORES, ob. cit., p. 34; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. II, p. 197.

la comprobación plena de la existencia del delito para poder llegar a una conclusión condenatoria, sino que la forma en que el juez obtiene ese conocimiento difiere en razón del sistema de valoración de la prueba²⁰.

Elemento de prueba

Se puede denominar bajo estos términos al dato o circunstancia debidamente comprobada mediante la producción de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proceso, siéndole útil al juzgador para rechazar o admitir en todo o en parte las cuestiones sobre las que debe decidir. De manera que es menester que el dato sea "objetivo" en cuanto ajeno al conocimiento privado del juez, y que sea incorporado al proceso en forma legal, esto es respetándose las garantías constitucionales y las reglas procesales de incorporación de pruebas. Pero su utilidad, entendida como idoneidad probatoria, será meritada por el juzgador en el momento de dictar sentencia²¹.

Medio de prueba

Medio de prueba es el método por el cual el juez obtiene el conocimiento del objeto de prueba. Su enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa: el testimonio, la documental, la pericial, la inspección judicial, etcétera. Cada medio tiene una regulación específica en la ley procesal que establece el procedimiento a emplearse en cada uno de ellos, procurando de esta forma otorgarle mayor eficacia probatoria y garantía para las partes. El considerar abierta a la enumeración que la ley hace de ellos implica que la presencia de algún medio probatorio que no tenga regulación específica

²⁰ Cfr. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, Barcelona, t. II, p. 299; DÍAZ, Cientemente A., *El cuerpo del delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; RUBIANES, ob. cit., p. 220.

²¹ Cfr. VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. I, p. 314; t. II, p. 201.

no obsta a su admisión si resulta pertinente para comprobar el objeto de prueba, en cuyo caso deberán aplicársele analógicamente las normas del medio que más se adecuen a su naturaleza y características²².

La omisión de respetar las formas que la ley procesal establece para cada medio de prueba importará su producción en forma irregular²³ y por ende su exclusión probatoria, siendo invalorable como elemento de conocimiento²⁴.

Algunos autores sostuvieron con serios argumentos la taxatividad absoluta de los medios probatorios²⁵. En este sentido resultarían inadmisibles aquellos elementos probatorios que, a pesar de su eficacia y pertinencia, no estén previstos en forma expresa entre los medios que la ley procesal establece. La adopción de esta postura extrema llevaría a no considerar como medios de prueba a la confesión, la documental, o la prueba de informes, que los códigos modernos omiten reglamentar. Por lo demás, el continuo y vertiginoso avance científico ofrece a menudo la utilización de medios probatorios no expresamente tabulados con anterioridad, creando nuevos canales de información de maneras muy variadas. En estos casos no es posible impedir su utilización, el cual deberá incorporarse mediante las formas del medio probatorio que analógicamente más se adecue, y fundamentalmente, respetando el contralor de las partes²⁶.

Los indicios

Es tradicional en materia penal la utilización de esta de-

²² Cfr. DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., t. I, p. 273.

²³ Cfr. CAFFERATA NORES, ob. cit., p. 18; CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., ps. 32/33; MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1-B, ps. 588/589.

²⁴ Ver al respecto el punto referido a la regla de exclusión probatoria.

²⁵ Cfr. LEONE, ob. cit., t. II, p. 175; FLORIAN, ob. cit., t. I, ps. 23 y ss.

²⁶ Cfr. BINDER, Alberto M., *El relato del hecho y la regularidad del proceso: función constructiva y destructiva de la prueba penal*, en *Doctrina Penal*, 1990, ps. 86/87 y ss.

nominación, no siempre usada correctamente, para catalogar ciertas pruebas o aludir al grado de eficacia que aquélla puede tener. Sin embargo, el indicio, conceptualmente, no refiere más que a lo que modernamente conocemos con el nombre de elemento probatorio. Constituye una circunstancia o hecho que, probado, permite mediante un razonamiento lógico, inferir la existencia o inexistencia de otros. La operación mental mediante la cual se pueden inferir circunstancias desconocidas tomando como base un hecho probado en la causa²⁷ es característico de toda la actividad probatoria en la causa, es la mecánica permanente y propia de la reconstrucción histórica del hecho objeto del proceso y de todos los hechos accesorios pero relevantes. Si en verdad convenimos que el proceso deviene necesario desde que la fugacidad del acontecer humano hace imposible su vivencia directa, será preciso sostener que toda la actividad probatoria, aunque con mayor o menor eficacia o proximidad, no representa más que un cúmulo de datos que procuran otorgar las bases para poder inferir el acaecimiento del hecho objeto del proceso. Framarino sostuvo que el "indicio es aquel argumento probatorio indirecto que va a lo desconocido de lo conocido mediante relación de causalidad"²⁸. Es forzoso que, si tomamos como referencia no el elemento probatorio que se incorpora sino el hecho objeto del proceso, se concluya que todo elemento o dato probatorio será siempre indirecto respecto del segundo. Y que la mayor o menor proximidad en la relación de causalidad o necesidad entre ambos datos, el verificado y el desconocido, responderá

²⁷ Ésta es una de las características no sólo de este tradicional elemento probatorio sino de cualquier otra prueba; esto es, la de estar debidamente acreditado en el proceso. El dato del cual parte la inferencia debe estar objetivamente corroborado. De ahí que resulte criticable la definición que Pietro Ellero brinda del indicio, expresando que es aquella "circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga" (*De la certidumbre de las pruebas en los juicios criminales*, 3ª ed., Reus, Madrid, 1944, p. 63).

²⁸ FRAMARINO, N., *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t. I, p. 256.

sólo al grado de eficacia del elemento comprobado. Esta característica es inherente a cualquier prueba, de donde resulta impropio catalogar a algunas como indicios. Por lo demás, si conceptualizamos al "medio de prueba" como el método por el cual el juez obtiene el conocimiento del objeto de prueba, y al "elemento de prueba" como al dato o circunstancia debidamente comprobada mediante la producción de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proceso, se advierte que lo que tradicionalmente se denominó como indicio no es un medio de prueba, sino un elemento de prueba como cualquier otro²⁹. Erróneamente, por lo tanto, los códigos antiguos lo regulaban entre los medios de prueba junto con las presunciones. Los códigos modernos, precisamente por estas razones, no incluyen ninguna mención sobre los indicios³⁰.

Órgano de prueba

Se entiende por órgano de prueba a la persona que colabora con el juez introduciendo en el proceso elementos de prueba. El conocimiento del dato probatorio por parte del órgano de prueba puede haber sido obtenido por orden del juez (como perito, intérprete o traductor) o bien accidentalmente (en el caso del testigo, o la parte que confiesa). El

²⁹ El perito que dictamina sobre la antigüedad de una tinta con la cual se efectuaron unos grafismos en un documento permite inferir que el mismo no debió necesariamente ser confeccionado en la época que en el mismo se hace constar sino mucho más recientemente, y en consecuencia concluir sobre su falsedad puede ser tomado como un ejemplo imaginario para demostrar que la "antigüedad de la tinta" no es (como indicio tradicional) un medio de prueba. El medio probatorio, en cambio, es la pericial, la que permitió introducir el dato sobre la edad de la escritura que no es más que un elemento más como todo dato que ingresa objetivamente al proceso.

³⁰ Sobre la prueba de indicios en general puede consultarse: GORPHE, François, *De la apreciación de las pruebas*, Ejea, Buenos Aires, p. 248; MITTERMAIER, K., *Tratado de la prueba en materia criminal*; Reus, Madrid, p. 358; CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., p. 26; CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, Ejea, Buenos Aires, t. I, p. 322; ELLERO, ob. cit., p. 63; FRAMARINO, ob. cit., t. I, p. 256; MANZINI, Vicenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1951, t. I, p. 272.

juez no es órgano de prueba sino el destinatario de los datos que aquéllos traen al proceso³¹.

Fuente de prueba

Fuente de prueba es el hecho que, conocido en el proceso por medio de pruebas, le sirve al juez para llegar al hecho que se quiere probar y que constituye el objeto de prueba. Para ello es menester que el juez realice una deducción mental desde el hecho percibido que sirve de fuente, para llegar a conocer el que se desea. Así, los distintos medios (testimonio, pericial, documental) le hacen llegar al juzgador los hechos fuentes, de los cuales el mismo puede deducir los hechos a probar. Esta comprobación será a veces indirecta cuando el magistrado llegue a conocer el hecho objeto de prueba mediante una operación mental, o bien directa cuando el medio de prueba introduzca el hecho mismo que se desea comprobar³².

Principio de la verdad real

En el objeto del proceso penal está comprometido el orden público. La comunidad está interesada en que se conozca lo realmente acontecido. De ahí la indisponibilidad de aquel objeto. Como consecuencia, tanto el órgano jurisdiccional como el Ministerio Público tienen el deber funcional de investigar la verdad material, real o histórica con relación al hecho que da lugar al proceso, por encima de la voluntad de las partes. De manera que la negligencia, omisión, inactividad de las partes y aun la confesión del imputado no relevan de la obligación de indagar la verdad, más allá incluso de cualquier artificio formal. Este principio de investigación integral de la verdad real está delimitado por el objeto del proceso en

³¹ Cfr. LEONE, ob. cit., t. II, p. 173.

³² Cfr. BENTHAM, ob. cit., t. II, Cap. VII; CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma, Buenos Aires, p. 89.

cada caso, el que debe ser determinado por el fiscal en su acusación. Le incumbió al juez procurar el conocimiento de la verdad histórica con total independencia, ejerciendo esa actividad por sí solo, sin necesidad de requerimiento de parte. La misma actividad debe realizar el fiscal, aun cuando el juez no se la imponga, porque está obligado a ello no por una resolución judicial sino como un deber funcional³³.

No obstante cabe aclarar que la modernización paulatinamente se va operando en la legislación argentina, adoptándose cada vez más el sistema acusatorio, aunque obviamente no en toda su pureza: ciertos cuerpos normativos limitan o impiden al órgano jurisdiccional la incumbencia de procurar las pruebas oficiosamente. Así, el nuevo Código Procesal Penal Nacional ha adoptado el sistema mixto, con varios rasgos acusatorios, pero sigue conservándole al tribunal facultades autónomas para ordenar el ingreso de pruebas. En cambio, por ejemplo, los nuevos Códigos Procesales Penales de las Provincias de Córdoba y Buenos Aires han estructurado un sistema acusatorio que, salvo algunas normativas aisladas, podría decirse que se acerca sensiblemente a la puridad del mismo.

La verdad real o histórica, antes expuesta, es un principio de aspiración del proceso penal, que si nos atenemos a las concepciones ontológicas y filosóficas de la misma, no puede menos que concluirse que importa una ilusión, en cierta medida exagerada³⁴, que en la mayoría de los casos no es posible de concretizar desde el punto de vista realista, tornando al mentado principio como una "ficción", como tantas otras propias de la ciencia del Derecho por devenir en necesarias y útiles a sus fines y metodología.

De ahí que se ha afirmado con todo acierto que "Lo que

³³ Cfr. VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. II, p. 185.

³⁴ Cfr. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Reflexiones sobre la cuestión probatoria en el proceso penal*, en *Juris* 1980-61-207.

el proceso penal alcanza es una declaración aproximativa de la verdad convencionalmente aceptable en la medida en que cumple con requisitos normativamente establecidos y a los que dota de plausibilidad jurídica por la invocación explícita de ciertas constancias e implícitas por el convencimiento subjetivo de los juzgadores. Esa reconstrucción efectuada mediante una actividad oficial sujeta a reglas no es una auténtica indagación de la realidad, sino la búsqueda de una plausibilidad social y jurídica. Pero cabe insistir en que eso es todo lo que puede alcanzar el proceso, una verdad de índole procesal, sujeta a reglas de juego que son en definitiva, garantías [...] el conocimiento judicial no es un conocimiento de lo real ni, mucho menos, de lo absoluto, sino una plausibilidad verosímil ajustada a reglas apreciativas que implican formas de mutuo control, sobre cuya validez debe insistirse”³⁵.

Principio de contradicción de la prueba

Como derivación de la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio y del principio de contradicción del proceso en general, tiene particular importancia el de contradicción específicamente referido a la prueba. Concretamente se enuncia explicitando que la parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla. Para conocer de la prueba es preciso que se notifique no sólo el ofrecimiento y el proveído por el cual el órgano jurisdiccional la admite como tal, sino también el día, hora y forma de su producción, como también todos los actos procesales que refieran a la misma, como su postergación, variación o suspensión de cualquier naturaleza. Todo ello permite a la o las partes, según corresponda, conocer la naturaleza e identidad del medio probatorio, el órgano que la practicará, la oportunidad de su producción y las condi-

³⁵ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzori, Santa Fe, t. II, ps. 229/230.

ciones en que se hará, posibilitando la oposición mediante las instancias pertinentes a todas las cuestiones que considere improcedentes. Y luego la posibilidad de discutir la prueba ya producida, lo que refiere a las alegaciones sobre su mérito probatorio, para lo cual las leyes procesales establecen un período específico.

Cabe destacar que si bien en puridad el principio se postula, como se lo hizo, con referencia a la parte contra la que se opone una prueba, entendiéndose por tal aquella a la que supuestamente su producción habrá de perjudicar, lo cierto es que conforme al principio de comunidad del proceso y de la prueba, el que juega necesaria y armónicamente con éste, la contradicción debe extenderse a todas las partes admitidas en la causa, aun cuando pueda conjeturarse que el resultado de la prueba no habrá de perjudicarlo.

Este principio comprende necesariamente el derecho a tener oportunidad para contraprobar, o sea para procurar y ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra³⁶.

Así lo establecen expresamente algunas leyes procesales que permiten ofrecer nuevas pruebas una vez conocidas las ofrecidas por la parte contraria³⁷.

Principio de la libertad probatoria

Como derivación directa del principio de la verdad real que ya hemos tratado más arriba, se presenta el de la libertad probatoria; para procurar llegar a lo realmente acontecido es indispensable que no surjan obstáculos formales como existen en el proceso civil. De allí que sea menester la libertad

³⁶ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., t. I, p. 49.

³⁷ El C. P. P. de Santa Fe en su art. 395 hace remisión y aplicación supletoria en lo referente al ofrecimiento, admisión y recepción de pruebas a lo establecido en el Cód. Proc. Civ. y Com., en el que su art. 402, último párrafo, establece que "Las partes podrán ofrecer pruebas ampliatorias dentro de los cinco días de notificado el decreto de ofrecimiento del adversario".

probatoria, entendiéndose por tal la posibilidad genérica de que todo se puede probar y por cualquier medio.

Se advierte que el enunciado está referido tanto al objeto de la prueba como a los medios. Sin embargo el principio no es absoluto. La principal excepción está referida al estado civil de las personas, extremos que sólo se pueden acreditar por los medios de prueba que fija la ley civil³⁸. Obviamente quedan también exceptuadas aquellas pruebas prohibidas por la ley, las que resulten incompatibles con el ordenamiento procesal aplicable y las que no estén reconocidas por la ciencia. Algunos autores y tribunales exceptúan también del principio a la prueba de los contratos, en cuyo caso se sostiene que deben respetarse las limitaciones que establece la ley civil a pesar de lo que establezcan las leyes procesales, pues lo contrario sería violatorio del artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, según el cual corresponde al Congreso de la Nación legislar sobre contratos y en consecuencia establecer cuáles son las pruebas que al respecto deben regir para resguardo de la institución contractual³⁹.

También se encuentran las limitaciones referidas a las garantías individuales y a las formas procesales previstas para introducir el elemento probatorio al proceso. En cuanto a las primeras, las Constituciones, con la finalidad de proteger la intimidad, la vida privada, la salud y la propiedad particular, fijan condiciones formales insoslayables para que puedan alterarse estos valores en pro de la averiguación del delito. De modo que para la obtención de la prueba es menester el respeto de las garantías constitucionales y las formas impuestas para cada medio probatorio; de lo contrario, el material colectado en violación de estas normas será invalorable⁴⁰.

³⁸ Cfr. arts. 206, N. C. P. P. N., y 209, C. P. P. de Santa Fe.

³⁹ NÚÑEZ, Ricardo C., *Limitaciones sobre la prueba en el proceso penal*, en *Comercio y Justicia* del 11-4-77; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. II, p. 198; CAFFERATA NORES, ob. cit., p. 24.

⁴⁰ Cfr. MAIER, ob. cit., t. I-B, ps. 462, 584 y 590.

El nuevo Código para Córdoba (ley 8123) introdujo este principio en forma expresa consagrándolo en el artículo 192 enunciando que todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes. En este sentido la disposición contiene el condicionante de la pertinencia, de un modo concreto, por lo que la libertad probatoria tiene como límite la necesaria relación que siempre debe existir entre lo que se quiere probar con los hechos de la causa.

También en atención a este principio, el nuevo digesto para Córdoba ha suprimido la prohibición de que rijan en el proceso penal las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, que antes establecía el artículo 215. De modo que ahora, acogiendo los argumentos expuestos más arriba, imperan todas aquellas normas que establecen la forma en que deben acreditarse los contratos y demás hechos, previstas en las leyes civiles.

Principio de comunidad de la prueba

Es una derivación del principio de investigación integral. Su enunciado involucra a cualquier medio de prueba. Se lo denomina también principio de "adquisición procesal". Implica que cuando la producción de una prueba ha sido ordenada por el órgano jurisdiccional, debe necesariamente realizarse y valorarse en la sentencia, todo ello con absoluta prescindencia de la voluntad de las partes, quienes ya no pueden desistir de su producción aun cuando la hayan ofrecido. Debe destacarse, además, que una vez que el órgano jurisdiccional ha asumido la prueba ordenando su recepción tiene la obligación de producirla. El término "comunidad" da así la idea de que las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes, y que su resultado perjudica o favorece indistintamente a cualquiera de ellas, con prescindencia de quién haya sido la

oferente del medio. El imperativo para el juez de valorarla en la sentencia tiene obviamente su excepción en aquellos casos de pruebas nulas o evidentemente inconducentes para decidir la cuestión planteada en la causa⁴¹.

Carga de la prueba

En aquellos procesos en los que impera el principio de la carga de la prueba, su noción implica dos aspectos diferentes: por un lado, determina las reglas que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta cuando, debiendo resolver sobre un determinado hecho, no se ha producido la prueba sobre el mismo, estableciéndose que si la parte que tenía un interés jurídico en la existencia de ese hecho no produjo la prueba que verifique su afirmación, el juez debe tenerlo por no existente. Como consecuencia, en segundo lugar, el principio señala cuál de las partes es la que "debe" probar determinado hecho para evitar las consecuencias desfavorables que su omisión implica, debido ello a que esa parte tiene interés jurídico en que ese hecho se tenga como existente. Empero, ello no obsta a que la parte que no tiene interés suministre la prueba, siendo igualmente obligatorio para el juez tenerlo por acreditado. Lo que no puede el magistrado, en principio, es introducir oficiosamente la prueba del hecho, invadiendo de este modo los poderes dispositivos de las partes. Salvo que se trate de cuestiones de orden público. Incluso ciertas corrientes de la moderna doctrina procesal civilista han ampliado el margen del poder autónomo de investigación del juez civil.

En el proceso penal no existe esta distribución de carga de la prueba, según la cual trae como consecuencia cierta fijación formal de los hechos constitutivos de la litis, en virtud de la obligación de cada parte de probar los hechos que afirma. Ello así, debido a que en razón del interés público que go-

⁴¹ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., t. II, p. 87; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. II, p. 198; CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., t. V, p. 35.

bierna el proceso penal, es al Estado, por medio de sus órganos predispuestos (jueces y Ministerios Públicos), a quien incumbe probar los hechos que sustentan la pretensión punitiva. El imputado goza de su natural estado de inocencia, y en consecuencia nada "debe" probar, ni siquiera sus excusas o justificaciones, ya que si bien tiene el derecho de hacerlo, la circunstancia de que omita esa actividad no acarrea para él ningún perjuicio procesal. Es el Estado el que debe probar su culpabilidad para destruir el estado de inocencia, incluso hasta debe investigar la posibilidad de que hayan existido aquellas excusas o justificaciones alegadas por el imputado con independencia de la prueba que éste introduzca al respecto, pues el principio de investigación integral así lo impone⁴².

Grados del conocimiento

El natural estado de inocencia del que goza toda persona trae aparejada la exigencia de que para que se pueda originar en su contra un proceso penal deban existir ciertos elementos probatorios que conmuevan esa posición. Debe surgir cierta "sospecha" en su contra. Más adelante, para decidir su situación procesal, podrá optarse por el procesamiento si cabe la "probabilidad" de que el hecho se haya cometido y que el imputado haya tenido participación en él. Sólo así será factible que el proceso continúe su secuela progresiva, requiriéndose que ese nivel de probabilidad se mantenga a la hora de elevar la causa a juicio, el que, una vez agotado, sólo podrá dar lugar a una sentencia condenatoria si existe la "certeza" sobre aquellos extremos. Se advierte entonces que la gestación y progreso paulatino del proceso penal únicamente puede tener lugar cuando el grado de conocimiento

⁴² Cfr. ELLERO, ob. cit., p. 324; CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. de José Casais y Santaló, Reus, Madrid, p. 782; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. II, p. 44; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, t. I, p. 38.

del juez con relación al hecho y a la individualización de sus partícipes vaya aumentando, teniendo como sustento objetivo las pruebas reunidas en él. Para superar las distintas etapas se requieren específicos grados intelectuales en ese sentido. Y así, para que sea factible la génesis de un proceso penal, para que pueda luego continuarse con la investigación estando el imputado ligado a la relación procesal, para que pueda elevarse la causa a juicio y, en definitiva, para que se concluya en una decisión condenatoria, será preciso que las pruebas puedan ir edificando los tres grados que para ello se requiere y que son: la sospecha, la probabilidad y la certeza. Veamos la noción de cada uno de ellos separadamente⁴³.

a) *Sospecha*

Como estado psicológico, es el recelo o la desconfianza que con relación a algo o alguien se forma en el ánimo, debido a las conjeturas que se elaboran tomando como base ciertos datos reales. La sospecha es tal si va acompañada de un gran margen de duda sobre el resultado de las conjeturas. Pues si nuevos datos hacen superar esa duda, o parte de ella, se pasará a otro grado que será la "posibilidad", y luego a la "probabilidad". Pero más allá de ese aspecto subjetivo, la ley procesal exige cierta entidad objetiva, en el sentido de que ese estado tenga como origen y sustento elementos ciertos existentes en el proceso y no el mero arbitrio del instructor.

Y así, para que pueda convocarse a una persona para recepcionársele declaración indagatoria, es preciso que ya existan contra ella elementos que la incriminen con cierta entidad, suficientes por lo menos como para poder sospechar de que ha participado en el hecho ilícito que se investiga. Deben existir para ello "motivos bastantes"⁴⁴, entendiéndose por tal, como sostuvo Vélez Mariconde, la presencia de "fundamento serio

⁴³ Cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, trad, de José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1977, t. II, p. 381.

⁴⁴ Cfr. art. 316, C. P. P. de Santa Fe.

y objetivo". De modo que la "objetividad" indica que ello debe extraerse de algún elemento probatorio específico que ya se haya obtenido previamente, y no obedecer a los designios arbitrarios o marginales del juez. Y la "seriedad" da la pauta de la entidad o peso racional que esos elementos como cualidad inherente deben tener. Es preciso entonces que, para convocar a una persona para declaración indagatoria, ésta ya se encuentre previamente indicada en alguna medida por pruebas previamente existentes. Si no hay ningún elemento que pueda llevar a la sospecha de que haya tenido participación en el hecho, la convocatoria no puede tener lugar⁴⁵.

b) *Probabilidad*

Al momento de decidir sobre la situación procesal del imputado, el instructor cuenta con tres opciones: el procesamiento, el sobreseimiento o la falta de mérito. Para poder optar por el primero será necesario que, conforme a la investigación, se hayan obtenido elementos que lleven a superar aquella inicial sospecha hasta el grado de probabilidad. Ello implica más que la mera posibilidad. Y estando referida a la existencia del hecho y a la participación del imputado, requiere que los elementos positivos o incriminantes superen a los negativos o desincriminantes. Si de las pruebas obtenidas hasta ese momento no surge con suficiente eficacia esa necesaria superioridad objetiva, no se podrá procesar. La mera posibilidad no es suficiente. Se deberá resolver una falta de mérito, decisión que precisamente indica la duda sobre esos extremos, o sea, la ausencia de la "certeza" negativa que obliga al dictado del sobreseimiento. Esa probabilidad debe subsistir al momento de elevar la causa a juicio, de lo contrario se deberá revocar el procesamiento⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. NÚÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado*, Lerner, Córdoba, 1978, p. 258.

⁴⁶ FRAMARINO, ob. cit., p. 67; CARNELUTTI, *Lecciones...* cit., t. II, p. 181; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. II, p. 439.

c) *Certeza*

El estado de inocencia del imputado sólo podrá ser quebrantado mediante una sentencia condenatoria. Para que ello sea posible, es menester que las pruebas obtenidas tengan, en cuanto a su eficacia, la aptitud suficiente como para hacer madurar en el estado intelectual del juez el pleno convencimiento de la existencia del hecho y de la participación del imputado en el mismo. La verdad histórica de esos extremos debe ser alcanzada de manera tal que la noción ideológica que de ella se tiene se corresponda con la realidad. No es posible en materia penal elaborar una verdad formal o ficticia, tampoco es aceptable que se la obtenga (en el sistema de la libre convicción y sana crítica) mediante pura intuición o exclusivas conjeturas. Los extremos de la acusación tienen que ser comprobados de forma tal que resulten evidentes. Esto involucra necesariamente que de la prueba se obtenga una conclusión objetivamente unívoca, en el sentido de no dar lugar a que del mismo material pueda simultáneamente inferirse la posibilidad de que las cosas hayan acontecido de diferente manera. Pues si los elementos existentes admiten una conclusión diferente, aceptable en cuanto a su criterio lógico en el mismo grado que aquella que incrimina al imputado, se estará sólo ante contingencias equívocas que en manera alguna pueden legitimar un quebranto del estado de inocencia. En otros términos, es imprescindible no solamente superar toda duda sobre los hechos, sino también, fundamentalmente, la mera probabilidad sobre los mismos. Al momento de la decisión final no basta con que los elementos convergentes superen a los divergentes, es menester que aquéllos tengan la suficiente idoneidad como para edificar sólidamente en el juez la plena convicción de haber obtenido la verdad. Esto es, la certeza sobre los hechos concretamente descriptos en la acusación. A su vez, es importante destacar que dentro del sistema de la sana crítica o libre convicción en cuanto a

la valoración de la prueba, ese grado de certeza se debe obtener únicamente de las pruebas que se hayan producido regularmente en la causa, debiendo el juez o tribunal fundar su decisión dando las razones analíticas de las cuales se desprenda que su subjetiva certeza se corresponde objetivamente con aquellas pruebas⁴⁷.

Duda: in dubio pro reo

El avance progresivo del proceso está directamente condicionado a la eficacia del material probatorio obtenido, del cual el juez elaborará las razones para ir superando los diferentes grados del conocimiento con relación al objeto de la causa. Y así, la sospecha, la probabilidad y la certeza serán estados del intelecto del juzgador que producirán un avance de la secuela procesal. Por el contrario, la duda sobre los extremos de la imputación hace desvanecer esa tendencia progresiva del proceso, imponiendo, incluso, el dictado de resoluciones que desvinculan al imputado de la persecución penal deducida en su contra.

La primera oportunidad en que el estado de duda adquiere relevancia es al decidir la situación del imputado, desde que si no existe la "probabilidad" necesaria para procesar, y tampoco resulta "evidente" alguna de las circunstancias que hacen procedente el sobreseimiento, se estará en el estado intermedio de duda que impone el dictado del auto de falta de mérito. Esta resolución, si bien permite, por cierto plazo, la continuación de la investigación, importa un principio de desvanecimiento del progreso de la acción penal, pues vencido aquel término sin que se hubieren reunido nuevos elementos que hagan superar la duda, será imperativo para el instructor el dictado del sobreseimiento. Y finalmente, la importancia suprema está en el momento de dictar sentencia. En esta

⁴⁷ Cfr. FRAMARINO, ob. cit., t. I, p. 20; MITTERMAIER, ob. cit., p. 56.

ocasión, la existencia de duda sobre los hechos concretados en la acusación, por mínima que sea, obliga a una resolución absolutoria con todos los alcances de la cosa juzgada.

La duda es un particular estado del intelecto, según el cual se origina una vacilación pendular entre los motivos que llevan a tomar una decisión afirmativa o negativa con relación a una cuestión, debido ello a que los elementos que inspiran esas antagónicas motivaciones no resultan lo suficientemente explícitos para determinar una opción convincente. Ocurre cuando los datos existentes son susceptibles de despertar razonamientos equívocos y disímiles, de suerte que se desencadena un contraste tal que no es posible afirmar que, intelectivamente, se ha obtenido el convencimiento pleno sobre alguna de las contingencias existentes.

El estado de inocencia del imputado, como uno de los principios fundamentales que gobierna el proceso penal, trae necesariamente como derivación la exigencia para el órgano jurisdiccional de que para poder llegar a una conclusión condenatoria se haya obtenido el pleno convencimiento sobre los extremos de la acusación, con grado de certeza. De forma que la duda sobre alguno de esos extremos impone una decisión absolutoria que, con fuerza de cosa juzgada, mantenga aquel estado de inocencia que no ha podido ser desvirtuado. Este principio denominado desde antiguo in dubio pro reo, cuya traducción lleva claramente al enunciado de que en caso de duda se estará en favor del imputado, deriva de la Constitución (art. 18) y tiene expresa consagración legislativa⁴⁸. De tal modo que no es sólo una pauta indicativa sobre la forma en que el órgano jurisdiccional debe valorar la prueba sino una exigencia que no puede soslayar.

El estado de duda resulta así de relevancia vinculante al momento de dictar sentencia pero sólo con referencia al aspecto puramente fáctico, ya que la duda en cuanto a la in-

⁴⁸ Cfr. arts. 3º, N. C. P. P. N., y 5º, C. P. P. de Santa Fe.

interpretación y aplicación de la ley, a pesar de las numerosas polémicas suscitadas en la doctrina, no da lugar a la aplicación del principio⁴⁹.

La valuación de la prueba

Éste es el momento culminante del desarrollo procesal, en el cual el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis crítico, razonado, sobre el valor acreditante que los elementos probatorios introducidos tengan. Este examen de mérito, si bien lo realizará en definitiva el juez o tribunal al momento de decidir, siempre está precedido de la actividad crítica que las partes hacen de las pruebas, traducida en los alegatos sobre el mérito de las mismas, colaborando de esta manera en aquel análisis.

Determinar de qué manera el juzgador debe valorar las pruebas es uno de los temas más trascendentales y propios de la ciencia procesal, habiendo dado origen, desde antiguo, a diferentes criterios al respecto, pudiendo sintetizarse en tres grandes sistemas existentes actualmente en el mundo, que son: el sistema de la íntima convicción, el de la prueba tasada y el de la libre convicción.

Cada uno de ellos importa la adopción de una especial política procesal, la cual a su vez determinará necesariamente la adecuación de todo el proceso a una serie de particularidades propias del sistema escogido. Establecer un sistema de valuación de la prueba importa entonces adherir a una determinada política procesal que indicará cuáles son las formas con las que el juzgador debe ponderar la eficacia acreditante de las pruebas introducidas al proceso, y cómo debe, en consecuencia, expresar su conclusión decisoria en base a la meritación efectuada en esos términos.

⁴⁹ Cfr. VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. II, p. 48; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *El principio del "in dubio pro reo" en relación a la defensa*, en *Juris* 54-doct-54; SENTÍS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Ejea, Buenos Aires, p. 25.

Íntima convicción

Este método es característico del juicio por jurados, adoptado, por ejemplo, en el sistema norteamericano y el anglosajón. Importa la ausencia total de un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a un determinado medio probatorio. Y, por otro lado, el órgano decisor no tiene el deber de dar los fundamentos y razones que lo motivaron para dictar la sentencia. De esta manera el juzgador percibe la prueba, se forma su particular criterio sobre el resultado de la misma y decide por su convicción íntima, por lo que le dicta la intimidad de su conciencia. Así, el jurado al momento de resolver sólo debe expresar su conclusión afirmativa o negativa para cada uno de los puntos que sobre las cuestiones de hecho se someten a su decisión, sólo en base a su íntimo convencimiento y sin necesidad de fundar su determinación. De modo que resuelto lo decidido por el órgano es vinculante aun cuando pudiera ser contradictorio con las pruebas que se hayan producido durante el juicio.

Así concebido sintéticamente el sistema, tiene como principal sustentación la presunción de que, en el fiel cumplimiento de sus deberes cívicos, el ciudadano convocado a integrar el jurado habrá de decidir, no impulsado por los sentimientos y las pasiones, sino por la razón y la lógica, movido por el apetito de justicia, aun cuando puede hacerlo sin expresar los motivos y sólo en base a la sinceridad de su conciencia. Generalmente este sistema exige como estructura procesal coherente el juicio oral, la adopción del sistema preponderantemente dispositivo y acusatorio, y el juzgamiento de las cuestiones de hecho a cargo de un jurado integrado por legos, junto al magistrado letrado que dirige el debate y resuelve las cuestiones de Derecho⁵⁰.

⁵⁰ Cfr. VÁZQUEZ ROSSI, *Reflexiones sobre la cuestión probatoria en el proceso penal* cit.; del mismo autor, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, p. 363; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. I, p. 354; GORPHE, ob. cit., p. 20.

Prueba tasada

Según este sistema, el valor de cada elemento probatorio o las condiciones para que ciertos hechos se tengan por probados se encuentran predeterminados en la ley. La valuación la hace el legislador de antemano recogiendo y plasmando de este modo la experiencia colectiva acumulada durante largo tiempo sobre la eficacia que debe otorgársele a cada prueba.

Un claro ejemplo de este sistema es el del viejo Código de Procedimientos en Materia Penal para la Justicia Federal de nuestro país. Así, la ley establece en algunos casos los modos en que algunos extremos deben probarse para tenerlos por acreditados. En otros supuestos, la misma ley predetermina el valor que a cada elemento deberá otorgarle el juez si el mismo reúne ciertas condiciones que en ella se prevén. Se advierte entonces la verdad meramente formal que puede llegar a establecerse en muchos casos con este sistema, pues el magistrado tiene muy poco margen para decidir por su libre convencimiento en relación con el valor real que expresan las pruebas, ya que sólo puede hacerlo de conformidad con la tasación previamente establecida en la ley, aun cuando esté convencido de lo contrario y de las pruebas surja lógica y racionalmente una conclusión contraria.

Estas características llevan necesariamente a requerir un juez técnico o letrado, al contrario de lo que sucede con el sistema de la íntima convicción, pues en éste es imprescindible el dominio del ordenamiento legal, el que constriñe al juzgador con la determinación casuística del peso probatorio de cada uno de los elementos tradicionales. Así, por ejemplo, se establece que la confesión prestada bajo las condiciones que se establecen, produce plena prueba; que la declaración de dos testigos hábiles, contestes en las circunstancias de lugar, tiempo y de buena reputación y fama, hacen plena prueba; que en consecuencia la declaración del testigo único con relación a un hecho carece de valor, resabio de la antigua

fórmula latina *unus testis, nullus testis*. Y cabe destacar que bajo estos esquemas no solamente se regula en la ley la forma de valorar la prueba sino también al objeto de la prueba, los medios por los cuales se debe obtener el conocimiento del mismo y la forma de su ofrecimiento y producción⁵¹.

Libre convicción (sana crítica)

Entre los criterios extremistas que imponen los sistemas de la prueba tasada y de la íntima convicción, según los cuales el juzgador valora la prueba conforme a lo estrictamente tabulado en la ley o a lo que le indica su conciencia respectivamente, se alza un tercer sistema que, procurando compatibilizar todas las garantías posibles, presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le preestablece valor alguno, y, a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios para verificar el hecho.

Para no incurrir en errores que obedecen a una mera diferencia terminológica de un mismo concepto es preciso señalar que algunos autores (Couture) denominan como "libre convicción" al sistema que en realidad es el de la "íntima convicción", como se lo designa en la doctrina europea.

Las características fundamentales de este sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genui-

⁵¹ VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. I, p. 357.

nos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano.

Surge de ello que el sistema va mucho más allá de la “sana crítica”, lo cual sólo alude a una de sus características referente al modo de apreciar el mérito de la prueba⁵², ya que alcanza también al principio de la libertad de la prueba según el cual todo se puede probar y por cualquier medio⁵³, y al principio de la debida fundamentación de la resolución judicial, expresando las razones que motivan la decisión⁵⁴; de ahí su denominación global de “libre convicción” y no solamente sana crítica que sólo involucra un aspecto del sistema.

Es imprescindible entonces tener presente la consecuente imposición que trae el sistema en lo relativo a la debida fundamentación de la sentencia. En ella el magistrado debe imperativamente expresar cuáles son las razones que, surgidas sólo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, indicando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión y no sólo el resultado de la operación mental. Esto impide que el órgano jurisdiccional pueda decidir basado sólo en su capricho, en simples conjeturas o en su íntimo convencimiento. Así, es menester que esas razones se extraigan sólo y directamente de las pruebas producidas en la causa y no en el conocimiento privado del juez o en constancias no introducidas regularmente al proceso. A su vez, el recorrido de cada razonamiento debe estar claramente sustentado en los principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano. La omisión de cumplimentar con estos requisitos torna arbitraria por inconstitucional la sentencia, y como tal su nulidad⁵⁵.

⁵² Cfr. arts. 398, N. C. P. P. N., y 297, C. P. P. de Santa Fe.

⁵³ Art. 209, C. P. P. de Santa Fe.

⁵⁴ Arts. 399, N. C. P. P. N., y 127, C. P. P. de Santa Fe.

⁵⁵ Cfr. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Los límites de la sana crítica en materia penal*, en Zeus 13-D-25.

El nuevo Código para Córdoba (ley 8123), además de contener una norma que sanciona con nulidad la sentencia cuando no se hubieren observado en ella las reglas de la sana crítica con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 412, inc. 4º), tal como lo hacía el digesto anterior, ha incorporado el principio de la sana crítica como sistema de valoración en la norma expresa del artículo 193 del nuevo Código.

Principio de originalidad de la prueba

Toda prueba que se presente en juicio consiste en definitiva en personas o cosas. Desde esta perspectiva, las pruebas se clasifican en personales o materiales. A su vez, la forma en que la prueba se introduce al juicio puede ser mediante la asistencia personal del testigo que presencié el hecho en forma directa por medio de sus sentidos y de los objetos mismos que constituyen las pruebas materiales, o bien el testimonio de una persona que depone sobre lo que escuchó decir a aquél sobre su observación del hecho, y en el otro caso, un dibujo, fotografía, reproducción, filmación, etcétera, de los objetos materiales probatorios. En el primer caso se estará frente a las "pruebas originales"; en el segundo, a "pruebas no originales" o indirectas.

Así, "La originalidad de la prueba, pues, no es otra cosa que la condición subjetiva de la prueba, considerada en su sustancia; viene a ser la presencia en juicio del sujeto intrínseco de la prueba, o, en otros términos, la identidad del sujeto extrínseco y del intrínseco de la misma"⁵⁶.

De más está destacar la inautenticidad y debilidad de la prueba no original, pues constituye la prueba de una prueba, que como tal importa el riesgo de desvirtuar los hechos y conducir a conclusiones erróneas. Además, si tomamos en

⁵⁶ FRAMARINO, N., *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t. I, p. 374.

consideración la posición del juez a quien se le debe proporcionar todos los medios adecuados para que logre conocer un hecho que no presenció, toda prueba resultará en definitiva para él, aun siendo original, un elemento indirecto respecto del hecho. Con lo cual se llega al grave inconveniente de que la no original sería la prueba de una prueba de otra prueba.

Si bien el principio de la libertad probatoria en el proceso penal permite que todo se pueda probar y por cualquier medio, lo cual conduce a concluir que pueden resultar admisibles las pruebas no originales, es también necesario en virtud de la debilidad de éstas, y ante la posibilidad de que en su lugar puedan ser presentadas las pruebas originales, exigir necesariamente la incorporación de estas últimas, lo cual se erige como el principio de originalidad de la prueba.

Éste es el modo insoslayable para poder realizar una eficaz investigación integral que responda al objetivo de la obtención de la verdad real como aspiración del proceso penal. Si en el caso concreto puede incorporarse la prueba original, así se debe proceder⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., t. I, p. 53.

UNIDAD II: CARGA DE LA PRUEBA.

1. San Matín Cesar “Derecho Procesal Penal”, ed. Grijley, Lima 2014, p. 710 y ss.

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

PROFESOR PRINCIPAL DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PROCESAL PENAL LECCIONES

CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004



DERECHO PROCESAL PENAL
LECCIONES
PERÚ: NOVIEMBRE DE 2015

© CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

DISEÑO DE PORTADA, DIAGRAMACIÓN Y CORRECCIÓN DE ESTILOS

JANET TORRES NICHÓ

YOSSELIN CANAL QUISPE

ISRAEL DAVID NEYRA ROMERO

YESSICA ROXANA MINAYA MATA

EDITORES

© INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES

JR. JOSÉ SABOGAL 190, URB. LOS JAZMINES

DISTRITO DE SANTIAGO DE SURCO

© CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES

JR. ILO 352, CERCADO DE LIMA

PRIMERA EDICIÓN: NOVIEMBRE 2015

TIRAJE: 7200 EJEMPLARES - TAPA DURA

ISBN: 978-612-47050-0-7

IMPRESIÓN

IAKOB COMUNICADORES & EDITORES S. A. C.

CALLE TALLADORES 474, URB. EL ARTESANO, ATE

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2015-15322

DERECHOS RESERVADOS CONFORME A LA LEY DE DERECHO DE AUTOR.

QUEDA TERMINANTEMENTE PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA POR CUALQUIER MEDIO, YA SEA ELECTRÓNICO, MECÁNICO, QUÍMICO, ÓPTICO, INCLUYENDO EL SISTEMA DE FOTOCOPIADO, SIN AUTORIZACIÓN ESCRITA DEL AUTOR Y EDITORES, QUEDANDO PROTEGIDOS LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE AUTORÍA POR LA LEGISLACIÓN PERUANA.

ÍNDICE GENERAL

Abreviaturas y convencionalismos utilizados.....	XLIII
Prólogo Prof. Dr. D. Vicente Gimeno Sendra	XLV
Prólogo Prof. Dr. D. José María Asencio Mellado	XLVII
Prólogo Prof. Dra. Dña. Olga Fuentes Soriano	LI
Presentación Prof. Dr. D. Miguel Rafael Pérez Arroyo	LIII
Introducción	LVII

PARTE PRIMERA DERECHO PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIÓN

LECCIÓN PRIMERA DERECHO PROCESAL PENAL

I.	DERECHO PROCESAL	
	1. Conceptos fundamentales	3
	2. Definición de derecho procesal	4
II.	DERECHO PROCESAL PENAL	
	1. Definición	6
	2. Autonomía del derecho procesal penal	6
	3. Extensión del derecho procesal penal	8
	4. Función del derecho procesal penal	8
	4.1. Derecho penal y derecho procesal penal	9
	4.2. Ámbito funcional del derecho procesal penal	10
	5. Esencia del derecho procesal penal	12
	6. Metas y medios del derecho procesal penal	14
	7. Fuentes del derecho procesal penal	16
	7.1. Concepto. Legalidad procesal penal	16
	7.2. Las otras fuentes del derecho procesal	18

LECCIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y PRUEBA PROHIBIDA

I. ALCANCES DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

La apreciación de la prueba, que comprende dos momentos: interpretación —o traslación— de la prueba y valoración de la misma, es la segunda fase de la prueba jurisdiccional. Sigue a la práctica o ejecución de las pruebas —que radica en la obtención de información a partir de ellas—. La interpretación es la actividad del juez orientada a averiguar o establecer los resultados de la prueba. La valoración consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase —y previamente interpretada en cuanto a sus resultados—, que se corresponde con el razonamiento probatorio: realización de la inferencia que permite pasar de las premisas, propias de la primera fase, a la conclusión [GONZÁLEZ LAGIER]. Dos observaciones preliminares es de resaltar. Primero, el resultado de la valoración de la prueba es contextual, esto es, está referido a un determinado conjunto de elementos. Segundo, la libre valoración probatoria es libre en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de dicha valoración [FERRER].

La valoración de la prueba puede definirse, entonces, como la operación intelectual que realiza el juzgador para determinar si se considera probado el dato (generalmente de hecho) que se intentó probar. Empero, de la actividad de valoración de la prueba hay que distinguir, según la clásica precisión de CALAMANDREI, una operación intelectual que es previa a la valoración: la interpretación del resultado de la práctica del medio de prueba. Con antelación lógica a juzgar sobre el valor legal o la credibilidad de los resultados del medio de prueba, el juzgador ha de formarse un juicio sobre el contenido o aporte informativo de cada medio de prueba [ORTELLS].

Practicada la prueba, corresponde al juez, y con relación a cada una de las fuentes-medios, determinar cuál es el resultado que se desprende de ella, lo que tiene que hacerse ineludiblemente de modo aislado, esto es, con referencia una a las fuentes-medios. Se trata, por tanto, sin atender al valor probatorio, de estable-

cer qué es lo que el testigo ha dicho, cuál es la conclusión a la que llega el dictamen pericial, qué es lo que realmente se dice en el documento, etc. En este ámbito no pueden existir reglas de prueba [MONTERO].

La prueba se valora según las reglas del criterio racional o conforme a la libre convicción –ambas locuciones quieren decir lo mismo [VÉLEZ MARICONDE]. La sana crítica racional (art. 158 NCPP) significa que la valoración la realiza el juez, no por reglas legales apriorísticas, sino advirtiendo la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial. Las reglas de la sana crítica no hacen sino aportar criterios de solidez de la inferencia probatoria, en cuya concreción puede ayudar las pautas de racionalidad epistemológica ofrecidas por la filosofía de la ciencia, que aportan reglas o criterios acerca de las razones de la inferencia probatoria, de las máximas de experiencia y presunciones, y de la hipótesis de un caso concreto [GONZÁLEZ LAGIER]; estas reglas ponen en el terreno del sentido común guiado por la experiencia profesional el principio de libre valoración de la prueba [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. Tal principio constituye una apreciación lógica reconducible a pautas o directrices objetivas [ARMENTA], que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de mayor o menor amplitud, de datos acreditados o reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso (STSE de 4.4.1989). Ello conlleva la obligación del juez de razonar el resultado probatorio en la declaración de hechos probados (STSE de 11-03-08). La libre apreciación de la prueba se refiere a todos y cada uno de los medios de prueba utilizados en el proceso concreto de que retrate, debiendo el juez valorarlos en su conjunto cuando hay varios sobre un mismo hecho, sin que a priori pueda concederse valor superior a uno sobre otro (STSE de 23-03-99).

Las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de vida del juez y que este debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero han de hacerse contar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la arbitrariedad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de los hechos probados [MONTERO].

Así las cosas, solo se tiene por verdadero –en tanto en cuanto, coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron– aquello que resulta probado, y en la medida que resulta probado –un hecho está probado solo cuando se extraen con éxito algunas inferencias concernientes a su ocurrencia a partir de los medios de prueba disponibles [TARUFFO]–. Es imperativo que la decisión

judicial se funde en la mejor aproximación posible a la realidad empírica de los hechos, empero también es inevitable que se trate, en todo caso, de una aproximación relativa.

La libre valoración debe constituir una apreciación lógica de las pruebas reconducible a pautas o directrices de rango objetivo; y, la valoración que conduce a entender o no fijado un hecho ha de ser susceptible de fiscalización a través de la necesaria motivación de la sentencia.

La soberanía del Tribunal tiene tres limitaciones: **1.** Versa sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral —incluidas las pruebas preconstituidas y anticipadas—: la verdad se determina tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles, la cual solo es una condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa [TARUFFO]. **2.** No se puede basar en prueba de prohibida, aquella que vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales. **3.** Se ha de realizar con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica [GIMENO]. En virtud de la libre apreciación de la prueba el juzgador es libre para valorarla, pero sin prescindir de ella ni de su necesaria motivación, que la adecuará a los dictados de la razón y de la lógica. Las normas exigen al juez justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente ‘correctas’ y aceptables.

La valoración de la prueba radica siempre en una operación mental consistente en un silogismo en el que: **1)** la premisa menor es una fuente-medio de prueba (por ejemplo, el testigo y su declaración), **2)** la premisa mayor es una máxima de la experiencia, y **3)** la conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar. Las máximas de la experiencia —fundables objetivamente deben determinarse por el juzgador desde parámetros objetivos, que no legales; además, ante la ausencia de la premisa menor: pruebas válidamente practicadas, la absolucón es obligada, aún cuando el juzgador tuviere la convicción de la culpabilidad del acusado —la mera certeza subjetiva del juez, no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado—.

Son dos las operaciones intelectuales que exige la prueba: **1.** Descripción del elemento probatorio [esto que se denomina “interpretación”]. **2.** Valoración crítica del mismo, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya [CAFERRATA].

Valoración libre no es, pues, igual a valoración discrecional. Ni esta valoración se resume en la íntima convicción o en la conciencia del juez. Valoración libre es aquella en la que el juez fija las máximas de la experiencia conforme a las

que concede o no credibilidad a un medio de prueba, y esa fijación ha de expresarse de modo motivado en la sentencia. El juez se atiene a la prueba, y a las reglas de la lógica y de la razón en su juicio valorativo; él es quien tiene que precisar las máximas de la experiencia utilizadas y desde las que ha llegado a su conclusión probatoria [MONTERO]. Su infracción es controlable recursalmente: en apelación y en casación.

El art. 157 NCPP establece como excepción a la regla de la sana crítica racional para valorar la prueba en casos del estado civil o de ciudadanía de la persona. A su vez, por ejemplo, el art. 269 NCPP establece que el matrimonio se acredita con la copia certificada de la partida de registro de estado civil y, salvo la comprobada falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, es admisible cualquier otro medio de prueba. Se trata de una regla que impone y, en su caso, excluye alguna fuente-medio para la prueba de un hecho determinado; en este caso, impone determinado tipo de fuente-medio de prueba: prueba documental y circunscripta a la copia certificada del registro civil. Se trata, al fin y al cabo, de una norma que a la postre —al establecer que un hecho determinado solo puede probarse por una o por otros medios concretos de prueba o que excluyen más fuentes-medios para probar un hecho concreto— tiene similares consecuencias que la prueba legal —que reconoce normas que disponen directamente el valor que debe concederse a una fuente-medio—. [MONTERO].

El principio del *in dubio pro reo* no funciona para la interpretación de la prueba o descripción del elemento probatorio. Rige para las cuestiones de la culpabilidad y de la punibilidad, así como en la mayoría de supuestos vinculados a la vigencia de los presupuestos procesales, no así para los vicios procesales; para las cuestiones jurídicas dudosas rige este principio por expreso mandato constitucional, art. 139.11. Se aplica solo después de que esta se ha producido. Ante la existencia real de una duda cabe su invocación para la absolución.

El estándar de convicción comúnmente aceptado es, como ha quedado expuesto, en las lecciones iniciales, es el de más allá de toda duda razonable —noción acuñada del derecho anglosajón, como *beyond a reasonable doubt*, mucho más exigente que en el ámbito civil, que utiliza como estándar la “prueba preponderante” (*preponderance evidence*) o la “prueba clara y convincente” (clear an convincing evidence) —, que en 1970 consolidó la Corte Suprema Federal USA en el caso Winship. En esa ocasión anotó que tal estándar es el principal instrumento para reducir el riesgo de condenas fundadas en errores de hecho, proporcionando así una sustancia concreta a la presunción de inocencia; exige al juez la necesidad de alcanzar un estado subjetivo de certeza de los hechos en cuestión. Este estándar,

que es particularmente elevado y que tiene una naturaleza ética-política, sin embargo es de muy difícil concreción –definición analítica de su significado–, pues se ha utilizado, indistintamente sin mayores delimitaciones, tanto el criterio de la vacilación para actuar –Sentencia *Holland vs. USA* de 1954– como el de la certeza moral en un ánimo no prejuiciado, que no certeza absoluta o matemática –Sentencia *Winship vs. USA*– [LOPEZ MASLE]. Es, propiamente, un concepto indeterminado que corresponde a una exigencia política y moral fundamental, por la cual una sentencia de condena debería ser emitida únicamente cuando exista una certeza práctica de la culpabilidad del imputado, aún cuando esta exigencia no pueda traducirse en determinaciones analíticas del grado de prueba que corresponde en cada caso, a este nivel de certeza [TARUFFO].

La noción de “duda razonable”, por su propia naturaleza, rechaza lo que se denomina “cabos sueltos” (elementos de información que se pueden atribuir a defectos de percepción, a errores u otras causas que hacen que normalmente la mayor parte de las actividades humanas sean imperfectas); también excluye las dudas imaginarias puramente hipotéticas (surgen de una revisión hipotética de todas las posibilidades imaginables); por último, quedan fuera las dudas ilógicas, esto es, las que para constituirse requieren aceptar componentes absurdos o irracionales, contrarios a la razón. Por otro lado, una aproximación práctica al estándar de “duda razonable” importa reconocer dos elementos básicos: **a)** debe tratarse de una duda articulada, vale decir, que exista una explicación que sea capaz de estructurar los diversos elementos que no cierran en la versión de la acusación y mostrar cómo todos en conjunto construyen una duda razonable; **b)** la explicación acerca de cómo se constituye la duda en razonable o inaceptable, debe tener alguna base en la prueba actuada en el proceso [DUCE/RIEGO].

El derecho alemán también menciona grados o medidas de prueba. De ese modo se estima que para que el juez se considere convencido según su conciencia, debe alcanzarse una “verosimilitud objetiva”, y no una “credibilidad aproximada”, lo cual equivale a una (muy) alta probabilidad. Se habla también en ese sentido de la “certeza personal” del juez. Incluso en casos de difícil prueba se exige una “inverosimilitud predominante”. El juez ha de haber llegado a una convicción estable sobre los hechos y la responsabilidad penal del acusado; no puede tratarse de una certeza porque aunque en el proceso se procure acercarse lo más posible a la verdad, que se consiga, o no es algo que difícilmente se podría saber a ciencia cierta [NIEVA FENOLL].

Desde otra perspectiva, vista la ostensible vaguedad de la referida noción, resulta indispensable asumir la propuesta de FERRER. Así:

- A. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas –se ha de aplicar correctamente la metodología de contrastación de hipótesis–.
- B. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles –no las implausibles ni las incompatibles con los datos del caso o material probatorio del proceso– explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas de las meras hipótesis *ad hoc* –por ejemplo, la hipótesis del complot contra el acusado, que no es empíricamente contrastable, pues para que una hipótesis sea sometida a corroboración se requiere que se puedan formular predicciones contrastables a partir de ella–.

II. MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La motivación es, en cuanto a la parte probatoria, la expresión de la valoración. Ella exige un esquema inductivo –la valoración, por el contrario, exige un esquema deductivo–, que más o menos es el siguiente [NIEVA FENOLL]:

- A. Lo primero que el juez debe realizar es una previa ordenación de todo el material probatorio. Ha de reducir a una unidad la dispersión de ideas tras la ejecución de las pruebas, a fin de llegar a un listado de los hechos relevantes jurídicamente –debe lograr una exposición de hechos acompañada del medio de prueba en el que se fundan–.
- B. Esta fase de recopilación de los resultados probatorios debe favorecer la deducción, y por ende, evitar conclusiones precipitadas –se sigue el modelo de orientación deductiva–. Así las cosas, lo que debe ser objeto de respuesta es si el hecho delictuoso –con todas sus características y elementos fundantes– realmente se cometió, quien realmente lo cometió –si pudo ser otro individuo, distinto del acusado–, y si existieron otros hechos delictivos que el hecho juzgado permita encubrir y ocultar. Ello significa que el juez debe concebir alternativas a las versiones de los hechos, tanto como surjan de los materiales probatorios que tenga entre sí.
- C. Una vez deducida una versión de los hechos relevantes jurídicamente es de rigor redactar la sentencia –no se niega la posibilidad de rectificar la versión de los hechos previamente articulada a medida que se avanza en la redacción, pero la correcta estructuración de la fase previa evita muchas

incorrecciones y modificaciones que pueden restar coherencia a la fundamentación del relato—. Si, como consecuencia de lo anterior, no se puede acreditar la existencia del hecho punible y/o su comisión culpable por el imputado —la prueba de cargo es inexistente o insuficiente—, debe aplicar el principio de presunción de inocencia que obliga a absolver al reo.

- D. El juez debe excluir la intuición, entendida como la capacidad de lograr un conocimiento directo, una percepción inmediata sin la observación o la razón. El juez no puede prescindir de las reglas de la carga de la prueba —material, en lo procesal penal—, de la presunción de inocencia y hasta de los pocos indicios que puedan extraerse de la prueba practicada. Por lo demás, invocando “las máximas de la experiencia” no puede sustituir aquello que las pruebas dicen, o colmar las lagunas de lo que no han dicho.
- E. Lo anterior da lugar a la aplicación de una regla básica: “lo que no se puede motivar legítimamente no existe”. La declaración de hechos que ha de tener toda sentencia se forma de lo que resulta de la actividad probatoria, no sobre aquello que intuyan los jueces. Por tanto, si el proceso de valoración se violan principios lógicos o la argumentaciones son contradictorias, insuficientes o defectuosas, se emitirá una sentencia con errores *in cogitando* [CHAIÁ].

Como se llega a las conclusiones probatorias por razones objetivas, el juez debe motivar esas razones, las cuales deben ajustarse “a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia” (art. 158.1 NCPP). Cada medio probatorio, de uno u otro modo, tiene sus propias reglas de valoración, de suerte que en impugnación si se advierte la máxima o regla infringida y se demuestra su relevancia para el juicio final de la sentencia, no queda otro camino que la revocación del fallo sentencial. En estos casos el examen impugnativo de la sentencia se centra en lo que es objetivable, en el examen de las razones concretas que condujeron al *iudex a quo* a una determinada conclusión.

Ante esto, se puede cuestionar en apelación estas deficiencias a partir de una doble vía:

- A. Impugnar la lógica del razonamiento judicial. En la prueba testifical, por ejemplo, es posible analizar desde las actas o grabaciones si la exposición fue coherente, estaba corroborada, contextualizada y no contenía detalles oportunistas; por consiguiente, si se da validez a un testimonio con

algunas de estas falencias, en tanto fueran relevantes, se concluirá que las valoraciones de la prueba no se guió por criterios lógicos. Tal es la amplitud del examen que incluso el *iudex a quem* puede reinterpretar toda la resultancia probatoria.

- B. Impugnar la propia motivación. Se presenta cuando la propia motivación de las razones por las que el *iudex a quo* ha alcanzado una conclusión probatoria es inexistente –falta, por ejemplo, el análisis de credibilidad de las declaraciones– o su expresión deficiente. No obstante ello, pueda ser que la motivación sea insuficiente, pese a lo cual el *iudex a quem* puede confirmar la sentencia de primera instancia, en la medida en que sea factible incorporar en su análisis los criterios lógicos y objetivos correspondientes.

En casación –que incluye, al igual que el control de legalidad, el de la interdicción de la arbitrariedad de las decisiones judiciales– también es posible analizar la valoración probatoria, y lo puede hacer en tres supuestos muy concretos:

- A. Cuando el juez de apelación pasó por alto la aplicación de una norma de prueba legal –en lo penal se puede producir esta vulneración respecto de la prueba del estado civil o de ciudadanía de las personas (art. 157.2 NCPP)– o vulneró las exigencias de la prohibición de valoración probatoria (art. 159 NCPP).
- B. Cuando el juez de apelación sobrepasó los límites de lo razonable en la valoración probatoria, de manera que sus conclusiones no están sustentadas en ninguna lógica racional (art. 158.1 NCPP).
- C. Cuando el juez de apelación acudió a la última ratio del ordenamiento probatorio, la carga de la prueba –la presunción de inocencia en materia penal (art. II.2 TP NCPP)–, antes de tiempo; es decir, que haya prescindido de valorar el material probatorio obrante en autos y haya presupuesto que era insuficiente.

Debe quedar sentado que el mito de la inmediación –visto como un todo, pero solo circunscrita en caso de prueba personal a la percepción sensorial por el tribunal de instancia, no niega el control de su valoración racional por el tribunal de revisión– debe ceder ante la tutela jurisdiccional efectiva que solo es posible mediante la racional, metódica y analítica disección de las pruebas interrelacionadas en forma lógica (SSTSE de 09-12-05 y de 26-09-06).

III. REGLAS VALORATIVAS INCORPORADAS LEGALMENTE

Se trata de reglas valorativas, próximas a la prueba legal –reglas legales de valoración de prueba–, incorporadas en algunos casos por la jurisprudencia y en otros por la ley, para garantizar el valor de pruebas de cargo de determinadas declaraciones o actuaciones procesales de relevancia probatoria [ASENCIO]. En nuestro país la mayoría de ellas fueron desarrolladas jurisprudencialmente en diversas ejecutorias y acuerdos plenarios. Sin perjuicio de ello, el NCPP aborda explícitamente la prueba indiciaria (art. 158.3 NCPP) y la prueba anticipada (art. 242 NCPP), enuncia la prueba preconstituida, consagra la ineficacia probatoria de la denominada “prueba prohibida” (arts. VIII TP y 159 NCPP), y menciona el testimonio de referencia (art. 158.2 NCPP), las declaraciones contradictorias (art. 378.6 NCPP) y el silencio del imputado (art. 376.1 NCPP).

La presunción de inocencia, como se sabe, está en el centro de tres grandes problemas operativos en materia probatoria. **1)** la calidad de la prueba: la prueba plenaria y sus excepciones, y la prueba prohibida, que genera la inutilización de las evidencias que vulneren el contenido esencial de un derecho constitucional (todo esto se puede denominar: el derecho a la prueba auténtica). **2)** la cantidad de prueba, que se asocia al concepto de “prueba suficiente” (es posible denominarlo: el derecho a la prueba de cargo). **3)** las pruebas escasamente fiables cuando son pruebas únicas: confesión (art. 160 NCPP) declaración de la víctima, declaración de los coimputados, filmaciones e indicios, entre otras.

Es de resaltar que VÁSQUEZ SOTELO incorpora la prueba indiciaria dentro de la prueba escasamente fiable, aunque creo que lo hace a partir de un inicial modo de acercamiento a ella por los tribunales, que consideraron posible su utilización como una alternativa ante la falta de prueba directa –era un subrogado– y para evitar la impunidad; dato que, por cierto, expresamente rechaza y que luego desarrolla ampliamente.

IV. LA PRUEBA INDICIARIA

1. Concepto y alcances

La Corte Suprema la abordó ampliamente en la Ejecutoria Suprema n.º 1912-2005/Piura, de 06-09-05. Se puede definir la prueba indiciaria –también llamada indirecta, circunstancial o coyuntural– como una prueba que sirve para establecer en el proceso penal como sucedido un hecho no directamente pro-

bado, fundada en puridad en indicios concluyentes periféricos al hecho que se quiere acreditar –que están alrededor del hecho consecuencia, que es el tipo legal sancionado–, interrelacionados y no desvirtuados por otros contraindicios o coartada. En igual sentido se pronunció el Tribunal Constitucional (ver: STC n.º 728-2008-PHC/TC), y sobre todo, la CIDH (ver SCIDH Castillo Petruzzi, de 30-05-99).

Esta precisión se basa en una distinción funcional, resaltada por BENTHAM –que consideró la única significativa–, que se funda en la conexión entre las pruebas y los hechos que integran el objeto procesal –los hechos que deben ser probados–: prueba directa y prueba indirecta, indiciaria o circunstancial, según tenga que ver con hechos principales o con hechos secundarios o circunstanciales. En consecuencia, prueba circunstancial es aquella que no tiene por objeto el hecho principal, sino un hecho secundario del que puedan extraerse inferencias relativas a la hipótesis sobre el hecho principal.

Como tal, es una prueba crítica o lógica e indirecta. La razón o el fundamento del valor probatorio de los indicios radica en su aptitud para que el juez infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido objeto del proceso penal. Este poder indicativo se fundamenta, por su parte, en la lógica apoyada en la experiencia humana y en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos [DEVIS ECHANDÍA]; no se trata de normas jurídicas, sino sencillamente de las nuevas reglas del pensar, para aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir unívocamente desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba (STSE de 05-03-04).

En la actualidad los indicios son utilizados y permiten establecer elementos de contacto entre hechos desconocidos y aquellos conocidos, siendo aceptados como plena prueba, resultando una fuente importante de conocimiento, pues el saber humano sería escasamente desarrollado si se limita a la percepción directa, al saber empírico o a la apreciación en vivo de cada cuestión [CHAIA]. En todo caso, es claro sostener que la prueba indiciaria no es una prueba subsidiaria –en defecto de la prueba directa– o de segundo grado; no existe jerarquización entre ambas ni una prevalencia general de la prueba directa sobre la prueba indiciaria. Respecto de esta última, la solidez de la afirmación base depende del medio o medios de prueba utilizados. Esta ausencia de diferencias cualitativas desde el plano epistemológico –solo se diferencia en el mayor número de pasos o secuencias inferenciales que requiere la prueba indiciaria– autoriza a concluir que tiene entidad para alcanzar el estándar probatorio del “más allá de toda duda

razonable”, siempre que la inferencia no sea tan abierta que permita tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

Otra distinción funcional importante, vale puntualizar, es la existente entre prueba de cargo —prueba positiva—, cuyo objeto es demostrar la verdad de un enunciado fáctico, y prueba de descargo —prueba negativa o contraprueba—, que tiende a demostrar que un enunciado fáctico es falso, que el hecho no sucedió. Esta última distinción se basa en la relación entre los medios de prueba y el hecho que tiene que ser probado [TARUFFO].

Esta prueba nace del conocimiento de la naturaleza humana, del modo de comportarse habitual del hombre en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, de la índole misma de las cosas, su importancia radica en que, en muy varios supuestos, los indicios y su influencia son los únicos medios de llegar al esclarecimiento de un hecho delictivo y al descubrimiento de sus autores (STSE de 26-11-99). Así las cosas, la prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia se puede obtener, ha declarado la STEDH Irlanda vs. Gran Bretaña de 18-11-78, de la coexistencia de inferencias suficientes consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas.

El procedimiento judicial para valorar la prueba indiciaria se construye a partir de dos fases, que deben explicitarse —requisito formal imprescindible— [FERNÁNDEZ LÓPEZ]. La motivación ha de ser suficiente, de suerte que se debe indicar el enlace entre los hechos base o indiciantes y los hechos consecuencia, así como exponer con claridad por qué se llega a una determinada conclusión, si fuera la única posible, o por qué se escoge precisamente esa, si fueran varias las posibilidades. Si no se respeta las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos (STSE de 11-04-95).

La prueba indiciaria no es un auténtico medio de prueba —cualesquiera de estos puede ser indirecto cuando tienen que ver con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal—, sino un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo, pueden permitir la deducción de otros que sí lo tienen, así como la participación y responsabilidad en ellos (STSE de 13-07-96). Con tal finalidad, se erigen en un tipo de prueba, construida por requisitos propios, de necesaria concurrencia; vale por sí misma, es una prueba en sí misma, no es de aplicación subsidiaria o supletoria [ROSAS YATACO]. Para su valoración se acude a un conjunto de reglas de seguridad que permiten sostener la corrección de la conclusión judicial, que precisamente importan el cumplimiento de sus requisitos constitutivos.

El grado de apoyo de la prueba indiciaria depende, así las cosas, de dos tipos de factores: (i) el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario –que es propia de toda prueba–; y (ii) el grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación –que es el problema principal de esta clase de prueba, situado en la naturaleza de la ‘regla de inferencia’– [TARUFFO]. Se trata de una operación lógica, consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflexionarse en la sentencia (STCE 133/1995, de 25-09-95).

2. Fases del razonamiento indiciario

2.1. La primera fase del razonamiento indiciario

Es el primer elemento de la estructura de la prueba indiciaria. Consiste en recopilar la información que va a constituir la base del razonamiento judicial. Se trata de los elementos de prueba –que en el presente caso serían los indicios–, esto es, de aquellos hechos que tienen virtualidad para acreditar otro hecho con el que están relacionados. En función de ellos el juez determinará la existencia o inexistencia de suficiente prueba de cargo practicada con todas las garantías. Esta fase presupone la validez de las pruebas obtenidas y actuadas.

En la prueba indiciaria tales elementos, que se erigen en requisitos de eficacia probatoria de los indicios, están formados:

- (i) Por los indicios, hechos base o hecho indiciante, que son colaterales al hecho necesitado de prueba y que permiten llegar al conocimiento de la realidad tipificada. Pero no todo indicio es relevante y utilizable; debe ser ‘fiable’, esto es, **a)** plenamente probado, procesalmente cierto –lo que elimina la posibilidad de que estén establecidos conjetural o hipotéticamente–, y **b)** además ‘grave’, vale decir, que apunte a un alto grado de probabilidad en relación al hecho indicado;
- (ii) Por la pluralidad de indicios: varios datos probatorios y que todos ellos, tomados en su conjunto, conduzcan a una misma conclusión inculpatoria, que es lo que denomina ‘cadena de indicios’ o ‘univocidad de los indicios’ –presunción polibásica–, a partir de su gravedad, concurrencia y convergencia. En este caso se presenta un indicio ‘anfibilógico o contingente’; esto es, cuando el indicio puede ser vinculado con una gran cantidad de hechos independientes entre sí, o derivar en distintas explicaciones sobre el hecho, de suerte que

solo será un elemento coadyuvante de otros datos sobre los que puede influir o aportar certeza [CHAIA];

- (iii) Por la pertinencia, que cada indicio esté relacionado con los hechos, que sean coincidentes en el señalamiento de determinadas circunstancias deducibles de ellos, que apoyen la conclusión judicial: noción italiana de fortaleza, precisión y concordancia.

Obviamente, también se acepta, y lo hace la jurisprudencia y el art. 158 NCPP, la posibilidad de un único indicio —denominado necesario, unívoco o cualificado— con entidad para concluir por la realidad del hecho indiciado o consecuencia. Ello dependerá, por cierto, del carácter del indicio, de su especificidad, vehemencia, proximidad y gravedad o urgencia —el indicio objetivo—, y que por cierto se expresa con mayor fuerza en la prueba criminalística científica, de base pericial, recaída en el análisis de vestigios materiales, rastros, huellas, o datos materiales. En este caso el hecho puede ser directamente relacionado con el indicio; es un elemento fiable que revela el hecho y permite sustentar una condena o absolución. Lo importante no es el número de indicios —criterio cuantitativo—, pues no se trata de sumar y/o acumular indicios sino, precisamente, su capacidad indicativa (como sucede, por ejemplo, con los indicios necesarios o cualificados), que vendrá determinada por el enlace entre la afirmación base y la afirmación consecuencia y, por tanto, por su capacidad de interrelación, con concordancia y convergencia [MIRANDA ESTERAMPES].

2.2. La segunda fase del razonamiento indiciario

Se circunscribe a la necesidad de alcanzar una conclusión sobre la base del material probatorio disponible —que sería el hecho indiciado o hecho consecuencia, al que se llega partiendo del hecho base—.

Exige las siguientes reglas:

- A. Entre los distintos elementos de prueba y la conclusión judicial debe existir una máxima de experiencia —a eso se denomina ‘presunción’ por algunos autores, o reglas del criterio humano o inferencia, sustentada en el principio de normalidad—, que permita entender que la conclusión se deriva de la prueba practicada —la relación o principio de causalidad: a todo efecto precede una causa determinada, establecida según el principio de oportunidad—, cuyo nexo se explicitará en la sentencia —cuando más fundado y preciso resulte el enlace, más justificada estará la hipótesis ju-

dicial—; la máxima debe estar asentada en conocimientos científicos o en conocimientos generales.

- B. Inexistencia de máximas de experiencia aplicables igualmente fundadas, que gocen de un mismo grado de probabilidad.
- C. La conclusión no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados, que no tengan la fuerza suficiente como para derrotar la conclusión judicial.

La falta de racionalidad puede provenir tanto por la falta de lógica o coherencia de la inferencia: los indicios excluyan el hecho indiciado o no conduzcan naturalmente a él; como por el carácter no concluyente de la inferencia por excesivamente abierta, débil o indeterminada [ARMENTA]. Así lo tiene expuesto, por ejemplo, la STCE 229/2003, de 18 de diciembre.

Siguiendo a la casación argentina es de precisar, en primer lugar, que la relación existente entre el hecho indiciario y el indicado se debe determinar en cada caso, teniendo en cuenta las particularidades del hecho acusado y sin que se le pueda deducir categorías fijas, que establezcan a priori el valor convencional de la prueba indiciaria (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Sentencia de 17-06-99); y, finalmente, que resulta inadmisibles intentar criticar los indicios y presunciones individualmente, de modo de ir invalidándolos uno a uno y evitando su valoración articulada y contextual dentro del plexo probatorio, desconociendo que evaluados en acto único y con ajuste a las reglas de la sana crítica racional pueden llevar a de la mano a una probatura acabada, plena y exenta de toda hesitación razonable (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Sentencia de 29-05-98).

3. Requisitos de los indicios

Como resultado de lo anterior es de rigor fijar los requisitos de los indicios que es del caso tener presente. Se trata de los requisitos de existencia, de validez y de eficacia.

- A. Los requisitos de existencia de los indicios son: 1. Que haya prueba plena del hecho indiciante o indiciador. 2. Que tal hecho tenga alguna significación afirmativa respecto del hecho indiciado hecho consecuencia, por existir alguna conexión lógica o engarce entre ellos.
- B. Los requisitos de validez de los indicios son dos: 1. Que el medio confirmatorio del hecho indiciante o indicador haya sido decretado y practicado en forma legal y realizado por medios lícitos y no prohibidos por ley. 2. Que no haya una causa general de inutilización que vicie el

hecho indicante o indicador, ni prohibición legal de investigar el hecho indiciante o indicador o el hecho indiciado o consecuencia.

- C. Los requisitos de eficacia de los indicios son seis: **1.** Que exista conducencia entre los dos hechos y, por tanto, que se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre los dos hechos sea aparente, por obra de la casualidad o el azar, así como la posibilidad de falsificación de hecho indiciante o indicador por obra de terceros o de las partes. **2.** Que parezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho o hechos indiciantes o indicadores y el o los hechos indiciados o consecuencia, y que sean varios, graves, precisos y concordantes o convergentes, cuando los hechos indiciantes o indicadores son contingentes. **3.** Que no haya contraindicios que no puedan descartarse razonablemente y que se hayan eliminado las otras posibles hipótesis y los argumentos que puedan contradecir la conclusión adoptada. **4.** Que el resultado inferido sea unívoco o inequívoco. **5.** Que no existan otros medios de confirmación que contradigan los hechos indiciales o indicadores o que demuestran la existencia de un hecho opuesto al indicado por aquellas. **6.** Que se haya llegado a una conclusión precisa y segura, basada en el pleno conocimiento o la certeza del juez [ALVARADO VELLOSO].

4. Tipología de los indicios

Existe mucha literatura, y jurisprudencia, que destaca el papel de la tipología de los indicios, no obstante que se trata de una pura actividad del juez [GÓMEZ COLOMER]. El número de los indicios es prácticamente ilimitado y ninguna clasificación puede comprenderlos totalmente [DEVIS ECHANDÍA]. En nuestro país, por ejemplo, SÁNCHEZ VELARDE hace mención a siete modalidades de indicios: indicios generales y particulares; indicios manifiestos, próximos y remotos; indicios concomitantes, subsiguientes y antecedentes; indicios por móvil, por capacidad, por predisposición, por la oportunidad para delinquir, por la capacidad intelectual del delincuente; por las circunstancias propias de soledad; por las huellas materiales u objetivas; por manifestaciones anteriores y posteriores al delito; y, contraindicios.

TALAVERA ELGUERA es más limitado en su tipología; menciona dos perspectivas clasificatorias: **1.** Por la incidencia del indicio con el hecho indicado: (a) indicio necesario y (b) indicio contingente, el que a su vez se subdivide en grave y leve. **2.** Por el tiempo de su acaecimiento: antecedente –capacidad y oportunidad–, concomitante –de presencia– y de participación subsiguiente –actitud sospechosa–.

Aún cuando más importantes son los últimos, que se consideran más útiles para la labor de investigación y enjuiciamiento (indicios de presencia, capacidad delictiva, participación, móvil, huida o actitud sospechosa, mala explicación o justificación, y de revelaciones posteriores), y por ello mismo han sido comúnmente utilizados por la jurisprudencia nacional. Por todas, Ejecutoria Suprema n.º 1787-1998/Lima, de 02-07-98.

Así, se tiene:

- A. Indicios de capacidad delictiva: Aptitud física o psíquica del agente para cometer el delito.
- B. Indicios de capacidad moral: Propensión al delito del reo.
- C. Indicios de oportunidad: Momento concreto, lugar, coparticipación.
- D. Indicios de manifestaciones: Lo depuesto en un primer momento y a lo largo del procedimiento, contradicciones, etc.
- E. Indicios de móvil delictivo: Odio, animosidad, peleas previas, diferencias.
- F. Indicios de huellas materiales: Objetos encontrados en poder del reo; instrumentos que aparecen en el lugar de la comisión del delito; huellas dactilares, semen, sangre.
- G. Indicios de modus operandi: Reiteración de conductas delictivas de forma semejante y en concretos lugares, por parte de uno o varios sujetos, pueda dar lugar a que la acreditación de la participación de todos o alguno de ellos en uno de los delitos, sirva de indicio de autoría para los restantes
- H. Indicios de realización de actos preparatorios: Procesado que realizó actos preparatorios del delito.
- I. Indicios de manifestaciones previas: Manifestaciones o conversaciones previas del procesado que revelan su intención o predisposición de cometer el hecho delictivo.
- J. Indicios de mala justificación: El imputado recurre a coartadas falsas ante circunstancias que lo incriminan.
- K. Indicios de fuga: El imputado huye, inexplicablemente, del lugar de los hechos en el momento que se realizó el delito.
- L. Indicios de intento de corrupción o soborno: Se ofrece un soborno al funcionario encargado de la persecución penal.
- M. Indicios de obstrucción o entorpecimiento de la investigación del delito: El inculcado elimina u oculta pruebas que lo incriminan.

- N. Indicios de cambio de situación económica: El incremento injustificado del patrimonio, útil para los casos de enriquecimiento ilícito, lavado de activos o delito tributario [GARCÍA CAVERO].

También puede identificarse, por su amplia utilización en la criminalística, (i) los indicios personales o subjetivos y reales o materiales, según se refieren a condiciones y modos de ser de una persona (como la capacidad intelectual, física y moral para el acto delictivo o el hecho de significación civil) o a cosas, huellas, rastros y similares; así como (ii) los indicios ordinarios y técnicos o científicos, según exijan o no conocimientos especializados para apreciarlos.

5. Interpretación, aproximación y valoración indiciaria

Lo esencial desde el punto de vista operacional es no solo la labor de recogida y detección de los indicios —que es una tarea propia de la investigación preparatoria y de la afirmación de la Fiscalía en su acusación—, sino las labores de interpretación, de aproximación y, finalmente, de valoración.

- A. La labor de interpretación importa, primero, dar crédito o no a un indicio, y, segundo, determinar su alcance y significado, esto es, qué dice en relación con el delito acusado.
- B. La labor de aproximación significa la agrupación o reunión de los indicios de un mismo signo, los cuales pueden alcanzar una gran probabilidad del hecho desconocido. En esta tarea es que se pueden encontrar contraindicios, y se verá su contrapeso con los indicios de cargo.
- C. La labor de valoración, una vez agrupados los indicios, no será aritmética; antes que contados, los indicios deben ser pesados y contrapesados. El poder de convicción es directamente proporcional a su precisión, unidad de especie y peso específico —proximidad a la acción delictiva—; un indicio específico será más fuerte frente a indicios genéricos, vagos o indeterminados —noción de gravedad y urgencia—.

El art. 158.3 NCPP, a final de cuentas, se orienta a imponer estándares racionales en la estimación del valor probatorio de la prueba por indicios, aunque finalmente las garantías necesarias de equidad y fiabilidad deben fundarse en la racionalidad de las inferencias formuladas por el juez. Por consiguiente, cuando las inferencias son fiables, la prueba por indicios puede tener el mismo valor probatorio que cualquier otro tipo de pruebas [TARUFFO].

6. Algunas aplicaciones prácticas

6.1. El elemento subjetivo del delito

Hoy en día se considera a la prueba indiciaria la reina de las pruebas en el proceso penal. La casuística es abundante. Es clásico utilizar los indicios para la determinación del elemento subjetivo del delito –su naturaleza de hechos subjetivos no los priva de su condición de hechos que deben ser incluidos en la declaración de hechos probados–, el cual se ha entendido que debe deducirse de los datos externos –de los datos y circunstancias objetivas y materiales acreditadas en la causa–, que permiten revelar la intención del agente. Su presencia no se acredita, directamente, con prueba testifical o pericial, ni requiere para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales (STSE de 20-07-90), sino con los datos externos debidamente probados conforme a los estándares ya conocidos, con las respectivas circunstancias del caso, con la conducta observada por el agente.

Los juicios de valor sobre intenciones no son hechos en sentido estricto y, al no ser datos aprehensibles por los sentidos, no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha.

Se determinan por juicio de inferencia según las reglas de la lógica y de la experiencia a partir de datos objetivos y materiales. Se acude a un método *ad extra*, es decir, se vale de cuantos datos objetivos consten en la causa y los cuales quepa inferir hasta dónde llegó el conocimiento del agente o cuáles fueron sus verdaderas intenciones (STSE de 27-10-86).

6.2. Delitos de organización

En orden a determinados delitos, especialmente los de organización, la Corte Suprema, en primer lugar, ha precisado que el análisis y valoración de la prueba debe adaptarse a las características y modo de funcionamiento de las organizaciones criminales, siendo a estos efectos impropio hacerla con arreglo a las pautas de los delitos individuales (Ejecutoria Suprema n.º 1260-2004/Lima, de 21-07-04); y, en segundo, tiene expuesto precisado lo siguiente:

6.2.1. Integración en organización delictiva

A. La comisión en un lapso de dos meses de numerosos secuestros y robos, bajo una misma modalidad, con la presencia en ellos de varios individuos, permitió deducir fundadamente la existencia del delito de asociación ilícita. En la Ejecutoria Suprema n.º 4126-2006/Cusco, de 18-09-07, se señaló que el conjunto o pluralidad de hechos probados permitió colegir

UNIDAD II: CARGA DE LA PRUEBA.

- 2. Moreno Catena Víctor, “Derecho Procesal Penal, 2ª edición”, editorial Tirant lo Blanch, valencia-2005, p. 375, ss.**

DERECHO PROCESAL PENAL

2ª Edición

VÍCTOR MORENO CATENA
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

Copyright © 2005

los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo copia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y a de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

o de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la ante corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© VÍCTOR MORENO CATENA
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

O BLANCH
RANT LO BLANCH
áficas, 14 - 46010 - Valencia
/361 00 48 - 50
9 41 51
tirant.com
.tirant.com
tual: <http://www.tirant.es>
) LEGAL: V - 3645 - 2005
I - 8456 - 443 - 6
GUADA IMPRESORES, S.L. - PMc Media, S.L.

Índice

Abreviaturas	27
Presentación	29

PARTE PRIMERA DERECHO PROCESAL PENAL. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

SECCIÓN PRIMERA EL PROCESO PENAL

LECCIÓN 1 EL PROCESO PENAL

LOS FINES DEL PROCESO PENAL

1. El sistema penal como instrumento de control social y de respuesta a la delincuencia	36
2. Los fines de la pena	37
3. La reparación de las víctimas	38
4. La garantía de los derechos del imputado en el proceso	42

LA EFICACIA DEL PROCESO PENAL

LAS LÍNEAS BÁSICAS DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL

LECCIÓN 2

LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

LA ESTRUCTURA DEL PROCESO DE DECLARACIÓN

1. Introducción	51
2. La fase de instrucción	53
3. La fase intermedia	54
A) Su función	54
B) Características que definen esta fase	55
C) Órgano competente	56
D) Resoluciones que ponen fin a la fase intermedia	57
4. La fase del juicio oral	57

LA ESTRUCTURA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

1. Características y competencia	58
2. Intervención de las partes	59

rtes formularán en el juicio oral tanto las conclusiones acusadoras como defensivas, y las demostrarán ante el órgano sentenciador, de modo que la instrucción se produce una r ecogida de los diferentes elementos que tán llamados a ser fuentes de prueba.

Objeto y carga de la prueba

El objeto de la prueba, de acuerdo con cuanto se lleva dicho, son las afirmaciones sobre los hechos que las partes procesales han presentado en sus escritos de calificaciones. De ese modo se define y delimita el *thema obandi*, que establecerá la medida de la pertinencia y utilidad de los medios de prueba propuestos por las partes.

La relevancia a efectos probatorios de la admisión de los hechos, es decir, que el objeto de la prueba se reduzca solamente a las afirmaciones sobre los hechos controvertidos, es menor en el proceso penal que en otros órdenes jurisdiccionales, aunque no resulta del todo desconocido; como se estudió, si el imputado reconoce a presencia judicial los hechos durante la instrucción, y se trata de un delito castigado con pena que no exceda de los tres años de prisión (o de otra naturaleza que no exceda de diez años, o con pena de multa), el juez de instrucción mandar a convocar al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado, en cuyo caso se pondr a fin a la instrucción y se pasar a al juicio para comprobar la regularidad de la conformidad prestada (art. 779.1.5 ).

El art. 406 dispone que la confesión del procesado no dispensar a al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. Ello no significa que la declaración del imputado carezca de valor, sino habr a de contrastarse con otros medios.

En el proceso penal la prueba se ha de referir a todos los *hechos constitutivos* de la pretensión punitiva, la que se denomina *prueba de cargo*; la verdad que la regulación de la prueba está referida preferentemente a la situación de la acusación, puesto que se coloca frente al derecho fundamental del acusado a la presunción de inocencia, y eso introduce un importante condicionamiento de la prueba de cargo. Para obtener una sentencia condenatoria, la acusación debe probar cumplidamente los hechos constitutivos de la responsabilidad penal y civil del acusado: es decir, la existencia de todos los elementos del tipo delictivo y de la participación del acusado, los hechos que integran los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de que se trate, los que determinen la apreciación de circunstancias penalmente relevantes y los relativos a la participación en tales hechos del acusado o acusados. Si no se hubiera pr oducido ninguna actividad probatoria de cargo, el derecho fundamental a la presunción de inocencia se erige como barrera infranqueable para la condena; por su parte, si la prueba practicada fuera insuficiente, y no se hubiera obtenido una certeza más allá de toda duda razonable, a pesar de existir prueba de cargo y en aplicación del principio *in dubio pro reo* habr a que dictar también una sentencia

Así pues, la carga de la prueba de los hechos constitutivos recae íntegramente sobre el acusador, y a él perjudica la falta de prueba pues se encontrará con una sentencia desfavorable para su pretensión, y el acusado puede limitarse a esperar el fracaso de la acusación, porque no se haya probado o porque se mantuviera la duda.

Pero también puede el acusado introducir afirmaciones sobre *hechos impeditivos, extintivos o excluyentes* y, a partir de ahí, proponer y practicar prueba sobre ellos, y *negar los hechos constitutivos* planteados por la acusación. Esta actividad probatoria del acusado se denomina *prueba de descargo*. Con ella tanto puede enfrentarse a la acusación en lo que respecta a su responsabilidad o a su grado de participación, o intentar de otro modo desvirtuar la prueba de cargo, o simplemente sembrar la duda en el juzgador. Pero también puede el acusado derechamente intentar que quede acreditada su inocencia, cuando el medio de prueba evidencie que el acusado no es culpable. Como es obvio, la alegación de estos hechos no genera carga probatoria para el acusado; sin embargo, si se presenta la alegación y no se prueba, y resultan probados los hechos constitutivos, se dictará una sentencia condenatoria.

4. Los principios esenciales de la actividad probatoria

A) El principio de contradicción

El primero de los principios que deben regir la actividad probatoria es el de contradicción, tanto en la identificación del material probatorio, como en el control en la formación de las pruebas y en el debate procesal sobre las mismas, pues la prueba no se puede obtener unilateralmente, sino respetando la confrontación dialéctica de las partes,

Pero el respeto a la contradicción supone también el derecho del acusado de confrontarse con los acusadores, con los testigos y con cualquier persona que rinda declaración inculpatoria contra él, incluidos por tanto los coimputados, pues si no han podido ser sometidas al contradictorio la prueba no puede ser utilizada.

El TEDH considera suficiente una contradicción realizada en la fase de instrucción si no fue realmente posible hacerlo en el juicio oral, pero exige que por lo menos haya habido contradictorio sobre la fuente de prueba, en su formación o en su adquisición, aunque no impide con carácter general la utilización de las declaraciones, pero sin la garantía del contradictorio no pueden servir como fundamento, exclusivo o prevalente, de la condena.

En las pruebas que consisten en la declaración de conocimiento de una persona física debe exigirse necesaria e imperiosamente que, al menos en una ocasión, la declaración haya estado sometida a contradicción efectiva, real, adecuada, suficiente, que se habrá de producir normal y preferible-

e en el momento del juicio oral, y sólo excepcionalmente en un momento anterior.

Cuando se trata de apreciar las que se conocen como pruebas materiales, es decir, las que conforman el cuerpo del delito, los instrumentos y efectos del mismo y las piezas de convicción, así como las huellas y vestigios, y los documentos y el material obtenido de intervención de comunicaciones, grabaciones y registros, grabaciones en la vía pública, etc., será necesario declarar según que en el momento de adquisición de la fuente de prueba es posible o no el contradictorio. Pues si no se ha formulado imputación, evidentemente carece de sentido reclamar respeto por el principio de inmediación, ya que no existe aún quien pueda oponerse; pero desde el momento en que existe un imputado se le ha de dar intervención en la sentencia, y, en todo caso, la utilización de esas fuentes de prueba en el juicio como mínimo que las partes puedan intervenir, discutir y, eventualmente, deducir otras pruebas antes de la sentencia.

principio de inmediación

El principio de inmediación probatoria debe analizarse desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva (GOLDSCHMIDT); conforme a la primera, se trata de garantizar que el juzgador se relacione o entre en contacto de la manera más directa y estrecha posible con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo, para lo cual es ineludible su presencia continua en la práctica de los medios probatorios. Desde el punto de vista objetivo, la inmediación garantiza que el juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más probable o más refrendada por las pruebas, con base en las que guarden una relación más estrecha con la afirmación de hecho a probar.

El principio de inmediación es la base del juicio oral y de la prueba que actúa en él, de modo que sólo podrá dictar la sentencia el juez o magistrado que haya presenciado efectivamente la prueba en el juicio oral (art. 741). Esta regla general no admite excepciones, pues si la prueba es una actividad que pretende obtener el convencimiento del juzgador, su presencia física durante todo el tiempo que dure el juicio resulta esencial; si no dispone la Ley que si se enfermara un magistrado deberá suspenderse el juicio (art. 746.4º), y aunque fuera trasladado o jubilado algún juez o magistrado redactará y firmará las sentencias a cuya vista hubiera asistido (art. 256 LOPJ), y si el que asistió al juicio se impidiera antes de votar (o antes de redactar la sentencia) deberá verse de nuevo el asunto (art. 258 LOPJ), y lo mismo si un magistrado del tribunal es sustituido (art. 788.1). Precisamente por lo dicho, no puede hablarse de inmediación en la fase de la instrucción. En general, tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen considerando la inmediación judicial como requisito de validez de la actividad probatoria en la instrucción y, según se sostiene, con eso las diligencias

instructorias se pueden convertir en prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia. Sin embargo, la inmediación en estos casos consiste en la presencia del juez de instrucción, ante quien se practica la «prueba sumarial», que no cumple otra función que la de garantizar el respeto de los derechos de las partes, pues obviamente con la diligencia no se pretende formar la convicción del juez para resolver el proceso. En tal caso, la incorporación de esas diligencias a la prueba en el juicio se ha realizar con respeto de las garantías establecidas en la Ley tanto para la obtención, como para la conservación hasta el juicio oral, como en la aportación a éste.

C) Los principios de concentración y oralidad

Los principios de concentración y oralidad, que se dicen en general de la unidad de acto con que debe celebrarse el juicio oral, son también exigencia inexcusable de la actividad probatoria, junto con la publicidad. En efecto, el juicio oral rompió con el proceso por interminables y eternas audiencias secretas, y se convirtió en público y concentrado, de modo que en una sesión, o en varias consecutivas, finalizara el debate y se obtuviera la resolución, una respuesta en clave política a la persecución de los delitos. Pero también por razones técnicas, por la propia esencia y finalidad de la práctica probatoria es exigible esa misma solución; en efecto, dado que las pruebas personales (como las que consisten en declaraciones o en explicaciones de una persona, de un testigo o de un perito) deben realizarse oralmente, para ser apreciadas por el juzgador será necesario que se realicen en un solo acto, pues en otro caso el resultado se difuminará en su memoria, o habrá de acudir a la lectura (o a la audición o visionado) de lo sucedido, con menoscabo de la información y de las impresiones recibidas en el momento en que se practica la prueba.

Por tanto, la prueba se ha de realizar *concentradamente*, de forma que si la suspensión del juicio se prolongara indefinidamente o por un tiempo demasiado largo se habrá de celebrar de nuevo, anulando la parte ya celebrada (art. 749), especificándose para el proceso abreviado que el tiempo máximo de suspensión, durante el cual conservan validez los actos realizados, es de treinta días (art. 788.1). Como es natural, se excepciona del principio de concentración la prueba que hubiera de practicarse anticipadamente.

En el proceso penal el juicio es completamente *oral*, en lo que hace a la práctica de la prueba, salvo lo que por su propia naturaleza no admite la palabra, como sucede con la inspección ocular, cuando se practica, o con el examen del cuerpo del delito, de los instrumentos y efectos del mismo y de las piezas de convicción, o con los documentos.

En estos casos, el juzgador examinará por sí la fuente de prueba, que le llega entonces por el sentido de la vista por lo general, y no por el oído (art.

726), pero eso no puede excluir el debate procesal sobre la cosa o el documento, como es natural. Para permitir el debate, cuando se trata de documentos, debe seguirse el trámite de lectura pública del art. 730.

5. Incorporación de la actividad instructora al juicio oral. La prueba preconstituida

Es indudable que las fuentes de investigación adquiridas para la instrucción son potenciales fuentes de prueba para el juicio oral, de tal manera que el mismo elemento, dato o información puede pasar por las dos fases del proceso penal, con un sentido diferente: primero como fuente de investigación y luego como fuente de prueba.

Es lo que podemos denominar *prueba preconstituida*, es decir, la fuente de prueba que tiene como finalidad dejar constancia de la existencia de un hecho, acto, negocio o relación jurídica, y del modo en que existió, para su utilización futura; por tanto, la preconstitución no se origina de manera casual, sino que responde a la intención de quien la obtiene o la procura de perpetuar la información contenida en la fuente de prueba. Se trata, pues, de un elemento apto para dar a conocer algo que sucedió en el pasado (el ejemplo paradigmático es el documento); aunque otra cosa será si la información sirve a efectos del proceso, y el valor que tenga, lo que dependerá del soporte en que conste, las garantías que se hayan respetado en la preconstitución y la fidelidad del propio soporte.

Si la fuente de prueba se halla *disponible* para ser aportada como medio probatorio, debe ser propuesta y practicada de ese modo; es lo que sucede normalmente con los documentos, o con el testigo que, habiendo declarado durante la fase de investigación, es citado y comparece en el juicio, de manera que entonces esa prueba cumple con los principios de contradicción, inmediación, publicidad y concentración.

Pero puede resultar indisponible en ese momento procesal, porque por su propia naturaleza es actividad propia de la instrucción (la droga se interviene en el registro domiciliario, y no cabe acordar el registro durante el juicio oral; la comunicación telefónica, que tuvo lugar durante la investigación, aunque se haya grabado), o bien porque previsible (el testigo en peligro de muerte) o imprevisiblemente (el testigo que fallece en un accidente) la fuente no se pueda aportar, en cuyo caso debe plantearse el problema de hacer entrar al juicio oral una prueba que se ha obtenido sin cumplir cuando menos con los principios de inmediación y concentración.

Cuando la *falta de disponibilidad* de la fuente de prueba para el momento del juicio oral es *previsible*, habrá que extremar los requisitos de la preconstitución probatoria (GUZMÁN FLUJA). De esta manera, la fuente de prueba se habrá obtenido y conservado con las garantías propias del juicio

contiene o que se desprende de ella puede utilizarse en el futuro despejando cualquier duda en el procedimiento de formación, de su adquisición y de su contenido.

Cuando la fuente probatoria *no va a estar disponible en el juicio por causas previsibles o por la propia naturaleza* de la prueba, la ley debe establecer especiales cautelas y garantías en su obtención y en su incorporación a las actuaciones. Se debe exigir el cumplimiento estricto de la *contradicción* y de la *inmediación judicial*, por lo que el imputado deberá tener oportunidad y medios de intervenir en la diligencia (si no en la intervención telefónica, sí en su incorporación a los autos, depurando el contenido de las grabaciones) y contradecir la prueba durante la instrucción, pues en otro caso el elemento probatorio no podría ser utilizado en el juicio.

Así pues, cuando se advierte inicialmente que será imposible o muy difícil disponer de la fuente de prueba originaria en el acto del juicio (a este concepto suele referirse la doctrina y la jurisprudencia con los términos «irrepetibilidad» o «fugacidad») es imprescindible cumplir con todas las garantías directas en el mismo momento de la obtención de la fuente de prueba que sean posibles en atención a las circunstancias, pues si no se hace así la preconstitución no podrá alcanzar nunca valor probatorio, ni directo (positivo o negativo) ni indiciario.

Por el contrario, cuando la *falta de disponibilidad* de la fuente de prueba en el juicio oral es sobrevenida o resultaba *imprevisible*, su utilización se debe medir sólo en aplicación de las garantías que legalmente se establecen en el momento en que se obtiene y, si éstas se han cumplido, habrá que ponderar si también se han aplicado las sucesivas garantías relativas a su conservación y aportación al juicio. En función de estos elementos, cuando la fuente de prueba ha resultado inopinadamente indisponible es posible que asuma valor indiciario, aunque sea de las que proporcionan información directa, y sólo de manera excepcional podrán adquirir valor probatorio.

Cuando la fuente de prueba *no estuviera disponible por causas imprevisibles*, o porque se tratara de un *descubrimiento casual* o inesperado (en un control rutinario de carretera se descubre un alijo de droga; en un cacheo se descubre un arma ilegal en poder de una persona), generalmente en su adquisición están ausentes la contradicción y la inmediación judicial, con lo que la utilizabilidad de esta prueba en el juicio debe hacerse depender no sólo de que se acrediten las circunstancias en que se obtuvo, sino sobre todo del escrupuloso cumplimiento de las garantías en su adquisición y custodia hasta el momento del plenario, así como en la necesidad de la prueba. En estos casos, sobre todo cuando se trate de una indisponibilidad imprevista, se elevan por encima de otras consideraciones las garantías tanto en la obtención del elemento probatorio como en su incorporación a los autos, por

lo que la ley ha de regular con sumo detalle y minuciosidad todas estas circunstancias.

Precisamente por haberse adquirido la prueba sin contradicción y sin inmediatez judicial, resulta especialmente oportuno habilitar un trámite de depuración de los elementos probatorios que se pretendán practicar en el juicio, que podría consistir en una audiencia tras el escrito de acusación, en donde inexcusablemente deberían constar los medios de prueba propuestos; en ese momento se podría denunciar la inutilizabilidad de la prueba en el juicio, por incumplimiento de garantías en la obtención de la fuente de prueba, o por irregularidades en su custodia y conservación, obteniendo una resolución judicial que no diera paso a la práctica del medio probatorio, excluyéndolo del proceso.

Pues bien, cuando en el juicio oral se pretenden introducir diligencias de instrucción para que sean utilizadas por el juez en la sentencia como prueba, sin haber cumplido o sin poder cumplir con los principios de inmediatez, publicidad y concentración, hay que atender desde luego a la necesidad de esa prueba y, sobre todo, a su disponibilidad, pero también a las garantías con las que se obtuvo.

El problema fundamental reside en que esa utilización, cuando se hace como prueba de cargo, afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia, con todo lo que este derecho comporta. Por tanto, será necesario ante todo salvaguardar los derechos del acusado, sin despreñar la defensa de los bienes jurídicos que se ventilan en el proceso penal; de ahí que la solución no puede pasar por una prohibición general de utilizar las diligencias de investigación, sino de hacerlo sólo en ciertos casos y respetando una serie de garantías, tanto en la adquisición de la fuente de prueba como en su conservación y en su aportación al juicio oral.

Así, en primer lugar, cuando una fuente de prueba se ha obtenido en la instrucción con la garantía de contradicción simultánea y a presencia judicial, si luego resultara indisponible para el juicio oral, la prueba puede ser tomada directamente de la instrucción y alcanzaría valor probatorio. Lo mismo puede decirse cuando falte la presencia judicial, por haberse practicado en la instrucción preliminar, pero hubiera sido posible instar el control del juez sobre lo actuado, aunque no se hubiera hecho.

En segundo lugar, cuando fuera previsible que la fuente no iba a estar directamente disponible para el juicio oral, y a la vez resultaba posible producir la fuente de prueba conforme a la contradicción simultánea, debió actuarse en este sentido sin excusa alguna, incluso con la presencia judicial. Si no se hizo así, la fuente no podrá ser utilizada como prueba en el juicio oral, y si se aporta debe ser ignorada. De esta manera, se trata de estimular la diligencia de las partes en orden a asegurar la utilización de sus elementos de prueba.

En tercer lugar, el incumplimiento de las normas legales para la obtención de la fuente de prueba y para su incorporación al proceso, su custodia, aseguramiento y conservación, debe producir el mismo resultado:

En cuarto lugar, cuando la fuente esté disponible para el juicio oral deberá ser llevada a él a través del oportuno medio de prueba, que se practicará con contradicción, intermediación, oralidad y publicidad.

A) Garantías en la obtención de la fuente de prueba

La primera de las garantías es la intervención judicial, de manera que las actuaciones de instrucción, aunque se trate de instrucción preliminar policial o fiscal, puedan someterse al control judicial y con contradicción. Es evidente que, de acuerdo con la naturaleza de la fuente de prueba, la intervención judicial y la contradicción sólo pueden tener lugar a posteriori (el hallazgo policial de un herido grave por arma de fuego abandonado en la vía pública), pero inmediatamente que lo conozca el juez debe intervenir e inmediatamente que se determine el imputado puede contradecir las fuentes de prueba recogidas en el lugar de los hechos.

En segundo lugar, es preciso cumplir las formalidades legalmente exigidas para cada acto de instrucción, garantizando así la pureza de la incorporación y preconstitución probatoria. Precisamente dado que en la instrucción las diligencias que se practican tienden a preconstituir las fuentes de prueba, es preciso extremar las garantías en la recogida de elementos probatorios, para permitir la disponibilidad directa de la fuente en el juicio oral, en condiciones idóneas para que pueda desarrollarse el debate procesal sobre ella (por ejemplo, utilizando el soporte más fidedigno en la obtención de la prueba y en la conservación de la misma).

B) Garantías en la conservación. La «cadena de custodia»

La Ley ordena que se aseguren y conserven las llamadas pruebas materiales: el cuerpo del delito, sus instrumentos y efectos y las piezas de convicción, así como lo que se obtenga de una diligencia de registro o de una intervención de comunicaciones, con la finalidad de que el objeto, sustancia, huella, vestigio, etc. permanezca disponible e inalterado en su estado original, y que sea llevado así al juicio oral.

Eso no quita para que la Ley en ocasiones permita u ordene la destrucción de lo hallado, pero advirtiendo que se conserven muestras suficientes, y que la destrucción debe hacerse previa audiencia de las partes (art. 338).

Ahora bien, la fuente de prueba no siempre podrá quedar bajo la custodia judicial inmediata o mediata (pueden conservarse a disposición del juez en almacenes o dependencias administrativas o de otro tipo), pero en todo caso será frecuente que pase de unas manos a otras, sea para realizar pericias técnicas o científicas (vid. arts. 337 o 577), sea por cambio en el lugar o circunstancias de conservación o por otros motivos.

En tales casos, debe garantizarse la corrección de la llamada «cadena de custodia», que tiene por objeto establecer que la fuente de prueba no ha sido contaminada en ningún momento, en previsión de los análisis que puedan ser decretados y del examen y discusión sobre ella; con la «cadena de custodia» se pretende evitar que la fuente de prueba sea alterada por cualquier motivo, o que se cometa un error en la identificación de los objetos, sustancias, documentos, o cualquier otro elemento relacionado, directa o indirectamente, con el hecho que se desea probar, y que la que se presenta en el juicio es la misma que la encontrada o producida durante la instrucción.

Desde luego, la cadena de custodia implica una descripción del objeto, de su estado original, del lugar donde se encontró, la identificación de quienes lo han tenido en su poder, las operaciones que se han realizado con él, etc. Igualmente habrá que determinar con precisión los lugares en que ha estado depositado o custodiado y la persona o institución bajo cuya responsabilidad se ha encontrado, etc.

C) Garantías en la aportación al juicio

Cuando se trate de incorporar al juicio oral una fuente de prueba instructoria deberá respetarse la inmediación del juzgador, puesto que la presencia del juez de instrucción habrá cumplido sólo una función de garantía. Es evidente que cuando no se disponga de la fuente de prueba en el acto del juicio, el contacto directo del juez con ella no es posible, de modo que su percepción será en todo caso indirecta, a través de la lectura del acta donde quedó reflejada (o de la visión o audición del soporte de video o audio correspondiente), lo que implica una intermediación sin duda atenuada, pero suficiente en cuanto logre transmitir la esencia de la información, dato o elemento probatorio. Sin embargo, faltarán siempre elementos esenciales para la valoración judicial, sobre todo en pruebas personales, como es la apreciación sobre la credibilidad del declarante, que sólo parcialmente pueden ser corregidos (mediante la grabación en video, v.gr.)

Para incorporar al juicio oral la fuente de prueba que la parte preterita utilizar y no se encuentra a su disposición se utilizan tres vías: la lectura de su documentación instructoria (art. 730) cuando se incorpora a un acta, cuando consta o consiste en un documento, y la apreciación directa por el juzgador cuando se trata de cosas u objetos (cuerpo del delito, instrumentos o efectos del mismo y piezas de convicción), o el visionado o audición del soporte documental que haya quedado constancia de la fuente de prueba en la instrucción.

Cuando la fuente sumarial se incorpora al juicio oral no basta la simple lectura de acuerdo con el art. 730, que facilita el contacto del juez con la fuente de prueba, sino que a la lectura le ha de seguir la posibilidad del debate procesal y de la contradicción superando algunas prácticas forenses en que el art. 730 se cumplía dando

contenido, pero también su adquisición y conservación. El art. 730 es en realidad un medio probatorio, un mecanismo para introducir en el juicio oral una fuente de prueba preconstituida tal y como se registró en su momento, al ser imposible traerla al juicio oral. Y, como todo medio de prueba, su destino es propiciar el debate ante el juez de la decisión, con los límites y contenidos que sean propios del caso.

La incorporación de la actividad instructora al juicio oral sólo puede hacerse a instancia de parte, de modo que el juzgador debiera tener vedado el acceso a las fuentes de prueba recogidas durante la instrucción; tal cosa no sucede en nuestro ordenamiento más que en el juicio por jurados (arts. 34 y 46.5 LOTJ), pues tanto para el proceso común el art. 622.I como el art. 784.5 para el abreviado ordenan al instructor que remita lo actuado al órgano del enjuiciamiento.

6. Procedimiento probatorio. La prueba anticipada

El procedimiento probatorio se desarrolla en tres momentos sucesivos: la proposición de los medios de prueba, la admisión de la prueba y la práctica.

A) Proposición de la prueba

La prueba se propone, según se estudió, en los escritos de calificaciones provisionales o en los escritos de acusación y defensa, en los que manifestarán las pruebas de que intenten valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia, expresando si las citaciones habrán de realizarse por medio de la oficina judicial o la parte se encargará de hacerlos concurrir (arts. 656 y 781.1.II).

Por tanto, la proposición de la prueba forma parte del contenido de los escritos de calificación, sin necesidad de que se pida el recibimiento a prueba, puesto que en el proceso penal los hechos se consideran controvertidos, careciendo de eficacia *per se* el reconocimiento de hechos, salvo que en el supuesto previsto en el art. 779.1.5ª, realizado en la instrucción (incluso aunque el acusado preste conformidad, el art. 699 manda continuar el juicio si no se hubiese podido hacer constar la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse cometido, no pueda por menos que existir).

Ahora bien, esto no supone establecer un rígido plazo preclusivo para proponer la prueba, pues aparte de las facultades del tribunal para ordenar prueba de oficio, en el comienzo de las sesiones del juicio oral en el proceso abreviado pueden las partes proponer cualquier medio de prueba que pueda practicarse en el acto (art. 786.2), y desde luego el acusado y el responsable civil que no hubieran presentado escrito de defensa podrán también proponer prueba antes del inicio del juicio o en ese momento (art. 784.1.III); en ese momento también en el juicio por jurados puede proponerse prueba (art. 45 LOTJ), así como en los escritos de cuestiones previas (art. 36.1.e LOTJ).

B) Admisión de la prueba

La admisión de la prueba consiste en la resolución judicial en forma de auto en la que el juez o tribunal sentenciador, a la vista de los medios propuestos por las partes, determina los que podrán celebrarse y los que son rechazados (arts. 659 y 785.1). Por tanto, aun cuando en el proceso abreviado se hubiera propuesto la prueba ante el juez de instrucción, la admisión corresponde siempre al órgano del enjuiciamiento, como en el juicio por jurados corresponde al magistrado-presidente (art. 37.c LOPTJ).

Los criterios que deben seguirse para la admisión son los previstos con carácter general, es decir, la *pertinencia* (a la que se refiere la Ley) y la *utilidad* de la prueba propuesta para acreditar los hechos relatados en los respectivos escritos; obviamente, si el acusado no hubiera presentado escrito de defensa, la pertinencia y utilidad de la prueba que proponga habrá de apreciarse en relación con los hechos afirmados el escrito de acusación.

Además de la concurrencia de estos requisitos, ha de tratarse de un medio de prueba obtenido lícitamente, debiendo rechazarse de oficio o por la oposición de las otras partes (art. 786.2) aquellos medios de prueba que se hubieran obtenido con infracción de las normas legales, según se estudiará a continuación.

El auto en el que se resuelva la admisión de las pruebas no es susceptible de recurso (arts. 659.III y 785.1.II), sin perjuicio de que en el proceso abreviado las partes, al inicio de las sesiones del juicio oral, puedan exponer lo que consideren oportuno sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas, alegaciones que serán resueltas en el acto (art. 786.2).

Contra el auto que rechace algún medio de prueba puede recurrirse en casación en el proceso común (arts. 659.IV y 850.1º), en apelación ante el TSJ en proceso por jurados (art. 37.c.II LOTJ), mientras que en el proceso abreviado contra ese auto no se da recurso alguno, sin perjuicio de que la parte pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 785.1.II).

C) Práctica de la prueba

La prueba se practica en el juicio oral, bajo los principios ya estudiados de contradicción, intermediación, oralidad y publicidad, y en la sede del tribunal en una o varias sesiones consecutivas, respetando así el principio de concentración, sin perjuicio de que, por la naturaleza del medio probatorio, deba trasladarse el juzgador a otro lugar (art. 727, para la inspección ocular; art. 718 para la declaración testifical de una persona imposibilitada), o que la prueba se practique anticipadamente.

Los medios de prueba se practicarán comenzando por el examen de los

continuando con la prueba propuesta por los demás acusadores y, por último, con la del acusado, practicándose las pruebas por el orden que cada una de las partes haya propuesto. Esto no obstante, el juzgador podrá alterar el orden, a instancia de parte o de oficio, cuando lo considere conveniente para el «mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad» (art. 701).

D) Prueba anticipada

El momento en que deben practicarse las pruebas puede sufrir una alteración el caso de la prueba anticipada, es decir, de aquellos medios de prueba que por diferentes razones no podrán practicarse en el juicio oral. En realidad esta denominación debe reservarse para las pruebas propuestas en los escritos de calificación, practicadas una vez abierto el juicio oral, pues aunque no pueda realizarse concentradamente con el resto de las probanzas, es respetuosa con los principios de contradicción, porque van a estar presentes todas las partes, de intermediación, porque recibe la prueba el mismo órgano judicial que habrá de dictar la sentencia, de oralidad y publicidad.

Por tanto, cuando lo pidan las partes por temor a que por cualquier causa la prueba no pueda practicarse en el juicio oral o pudieran motivar su suspensión (arts. 657.III, 781.1.III y 784.2), se podrá acordar por el órgano decisor la práctica de ese medio probatorio con anterioridad a las sesiones del juicio y, por supuesto, con citación de todas las partes.

No es exactamente el caso de la llamada «prueba anticipada» de testigos; es decir, la declaración de conocimiento realizada por un testigo durante la instrucción. Como la prueba ha de practicarse en el juicio oral, y las diligencias de instrucción tienen como única finalidad la de preparar aquél, la Ley ha entendido que, cuando por las contingencias que se den en la salud o en la actividad de un testigo resultara imposible hacerle comparecer ante el órgano del enjuiciamiento (art. 448), para que no quedara frustrado tan importante medio probatorio, y privada de contar con él la parte a quien conviniera el testimonio, se le reciba declaración por el instructor. En tales casos el testimonio se recibe con las garantías de la contradicción y de la presencia judicial, y se documentará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta (art. 777.2). La declaración prestada reúne de esta manera los elementos para lograr plena eficacia en el juicio, salvo el esencial de la intermediación judicial, pues no es al instructor a quien va destinada la prueba, sino al órgano del enjuiciamiento, que en todo caso será diferente de quien recibe la declaración. Su introducción en el juicio oral habrá de hacerse por la reproducción de la grabación o la lectura íntegra del acta, en los términos del art. 730.

Por tanto, la «prueba anticipada» de testigos durante la instrucción es en realidad una prueba preconstituida, pero que se debe diferenciar de otras declaraciones testificales que pueden prestarse sin tales garantías, aunque luego, al amparo de la dudosa norma del art. 730 —cuando permite la lectura de diligencias en el acto del juicio oral—, consigan llegar al juicio y puedan ser tenidas en cuenta por el órgano del enjuiciamiento si han devenido irreproducibles.

7. Valoración de la prueba

En nuestro proceso penal, rompiendo con el viejo modelo inquisitivo de interminables reglas de valoración probatoria que vinculaban al juez en el momento de dictar sentencia, rige el sistema de libre valoración de la prueba, de modo que, como dice la Ley, «el tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicada en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia» (art. 741.I).

El principio de libre valoración, de valoración en conciencia o de íntima convicción, supone desde luego atenerse a la prueba, pero también a tender a las reglas de la lógica y de la razón en el juicio valorativo judicial. Así pues, el juzgador no puede llegar a un juicio de culpabilidad fundándose en cualquier elemento incriminatorio, con independencia de su fiabilidad, según las reglas de la lógica y la razón. Como una interpretación de este tipo podía desembocar en la arbitrariedad, el TC y el TS pusieron coto a la práctica forense de entender que el juez estaba limitado solamente por su conciencia, sin necesidad de justificar su decisión (empezando por la STC 31/1981, basándose en las exigencias del derecho a la presunción de inocencia). En definitiva, cualquiera que sea la convicción del Tribunal, si las pruebas no acreditan el hecho delictivo y la participación del acusado o existen dudas al respecto, se impone una sentencia absolutoria porque, para que sea posible la condena, no basta con la probabilidad de que el imputado sea el autor, ni con la convicción moral de que así ha sido (STS de 9 septiembre 1992).

Por tanto, como dice el TS, la estimación en conciencia a que se refiere el precepto legal no ha de entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del Juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque a una historicación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de datos acreditativos o reveladores, que hayan sido posible concentrar en el proceso, sin perjuicio de la limitada depuración que se permite por la vía del art. 849.2 (STS de 29 enero 1988), de modo que la apreciación de las pruebas por el tribunal, el juicio de hecho de la sentencia, puede ser discutido en casación (SSTS de 2 septiembre 1990 y 16 enero 1990).

8. La prueba ilícitamente obtenida

En el momento de la valoración debe el juzgador excluir la prueba ilícitamente obtenida, pues en virtud de reglas elementales de exclusión no puede utilizarse válidamente en el proceso penal un medio probatorio que se haya formado contraviniendo la ley; no se puede lograr la verdad a cualquier precio, tampoco para lograr la sanción de los delitos, y desde luego los poderes públicos no pueden aprovechar una fuente de prueba que no se ha obtenido cumpliendo la ley.

Ahora bien, como fácilmente puede comprenderse, las infracciones legales pueden ser de muy variado alcance e intensidad, de modo que los diversos grados de ilicitud deben determinar al propio tiempo las consecuencias que producen sobre el medio de prueba.

A) La prueba prohibida

El art. 11.1 LOPJ dispone que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Este precepto tuvo como antecedente inmediato la doctrina de la STC 114/1984, que consideró que la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales vulnera el art. 24.2 CE y, por tanto, tiene repercusión constitucional.

Por tanto, si la infracción afecta al contenido esencial de un derecho fundamental no cabe duda de que carece de todo valor y eficacia, debiendo ser excluido del proceso el medio de prueba. Así, si un imputado ha prestado declaración bajo tortura es evidente que esa declaración inculpatória no puede servir para condenarle; o si una intervención de comunicaciones se ha realizado sin la autorización judicial no podrá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar una sentencia de condena.

Esta relación o vinculación de la prueba prohibida con la presunción de inocencia es obvia, porque sólo se puede condenar con prueba lícita de cargo suficiente, pero debe hacerse notar que el art. 11.1 LOPJ no se refiere exclusivamente a la posición de la parte pasiva del proceso, sino que establece una regla general, aplicable tanto a la prueba de la que pretenda hacer uso la acusación como la defensa.

Pero además de esta consecuencia directa, la prueba que viola un derecho fundamental tiene una eficacia refleja o indirecta en el conjunto de la prueba penal, pues sus efectos se comunican a las fuentes probatorias que de ella se hubiera obtenido, según la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos llamada de «los frutos del árbol envenenado» (*the fruit of the poisonous tree*). De este modo, por haberse obtenido indirectamente violentando derechos o libertades fundamentales (art. 11.1 LOPJ) quedan afectadas o contaminadas de la obtención de la prueba principal o anterior todo lo que de ella deriva, es decir, las pruebas que se hubieran practicado sólo

mo consecuencia de la prueba prohibida y, de no ser por ella, no se habrían llegado a aportar (de la declaración obtenida mediante tortura se conoce la existencia y el lugar donde se encuentran los instrumentos del delito; la intervención de una comunicación sin autorización judicial permite la aprehensión de un alijo de droga).

El TC, que en algunas resoluciones ha refrendado esta teoría refleja (STC 49/1996, 86/1995 y 85/1994), señalando que «toda prueba de una prueba prohibida es nula». No obstante, argumentando con base en la conexión de antijuridicidad, la jurisprudencia ordinaria y la constitucional inclinan por modular esta eficacia refleja, que invalidaría toda la prueba derivada de la prohibida, en un ejercicio de prudencia más que discutible.

Si no se adopta una posición rigurosa de protección de los derechos fundamentales, y no se impide la valoración de la prueba indirectamente graduada de un medio prohibido, es evidente que esa violación constitucional terminará convalidando en el proceso por otras vías, como a través de la declaración de los funcionarios que intervinieron en la prueba directamente afectada por la violación.

) La prueba ilícita

Cuando la fuente de prueba se ha obtenido con infracción de la ley procesal, sin que resulte afectado el contenido esencial de un derecho fundamental no son de aplicación los efectos del art. 11.1 LOPJ y, por tanto, debe valorarse la trascendencia de la infracción. Se trataría sin duda de pruebas ilícitamente obtenidas, pero que la sanción por la vulneración de la ley no tendría que ser irremisiblemente la exclusión del proceso.

Parece obvio que cuando la obtención de la fuente prueba es irregular, al tratarse de una infracción de la legalidad ordinaria, se produce su ineficacia, pero no impide la utilización de otros medios indirectos o incluso subsanar el defecto con otras diligencias en la instrucción o en el plenario.

Así pues, una prueba irregularmente obtenida por haber prescindido de las garantías del proceso o por haber generado indefensión, puede ser absolutamente nula, de forma radical e insubsanable (art. 238.3º LOPJ), o sólo resultar afectada de nulidad relativa en los demás casos.

Cuando la práctica de una diligencia de investigación, que puede convertirse en fuente de prueba, está viciada de nulidad por infracción de las garantías procesales previstas para ello, la prueba no puede utilizarse, aunque la Ley exige que en su realización se hayan respetado todos los requisitos que garantizan su correcta obtención (la STC 221/1997, considera que el registro practicado sin el secretario judicial, si bien no integra un supuesto de prueba prohibida, puesto que tal ausencia no vulnera derecho constitucional alguno, para ser admitida como prueba preconstituida es esencial la presencia del secretario, pues solamente su intervención podrá

dotar a los resultados en ella obtenidos de dicho carácter de prueba preconstituida, por la condición de titular de la fe pública judicial).

Esta nulidad por ilicitud en la obtención de la prueba, no va acompañada del efecto reflejo que se asocia a la prueba que implica violación de derechos fundamentales (SSTS de 16 diciembre 1997 y 7 julio 1995), porque, como se dice en la STS de 12 julio 1996, «quizás sean parecidos y análogos los efectos, mas desde luego, en el caso de infracción constitucional, las consecuencias son más amplias, más rígidas, más insolubles». Sin embargo, aun cuando el efecto reflejo no tenga el mismo alcance que la nulidad del art. 11.1 LOPJ, no quiere decir que la nulidad no se propague a los actos posteriores causalmente conectados con el la diligencia nula (por ejemplo, si el registro fue nulo, por ausencia del secretario, y no se pudo constatar por otro medio lo encontrado en el lugar, también será nula la eficacia probatoria del informe dactiloscópico). En efecto, como dispone el art. 243.1 LOPJ, la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

9. La presunción de inocencia y el principio «*in dubio pro reo*»

A) La presunción de inocencia

El derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es sin duda una de las piezas básicas del modelo de proceso penal que rompe con el sistema inquisitivo: el imputado es inocente hasta tanto se haya dictado contra él una sentencia de condena, derecho reconocido en todos los textos internacionales sobre derechos humanos (art. 6.2 CEDH y art. 14.2 PIDCP).

Desde la STC 31/1981, se ha ido configurando su contenido esencial: el derecho a la presunción de inocencia exige que para destruir esa presunción (o verdad interina) es precisa una mínima actividad probatoria de cargo, de la que pueda deducirse, por tanto, la culpabilidad del acusado, producida a instancia de la acusación y con todas las garantías procesales y legales, especialmente cuidando de que se haya obtenido lícitamente, bajo los principios de publicidad, inmediación, contradicción y oralidad, y que se plasme con la debida motivación en la sentencia.

Aunque este concepto se centra esencialmente en la presunción de inocencia como regla de juicio, es decir, en relación con la actividad probatoria y la apreciación judicial, exigiendo del juez una sentencia de acuerdo con la prueba, y absolutoria si no se practicó suficiente, el derecho a la presunción de inocencia se debe considerar también como una regla de tratamiento, que debe regir en todas las actuaciones del proceso penal y reclama que el imputado a lo largo de todo el procedimiento sea tratado y considerado como inocente; de ahí que, entre otras cosas, no se puedan

adoptar medidas cautelares si no es con una clara finalidad procesal precisamente porque en otro caso se estaría partiendo de la presunción de culpabilidad del imputado. Incluso no sólo dentro del proceso, sino que presunción de inocencia presenta una aplicación extraprocesal evidente, pues como dice la STC 109/1986, de 24 de septiembre, incluye «el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos» (vid. STEDH de 10 febrero 1995, caso *Allenet de Ribemont contra Francia*).

Pues bien, la presunción de inocencia como regla de juicio reclama que la sentencia condenatoria sólo se dicte cuando se ha obtenido por el juez la certeza de la culpabilidad del acusado, y esa certeza sólo puede resultar de las pruebas de cargo válidamente celebradas en el juicio.

En primer lugar, para desvirtuar la presunción de inocencia se requiere un *mínimo de actividad probatoria*, lo que impide condenar con una total ausencia de pruebas o un vacío probatorio, y exige que se haya practicado prueba suficiente (STC 138/1992) para formar la convicción del juzgador.

En segundo lugar, sólo puede enervarse la presunción de inocencia si la prueba es *de carácter incriminatorio*, es decir, se trata de prueba de cargo. No basta, pues, con que exista prueba; es necesario, además, que la prueba pueda entenderse de cargo, de forma que de ella se pueda deducir objetivamente la culpabilidad del acusado (STC 174/1985); de modo que no es suficiente la existencia de pruebas, por muy abundantes que sean, sino que además ha de tenerse en cuenta su contenido objetivo, para precisar su carácter inculpatario, pues si éste no existe la prueba no es apta para servir de fundamento a la condena (STC 159/1987).

En tercer lugar, la prueba de cargo *tanto puede ser directa como indiciaria*, que tiene lugar cuando la convicción judicial se obtiene por la deducción de un hecho desconocido, o hecho consecuencia, a partir de un hecho básico, que ha de estar cumplidamente probado, a través de un proceso lógico de inferencias que expresa el enlace preciso y directo entre el hecho probado y el hecho deducido. Para la validez de esta prueba la jurisprudencia exige que se parta indicios cumplidamente probados mediante prueba directa; que no se trate de conjeturas, sospechas o intuiciones, por muy fundadas que puedan ser; que entre el indicio y la consecuencia exista un enlace directo y racional según las reglas del criterio humano; finalmente, que el razonamiento en virtud del cual se tiene por probado el hecho consecuencia se haga constar en la sentencia.

En cuarto lugar, la prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia ha de ser una prueba *obtenida con todas las garantías*, y desde la STC 31/1981 se ha afirmado que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los tribunales penales en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios

pueden aportarse al juicio diligencias sumariales como prueba preconstituida, pero siempre que cumplan las garantías legalmente previstas en el momento de su obtención, en su conservación y en la aportación.

La STC 40/1997, exige que la prueba sumarial cumpla determinados requisitos: i) que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; ii) que sea intervenida por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, el juez de instrucción, sin perjuicio de que en caso de urgencia esté habilitada la policía judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; iii) que se garantice la contradicción, permitiendo a la defensa comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial; iv) que se respete el régimen de ejecución de la prueba en el juicio oral, esto es, el de *cross examination* y que la prueba sea introducida en el juicio mediante la «lectura de documentos», dando la posibilidad de someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

Finalmente, ha de tratarse de una *prueba lícita*, debiendo rechazarse la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, pero también las que provoquen indefensión (art. 238.3º LOPJ).

B) El principio «in dubio pro reo»

Cuando se ha practicado prueba de cargo pero los hechos delictivos o la participación del acusado no han quedado suficientemente acreditados, manteniendo el juzgador una duda sobre algún extremo la Ley exige que se dicte sentencia y, superando la antigua institución de la absolucón en la instancia, según la cual el acusado quedaba como un liberto de por vida, desde siempre la jurisprudencia ha acudido a la vigencia del principio *in dubio pro reo* como regla de juicio, para absolver al acusado ante la duda, en aplicación de la máxima de que es preferible la absolucón de un presunto culpable, a la condena de un presunto inocente.

Por tanto, la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas, o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales. El principio jurisprudencial *in dubio pro reo* pertenece al momento de la valoración de la prueba. Es decir, si no hay prueba de cargo razonable, suficientemente desarrollada y practicada de manera correcta, no puede haber condena porque no se ha destruido la presunción de inocencia; sin embargo, si tal prueba ha existido, pero de ella no se deduce concluyentemente la culpabilidad del acusado, existiendo una duda razonable, procede la absolucón en virtud del principio *in dubio pro reo*.

Sin embargo, la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* tienen jerarquía y contenidos distintos, y mientras la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) permite interponer recurso de amparo, la infracción del principio *in dubio pro reo*, que no ha sido constitucionalizado, no pasa de ser una cuestión de legalidad ordinaria,

UNIDAD III: VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

- 1) Miranda Estrampes Manuel, “la valoración de la prueba a la luz del nuevo código procesal penal peruano de 2004”, instituto de la ciencia procesal penal, Lima-Perú, p.4, ss.

**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA
A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL
PENAL PERUANO DE 2004**

Manuel Miranda Estrampes
Fiscal Doctor en Derecho

Profesor de la Escuela Judicial (Barcelona) dependiente
Del Consejo General del Poder Judicial

ABREVIATURA UTILIZADAS

CADH	Convención Americana sobre Derecho Humanos de 1977
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
ComIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CP	Constitución política del Perú
CdPP/1940	Código de Procedimientos Penales peruano de 1940
NCPP/2004	Código Procesal Penal peruano de 2004
CSP	Corte Suprema del Perú
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal española
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STCE	Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú
STSE	Sentencia del Tribunal Supremo de España
TCE	Tribunal Constitucional de España
TCP	Tribunal Constitucional del Perú
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSE	Tribunal Supremo de España

I. Origen histórico del sistema de libre valoración de la prueba

El sistema de libre valoración de la prueba surge históricamente como reacción frente al sistema de la prueba legal o tasada característico del conocido como Antiguo Régimen (*Ancien Régimen*). En esta época histórica el proceso penal se basaba en el sistema o modelo inquisitivo, en el cual la oralidad estaba excluida, predominando el principio de escritura y en donde, además, el mérito o valor probatorio de la prueba penal venía prefijado en la ley. El juez debía limitarse a atribuir al medio de prueba el valor predeterminado, de forma general y abstracta, en la norma jurídica y tales reglas tenían carácter vinculante. A diferencia de lo que pudiera inicialmente pensarse, este sistema de valoración no obedecía necesariamente a un paradigma irracionalista, pues lo que se pretendía era que el legislador plasmara en la norma jurídica máximas o reglas de la experiencia comúnmente aceptadas sin que los jueces pudieran prescindir de las mismas en su tarea valorativa, tratando de evitar todo atisbo de arbitrariedad. Además en su origen supuso un avance importante frente al modelo de las *Ordalías o Juicios de Dios*, sistema basado en la superstición religiosa de que todo dependía de la voluntad divina y en donde, se decía, la inocencia del acusado se dejaba en manos exclusivas de la divinidad (por ejemplo, mediante la denominada prueba del fuego o del hierro candente¹, que constituyen una manifestación evidente de irracionalidad probatoria). Aunque desde nuestra actual mentalidad postmoderna pueda resultar paradójico, el sistema de prueba legal obedecía, por tanto, al paradigma racional existente en la época de su aplicación, fruto de una determinada concepción filosofía, cultural, religiosa y política². Con dicho sistema se pretendía además acotar o limitar el autoritarismo judicial de la época³. No obstante, es preciso reconocer, como denuncia la doctrina, que dicho sistema estuvo sometido a múltiples degeneraciones y distorsiones⁴.

El denominado sistema de la prueba legal presentada dos puntos débiles: en primer lugar, que en algunas ocasiones los criterios de valoración utilizados por el legislador no eran, en realidad, auténticas reglas de la experiencia de aceptación generalizada⁵. En segundo lugar, su plasmación en la norma producía de hecho un fenómeno de *fossilización* o *enquistamiento* de la regla experiencial, de tal forma que, con el transcurso del tiempo, ésta perdía su significación probatoria al quedar caducada u obsoleta, sin capacidad para ajustarse a las nuevas circunstancias de una sociedad en continua transformación y cuyos valores iban constantemente cambiando⁶. La regla experiencial

¹ Silva Silva, J. A., *Derecho Procesal Penal*, Oxford University Press, México, 1999, p. 557, cita un supuesto analizado por Alcalá Zamora y Castillo, incluido en el Fuero de Cuenca de 1189 otorgado por el rey Alfonso VIII consistente en que cuando el marido acusaba a su mujer de que el hijo procreado no era de él, ella tenía que tomar con la mano un hierro candente. Si se quemaba (designio de Dios), no se le podía creer que el hijo fuera del marido, pero si sanaba, el hijo sí se consideraba del padre.

² IGARTUA SALVERRIA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 77-78, nos dice que “la prueba legal no era de por sí irracional. Desde un punto de vista jurídico, era, en primer lugar, la consecuencia lógica de un sistema procesal en el que el juez no tomaba contacto inmediato con las pruebas y, en segundo lugar, se convertía en un sistema idóneo para garantizar la objetividad y uniformidad de juicio contra las arbitrariedades del juez, lo cual se hacía necesario en situaciones – como aquellas – en las que la organización judicial era caótica y el juez carecía a menudo de cultura adecuada y de formación técnico – jurídica. Y, desde un punto de vista gnoseológico, el sistema de prueba legal expresaba una metodología del conocimiento fundada en los apriorismo y abstracciones formales típicos del pensamiento tardoescolástico y aristotélico – tomista”.

³ GARCÍA RAMÍREZ, S., “Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal”, en AA.VV., *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 359.

⁴ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 388-390.

⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El derecho a la prueba en el proceso civil español”, en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Comares, Granada, 1984, p. 580.

⁶ VALERA, C., *La valoración de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 50. SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El derecho a la prueba...”, cit, p. 583, destacaba que “uno de los graves inconvenientes de la prueba legal estriba en la

una vez positivizada perdía su intrínseco carácter dinámico. Se dio lugar, además, a un fenómeno de *cuantificación* de la prueba, lo que se vino a denominar la aritmética de las pruebas⁷. CAPPELETTI decía que “la valoración de la pruebas se hace así, no por el juez, caso por caso y en consideración de los elementos concretos de credibilidad, de verosimilitud, de persecución, sino apriorísticamente y en abstracto por la ley. De ahí la consecuencia de que el juez en lugar de valorar las pruebas, se limitara a contarlas”⁸. En el marco de este sistema el juez acababa convirtiéndose en un *autómata* o *burócrata* en expresión afortunada utilizada por PATTI⁹, limitado funcionalmente a *trasladar* el valor probatorio predeterminado en la norma jurídica a la sentencia al margen de su poder de persuasión o convicción¹⁰. Según señalaba en la doctrina italiana CHIOVENDA, en el sistema de prueba legal el legislador se sustituía al juez en la labor de valoración probatoria¹¹. Como acertadamente indica BINDER, el juez acaba “encorsetado” dentro de esas indicaciones legales, impidiéndole adecuar su tarea al caso concreto u obligándolo a buscar subterfugios cuando la solución a la que se arriba a través de las pruebas legales es claramente contraria a la solución que él percibe como adecuada al orden jurídico”¹².

En definitiva, en su origen el sistema de libre valoración presentaba un contenido eminentemente negativo como reacción frente a las consecuencias derivadas del sistema de prueba legal. La libre valoración probatoria se caracterizó en esencia por la ausencia de normas legales de valoración, esto es por la no plasmación de reglas en la norma jurídica. Consecuencia de esta desaparición de reglas legales fue la abolición, también, de las *pruebas penales privilegiadas*, como históricamente lo había sido la confesión del acusado consideraba durante mucho tiempo como prueba plena¹³ o *probatio probatissima*¹⁴. Ello, sin embargo, no significaba que la labor de valoración estuviera huérfana de todo de tipo de reglas y que juzgador pudiera actuar de forma arbitraria siguiendo sus propios impulsos o intuiciones. En su origen el sistema de libre valoración no consagraba un método de apreciación irracional de la prueba penal¹⁵.

II. El principio de la íntima convicción o apreciación en conciencia de la prueba.

El sistema de libre valoración de la prueba en el proceso penal trataba de ofrecer un modelo alternativo que se ajustaba al nuevo paradigma racional surgido tras la Revolución Francesa de

permanencia de las reglas tasadas de prueba, que no podrían adaptarse a las circunstancias del caso concreto y que podían quedar desfasadas”.

⁷ GIULIANI, A., *Il concetto di prova Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 184, hablaba de que aritmética de las pruebas había sustituido al razonamiento (la cita puede verse en ANDRÉZ IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa* n° 12, 1992, p. 277).

⁸ CAPPELETTI, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. De Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, p. 41

⁹ PATTI, S., “Libero convincimento e valuazione delle prove”, *Revista di Diritto Processuale*, julio-septiembre, 1985, p. 485.

¹⁰ SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europea-América, Buenos Aires, 1979, p. 253, calificaba la prueba legal de sucedáneo de prueba.

¹¹ CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. II, Reus, Madrid, 2000, pp. 296-297.

¹² BINDER, A., “El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva-destructiva de la prueba penal”, en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 43

¹³ El concepto de prueba plena se diferenciaba de la prueba semiplena. Esta última equivalía a una declaración de semicultabilidad y solo autorizaba la imposición de una pena más leve. Esta distinción aparece estrechamente vinculada al sistema de prueba legal o tasada, siendo el legislador el que fijaba los medios de prueba que tenían la consideración de prueba plena. *Vid.* JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho Penal*, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s.f., pp. 400-401. La doctrina procesalista actual rechaza esta distinción: *Vid.*, por ejemplo, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, t. II, con Gómez Colomer. Ortells Ramos y Montón Redondo, Bosch, Barcelona, 1991, p. 209.

¹⁴ *Vid.* GORPHE, F., *Apreciación judicial de las pruebas*, Temis, Bogotá, 1985, p. 30.

¹⁵ MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 109.

1789. La nueva racionalidad surgida con el Iluminismo se extendió a todos los ámbitos de conocimiento y el proceso penal, especialmente la *questio facti*, no podían quedar al margen de su influencia. Libre valoración y valoración racional de la prueba son dos conceptos que aparecen íntimamente unidos en su origen. El juzgador no puede prescindir de la lógica, de las reglas del raciocinio humano, de las máximas de la experiencia en su tarea de valoración probatoria. El nuevo sistema aparece íntimamente unido a la aparición del Jurado¹⁶, con la invocación de la *íntima* convicción o la apreciación en conciencia de la prueba como parámetro valorativo.

La fórmula empleada antes de que los jurados se retiraran a deliberar, introducida por las leyes revolucionarias francesas¹⁷, es verdaderamente significativa de esta nueva concepción: “La Ley no pide cuenta de los medios por los cuales (los jurados) se han formado una convicción; no les prescribe las reglas a las cuales deben atribuir en particular la plenitud y suficiencia de una prueba, ella les exige que se interroguen a sí mismo en silencio y en recogimiento y que busquen determinar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La Ley no les dice tendréis por verdad todo hecho atestiguado por tal número de testigos, o no consideraréis suficientemente establecida ninguna prueba que no haya sido formada por tantos testigos o por tantos indicios; la ley les hace una sola pregunta, que compendia toda la medida de su deber; ¿tenéis una convicción íntima?”¹⁸. Esta forma de entender el principio de libre valoración de la prueba se extendió, también, al enjuiciamiento por jueces y tribunales profesionales y acabó propagándose a la mayoría de los sistemas procesales penales continentales europeos por influjo del *Code d’Instruction Criminelle* de 1808 (art. 342)¹⁹.

Este entendimiento del principio de la libre valoración de la prueba dio lugar con el transcurso del tiempo, a una concepción extremadamente subjetivista y esencialmente irracional que daba cobertura y amparaba el arbitrio judicial²⁰. Se dotó a dicho principio no solo de un contenido negativo que lo enfrentaba al sistema de la prueba legal, sino también de un contenido positivo que lo acabó desnaturalizando. La libre valoración se equiparó a la ausencia total de reglas. El conjunto de reglas legales de prueba característica del desaparecido sistema de prueba legal acabó siendo sustituido por el más absoluto “vacío de racionalidad”²¹. La *conciencia*, con sus contornos difusos, se erigió, en el ámbito del juicio fáctico, en el único límite de la operación valorativa del juez. El modelo amparaba, además, la ausencia de toda obligación de motivación

¹⁶ Tradicionalmente la doctrina ha puesto de manifiesto que la aparición de la institución del Jurado popular fue uno de los factores que históricamente desencadenaron la sustitución de prueba tasada por el de la libre valoración, motivado por la imposibilidad de que los Jueces legos conocieran las complejas reglas de valoración de la prueba establecidas por el legislador: DOSI, E., *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 62 y ss. GUTIÉRREZ-ALVIZ/CONRADI, F., “La valoración de la prueba penal”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, 1975, p. 833. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 454 y ss.

¹⁷ Leyes francesas de 18 de enero y 16-29 de septiembre de 1791, sobre Procedimiento Penal.

¹⁸ *Id.* NOBILI, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, pp. 147 y ss.

¹⁹ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia...*, cit, p. 463. El art. 741 LECrim española de 1882 empleó la siguiente fórmula, que aún se mantiene en la actualidad, “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta ley”. Por su parte, la Ley española del Jurado de 20 de abril de 1888 establecía, en su art. 2º, que “los Jurados decidirán según su convicción moral, libremente formada...”; y el art. 84, al regular el sistema de votación, establecía que “la votación será nominal y en alta voz, contestando cada uno de los Jurados, según su conciencia y bajo el juramento prestado, a cada una de las preguntas, Sí o No”.

²⁰ WALTER, G., *Libre apreciación de la prueba*, trad. Banzhaf, Temis, Bogotá, 1985, pp. 76-77. DE LUCA, G., “Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito”, *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc 4, 1992, pp. 1263 y ss.

²¹ TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., p. 397.

fáctica en las sentencias penales y, por tanto, la ausencia de todo control por parte de las instancias judiciales superiores y por la sociedad destinataria de las decisiones jurisdiccionales (control jurídico-democrático)²². Según esta concepción, no podía exigirse del juez que motivara aquello que dependía exclusivamente de la intuición, de la pura irracionalidad, del *olfato* u *ojo clínico* judicial. Un autor clásico como MITTERMAIER ya denunciaba que “nada hay más vacilante, más incierto que la convicción íntima... , otorga al Juez el derecho de decidir libremente, y sin dar cuenta de sus motivos, de la culpabilidad de sus conciudadanos es concederle un derecho formidable de vida o muerte que nunca ha poseído un soberano con tal extensión”²³.

La valoración judicial de la prueba acabó convirtiéndose en una especie de *potencia dionisíaca* en acertada expresión de CORDERO²⁴, o “momento místico”, trufado de subjetivismo, que dio lugar a la instauración de un modelo de valoración predominantemente “intuitivista” frente a un modelo racional de apreciación de la prueba²⁵. Se llegó a afirmar que la facultad de valoración de la prueba correspondía exclusivamente a los Tribunales de instancia y dicha potestad era calificada de soberana, ilimitada, libérrima y omnímoda. Se propugnó, incluso, que dicha facultad soberana no estaba sujeta a regla alguna, ni siquiera a las reglas de la lógica²⁶. La declaración de hechos probados plasmada en la sentencia penal resultaba inatacable e intangible, a modo de *dogma* procesal. El juicio fáctico quedaba a extramuros de control por los tribunales superiores mediante el sistema de recursos.

Desde esta concepción, vemos como la valoración de la prueba se acaba convirtiendo en una simple declaración de voluntad, en un simple ejercicio de voluntarismo judicial, en definitiva, en una puerta abierta a la pura arbitrariedad o al subjetivismo judicial más extremo²⁷. El modelo

²² La STSE de 2 de febrero de 1976 afirmaba expresamente que “... sin que por otra parte el tribunal a quo en uso y ejercicio de su soberanía tenga que explicar las pruebas o razones que le llevaron a tal convicción, que al constituir solamente un estado de conciencia escapa del control casacional”.

²³ MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, 10ª ed., adicionada por Aragonese Alonso, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Reus, 1979, p. 115.

²⁴ CORDERO, F., *Ideología del proceso penal*, Giuffré, Milan, 1996, p. 229.

²⁵ Como señala PATTI, S., “Libero convincimento e valutazione delle prove”, *Revista di Diritto Processuale*, núm. 3, 1985, p. 489, el propio término *intime conviction* parecía aludir a un fenómeno de pura conciencia, favoreciendo de esta forma un poder del juez misterioso e inefable, no susceptible de análisis y control y, por tanto, impenetrable a todo tipo de averiguación o indagación.

²⁶ Véase por ejemplo, la STSE de 10 de febrero de 1978, que interpretando el mencionado art. 741 LECrim declaraba que “los Tribunales apreciarán las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado o imputado en consecuencia, es decir, no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la ley- sistema felizmente superada- o siguiendo los dictados o reglas de la sana crítica o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que el juzgador, a la hora de apreciar los elementos probatorios puestos a su disposición, no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder a ese análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume recta e imparcial”; y más adelante añade que “el tribunal debe abstenerse de recoger, en su narración histórica, la resultancia aislada de las pruebas practicadas, el relato pormenorizado o no, de sus incidencias rituales o procedimentales y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley le concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones, dicho de otro modo, que el referido Tribunal no puede, ni debe dar explicaciones del por qué llegó a las conclusiones fácticas de que se trate, sino limitarse a exponer y relatar lo sucedido, de modo explícito y claro como rotundo y categórico”.

²⁷ TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., p. 423, afirma que “Si un juez decidiese sobre el hecho afirmando que está iluminado por alguna divinidad o mediante una sesión de espiritismo, ello bastará para excluir la racionalidad de la valoración de las pruebas. Este criterio es aparentemente banal, pero no lo es tanto si se tiene en cuenta la difusión de teorías que reconducen la valoración de la prueba a criterios como la intuición o la certeza moral: éstos son menos ridículos que la referencia a la sesión de espiritismo, pero no menos irracionales que ésta”.

permitía, incluso, que para la formación de esa convicción pudiera prescindirse de la prueba, pues lo fundamental era que el juez estuviera “convencido” (*intime conviction*). La siguiente frase resume perfectamente esta concepción irracionalista de la valoración de la prueba: “tú fallas como tu conciencia te lo diga, con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aun contra la prueba de autos”²⁸. Lo único relevante era que el juzgador se encontrara “convencido en conciencia”, con independencia de si esa convicción se fundamentaba o no en las pruebas practicadas en el acto del juicio oral. La convicción fáctica del órgano jurisdiccional acababa desvinculada totalmente del material probatorio existente en el proceso, material probatorio que resultaba siendo irrelevante, pues el elemento decisivo era la convicción fáctica del juez que dictara la sentencia. En este modelo el principio *iudex iudicare secundum conscientiam* terminaba contraponiéndose al principio *iudex debet iudicare secundum allegata et probata*. La identificación de la *verdad material* como fin de la prueba y del proceso penal²⁹ avalaba este entendimiento del principio de libre valoración de la prueba³⁰. El juez debía descubrir la *verdad absoluta* de los hechos y para ello podía tener en cuenta todos los datos obrantes en el proceso, sin importarle la forma de obtención o incorporación, ni su ilicitud, ni si en realidad se trataba de verdaderos actos de prueba o no, El único límite a su tarea de valoración consistía en que debía “actuar en conciencia”³¹.

Desde un enfoque jurídico – político, esta concepción obedecía, además, a un modelo procesal penal de corte autoritario y profundamente antidemocrático. Ante una manifestación de verdadera tiranía judicial³². Si nos situamos en una óptica constitucional, debe rechazarse absolutamente la vigencia de dicho modelo pues, como hemos constatado, ampara la arbitrariedad de las decisiones judiciales, y es contrario a aquella norma constitucional que proclama “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”³³.

III. Significación actual: el concepto de las reglas de la sana crítica

Una concepción del principio de libre valoración de la prueba respetuosa con el modelo constitucional de proceso penal debe caracterizarse por las dos notas siguientes. Desde un *aspecto*

²⁸ COUTURE, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Desalma, 3ª ed., Buenos Aires, 1988, pp. 273-275.

²⁹ En contraposición a la verdad formal como fin del proceso y de la prueba civil. Una crítica a la teoría de la dualidad de verdades puede verse en mi trabajo *La mínima actividad...*, cit., pp. 26 y ss.

³⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Contribución al estudio de la prueba”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, p. 318, afirmaba que había de desterrar del concepto de prueba el término verdad.

³¹ No proponemos que el proceso penal prescinda de la verdad, sino que nos limitamos a criticar una determinada concepción que absolutizaba la verdad material como fin único del proceso. En la actualidad, desde la Filosofía del Derecho se defiende que la verdad debe ser entendida como correspondencia de los hechos con la realidad en términos de aceptación. FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 61 y ss. GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, *Jueces la Democracia. Información y Debate*, n° 47, julio /2003, p. 40, nos dice que “Lo que se pretende en el proceso con la actividad probatoria es averiguar la verdad de enunciados acerca de ciertos hechos. Como hemos visto “averiguar la verdad” no puede querer decir encontrar una ventana absoluta, sino una verdad (como ocurre siempre con la verdad empírica) con un grado de probabilidad suficientemente razonable”.

³² GARCÍA RAMÍREZ S., “Reflexiones sobre los principios...” cit, p. 359.

³³ El art. 9.3 Constitución española de 1978 establece que “La Constitución garantiza... La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Aunque la Constitución peruana de 1993 no contiene un precepto similar, el TCP ha declarado que la interdicción de la arbitrariedad forma parte del principio de seguridad jurídica que es consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La STCP de 30 abril 2003, Exp. N° 0016-2002-AI/TC, afirma, en el f.j.3º, que “El principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad”.

negativo, la libre valoración implica simplemente la no sujeción e exigencias tasadas en los textos legislativos, esto es, en la ausencia de normas legales positivizadas que predeterminen con carácter abstracto el mérito o valor de las pruebas penales.

Ahora bien, es posible que en algunas de las actitudes o comportamientos procesales podamos detectar aún influencias del sistema de la prueba legal, reproduciendo esquemas que deberían haber quedado superados tras la abolición de dicho sistema en el proceso penal moderno de corte acusatorio. Por ejemplo, cuando aceptamos sin efectuar ningún análisis o valoración crítica los resultados de una prueba científica o pericial, convirtiéndola en una especie de prueba legal o tasada vinculante para el Tribunal y ajena a cualquier tipo de control jurisdiccional. El juez no puede hacer dejación de sus funciones, entre las cuales se encuentran el análisis y el control crítico de los resultados aportados por las pruebas periciales o científicas, evitando el acceso al proceso de la *junk science* (ciencia basura)³⁴.

Retornando la explicación acerca del significado de la libre valoración de la prueba, libertad no significa que pueda prescindirse de la prueba para formar la “convicción” del Tribunal. El Tribunal no puede fundamentar una declaración de culpabilidad en actos que no tengan la condición de “actos de prueba”, que además han de ser practicados en el juicio oral con absoluto respeto a las garantías procesales (publicidad, oralidad, inmediación y contradicción), salvo aquellas excepciones admitidas constitucionalmente.

Desde una *perspectiva positiva*, la libertad de valoración no implica, tampoco, la inexistencia de reglas de valoración, sino precisamente la utilización de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia (comunes o especializadas) en esta tarea valorativa³⁵, esto es, de las *reglas de la sana crítica*³⁶. A tales reglas se alude expresamente en algunos textos procesales penales y ha venido ha sustituir la caduca fórmula de la “apreciación en conciencia”³⁷. El nuevo Código Procesal Penal

³⁴ El Juez no puede renunciar a efectuar un control crítico de los resultados aportados por la prueba científica. Si renunciase a esta labor crítica el perito acabaría convirtiéndose en “juez de jueces”. *Vid.*, más ampliamente, TARUFFO, M., “Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice”, *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, n° 3, 2001.

ANSANELLI, V., “Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica”, *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, n° 4, 2002. También, DEVIS ECHANDÍA, H., “Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador”, *Revista de Derecho Procesal*, 1977, n° 1. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 165-166, hace referencia a la *doctrina Daubert* elaborada por el Tribunal Supremo Federal norteamericano, que fijó los siguientes criterios para evaluar la validez y fiabilidad de las pruebas científicas: primero, la controlabilidad y falsabilidad de la teoría o técnica que fundamenta la prueba; segundo, el tanto por ciento de error conocido o potencial y si se respetan o no los estándares relativos a la técnica empleada; tercero, si la teoría o técnica en cuestión ha sido difundida en publicaciones científicas permitiendo así su control por otros expertos; cuarto y último, el consenso general de la comunidad científica concernida.

³⁵ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 22, definió las máximas de experiencia como “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”.

³⁶ Ya GORPHE, F., *Apreciación...*, cit., p.4, reproduciendo una cita del entonces procurador general Berardi, señala que “la libre convicción no entraña el juzgar por sentimiento o impresiones, sino una valuación analítica y cuidadosa de los hechos y de las pruebas”.

³⁷ Por ejemplo, el Código Procesal Penal de la República de El Salvador establece en su art.162. último párrafo, que “Los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. Y en su art. 356 afirma que “El tribunal apreciará las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica”. *Vid.* También, el art. 385 del Código Procesal Penal de Guatemala que alude a las reglas de la sana crítica razonada. El nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana de 2002 preceptúa en el art. 333 que “Los jueces que conforman el tribunal apreciarán, de modo integral, cada uno de los

de la República de El Perú de 2004³⁸ declara en su art. 158.1 que “En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia...”. Fórmula que merece un juicio favorable, al venir a sustituir al *criterio de conciencia* que se contempla en el art. 283 del aún vigente Código de Procedimientos Penales de 1940³⁹: “Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia”⁴⁰.

En la doctrina procesalista COUTURE nos decía que las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano; en ellas intervienen las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez, y unas y otras contribuyen a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas⁴¹. Lo característico de las reglas de la sana crítica es su adaptabilidad a las concretas circunstancias fruto de su carácter dinámico. Como afirma APOLO RAMÍREZ son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia⁴².

En definitiva, en este sistema de valoración probatoria las máximas de la experiencia no están predeterminadas previamente por el legislador en la norma, como sucedía en el sistema de prueba tasada o legal, sino que son elegidas *libremente* por el juzgador. Utilización de las máximas de la experiencia que el juzgador deberá exteriorizar en la motivación de las sentencias, para comprobar la racionalidad de la decisión judicial como veremos más adelante.

Debemos descartar totalmente que valoración libre sea equivalente a valoración discrecional o arbitraria. Como dice TARUFFO el juez ha de ser libre en la valoración de la prueba, pero no puede ser *libre* de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos⁴³. El problema consistirá, como sigue diciendo este autor, en identificar estas reglas fuera y más allá de la disciplina normativa de las pruebas. Aunque desde amplios sectores doctrinales se defiende que el sistema de valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica es un sistema autónomo e intermedio, un *tertium genus*, entre el sistema de la prueba legal y el de la íntima convicción⁴⁴, en mi opinión no nos encontramos ante un nuevo modelo, pues el principio de la íntima convicción exigía también que esa convicción judicial se formara con

elementos de prueba producidos en el juicio, conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan y sus fundamentos sean de fácil comprensión”; también el art. 172 de este texto procesal penal.

³⁸ En adelante NCPP/2044.

³⁹ En adelante CdPP/1940.

⁴⁰ Este criterio de conciencia también se recogía en el art. 193 del Código Procesal Penal de 1991. En la doctrina peruana ORÉ GUARDIA, A., *Manual...*, cit., p. 299, distinguía, en una tesis totalmente discutible, entre el criterio de conciencia y la libre convicción, admitiendo que el primero podía basarse en la intuición y que suponía además independencia respecto de la prueba, significando de esta manera una mayor libertad.

⁴¹ COUTURE, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Declama, Buenos Aires, 1988, pp. 270-271.

⁴² APOLO RAMÍREZ, M., *La sana crítica en la prueba testimonial*, Edino, Guayaquil, 1993, p. 66.

⁴³ TARUFFO, M., “Libero convincimento del giudice”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1990, p. 2 (la cita puede verse en GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999, p. 161). También, IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba...*, cit., 154-155.

⁴⁴ Uno de los máximos exponentes de esta postura fue COUTURE, E. J., *Fundamentos...*, cit pp. 268 y ss. En palabras de ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Derecho Procesal Penal*, t, III, con Ricardo Levene, Edit. Guillermo Kraft, Buenos Aires, s.f., pp. 43 y ss., si tomamos el sistema de la prueba legal o tasada como tesis y el sistema de la prueba libre o en conciencia o de la íntima convicción del juzgador como antítesis, el sistema de la sana crítica o apreciación razonada de la prueba representaría la síntesis.

arreglo a parámetros racionales⁴⁵. No puede reconocérsele al juez una libertad absoluta para valorar las pruebas que le autorice, incluso, a razonar de forma ilógica⁴⁶. Como apuntaba BINDER, es impropio distinguir dentro de estos sistemas de libre convicción, aquellos de *íntima convicción* o los de *sana crítica racional*. Esta distinción es impropia porque siempre el sistema de libre convicción implica una apelación a la sana crítica racional del juez, de los jueces o de los jurados⁴⁷. No obstante, el peso histórico e ideológico de la fórmula *íntima convicción* y su estrecha vinculación a una concepción autoritativa de la función jurisdiccional, aconsejan la sustitución de la fórmula legal de la “*íntima convicción*” o “*apreciación en conciencia*”, por la de valoración conforme a las reglas de la sana crítica o las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica⁴⁸, como hemos visto que hace el art. 158.1 del NCPP/2004. También el art. 393.2 del mismo texto procesal, cuando se ocupa de las normas para la deliberación y votación de la sentencia, dispone que “la valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos”⁴⁹.

La valoración se traduce en un *juicio probabilístico* acerca de la hipótesis fáctica obtenida tras la práctica de los diferentes medios de prueba; y éstos deberán considerarse aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente, según un modelo lógico inductivo⁵⁰.

Según este modelo, la probabilidad de un enunciado fáctico se traduce en términos de *grado de confirmación* que los elementos de prueba le atribuyen. En el proceso penal el grado de confirmación que se alcance debe despejar cualquier atisbo de *duda razonable*, por exigencias de la presunción de inocencia consagrada en las Constituciones nacionales⁵¹ y en los textos internacionales de derechos fundamentales⁵². Resulta muy descriptiva la fórmula anglosajona de

⁴⁵ Como argumenta IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba...*, cit. P. 90, en el sistema de libre valoración “el juez está libre de ataduras legales pero no de criterios de valoración racional”.

⁴⁶ Desde esta perspectiva ASECIO MELLADO, J. M^a “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2”, *Revista Poder Judicial*, nº 4, diciembre 1986, p. 40, nos dice que la polémica acerca de si existen dos o tres sistemas de valoración de la prueba debe estimarse superada.

⁴⁷ BINDER, A., “El relato del hecho...”, pp. 43-44.

⁴⁸ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 218, nota 363, considera que hubiera sido deseable que el legislador hubiera extendido, como criterio general, las reglas del criterio racional o de la sana crítica al art. 741 LECrim, tal como recoge expresamente el art. 717 LECrim, según el cual “las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables según las reglas del criterio racional.”

⁴⁹ *Id.*, también, art. 162 y 356 del Código Procesal Penal de la República de El Salvador; art. 127 del Código Procesal Penal portugués de 1987.

⁵⁰ GACÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 157-161. En esta misma línea, ANDRÉSIBANÉZ, P., “Acercas de la motivación...”, cit., p. 282. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 143, nos dice que la verdad judicial es sustancialmente *probabilista*.

⁵¹ Art. 2.24 letra e) de la Constitución peruana de 1993, y art. 24.2 Constitución española de 1978. Sobre las consecuencias de la constitucionalización de la presunción de inocencia véase MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p.35, según dicho autor las consecuencias más importantes son: 1^a) El carácter normativo de la Constitución comporta que los derechos fundamentales, entre ellos el de la presunción de inocencia, sean de aplicación directa e inmediata y que vinculen a todos los poderes públicos. 2^a) El derecho a la presunción de inocencia debe interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE). 3^a) En cuanto derecho fundamental, la presunción de inocencia debe ser tutelada por los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial y goza de la protección del recurso de amparo constitucional (art. 53 CE). 4^a) Su contenido no es disponible por el legislador. 5^a) La presunción de inocencia es un elemento esencial conforme al cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento.

⁵² Art. 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; ART. 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 6.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; art. 8.2 Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José de Costa Rica.

que la culpabilidad debe quedar acreditada más allá de toda duda razonable (*beyond any reasonable doubt*)⁵³ como estándar de prueba en el proceso penal⁵⁴.

IV. Libre valoración de la prueba y presunción de inocencia

El reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia⁵⁵ como derecho fundamental y su plasmación en los textos procesales penales⁵⁶ ha tenido una incidencia decisiva en la propia conformación de un modelo constitucional de proceso penal de tipo acusatorio. A grandes rasgos podemos señalar que 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. La definición contenida en el art. IIº.1 del NCPP/2004 hace referencia a esos tres aspectos, al declarar que “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

A continuación vamos a analizar cada uno de estos significados de la presunción de inocencia.

IV.1 La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado

En esta primera acepción la presunción de inocencia obliga a que el acusado sea tratado durante el desarrollo del proceso penal, tanto en el ámbito procesal como en el extraprocesal, como inocente mientras no se declare su culpabilidad en una sentencia condenatoria⁵⁷. EL

⁵³ En la doctrina peruana AZABACHE, C., *introducción al Procedimiento Penal*, Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 163-164, afirma que “Para lograr ese nivel de convicción, el tribunal debe eliminar toda duda posible, toda alternativa distinta a aquella que funda la condena contra el acusado. Si al final del procedimiento subsiste una duda razonable, entonces debe absolver. Si, por el contrario, puestos en ese momento, todas las dudas planteadas han sido eliminadas, entonces está autorizado a condenar”.

⁵⁴ En el sistema jurídico anglosajón FLETCHER, G. P., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1977, pp. 36-37, distingue tres “niveles de prueba”. El estándar de prueba más estricto es el que impone a la acusación el deber probar los hechos “más allá de toda duda razonable”. Un nivel menos estricto es el deber de probar el problema “con una prueba clara y convincente”. Y todavía menos estricto es el nivel mínimo o deber de probar “con una prueba preponderante”. Dicho autor utiliza el siguiente ejemplo: “si estos niveles tuvieran que ser representados en un campo de deportes con líneas numeradas del 1 al 100, moviéndonos en el terreno de juego con un balón, el estándar más estricto requeriría que se llegara con el balón al menos hasta la línea 99. El estándar de la “prueba clara y convincente” podría ser equivalente a la línea 70; y el estándar mínimo de la “prueba preponderante” coincidiría con la línea 51”. Cuando la carga de la prueba corresponde a la acusación el estándar exigido es el de la prueba más allá de toda duda razonable.

⁵⁵ Algunos autores prefieren hablar de *verdad interina o provisional de inculpabilidad* pues propiamente no estamos ante una presunción en sentido técnico-jurídico. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia...*, cit., p. 273. De ahí que en algún texto constitucional se prescinda de la utilización del término presunción como es el caso de la Constitución peruana de 1993 que emplea la fórmula siguiente: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad” (art. 2.24, letra e). Una fórmula similar emplea el art. 89 de la Constitución hondureña de 1982: “Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente”.

⁵⁶ GORPHE, F., *Apreciación...*, cit, p. 18, defendía que no era necesario para su reconocimiento que dicha presunción se expresara en la ley pues se trataba de una *presunción natural*.

⁵⁷ El art. 3 del Código Procesal Penal para Iberoamérica bajo la rúbrica *Tratamiento del imputado*, declara que “El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o medida de seguridad y corrección”.

TEDH sostiene que hay infracción de la presunción de inocencia cuando sin que se pruebe, legal y previamente, la culpabilidad de un acusado, se refleja en una resolución judicial que le afecta el sentir de que es culpable⁵⁸. En el ámbito procesal incide decisivamente en la conformación de la prisión provisional como medida cautelar de naturaleza excepcional⁵⁹, pues debe partirse como principio general de la libertad del imputado o acusado⁶⁰.

La prisión provisional no puede utilizarse a modo de pena anticipada⁶¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, de 19 noviembre 1997, sobre la compatibilidad entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva declarando que “de lo dispuesto en el art. 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresando en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuyas responsabilidades criminales no ha sido establecido. Sería lo mismo que *anticipar una pena a la sentencia*⁶², lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

Resulta también contraria a dicho principio la previsión legal contenida en algunos ordenamientos jurídicos penales de suspensión o privación de determinados derechos al inculcado (derecho de sufragio activo, derecho de asociación...) por el mero hecho de estar sometido al proceso penal.

En el ámbito extraprocesal el TEDH ha censurado en algunos de sus pronunciamientos las declaraciones efectuadas durante el desarrollo de la investigación penal por los responsables de la misma al estimarlas contrarias al derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art.6.2 del CEDH. Así, por ejemplo, la STEDH caso *Allenet de Ribemont vs. Francia*, de 10 de febrero de 1995, estimó la vulneración de la presunción de inocencia por el hecho de que durante una conferencia de prensa por parte de miembros del Ministerio de Interior francés responsables de la detención del demandante le señalaron, sin ninguna matización ni reserva, como el inductor de un delito de asesinato, declarando que “evidentemente se trata de una declaración de culpabilidad que, por una parte, incita al público a creer en ella y por otra, prejuzga la apreciación de los hechos que corresponde realizar a los jueces competentes”. Esta doctrina ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores, afirmando que tendrá lugar una

⁵⁸ *Vid.* STEDH caso *Barberá, Messegué y Jabardo vs. España*, de 6 diciembre 1988, apartado 91.

⁵⁹ El art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...”. *Vid.*, también, el art. 20 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Proceso Penal, también conocidas como Reglas de Mallorca. Véase arts. 268 y ss. Del NCPP/2004, que mencionan como presupuestos materiales de la prisión preventiva la existencia de un peligro de fuga o de un peligro de obstaculización de la averiguación de la verdad. El TCP (Exp. N° 1260-2001. HC/TC, Huánuco) ha resuelto que la motivación que algunos jueces señalan en el sentido “que en caso de imponerse una condena, ésta sería superior a los 4 años de pena privativa de la libertad...”, y “de los primeros recaudos presentados se puede determinar que existen suficientes elementos probatorios que vinculan a los inculcados como autores del delito a investigar”, son fundamentos considerados insuficientes y deficientes para aplicar la detención “al no expresar razonadamente el peligro procesal que comportaría para el éxito del proceso dejar en libertad a los procesados”, agregando que la motivación del mandato de detención debe ser suficiente y razonada.

⁶⁰ Véase, entre otras, SSTCE 14/2000, 47/2000, 23/2002.

⁶¹ ORÉ GUARDIA, A., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Alternativas, Lima, 1996, p.37.

⁶² La cursiva es mía.

violación del derecho a la presunción de inocencia cuando, cualquier autoridad pública (incluyendo a jueces y fiscales) realicen declaraciones públicas relativas a una persona acusada que reflejen la opinión acerca de su culpabilidad antes de que la misma haya sido acreditada conforme a la ley⁶³. También la CIDH ha aplicado la misma doctrina. La SCIDH caso Cantoral Benavides vs. Perú, de 18 agosto 2000, estimó que hubo vulneración de la presunción de inocencia del art. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica, en línea con lo que había declarado la Comisión⁶⁴, por el hecho de que el Sr. Cantoral Benavides fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con un infamante “traje a rayas”, como integrante del PCP.SL y como autor de un delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado⁶⁵.

Ello no excluye el que las autoridades puedan informar al público sobre el resultado de las investigaciones penales y sobre la existencia o detención de sospechosos, mientras no se les presente como culpables ante la opinión pública.

El art. II° 2. del NCPP/2004 ha incorporado esta doctrina en su articulado al establecer que “Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”.

IV.2. La presunción de inocencia como regla de juicio penal

En esta segunda acepción la presunción de inocencia ofrece al juzgador un criterio para la solución de los supuestos de incertidumbre fáctica, de tal forma que los casos de duda deberán resolverse siempre a favor del acusado (*in dubio pro reo*). Desde nuestra concepción el principio *in dubio pro reo* parte del contenido esencial de la presunción de inocencia⁶⁶. Nos mostramos contrarios a aquella posición, avalada por la doctrina del TCE⁶⁷, que distingue conceptualmente la presunción de inocencia del principio *in dubio pro reo*. La exclusión de este último supone un fenómeno de *jibarización* del contenido de la presunción de inocencia. La presunción de inocencia opera imponiendo la absolución del acusado tanto en los supuestos de ausencia total de prueba (*vacío probatorio*) como en los supuestos de insuficiencia probatoria o

⁶³ Vid. STEDH caso Butkevicius vs. Lituania, de 26 marzo 2002, en un supuesto de declaraciones inculpativas realizadas por el Fiscal General y el Presidente del Parlamento que tenía que resolver sobre la solicitud de procesamiento del demandante.

⁶⁴ Vid. Apartado 116 de la sentencia.

⁶⁵ Vid. apartado 120 de la sentencia. En la misma línea SCIDH caso Berenson Mejía vs. Perú, de 25 noviembre 2004, apartados 158-161.

⁶⁶ Vid. mi trabajo *La mínima actividad...*, cit., pp. 606 y ss. También CAFFERATA NORES, J. I., *La prueba en el proceso penal*, Desalma, Buenos Aires, 1986, pp. 10-11, y IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación...*, cit, pp. 35-36.

⁶⁷ Vid., entre otras, SSTCE /1989,63/1993. En la doctrina española véase MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La presunción de inocencia...*, cit., pp. 45 y ss. *Distinción acogida, también, por la CSP*, Sala Penal, RN., N° 2506 – 99, Lima, de 30 septiembre 1999, en donde afirma que “son supuestos para la expedición de una sentencia absolutoria, la insuficiencia probatoria que es incapaz de desvirtuar la presunción de inocencia o la invocación del principio *in dubio pro reo* cuando existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal del procesado; que, el primer supuesto (...) crea a favor de los ciudadanos el derecho a de ser considerados inocentes mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción; mientras que el segundo supuesto se dirige al juzgador como una norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que se ha desarrollado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en su ánimo, deberá por humanidad y por justicia absolver al procesado; que asimismo, dichos principios no pueden ser invocados en forma conjunta a favor de un encausado, sino que su invocación debe hacerse de manera alternativa, ello en razón a que la insuficiencia probatoria por ser tal, es inocua para destruir la presunción de inocencia, y por ende no puede generar duda en el juzgador, precisamente por la inexistencia de pruebas que lleve a la convicción de la responsabilidad penal del acusado” (*Revista Jurídica*, publicación mensual de Gaceta Jurídica, t. 118, Lima, Perú, 2003, pp. 149-150).

duda razonable⁶⁸. No hay que confundir los límites del control casacional o constitucional con la distinción *conceptual* entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

El NCPP/2004 opta por la inclusión del *in dubio pro reo* en el contenido esencial de la presunción de inocencia, al establecer el ya mencionado art. II° 1, bajo la rúbrica de *Presunción de inocencia*, que “en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”⁶⁹.

IV.3. La presunción de inocencia como regla probatoria

La presunción de inocencia actúa también como regla probatoria, esto es, como regla que contribuye a diseñar la actividad probatoria en el proceso penal sometiéndola a una serie de condiciones y requisitos jurídicos cuya concurrencia es necesaria para poder estimar destruida esta presunción y, por tanto, para poder dictar sentencia condenatoria⁷⁰. La libertad de valoración no puede ser utilizada como coartada para justificar la utilización de cualquier medio de información sobre los hechos al margen de su forma de obtención e incorporación al proceso⁷¹. La libre valoración presupone como condición objetiva necesaria la existencia de prueba a valorar⁷².

La primera de las consecuencias de la presunción de inocencia como regla probatoria es que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos⁷³. No son admisibles aquellas presunciones legales⁷⁴ o

⁶⁸ PEDRAZ PENALVA, E., *Introducción al Derecho Procesal Penal (acotado al ordenamiento jurídico nicaragüense)*, Hispamer, Managua, 2003, pp. 451 y ss.

⁶⁹ El art. 284 CdPP/1940, bajo la rúbrica *Sentencia absolutoria*, parece distinguir dos tipos de pronunciamiento absolutorios, aquellos en los que las pruebas han demostrado la inocencia del acusado y aquellos en los que tales pruebas no son suficientes para establecer su culpabilidad. Estimamos que tanto uno como otro quedan amparados por la presunción de inocencia y que la parte dispositiva de la sentencia, esto es, el fallo absolutorio debe ser el mismo en ambos supuestos, con independencia del razonamiento probatorio empleado en los fundamentos de derecho. Los supuestos de insuficiencia de prueba son equivalentes a falta de prueba por lo que la fórmula a emplear en el fallo absolutorio debe ser la misma. No resulta admisible la utilización en el fallo de la fórmula “proscioglimento dubitativo”, pues es contraria a la presunción de inocencia al introducir la idea de un *tertium genus* entre la condena y la absolución.

⁷⁰ *Id.*, entre otras, SSTCE 7/1999, 17/2002.

⁷¹ ORTELLS RAMOS, M., “Los principios rectores del proceso penal (tendencias actuales en Derecho español)”, en *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 548.

⁷² Como pone de relieve FERRAJOLI, L., *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 139, una de las desviaciones del principio de la libre convicción fue la propia negación de la prueba como condición necesaria.

⁷³ *Id.* STEDH caso Telfner vs. Austria, de 20 marzo 2001. En mi opinión la exhortación al inculcado para que diga la verdad prevista en el art. 132 CdPP/ 1940 es contraria a la presunción de inocencia y a su derecho al silencio y a no confesarse culpable. Exhortación que se mantiene en el art. 87.4 NCPP/2004 aunque con una fórmula distinta: “Sólo se podrá exhortar al imputado a que se defienda con verdad...”. VAZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia...*, cit, pp. 219 y ss., comentando el art. 387 LECrim española, cuyo contenido es muy similar a los anteriores, afirma su inconstitucionalidad por contrario al derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo. Como ha reconocido el TCE el imputado tiene incluso el derecho a mentir (STCE 129/1996). Debería haberse incorporado una fórmula similar a la empleada en el reciente Código Procesal Penal de la República Dominicana de 2002, cuyo art. 107 establece que “En ningún caso se puede requerir del imputado ratificación solemne de su exposición o promesa de decir la verdad...”.

⁷⁴ Los denominados tipos penales de sospecha son contrarios a la presunción de inocencia en cuanto que conllevan una inversión de la carga de la prueba. La ComIDH en su Informe anual de 1996 recomendada al Perú que en el ámbito de la legislación antiterrorista eliminará los tipos penales de mera sospecha pues, decía, revierten el peso de la prueba y son contrarios a la presunción de inocencia: [www.cidh.org/annualrep/96 span](http://www.cidh.org/annualrep/96span).

judiciales que operan invirtiendo la carga de la prueba, exigiendo del acusado que pruebe su no culpabilidad.

De forma muy resumida podemos enumerar las siguientes condiciones que debe reunir la prueba para que la misma pueda ser valorada por el Tribunal y poder estimar destruida la presunción *iuris tantum* de inocencia⁷⁵:

a) La concurrencia de prueba

En primer lugar debe tratarse de verdaderos *actos de prueba*. Ello supone, por un lado, que el juez no puede utilizar su conocimiento privado o extraprocesal para formar su convicción acerca de los hechos. Por otro lado, deben excluirse o descartarse todos aquellos elementos que no tenga la condición verdadera prueba. El material objeto de valoración judicial debe tener, por tanto, la condición de "prueba". El *criterio de conciencia* incorporado en algunos textos procesales no puede autorizar a valorar lo que no tiene la condición de prueba. Aquí cobra relevancia la distinción conceptual entre actos de investigación y actos de prueba⁷⁶. Los primeros, como regla general, no pueden ser utilizados como fundamento de la hipótesis fáctica de la sentencia. La presunción de inocencia solo puede ser destruida sobre la base de verdaderos actos de prueba practicados en el acto de juicio oral, salvo aquellos supuestos excepcionales de eficacia probatoria de las denominadas diligencias sumariales (actos de investigación), siempre y cuando en su práctica se haya respetado la garantía de la contradicción. La actual regulación contenida en el CdPP/1940 no establece con claridad esta distinción permitiendo que el juez pueda valorar indistintamente unos y otros. Así, por ejemplo, en el Título III, *De las audiencias*, del Libro Tercero, *Del juicio*, autoriza la lectura de las declaraciones de los testigos que no asistan a la audiencia y sobre cuya concurrencia no insista el tribunal, permitiendo, de esta forma, su utilización probatoria al margen de las causas determinantes de dicha incomparecencia y de las condiciones en que dicha declaración previa se obtuvo. Dicha norma es contraria al principio de inmediación y al de contradicción pues priva de la posibilidad de interrogar al testigo⁷⁷. Por su parte el art. 280 CdPP/1940 autoriza con carácter general la utilización probatoria de los actos de instrucción al establecer

⁷⁵ Estas condiciones tienen su origen en la *doctrina de la mínima actividad probatoria de cargo* elaborada por el TCE (*V id. STCE 31/1981*. Un amplio comentario a dicha sentencia puede consultarse en nuestro trabajo *La mínima actividad...*, pp. 122 y ss.). Aunque la fórmula empleada es bien conocida y ha sido ampliamente reiterada lo cierto es que la utilización del término "mínima" no resulta muy afortunada pues parece dar a entender que la actividad probatoria es susceptible de ser cuantificada. Paulatinamente el término "mínimo" ha sido sustituido por el de "suficiente".

⁷⁶ Esta distinción puede verse en la doctrina peruana en San Martín Castro, C., *Derecho Procesal Penal*, t. II, Grijley, Lima, 2003, pp.793 y ss.

⁷⁷ El art. 14.3, en su letra e), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 consagra el derecho de todo acusado a "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo". También, el art. 8.2, letra f), del Pacto de San José de Costa Rica, y art. 6.3. letra d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La regla general debe ser la presencia del testigo en el acto del juicio oral para ser sometido al interrogatorio cruzado de las partes, salvo supuestos excepcionales de imposibilidad de concurrir a la vista oral, en cuyo caso podrá darse lectura a sus aclaraciones previas siempre que se hubiere garantizado la contradicción y como mínimo se hubiere concedido al imputado la posibilidad de interrogar al testigo de cargo. *V id.*, más ampliamente, mi trabajo "La prueba de testigos en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos", en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pp. 371 y ss. La CIDH ha declarado en varias sentencias que el art. 13. c del Decreto de Ley N° 25.475. de 6 de mayo de 1992 dictado en Perú en el marco de la legislación antiterrorista al impedir el interrogatorio de agentes de la policía y del ejército que hubiesen participado en las diligencias de investigación conlleva una vulneración del art. 8.2, letra f) de la Convención Americana sobre Derecho Humanos: SSCIDH caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, de 30 mayo 1999, apartado 153; y caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, de 25 noviembre 2004, apartados 183-186.

que "La sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión del acusado y demás pruebas en la audiencia, así como testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción"⁷⁸. Según el tenor literal este precepto, no parece existir ninguna diferencia entre los actos de prueba y los actos de instrucción, pues ambos pueden ser utilizados por el juez en el momento de construir la hipótesis fáctica.

Otra de las manifestaciones de dicha confusión la encontramos en el art. 62 CdPP/1940 cuando atribuye al atestado policial la condición de elemento probatorio que deberá apreciarse conforme al criterio de conciencia⁷⁹. En realidad el atestado policial no es un acto de prueba sino un acto de investigación y su eficacia probatoria está condicionada a su incorporación al acto del juicio oral por alguno de los medios de prueba legalmente previstos (testifical, pericial...), garantizándose de esta forma el principio de contradicción. El atestado policial no tiene valor probatorio por sí mismo, sólo tiene el valor de denuncia⁸⁰ y, por tanto, no constituye un medio de prueba sino que debería ser, en todo caso, objeto de prueba⁸¹.

Con mejor criterio el NCPP/2004 sí que incorpora esta distinción al establecer en su art. 325 que "las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia"⁸², añadiendo a continuación que para los efectos de la sentencia tiene carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas⁸³ y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza el Código⁸⁴. Estas disposiciones se complementan con la previsión del art. 393.1 del NCPP/2004 según el cual "El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio".

⁷⁸ La cursiva es mía.

⁷⁹ La STCP 3 enero 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, interpretando este precepto declaró que "el atestado policial no tiene, ni ha tenido en el pasado, el carácter de prueba plena" (apartado 100), y más adelante añade que "cualquier sentencia condenatoria que se pudiera expedir no sólo puede sustentarse en la versión del atestado policial, sino que debe ser corroborada con otros tipos o medios de pruebas" (apartado 101)

⁸⁰ Vid. art. 297 LECrim española.

⁸¹ Vid., más ampliamente mi trabajo *La mínima actividad...*, cit., pp. 471 y ss.

⁸² Entre estas actuaciones de investigación debe incluirse las diligencias policiales contenidas en el informe policial, término que ha venido a sustituir al de atestado policial, cuyo contenido viene fijado en el art. 332 NCPP/2004.

⁸³ Vid. art. 242.1 NCPP/2004, que enumera los supuestos de prueba anticipada, que pueden practicarse tanto durante la fase de investigación preparatoria como durante la fase intermedia (art. 242.2). En la letra c) menciona los supuestos de "reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y característica deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles...". Aunque el objetivo de este trabajo no sea analizar el tema de la prueba anticipada llama la atención que en la nueva regulación se prevea únicamente la asistencia obligatoria al acto de prueba anticipada del abogado defensor del imputado, pero no así del propio imputado (art. 245.1 NCPP/2004). En mi opinión, la presencia del imputado en el acto de prueba anticipada debe ser obligatoria, pues deriva de la garantía de contradicción integrante de la noción del proceso debido, salvo aquellos supuestos excepcionales en los que por razón de la urgencia no sea posible lograr su inmediata comparecencia. Cuestión distinta es que para el caso de incomparecencia injustificada del imputado el acto pudiera celebrarse siempre que constase correctamente citado.

⁸⁴ Dicho precepto parece basarse en la distinción entre *prueba anticipada* y *actuaciones objetivas e irreproducibles*. No obstante, como hemos visto, entre los supuestos de prueba anticipada mencionados en el art. 242.1 se incluyen, también, determinados actos definitivos e irreproducibles, por lo que estos, según el nuevo Código de 2004, no serían más que una modalidad de prueba anticipada. En ambos casos su introducción al juicio oral se realizará mediante lectura según dispone el art. 383.1, letras a) y e) NCPP/2004. En todo caso, la lectura de estas debería complementarse con la presencia en el juicio del agente o agentes policiales que intervinieron en la concreta diligencia de investigación para poder ser sometidos al interrogatorio contradictorio de las partes. Resulta, además, censurable que entre los actos susceptibles de incorporarse mediante lectura al juicio oral se mencione la denuncia, pues la forma de introducir su contenido debería ser mediante la declaración como testigo de la persona denunciante.

b) Su condición como prueba de cargo

La prueba debe ser de cargo, esto es, debe tener un contenido objetivamente incriminatorio para el acusado o acusados. No es suficiente con la simple presencia formal de pruebas, es imprescindible que las mismas tengan un contenido incriminatorio que sea congruente con los hechos introducidos en el proceso por las acusaciones y que constituyen su objeto. Como afirma IGARTUA SALAVERRÍA la congruencia debe ser un predicado definitorio de la "mínima actividad probatoria de cargo", es decir que las pruebas han de ser congruentes con lo que haya de probarse⁸⁵

En definitiva la prueba debe tener un contenido que permita, desde un criterio racional, tener por acreditada la participación del acusado en el hecho delictivo y la propia existencia del hecho punible⁸⁶. Ello exige que queden acreditados los diferentes elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación.

c) La legitimidad y licitud de la prueba

En determinados momentos históricos se había invocado el principio de libertad de valoración para justificar la utilización de cualquier tipo de prueba incluso de aquellas obtenidas de forma ilícita pues, se argumentaba que la finalidad del proceso penal era la búsqueda de la verdad material o absoluta y prescindir de estas pruebas impediría el logro de tal finalidad. En otras palabras, todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad material debía ser valorado por el Juez para formar su convicción⁸⁷. En la actualidad esta idea debe rechazarse totalmente. La presunción de inocencia exige que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan de forma lícita. Desde la óptica del principio de libre valoración de la prueba debe rechazarse esa errónea concepción que amparaba la utilización de las pruebas ilícitas. La libertad de apreciación como expone Walter no puede entenderse como libertad de utilización⁸⁸. La licitud de la prueba no es una cuestión de apreciación o valoración, sino un presupuesto ineludible de dicha apreciación⁸⁹. 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 licitud⁹⁰.

⁸⁵ IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba...*, cit., p. 45.

⁸⁶ Vid., entre otras, STCE 150/1989.

⁸⁷ Entre los autores partidarios de esta posición cabe mencionar a GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aguilar, Madrid, 1947, t. II, vol 1º, pp. 583-584. PRIETO CASTRO/ Fernández, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 761.

⁸⁸ WALTER, G., *Libre apreciación...*, cit., p. 315.

⁸⁹ La Corte Suprema del Perú en una reciente sentencia de 16 abril 2002 (Exp. N° 4439-2001, Puno), citada por San Martín Castro, C., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 899, declara que "Es exigencia procesal que los fallos condenatorios reflejen el juicio racional y lógico de parte de los juzgadores en donde por la fuerza de la carga probatoria se quiebre la presunción de inocencia pudiendo considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que haya sido obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales directa o indirectamente (ello incluye la inutilización de las pruebas reflejas) y haya sido practicada en el plenario o juicio oral. Y cuando se trata de prueba preconstituida, que ésta resulta imposible su reproducción siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción. Para ello se requiere que la valoración del conjunto de las pruebas se inicie desde una calificación de la validez o licitud de cada prueba practicada y luego la ponderación de la eficacia, capacidad persuasión, o fuerza convincente del conjunto según de la sana crítica".

⁹⁰ BINDER, A., "El relato del hecho..." cit, pp. 25-26, nos dice que "muchas veces se afirma equivocadamente, que el principio general que regula la adquisición de información es el de la libertad y amplitud de la prueba. No digo que este principio no exista, sino que no es el principio básico; al contrario, en el marco de un Estado de Derecho se puede decir que el principio es el inverso: existen limitaciones básicas y esenciales a la adquisición de información que surgen de las limitaciones constitucionales y de muchas garantías procesales, que conforman un núcleo muy importante del concepto mismo de la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales. Hasta se puede decir que las normas y las prácticas que regulan la actividad de adquisición de información se convierten en el fiel de la

La legitimidad de las pruebas mencionada en el art. 393.1 NCPP/ 2004 debe interpretarse en el sentido que su incorporación exige que se hayan respetado los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad⁹¹. A estos principios alude expresamente el art. 356.1 NCPP/2004 al estipular que "Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la intermediación y la contradicción en la actuación probatoria". Garantías todas ellas integrantes del concepto de proceso debido. La remisión que el art. 155.1 del precitado texto procesal penal hace para regular la actividad probatoria a los Tratados aprobados y ratificados por el Perú permite la introducción y aplicación de la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con las garantías contenidas en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹². El no respetar alguna de estas garantías impide que la prueba pueda ser utilizada por el Tribunal para destruir la presunción de inocencia.

La licitud de la prueba viene exigida tanto en el art. VIII.2⁹³ como en el art. 159 ambos del NCCP/2004. Este último establece que "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". La fórmula empleada parece haberse inspirado en el contenido del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, pero con algunas diferencias⁹⁴. Aunque en la referencia normativa al *contenido esencial* se deja sentir la influencia de la teoría del entorno jurídico elaborada por el Tribunal Supremo alemán, que prohíbe el aprovechamiento del material probatorio que pueda llegar a lograrse cuando la violación afecte *de forma esencial* al ámbito de derechos del acusado no así cuando tiene una importancia secundaria⁹⁵. La *inutilizabilidad*⁹⁶ procesal se extiende no solo a los medios de prueba sino también a las fuentes de prueba⁹⁷, esto

balanza para juzgar el grado de adecuación de ese proceso penal a los principios de un Estado protector de la igualdad, dignidad y libertad de las personas"

⁹¹ Vid., también, atr. II° .1 NCPP/2004, y art. VIII.1 NCPP/2004 que establece: "Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo".

⁹² No hay que olvidar que la cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional peruano declara que "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

⁹³ Dicho precepto declara que "Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

⁹⁴ Dicho precepto establece que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derecho y libertades fundamentales".

⁹⁵ Vid. ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 192-193. Generalmente la prohibición de valoración se viene aplicando en supuestos de vulneración de la garantía de autoincriminación prevista en el parágrafo 136 de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), bajo la rubrica *Métodos de interrogatorio prohibidos*, que en su apartado 3° establece que aquellas declaraciones obtenidas transgrediendo las prohibiciones contempladas en dicho precepto no podrán ser aprovechadas aunque el inculpaado aprobara su utilización.

⁹⁶ Sobre el concepto de *inutilizabilidad* véase mi trabajo *El concepto de prueba y su tratamiento en el proceso penal*, BOSCH, 2ª ed., Barcelona, 2004, pp. 94 y ss.

⁹⁷ La distinción entre medios y fuentes de prueba fue elaborada por CARNELUTTI, F, *LA prueba civil*, pp. 70-71, considerando como medio de prueba "a la actividad del juez mediante la cual se busca la verdad del hecho a probar", y fuente de prueba "al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad". SENTIS MELENDO, S., "Fuentes y medios de prueba", en la *prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1979, pp. 150-155, nos dice que mientras las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, los medios de prueba están constituidos por la actividad desplegada para incorporarlos al proceso. Esta distinción ha sido recogida recientemente por la STCP, de 3 enero 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, declarando que "mientras las primeras son realidades extraprocesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, solo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba. La validez o invalidez de una fuente de prueba

es, la licitud debe predicarse tanto de los medios de prueba que se practiquen en el proceso durante el acto del juicio oral, como de la forma de obtención de las fuentes de prueba durante la etapa previa de investigación. En otras palabras, la regla de exclusión contenida en este art. 159 NCPP/2004 se aplicará no sólo cuando la infracción de derechos fundamentales se produzca durante la actividad de búsqueda y recogida de fuentes de prueba sino, también, durante la incorporación al proceso de las fuentes de prueba⁹⁸ y durante la práctica en él de los medios de prueba debidamente propuestos y admitidos.

En cuanto a su alcance, la exclusión debe predicarse tanto de las pruebas obtenidas directamente con vulneración de los derechos fundamentales como de aquellas otras que, si bien han sido lícitamente obtenidas o practicadas, tienen su origen en las primeras, esto es, de las denominadas pruebas derivadas. La utilización en el precepto del término *indirectamente* hace referencia a la conocida doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado⁹⁹ y supone la plasmación normativa de la eficacia refleja de la prueba ilícita¹⁰⁰, que como hemos visto venía admitiendo la Corte Suprema peruana.

d) La suficiencia de la prueba

Por último, debe tratarse de pruebas suficientes (es el denominado *criterio de suficiencia probatoria*). La suficiencia de las pruebas se predica en orden a fundamentar una declaración de culpabilidad del acusado o acusados. La mencionada SCIDH caso Cantoral Benavides vs. Perú, de 18 agosto 2000, declara, en el apartado 120, que "El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o *insuficiente*¹⁰¹, no es procedente condenarla, sino absolverla". A este criterio de suficiencia se refiere el mencionado art. 11° del NCPP/2004 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.

La libertad de valoración no impide, en principio, que la jurisprudencia o incluso 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 supone 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. El Juez una vez constatada la concurrencia de tales condiciones mantiene su libertad para atribuirles o no valor probatorio en orden a estimar destruida la presunción de inocencia. Tales reglas vienen avaladas, en la mayoría de las ocasiones, por razones epistemológicas.

En el siguiente apartado analizaremos algunas de esas reglas de suficiencia probatoria.

depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales".

⁹⁸ El art. 155 NCPP/2004 impone al juez de inadmisión de las pruebas prohibidas por la ley. Un supuesto concreto de norma prohibitiva lo encontramos en el art. 157.3 NCPP/ 2004 que declara "No podrán 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". Véase, también, art. 71.1, letra e), del mismo texto procesal penal. Al amparo de dichas normas no deben admitirse, ni siquiera con el consentimiento del acusado, métodos como el narcoanálisis o suero de la verdad, la hipnosis o el polígrafo.

⁹⁹ Un análisis exhaustivo y riguroso de la *exclusionary rule* elaborada por la jurisprudencia del TS norteamericano y de la *fruit of the poisonous tree doctrine* puede verse en FIDALGO GALLARDO, C, *IMS "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

¹⁰⁰ Sobre el significado y alcance de dicha eficacia refleja véase mi trabajo *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 113 y ss.

¹⁰¹ La cursiva es mía.

V. Análisis de algunas reglas de suficiencia probatoria

V.1. La confesión del acusado

El nuevo NCPP/2004 contiene dos normas relativas al valor probatorio de la confesión del acusado. Por un lado el art. 160.2, letra c), solo reconoce valor probatorio a la confesión prestada ante el Juez o el Fiscal¹⁰², por lo que carece de todo valor probatorio la prestada ante la policía.

En todo caso es necesario, según resulta del propio precepto, que la confesión se haya prestado con la asistencia y presencia del abogado defensor del acusado. La asistencia letrada deviene condición ineludible para reconocer eficacia probatoria a la confesión del acusado.

El segundo requisito que se exige es la necesidad de que la confesión este debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción (art. 160.2, letra a) NCPP/2004). El reconocimiento de su suficiencia probatoria requiere de la ineludible presencia de tales elementos corroborantes. El nuevo texto procesal penal se ha limitado, en este punto, a incorporar la doctrina que venía siendo mantenida por la Corte Suprema peruana al exigir su corroboración por otros medios probatorios¹⁰³.

V.2. Los testigos de referencia: condiciones objetivas de utilización

El TCE condiciona la utilización de los testimonios de referencia o de oídas como prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia al cumplimiento de una serie de requisitos, en línea con la prohibición del testimonio de referencia en el sistema procesal penal anglosajón (*hearsay rule*)¹⁰⁴. Entre estos requisitos debemos mencionar que su admisibilidad está limitada a aquellas situaciones de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del

¹⁰² Dicha norma debe completarse con lo dispuesto en el art. 376.1 NCPP/2004, esto es, en los casos en que el acusado rehusare declarar total o parcialmente en el acto del juicio oral se acordará la lectura de las anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal. El nuevo texto procesal penal opta por la solución de reconocer eficacia probatoria a las declaraciones anteriores prestadas por el acusado, siempre que lo hayan sido ante el Fiscal, por lo que queda descartada toda declaración policial y, aunque no lo diga expresamente este último precepto, siempre que se haya prestado con asistencia letrada, por aplicación de lo dispuesto en el mencionado art. 160.2, letra c), que aunque nada dice el precepto, no debería existir ningún obstáculo para autorizar la lectura cuando la declaración previa hubiese sido prestada ante el Juez de la Investigación Preparatoria. El precepto autoriza dicha lectura únicamente para el caso en que el acusado rehusare declarar, pero no contempla el caso en que se constaten contradicciones entre lo declarado en el acto del juicio oral y las declaraciones previas efectuadas por el acusado. No obstante, el tenor del mencionado art. 160.2, letra c), autorizaría la utilización probatoria de estas previas declaraciones, para lo cual hubiera sido necesario establecer expresamente en el texto procesal la previsión de su introducción en el debate oral mediante su lectura, haciendo constar al acusado los extremos de la contradicción y dándole la posibilidad de ofrecer las explicaciones que estimara pertinentes. Esta es la solución adoptada por el TCE al interpretar el art. 714 LECrim: SSTCE 217/1989,219/2002,38/2003. En el Derecho Comparado, el parágrafo 254 de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) establece que "1. Las declaraciones del acusado que se contuvieran en un acta judicial, podrán ser leídas, con la finalidad de la práctica de la prueba sobre una confesión. 2. Lo mismo podrá ocurrir cuando no pudiera constatarse de otra manera una contradicción sobrevenida en el interrogatorio con la anterior declaración, sin interrupción de la vista principal, o no pudiera ser solventada.

¹⁰³ Vid SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho Procesal Penal*, T. II, cit., p. 845, que cita, entre otras, la Ejecutoria suprema de 3 de marzo de 1999, Exp. N° 5091-98, Lima.

¹⁰⁴ En las *Federal Rules of Evidence* del Derecho norteamericano rige como regla general la prohibición de utilización del testimonio referencial (Rule 802. *Hearsay Rule*), aunque están previstas, también, una serie de excepciones (Rules 803 y 804). La regla general se formula en términos amplios: "es inadmisibile para probar el hecho declarado toda manifestación (oral, escrita o de otro modo reproducida) distinta de la prestada por el testigo directo cuando declara ante el tribunal durante el juicio oral": *vid.* VERGER GRAU, J., "La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, n° 1, 2003, p. 12.

testigo directo y principal, lo que le otorga un carácter excepcional (por ejemplo, fallecimiento, enfermedad grave, paradero desconocido...) La STCE 146/ 2003 declara que "se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia. Partiendo de esta base hemos dicho que la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba"¹⁰⁵. La prueba testifical de referencia debe tener, por tanto, un carácter supletorio y excepcional.

La sustitución del testigo directo por el testigo referencial sin causa legítima que justifique la inasistencia del primero al acto del juicio oral sería a contrario a la exigencia de contradicción plasmada en el art. 8.2.f) del Pacto de San José de Costa Rica¹⁰⁶.

El art. 166.2 NCCP/2004 limita, en principio, la utilización del testigo referencial a que aporte los datos que permitan identificar al testigo directo, al establecer que "Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar o personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aún de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento"¹⁰⁷. Esta previsión se complementa con una norma prohibitiva al establecer que "si el testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado" (art. 166.2, *in fine*). No obstante, el NCCP/2004 no impide la utilización probatoria de los testigos de referencia como resulta de su mención expresa en el art. 158.2, pero hubiera sido necesario que el precepto condicionara expresamente dicha utilización a aquellos supuestos de imposibilidad de obtener la declaración del testigo principal o directo.

En todo caso, en aquellos casos excepcionales en que se admita su utilización probatoria, el testigo referencial deberá ser sometido al interrogatorio cruzado por las partes, para garantizar la contradicción. Además, en estos casos, es necesario para atribuirle la condición de prueba suficiente que concurren otras pruebas corroborantes de las manifestaciones del testigo referencial. De ahí resulta su insuficiencia como prueba única para destruir la presunción de inocencia cuando no concurren tales elementos corroborantes¹⁰⁸. Como afirma COBO DEL ROSAL no es posible dictar un pronunciamiento condenatorio basado exclusivamente en un testimonio de referencia¹⁰⁹. Esta es la solución adoptada por el NCCP/2004 cuyo art. 158.2 exige, en el caso de testigos de referencia, que concurren otras pruebas que corroboren sus testimonios. Estimamos, incluso, que la fórmula utilizada por el nuevo texto procesal penal va más allá de la simple presencia de indicios periféricos de contenido corroborante, y viene a exigir la presencia

¹⁰⁵ Vid., también, SSTCE 217/1989, 209/2001, 68/2002, 155/2002, 219/2002, 41/2003. El Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 establece en su art. 195 la obligación de citar, incluso de oficio por el Juez, al testigo presencial, cuando un tercero reenvíe a sus manifestaciones, "...salvo que el examen de estos resulte imposible por muerte, enfermedad o ausencia". También, el Código Procesal Penal portugués contiene en el art. 129.1 una obligación de citar al testigo directo, salvo en supuestos excepcionales de muerte, anomalía psíquica sobrevinida o imposibilidad de ser encontrados. *V/d.*, también, arts. 14.3.e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

¹⁰⁶ Vid., también, arts. 143.3. e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y 6.3. d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

¹⁰⁷ Una norma similar se contiene en el art. 710 LECrim española, al declarar que "Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado".

¹⁰⁸ Vid. SSTCE 219/2002, 41/2003, 146/2003.

¹⁰⁹ COBO DEL ROSAL, M., "Reflexiones sobre los llamados testigos de referencia", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 77, 2002, p. 261.

de otras prueba autónomas que acrediten el contenido de las manifestaciones inculpativas del testigo de referencia.

También, la lectura de determinadas actas puede tenerse como testimonio referencial (escrito), impidiendo que el Tribunal entre en contacto directo con la fuente de prueba originaria, lo que implica una vulneración de las garantías procesales de inmediación y contradicción. Ello debe llevar a una reinterpretación constitucional del contenido del art. 383.1 NCPP/2004, cuando autoriza la introducción mediante lectura en el juicio oral de determinadas actuaciones procesales con eficacia probatoria. En algunos de los casos mencionados en dicho precepto¹¹⁰ la lectura debería ser utilizada simplemente como un complemento de la declaración testifical de los agentes policiales que intervinieron en la concreta diligencia o acto de investigación, pues aunque el acto como tal resulta irreproducible materialmente nada impide su introducción en el acto del juicio oral a través de la declaración de los agentes intervinientes para ser sometidos al interrogatorio de las partes sobre aquellos extremos que constan reflejados en la propia acta.

V.3. Las declaraciones de coimputados: la exigencia de corroboración

La utilización como prueba de las declaraciones de los coimputados está condicionada a 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 prueba, tal como resulta de la doctrina elaborada por el TEDH¹¹¹.

En todo caso, la declaración de los coimputados deviene, por sí misma, prueba insuficiente para destruir la presunción de inocencia. El TCE viene exigiendo, como criterio de suficiencia, la presencia de otros elementos probatorios que corroboren su credibilidad como condición necesaria para proceder a su valoración. Su aptitud inculpativa exige, por tanto, de la concurrencia de otros elementos periféricos de contenido corroborante (*corroborative evidence*), no de la totalidad de la declaración sino de datos o circunstancias externas que la doten de la necesaria solidez y verosimilitud¹¹². El TCE viene declarando que no es posible definir con carácter general qué debe entenderse por "corroboración mínima", mas allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no¹¹³.

En los últimos tiempos, el TCE ha dado un paso más y ha declarado la insuficiencia de la declaración de coimputados como prueba de cargo idónea para destruir la presunción de inocencia, exigiendo como requisito adicional que esa mínima corroboración periférica acredite y

¹¹⁰ Nos estamos refiriendo expresamente a los supuestos mencionados en el art. 383.1, letra e) NCPP/2004: actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

¹¹¹ STEDH caso Luca vs. Italia, de 27 mayo 2001. Un comentario a dicha sentencia puede consultarse en mi trabajo "Las declaraciones de los coimputados y las garantías del art. 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STEDH caso Luca vs. Italia, de 27 de mayo de 2001)", *Revista de Derecho Penal*, n° 6, mayo 2002, pp. 107 y ss. Véase, también, STCE 17/2004

¹¹² Esta exigencia de corroboración es reclamada, también, por la STEDH caso LABITA vs. Italia, de 6 abril 2000, declarando que las declaraciones de los arrepentidos deben corroborarse con las pruebas.

¹¹³ *V. id.* SSTCE 72/2001, 2/2002, 57/2002, 125/2002, 25/2003, 65/2003, 190/2003. Una norma muy similar se contiene en el art. 192, párrafo 3°, CPP italiano, que declara: "le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità". Prevision normativa que ha sido objeto de crítica por parte de un sector de la doctrina, al estimar que el legislador ha invadido el espacio de valoración de la prueba reservado a los órganos jurisdiccionales: FERRUA, P., "Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove", *Questione Giustizia*, n° 3, 1998, pp. 597 y ss.

confirme la participación del coimputado en los hechos¹¹⁴. Ya no se trata simplemente de exigir una *corroboración periférica* de algún dato o circunstancia referida en la declaración, sino de reconocer la insuficiencia de la declaración inculpativa de un coimputado para destruir la presunción de inocencia. Es necesario que concurren otras *pruebas autónomas* que por sí mismas reúnan la condición de suficiencia exigida constitucionalmente. Esta última doctrina, muy discutible según un sector de la doctrina española¹¹⁵, conlleva como consecuencia la neutralización de la condición de la declaración de los coimputados como prueba de cargo válida y suficiente para destruir la presunción de inocencia¹¹⁶. A la luz de esta nueva orientación del TCE podemos concluir que la declaración de un coimputado podrá ser suficiente para iniciar una investigación penal pero si tras el desarrollo de la misma no se obtienen otras fuentes de prueba independientes o autónomas que reúnan la condición de suficiencia no solo no podrá dictarse sentencia condenatoria, sino que la investigación penal debería finalizar sin posibilitar siquiera la continuación del procedimiento y sin autorizar, por tanto, el ejercicio de la pretensión acusatoria por parte del Ministerio Público. Doctrina que habrá de aplicarse, también a los supuestos de los *arrepentidos*¹¹⁷ o *colaboradores*, pues concurren las mismas o similares razones de desconfianza que le sirven de fundamento dado su carácter de pruebas sospechosas.

El NCPP/2004 incorpora en su articulado una regla de suficiencia probatoria referida a la declaración de arrepentidos, colaboradores y situaciones análogas¹¹⁸, exigiendo, al igual que en los testigos de referencia, la concurrencia de otras pruebas que corroboren sus testimonios (art. 158.2). En mi opinión, el nuevo texto procesal se decanta no por la simple exigencia de una mínima corroboración periférica en línea con la doctrina tradicional que había elaborado el TCE, sino que viene a acoger la última postura antes desarrollada que, como hemos visto, descarta su suficiencia probatoria, al exigir la presencia de pruebas autónomas que sean suficientes por sí mismas para acreditar la participación del acusado en los hechos. La fórmula actual que utiliza el párrafo segundo del art. 283 CdPP/1940¹¹⁹ ofrece, incluso, una mayor claridad en cuanto al alcance de la regla al exigir la corroboración con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las inculpativas formuladas. Del tenor literal resulta que no es suficiente con una simple corroboración de aspectos fácticos periféricos, sino que tales pruebas adicionales deben corroborar el propio contenido íntegro de la inculpativa formulada por el *colaborador*.

V.4. La denominada prueba indiciaria: sus requisitos

En realidad no nos encontramos ante un medio de prueba, como lo es la prueba testifical, pericial o documental, sino ante un *método probatorio* plenamente admitido en el proceso penal¹²⁰. Se trata

¹¹⁴ Vid. SSTCE 181/2002, 207/2002. Ambos pronunciamientos fueron objeto de un voto particular por parte del Magistrado Roberto García-Calvo. Un comentario a esta última sentencia puede consultarse en ECHARRI CASI, E J., "La "prueba" de la prueba. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 207/2002, de 11 de noviembre", *IM Ijey*, num. 5710, 3 febrero 2003.

¹¹⁵ ECHARRI CASI, E J., «La "prueba" de la prueba...», cit., pp. 8-9, critica al TCE el hecho de haber entrado en el terreno de la valoración así como que la nueva doctrina puede generar importantes dificultades probatorias especialmente en determinados delitos como los de terrorismo.

¹¹⁶ En la doctrina española QUINTANAR DIEZ, M., "La moderna jurisprudencia constitucional en relación con el valor probatorio de las declaraciones inculpativas de los "arrepentidos", *Cuadernos de Política Criminal*, n° 80, 2003, p. 284, defiende que las declaraciones inculpativas de los coimputados no deberían tener ningún valor probatorio.

¹¹⁷ Pentiti, en terminología italiana. Un panorama de Derecho Comparado europeo puede consultarse en BENITEZ ORTUZAR, I. E., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales penitenciarios derivados de la conducta del "arrepentido"*, Dykinson, Madrid, 2004.

¹¹⁸ Como tales habría que incluir todos aquellos supuestos de personas que a raíz de su colaboración con las autoridades penales se han visto recompensadas o han obtenido algún tipo de beneficio penal o penitenciario.

¹¹⁹ Introducido por la 5ta Disposición Final de la Ley 27.378, de 21 de diciembre de 2000.

¹²⁰ Introducido por la 5ta Disposición Final de la Ley 27.378, de 21 de diciembre de 2000. La propia CIDH ha declarado, en reiteradas ocasiones que además de la prueba directa, sea testimonial, pericial o documental, los

de una técnica de fijación de hechos que opera con posterioridad a la práctica de los medios de prueba y que se realiza por el juez a partir del resultado de la prueba practicada en el proceso. La prueba indiciaria no es algo distinto de la presunción judicial, pues ambas presentan una idéntica naturaleza, estructura y función probatoria¹²¹. SERRA DOMINGUEZ define la presunción judicial como aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones¹²².

No estamos, pues, ante una prueba de carácter supletorio a la que solo puede recurrirse cuando no existe prueba directa, como en alguna ocasión ha declarado el TCE¹²³, sino ante una actividad intelectual del Juez que partiendo de un indicio afirma un hecho distinto relacionado causal o lógicamente con el primero. No debemos con-fundir el indicio con la presunción. El primero es sólo uno de los elementos integrantes de la presunción judicial. El indicio se integra en la afirmación base como elemento estructural. La afirmación base puede estar integrada por uno o varios indicios, por lo que estos se configuran como el elemento estático de la presunción, esto es, su punto de apoyo o arranque, frente a su elemento dinámico integrado por el enlace o nexo (lógico y racional) que une dicha afirmación base con la afirmación consecuencia¹²⁴.

También en el ámbito de la denominada prueba indiciaria el TCE viene exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos que le doten de la aptitud suficiente para destruir la presunción de inocencia. Se exige, en primer lugar, que los indicios que concurren sean múltiples y concordantes, y que resulten plenamente acreditados; en segundo lugar, que el enlace entre la afirmación-base y la afirmación-consecuencia se ajuste a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia¹²⁵. En este contexto el TCE ha tenido ocasión de pronunciarse, en múltiples ocasiones, sobre las insuficiencias de las inferencias probatorias de los Tribunales de instancia, debido a su falta de *conclusividad*, por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia¹²⁶. Por último, se exige que el Tribunal sentenciador explicita en la sentencia el razonamiento utilizado, a los efectos de poder controlar la solidez de la inferencia desde una doble perspectiva: a) desde el canon de su lógica o coherencia, y b) desde la suficiencia o grado de debilidad o apertura de la misma, esto es, la tasa de apertura o de *conclusividad* del hecho inferido¹²⁷. Control que es posible realizar en sede casacional sin que ello suponga una nueva valoración de la prueba y sin que la inmediación pueda utilizarse como coartada u obstáculo a su viabilidad, pues nada tiene que ver en esta materia como exponemos en el siguiente apartado. Ahora bien, como indica el TSE no se trata de constatar que la conclusión alcanzada por la Sala sentenciadora sea la única posible, sino que sea, en sí misma, razonable, aunque quepan otras, ya que en otro caso se entraría en la valoración de la prueba lo cual esta vedado en sede

tribunales internacionales -tanto como los internos- pueden fundar la sentencia en prueba circunstancial, indicios y presunciones, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones sólidas sobre los hechos: *vid.* SSCIDH caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 30 mayo 1999, apartado 62; caso Cantoral Benavides vs. Perú, de 18 agosto 2000, apartado 47.

¹²¹ Vid., mi trabajo "Las presunciones", en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000*, vol. II, Coordinador Alonso – Cuevillas, Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pp. 513 y ss.

¹²² SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. 2º (*Dir. Manuel AL baladejo*), EDERSA, Madrid, 1991, p. 618.

¹²³ Vid. SSTCE 174 y 175/85.

¹²⁴ Vid., más ampliamente, mi trabajo *La mínima actividad...*, cit., pp. 226 y ss.

¹²⁵ Vid. SSTCE 111/1990, 220/1998, 17/2002, 109/2002, 178/2002, 180/2002.

¹²⁶ Por ejemplo, la simple ocupación de efectos en poder del acusado no es suficiente para concluir que el mismo fue el autor de la sustracción: STCE 105/1988. La simple titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca no es suficiente para imputar la autoría de dicha conducta: STCE 45/1997. La participación del acusado en una operación de tráfico de drogas no puede inferirse, tampoco, del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba a recoger allí la droga: STCE 157/1998.

¹²⁷ SSTCE 220/1998, 135/2003.

casacional¹²⁸. Cuestión distinta es que cuando el tribunal de instancia se enfrente a conclusiones alternativas, igualmente razonables, deberá elegir siempre la más favorable al acusado en virtud del principio *in dubio pro reo*. En la doctrina PARRA QUIJANO opina que la omisión por parte del juez de la regla de experiencia utilizada supone una violación de la presunción de inocencia¹²⁹.

Frente al silencio del CdPP/1940, lo cual no es óbice para su admisión en el proceso penal como viene reconociendo la Corte Suprema peruana¹³⁰, el NCPP/2004, en línea con la orientación de algunos Códigos Procesales Penales modernos¹³¹, contiene en su art. 158.3 una referencia expresa a la prueba de indicios estableciendo una serie de requisitos para reconocer su suficiencia que, en realidad, son una reiteración de los que venía exigiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema¹³². Así, en el precitado artículo declara que: "La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio este plenamente probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes¹³³, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conindicios consistentes".

Aunque no es posible fijar de antemano el número de indicios necesarios, cuanto mayor sea su número así como su concordancia y convergencia mas fiable será el resultado obtenido. No obstante, nada excluiría que un cierto hecho pudiera ser acreditado a partir de un solo indicio cuando su calidad epistemológica y, por tanto, su valor probatorio fuera muy elevado¹³⁴. Lo verdaderamente relevante no es tanto su numero sino la denominada potencia *sindrómica* que tenga el indicio en función de su capacidad indicativa, esto es, su idoneidad para ser fuente de afirmaciones presumidas¹³⁵.

Por su parte, la concordancia de los indicios que exige, también, el precepto legal se traduce en su compatibilidad, sin que existan contradicciones insolubles entre todos ellos. La mencionada concordancia se complementa con su convergencia. Los diferentes indicios concurrentes deben converger hacia una única conclusión, rechazando cualquier otra posibilidad alternativa.

La mención de los conindicios hace referencia a la coartada alegada e introducida por el acusado. Su inconsistencia vendrá determinada por la ausencia de prueba que acredite su versión fáctica. Ahora bien, la falta de acreditación o falsedad de la coartada no es por sí misma suficiente para inferir la culpabilidad del acusado y estimarle responsable del delito, pues ello daría lugar a una clara vulneración de la presunción de inocencia¹³⁶. En estos casos, la única conclusión a la que puede llegar el juzgador es que la coartada invocada no se corresponde con la realidad al no quedar acreditada.

¹²⁸ Vid., por todas, STSE (Sala 2ª) 5 febrero 2002.

¹²⁹ PARRA QUIJANO, J., "Estudio sobre los principios rectores del proceso penal", en XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 469.

¹³⁰ Ejecutoria suprema de 21 de julio de 1999, Exp. N° 2103-99, Amazonas, citada por SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho Procesal Penal*, T, II, cit., p. 853, nota 141.

¹³¹ Art. 192.2 CPP italiano de 1988 que exige que los indicios sean *gravi, precisi e concordanti*.

¹³² Vid. Ejecutoria Suprema de 19 mayo 1995, Exp. N° 3732-94, Lima.

¹³³ El precepto acoge la distinción entre *indicios contingentes* e *indicios necesarios*, respecto de los cuales no se predica su pluralidad, pues acreditan por sí solos el dato indicado al que conducen: *vid.* SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho Procesal Penal*, t. II, cit., p. 858

¹³⁴ Un ejemplo nos lo ofrece la STCE 135/2003 en donde el único indicio consistía en el hallazgo de las huellas dactilares del acusado en una de las puertas interiores del banco atracado, señalando que la inferencia alcanzada consistente en la participación del acusado en el robo resultaba lógica, coherente y un suficiente grado de solidez.

¹³⁵ MUNOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1983, pp. 250-251, nos dice que la potencia *sindrómica* del indicio es la capacidad que tiene para determinar por sí solo o acumulado con otros indicios una presunción; frente a la potencia *sintomía* del indicio, como la capacidad indicativa que le resta a un indicio cuando no puede, por sí solo o acumulado a otros indicios, determinar una presunción.

¹³⁶ STEDH caso Telfner vs. Austria, de 20 de marzo 2001.

VI. La libre valoración de la prueba y el imperativo constitucional de la motivación fáctica de las sentencias

La libre valoración de la prueba exige como consecuencia necesaria la motivación fáctica de las sentencias penales. Frente al tradicional *libera convincimento íntimo* o *immotivato* se impone el *libero convincimento lógico* o *motivato*¹³⁷. Estamos ante un verdadero imperativo constitucional, pues la motivación de las resoluciones judiciales en general y de la sentencia en particular forma parte de la noción de proceso debido. Así lo ha declarado el TEDH en varios de sus pronunciamientos al incluir dentro de las garantías integrantes de la noción de proceso debido del art. 6.1 CEDH la obligación por parte de los tribunales de expresar adecuadamente en sus sentencias aquellas razones en las que se basan, y ello comprende tanto la motivación jurídica como la motivación fáctica¹³⁸. El art. 139.5 de la Constitución peruana de 1993 menciona entre los principios y derechos de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan¹³⁹. Es absolutamente imprescindible fomentar entre los jueces una verdadera cultura de la motivación pues ahí reside la principal fuente de legitimidad de su poder.

La motivación fáctica debe entenderse no desde una concepción psicologista, como la mera descripción del *iter* o proceso/s mental/es seguidos por el juzgador para formar su convicción acerca de los hechos objeto del proceso (*falacia descriptivista* en terminología de AMODIO¹⁴⁰), sino en clave de *justificación* de la decisión judicial. Es la cara externa de la valoración¹⁴¹. La motivación se erige, así, en la justificación de la decisión previamente adoptada por el Tribunal u órgano sentenciador, y se traduce en la exteriorización de aquellas razones "razonables" (*buenas razones*)¹⁴² que el órgano jurisdiccional ofrece para mostrar la corrección o aceptabilidad de su decisión¹⁴³. En palabras de TARUFFO "la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable. La motivación es, pues, una justificación racional elaborada *ex post* respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión"¹⁴⁴. La distinción entre el *contexto de*

¹³⁷ DOSI, E., *Sul principio del libero...*, cit., pp. 59-60.

¹³⁸ Vid., entre otras, SSTEDH caso Hirvisaari vs. Finlandia, de 27 septiembre 2001, caso García Ruíz vs. España, de 21 enero 1999.

¹³⁹ El art. 120.3 CE se refiere, también a la motivación de las resoluciones judiciales que el TCE ha conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24.1 CE: vid, por ejemplo, SSTCE 34/1992, 77/2000. PEDRAZ PENALVA, E., *Introducción...*, cit., pp. 510-511, sostiene que la verdadera localización de la motivación no está en el art. 24.1 CE, sino en el art. 24.2 CE en cuanto reconoce el debido proceso.

¹⁴⁰ AMODIO, E., *Motivazione Della sentenza penale*, pp. 214-215, citado por GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., p.208.

¹⁴¹ Algunos autores hablan de "motivación-actividad" y de "motivación-producto", la primera referida a las operaciones mentales de los jueces conducentes a la solución de un caso, a la decisión; la segunda usada para designar aquel segmento escrito de las sentencias en el que los jueces justifican sus decisiones: IGARTUA SALWERRIA, J., *Valoración de la prueba...*, cit., pp. 180-181. GASCÓN ABEIJAN, M., *Los hechos...*, cit., p. 207, distingue entre motivación-actividad y motivación-documento. La primera es el procedimiento mental que ha conducido al juez a formular como verdadero un enunciado sobre los hechos del caso. Versa pues sobre el contexto de descubrimiento. La segunda es el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en el que se plasman) en los que se aportan las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos. Versa pues sobre el contexto de justificación.

¹⁴² IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba...*, cit., p. 182.

¹⁴³ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia", en *lenguaje Forense*, Estudios de Derecho Judicial, n° 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 21 y ss. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 208 y ss.

¹⁴⁴ TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., p. 435.

descubrimiento y el contexto de justificación¹⁴⁵, elaborada en el campo de la epistemología, aplicada al ámbito de la valoración probatoria permite superar la concepción psicologista de la motivación. La valoración de la prueba comprendería dos procesos: uno *decisional* y otro *justificatorio*¹⁴⁶.

La motivación, entendida de esta forma, actúa como "preventivo de la arbitrariedad" y como principal fuente de legitimidad del poder del juez en un sistema democrático¹⁴⁷.

Solo desde su concepción como justificación la motivación cumple las funciones que tiene asignadas¹⁴⁸, posibilitando no sólo el control técnico-jurídico de la decisión judicial mediante el sistema de recursos diseñado legalmente sino, también, como indica BAUDI¹⁴⁹, el control democrático o jurídico-social de la corrección de dicha decisión por parte de la sociedad, de la opinión pública. Actúa, también a modo de autocontrol, posibilitando que el propio "juez motivador" pueda detectar aquellas inconsistencias o contradicciones que pueda llegar a tener el razonamiento probatorio empleado, posibilitando su corrección y superación. Mediante la motivación se depura la decisión judicial de los posibles elementos *irracionales* o puramente emocionales¹⁵⁰.

La motivación fáctica, entendida como justificación, debe dar cuenta de las siguientes operaciones por parte del órgano sentenciador¹⁵¹:

1ª. El juez debe identificar la fuente o fuentes de prueba utilizadas para sustentar el relato de hechos probados. Estamos ante una labor eminentemente descriptiva.

El principio de libre valoración presupone que lo que efectivamente se ha valorado tenga la condición de acto de prueba, descartándose la utilización probatoria de las denominadas diligencias sumariales o actos de investigación, salvo supuestos excepcionales (como por ejemplo, los casos de preconstitución probatoria o anticipo de prueba, como ya hemos indicado).

La indicación de las fuentes de prueba permitirá, también, que en instancias judiciales superiores (por ejemplo, en casación) se pueda controlar la propia licitud de los medios probatorios empleados, esto es, si la prueba practicada respeta los derechos fundamentales.

2ª. El juez debe reflejar el contenido objetivo de los diferentes medios de prueba practicados, lo que permite constatar su significación o potencialidad incriminatoria.

Estas dos primeras operaciones integrarían lo que podríamos denominar *fase descriptiva* que comprende la identificación y descripción objetiva de las pruebas que van a ser objeto de valoración.

¹⁴⁵ POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, Madrid, 1962, p. 31. GOLDING, Martín P., *Legal Reasoning*, Encore editions, 2001, pp. 2-3.

¹⁴⁶ IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba...*, cit., pp. 145-146, nos dice que "Concebir o descubrir una teoría, como decidirse por una solución ante una controversia jurídica, ni exige un análisis lógico ni quizás sea susceptible de él... En todo descubrimiento, al igual que en toda decisión, puede haber elementos irracionales cuyo proceso no obedece a un método ni se presta a una reconstrucción lógica. En cambio, el contexto de justificación es el espacio en el que no importa cómo se ha llegado a un descubrimiento o a una decisión sino cómo se justifica tal descubrimiento o tal decisión".

¹⁴⁷ GASCON ABELLÁN, M., *LOS HECHOS...*, cit., pp. 191-192 y 201. En la doctrina peruana AZABACHE, C., *Introducción...*, cit., p. 180, afirma que "En la medida en que la motivación del juicio de hecho se convierte, por esta vía, en una forma de control sobre la arbitrariedad, toma el papel de fundamento de legitimidad de la sentencia".

¹⁴⁸ Vid. SSTCE 55/1987, 105/1995, 77/2000.

¹⁴⁹ BAUDI, A., *La proxa nel nuevo proceso penale*, Edizioni Simona, 1990, p. 103.

¹⁵⁰ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit. p. 197.

¹⁵¹ Sobre su articulación en la sentencia vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Carpintería de la sentencia penal (en materia de "hechos")", Poder Judicial, n°, 1998, pp. 419 y ss.

El cumplimiento de dichas exigencias permite no sólo controlar la licitud de las pruebas, sino, también, controlar si se han introducido pruebas que no constan en las actas del proceso o si se altera una prueba (por ejemplo, poniendo en boca del testigo lo que en realidad no dijo), o si se omite una prueba decisiva.

No obstante, esta *fase descriptiva* no debe agotar el contenido de la motivación entendida en clave de justificación.

3ª. El juez debe explicar, también, cómo se conectan dichas pruebas con el hecho a probar, para lo cual deberá utilizar las máximas de la experiencia (las *reglas de la sana crítica*), que a su vez deberá identificar en la motivación. En otras palabras, el juez deberá explicitar el razonamiento inferencial utilizado, dando cuenta de las máximas de experiencia empleadas para justificar su decisión. Esta exigencia es predicable no sólo para los supuestos de prueba indiciaria sino también para los casos de pruebas directas. En estas también se opera con inferencias probatorias que el juez deberá razonar y justificar. Así, por ejemplo, el juez deberá indicar las razones por las cuales concede credibilidad a las manifestaciones de un testigo y descarta el testimonio de otros, reflejando en la sentencia las máximas de experiencia empleadas para efectuar dichas inferencias probatorias. El Art. 394 NCPP/2004 al ocuparse de los requisitos de la sentencia establece, en su apartado 3, que la sentencia deberá contener "la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique"¹⁵².

Estamos dentro de la *fase valorativa strictu sensu*, que exige el empleo de un método o estilo analítico. El juez deberá efectuar, en primer lugar, una valoración individualizada o singularizada de las diferentes fuentes de prueba a los efectos de determinar su fiabilidad o atendibilidad y, en segundo lugar, deberá complementar dicha operación con una valoración conjunta de todas ellas, con la finalidad de constatar el grado de probabilidad (*plausibilidad*) de una determinada hipótesis factica¹⁵³. A este método analítico se refiere el art. 393.2 NCPP/2004 cuando establece que "El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás". Ahora bien, la referencia a la "valoración conjunta de la prueba" no puede ser utilizada, precisamente, como coartada para amparar una situación de ausencia total de motivación que acaba siendo sustituida por el empleo de fórmulas generales o cláusulas de estilo carentes de todo contenido justificativo¹⁵⁴.

Como acertadamente resume Andrés IBÁÑEZ, el juez debe dejar constancia en la sentencia de los *actos de prueba* producidos, de los *criterios de valoración* utilizados y del *resultado* de esa valoración¹⁵⁵.

El juez debe valorar la *totalidad* de las pruebas practicadas, tanto las de cargo como las de descargo, pues es una exigencia derivada del derecho constitucional a la prueba¹⁵⁶. El juez no

¹⁵² Precepto cuyo contenido merece un juicio favorable en comparación con la actual redacción de los arts. 280 y 283 Cdpp/1940.

¹⁵³ Más ampliamente en IGARTUA SALAVERRIA, *La motivación...*, cit., pp. 151 y ss. GASCON ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, cit., pp. 223 y ss. En la doctrina peruana AZABACHE, C *Introducción...*, cit., p. 181, alude al test de la argumentación razonable.

¹⁵⁴ En la práctica forense era frecuente el uso de fórmulas tales como "por el análisis conjunto de toda la prueba practicada en el acto del juicio oral...", que en realidad escondían una situación de ausencia total de motivación.

¹⁵⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza", *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n° 22, 1994, p. 82.

¹⁵⁶ IGARTUA SALAVERRIA, J., *La motivación...*, cit., p. 161, afirma que el derecho a la prueba se desglosa en dos derechos: el derecho a que sean *admitidas* pruebas pertinentes y el derecho a que esas sean *valoradas* (extremo no garantizado en una sentencia que omite su examen). FERRER BELTRÁN, J., "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales *Jueces para la Democracia, Información Debate*, n° 47, julio/2003, p. 28, menciona como elemento

puede sustraer determinadas pruebas de su tarea valorativa y, además, debe dar cuenta de su resultado en la sentencia a través de la motivación, sin omisiones ni lagunas en el análisis de la totalidad del cuadro probatorio ante el que se enfrenta. La STSE de 21 noviembre 2003 (Recurso de casación nº 2181/2002)¹⁵⁷ declara, en su f.j.6º, que "El art. 24.2 CE, al consagrar la presunción de inocencia como regla de juicio, obliga al juzgador a realizar un tratamiento racional del resultado de la actividad probatoria, dotado de la transparencia necesaria para que pueda ser examinado críticamente y para que, si mediase una impugnación, otro tribunal pudiera enjuiciar la corrección del discurso. Esto es, comprobar si tiene o no apoyo en una apreciación tendencialmente objetiva de *toda* la prueba, tanto la de cargo como la de descargo; si se han tornado en consideración todos los elementos de juicio relevantes, justificando los descartes y también la opción de atribuir valor convictivo a los que se acepten; si no se ha prescindido de forma arbitraria de datos que podrían ser de importancia en el plano explicativo; y si, en fin, se ha sometido todo ese material a un tratamiento racional y conforme a máximas de experiencia de validez acreditada".

La necesaria conexión entre libre valoración y motivación fáctica no depende de la condición del órgano juzgador, esto es, de si el enjuiciamiento se realiza por jueces profesionales o por el Jurado. A este último deberá exigírsele, también, que motive el veredicto, indicando cuales han sido los elementos probatorios utilizados (las fuentes de prueba) y explicando las "razones" que fundamentan su decisión¹⁵⁸. El veredicto monosilábico (*si o no*) resulta profundamente inconstitucional, en cuanto que no se ajusta a las exigencias que derivan del reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y es contrario al derecho a un proceso debido. Incluso desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia se puede afirmar que toda omisión de motivación fáctica conlleva su vulneración. Como apunta la STCE 249/ 2000 "si tras la consagración constitucional de la presunción de inocencia, toda condena ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia. El déficit de motivación que se aduce supondría, por si mismo, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia..."¹⁵⁹. A esta misma conclusión debe llegarse para el caso de enjuiciamiento ante Jurados.

La ausencia de motivación se produce no sólo en aquellos su-puestos en que la sentencia no incorpora o no contiene ninguna motivación, siendo sustituida por formulas rituarías o generales carentes de significado (*ausencia total de motivación*), sino también cuando la motivación empleada carece de verdadero contenido justificativo, limitándose a efectuar una remisión a los diferentes elementos de prueba practicados en el proceso, pero sin dar ningún tipo de explicación acerca de su valor ni identificar los criterios de valoración o las máximas de experiencia utilizadas, efectuando una pura labor descriptiva (*motivación aparente*). También existirá un déficit de motivación en todos aquellos su-puestos en que resulte contradictoria, utilizando argumentos que chocan entre sí, o cuando no se respetan las reglas de la lógica o de la ciencia o experiencia común (*motivación contradictoria*)¹⁶⁰. Por último, también deben repudiarse los supuestos de insuficiencia de la motivación, como sucede en los casos en que el tribunal no valora la totalidad del cuadro probatorio (*motivación insuficiente*), como ya hemos visto.

definitorio del derecho a la prueba el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas. En el CPP/2004 esta exigencia se infiere de lo dispuesto en el art. 394.3 al calificar la motivación de *completa*.

¹⁵⁷ Ponente Perfecto Andrés Ibáñez.

¹⁵⁸ El art. 61.1, apartado d) de la Ley del Jurado española de 1905, exige que el acta de votación del jurado contenga "una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados". El veredicto del jurado será nulo si no cumple con la exigencia constitucional de motivación: *vid.* STCE 169/2004, *v.* STSE 12 marzo 2003 (caso Waninkhoff) que fija el contenido mínimo de la motivación del veredicto.

¹⁵⁹ En la misma, STCE 144/2002.

¹⁶⁰ El art. 429.4 CPP/2004 menciona como causal del recurso de casación la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

VII. Libre valoración y principio de inmediación

No vamos ahora a descubrir que la inmediación constituye un principio esencial del proceso penal acusatorio que tiene rango de garantía constitucional¹⁶¹. No obstante, sí que hay que advertir frente a una concepción subjetivista del principio de inmediación, utilizada frecuentemente en la práctica forense para fundamentar la ausencia de verdadera justificación de las decisiones judiciales. Se apela, así, a la inmediación para otorgar plena eficacia probatoria a las pruebas practicadas, pero sin dar cuenta de las razones que sustentan su fiabilidad. Se alude a las huellas o impresiones obtenidas por el Juez del contacto directo con la prueba, como elementos *paralingüísticos* (el comportamiento del testigo, sus gestos, su mirada, el tono de voz, etc...), como criterios de valoración que servirían para fundar la íntima convicción del Tribunal. En realidad, nos enfrentamos a factores *emocionales* o *arracionales*, en terminología empleada por GASCON ABELLÁN¹⁶², que carecen de la adecuada capacidad e idoneidad objetiva para integrar la justificación de una decisión judicial, creando, como dice la autora mencionada, una "zona opaca al control racional"¹⁶³. En otras palabras, tales impresiones no pueden ser invocadas como "buenas razones" de la decisión judicial. Todo aquello que no puede ser comunicado o verbalizado desde la racionalidad no puede ser tenido en cuenta como justificación¹⁶⁴.

Contrariamente a lo que tradicionalmente se viene sosteniendo, la inmediación, como exigencia de relación "inmediata" o directa, sin intermediarios, entre el Juez y las fuentes originarias de prueba, no es un método para el convencimiento psicológico del juez, esto es, un método de valoración probatoria, sino una técnica para la formación de las pruebas¹⁶⁵. Un medio de captación de datos efectivamente observables y constatables para su posterior valoración racional¹⁶⁶. Esta concepción de la inmediación posibilita el control de la valoración probatoria por parte de las instancias judiciales superiores, incluso en sede casacional¹⁶⁷. Por el contrario, entendida como una forma de percepción íntima de un lenguaje gestual, mediante el cual se obtienen datos incommunicables, se convierte en una suerte de *blindaje* y en una vía de escape del deber constitucional de motivar las decisiones judiciales¹⁶⁸.

¹⁶¹ *Vid.* art. 139.3 del texto constitucional peruano y art. 356.1 CPP/2004.

¹⁶² GASCON ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., p. 197.

¹⁶³ GASCON ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., p. 198

¹⁶⁴ ANDRÉZ IBÁÑEZ, P., "La argumentación probatoria...", cit., pp. 28-29.

¹⁶⁵ IACOVIELLO, F.M., *La motivazione Della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 151. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación...*, cit., p. 177.

¹⁶⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)", *Jueces para la Democracia*. Información y debate, n° 46, p. 59.

¹⁶⁷ IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba...*, cit., p. 162, nos dice que "Cae de su peso que la casación que no ha visto ni oído, no está en disposición, por ello mismo, de enmendar la plana al tribunal de instancia en que éste sí ha visto y oído. Efectivamente, sólo el juez de instancia está capacitado para determinar si el procesado ha respondido "sí" o "no", si contesta o se evade; si balbucea o responde con firmeza y seguridad... Pero ahí concluyen los beneficios de la inmediación. Lo que el juez infiera a partir del contacto directo con las pruebas pertenece ya a la esfera de la razón (no de la percepción). Por ejemplo si, en el juicio oral, el encausado se desdice de lo declarado anteriormente en la instrucción, el juez deberá ponderar esas dos declaraciones en base a máximas de experiencia. Ahora bien, juzgar sobre la idoneidad y la correcta aplicación de las citadas máximas está al alcance incluso de quienes no han asistido a la vista...".

¹⁶⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Sobre el valor...", cit., p. 59. A propósito del control casacional ya afirmábamos que "Este tipo de control se frustra en los casos en que el juzgador se refugia en el principio de inmediación para justificar su convicción y, por consiguiente, la ausencia de motivación de la sentencia. Debe desterrarse definitivamente de la práctica de nuestros tribunales la utilización del principio de inmediación como coartada para justificar la ausencia total de motivación imposibilitando, de esta forma, todo control ulterior del razonamiento probatorio: *vid.* nuestro trabajo *La mínima actividad probatoria*, cit., p. 605.

JUICIO ORAL Y ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

Pablo Talavera Elguera*

1. El juicio oral y el nuevo modelo procesal

El juicio oral ha sido definido por el Código como la etapa principal del proceso penal. Si bien el juicio oral no constituye una innovación en el sistema jurídico procesal peruano, ya que fue introducido en el libro segundo del Código de Procedimientos en materia criminal de 1920^[76] y mantenido en el Código de Procedimientos Penales de 1940^[77], sí constituye un cambio fundamental para el 80% de los procesos que actualmente se tramitan bajo las reglas del proceso sumario, en los que no existe juzgamiento, así como lograr un efectivo proceso acusatorio y desterrar las prácticas inquisitivas.

Si el juicio oral ya había sido introducido en nuestro ordenamiento jurídico, cabría preguntarse ¿cuál es la diferencia entre el juicio del Código de Procedimientos Penales y el del Código de Código procesal Penal de 2004? Obviamente la respuesta no puede en rigor circunscribirse a señalar que se trata de un juicio en el marco de un proceso oral, acusatorio y garantista. Se requiere además comparar las características del modelo de juicio vigente y las del modelo propuesto.

El modelo procesal penal vigente se caracteriza por una predominancia de las fórmulas escritas, inobservancia de la intermediación por parte de los jueces, confusión de los roles y persecución y jurisdiccionales, desconocimiento de los derechos de los imputados y las víctimas, se valora cualquier elemento de prueba, incluso actuado en sede policial, irracionalidad de la persecución penal, investigación rígida y fase intermedia de mero trámite burocrático.

* Vocal Superior Titular. Presidente de la Sala Nacional de Terrorismo

⁷⁶ Artículo 183° El juicio oral será público, lo mismo ante los tribunales correccionales que juzgarán los delitos, que ante el jurado que juzgará los crímenes.

⁷⁷ Artículo 207°.-El juicio será oral y público ante los Tribunales Correccionales, constituidos en cada Corte Superior por una Sala compuesta de tres Vocales

Por el contrario, el nuevo modelo procesal se caracteriza por ser esencialmente oral, se introducen las audiencias para resolver medidas cautelares y otros asuntos de relevancia dentro de la investigación preparatoria, se encuentran separadas las funciones de persecución de las jurisdiccionales, se reconocen expresos derechos del imputado y de la víctima, se introducen ciertas reglas para la admisión y valoración de las pruebas obtenidas con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales y sólo pueden ser objeto de valoración las pruebas incorporadas legítimamente en el juicio oral, se racionaliza la persecución penal mediante el empleo de salidas alternativas y la simplificación procesal, la investigación se hace flexible y la fase intermedia tiene asignada una función esencial de control de la acusación.

El juicio oral no es sólo la fase principal del proceso penal, sino la esencial, pues mientras que la investigación preparatoria apunta a establecer si hay base para un juicio, es decir, si hay elementos para fundar la acusación del Fiscal (artículo 32.1 del Proyecto), el juicio oral es donde se tiene que realizar la actividad probatoria que deberá sustentar la decisión sobre el fondo.

En tal sentido, lo central del juicio no es la oralidad ni la publicidad, sino la actuación probatoria, a la que sirven los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción (artículo 356.1 del Código). Es en el juicio donde se producirá la prueba y donde los citados principios servirán para que las partes puedan controlar la práctica de las pruebas en igualdad de armas y con todas las garantías. Por ello, lo relevante no es cuanta prueba puedan producir las partes sino la calidad de los resultados probatorios obtenidos, pues de lo que se trata, es que a través de la prueba actuada en el juicio el juez adquiera un convencimiento sobre la veracidad o no de los hechos enunciados como cargos en la acusación.

2. Los principios del juicio oral en el nuevo código procesal penal

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 integrar los vacíos, orientar la interpretación y erigirse como argumentos últimos de la argumentación jurídica y del razonamiento judicial. Con relación a 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 nuevo Código Procesal Penal de 2004. Y como ya se ha dicho, tales principios permiten a las partes y el juez controlar adecuadamente la admisión y práctica de las pruebas para obtener resultados probatorios legítimos y altamente fiables.

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 probatorio^[78]. Si bien el nuevo Código Procesal Penal de 2004 no define expresamente los alcances del principio de inmediación, si que configura su necesaria observancia cuando señala que el juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio. Y solamente se podrán incorporar al juicio aquellas que han sido percibidas directamente por el juez, ya sea por su práctica o por haber sido oralizadas.

Al servicio de la inmediación se encuentran también los principios de identidad del juzgador, concentración y continuidad en las audiencias (artículo 359° del nuevo Código Procesal Penal). Se apuesta porque el juicio se realice en una sola sesión de audiencia y si no fuera posible ello por la complejidad del asunto, deberá continuar en los días sucesivos en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión (artículo 360° del nuevo Código Procesal Penal). 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 Código ha establecido que entre sesiones no podrán realizarse otros juicios, salvo que las características de la nueva causa lo permitan (artículo 360°.5 del nuevo Código Procesal Penal).

Principio de publicidad

El juicio debe realizarse en presencia de la comunidad. Toda persona tiene derecho a presenciar el juicio y a observar de qué manera jueces y abogados ejercen su labor dentro del tribunal. Tiene que ver con la transparencia, reduce espacios de corrupción, legítima. La prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso,

⁷⁸ PARRA QUIJANO, JAIRO "Manual de Derecho Probatorio", Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002, página 62.

tiene un carácter “social”: hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma adecuada y segura^[79].

El Código de 2004 ratifica la publicidad del juicio como regla general, salvo los casos en los que el juez mediante resolución motivada acuerda realizar el acto del juicio oral total o parcialmente en privado, asumiendo el Código determinados supuestos como el pudor, vida privada, 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.

Se faculta también al juzgador a disponer, individual o concurrentemente, con sujeción al principio de proporcionalidad, las medidas siguientes: prohibir el acceso y ordenar la salida de determinadas personas de la Sala de Audiencia 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.

Principio de oralidad

El artículo 361º del Código 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 relacionadamente 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 publicidad^[80].

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 oídas 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 constituyen oralidad, ya que quienes lo han emitido deberán reproducirlos en juicio a viva voz, pues esa es la única manera de controlar su fiabilidad probatoria y hacer realidad el

⁷⁹ PARRA QUIJANO, JAIRO. Op. Cit. Página 10.

⁸⁰ ANDRES DE LA OLIVA SANTOS. “Derecho Procesal Penal”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, página 67.

principio de contradicción. Sólo por excepción se permite la oralización de ciertos medios de prueba (artículo 383° del nuevo Código Procesal Penal).

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 oralmente, 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 supieren hacer en el idioma castellano, en cuyo caso intervendrán por escrito, salvo que lo hagan por medio de intérprete. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente. Se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta.

Principio de contradicción

El principio de contradicción es una derivación de la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho de defensa (artículo 139°.14 de la Constitución), es por ello que el artículo IX 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.

La parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla [81]. Así, en la fase intermedia la Fiscalía puede ofrecer los medios de prueba de cargo al formular su acusación (artículo 349°.1 h), las que deben ser puestas en conocimiento de las otras partes, las que en un plazo de diez días podrán ofrecer sus pruebas para el juicio (artículo 350°.1 f) y plantear las tachas a los testigos y peritos ofrecidos (artículos 350°.1 h).

El interrogatorio directo (artículo 375° del nuevo Código Procesal Penal) y el contra interrogatorio (artículo 378°.8 del nuevo Código Procesal Penal) de los testigos y peritos corresponde al Fiscal y a los abogados de las partes, y es en esos momentos en que las partes en igualdad de armas controlan mediante sus preguntas y observaciones la prueba que se está practicando.

⁸¹ EDUARDO JAUCHEN. "Tratado de la prueba en materia penal". Página 34.

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 (artículo 386° del nuevo Código Procesal Penal).

3. El sistema acusatorio o adversarial

El Código, sobre la base de la separación de las funciones de persecución de las jurisdiccionales y la presunción de inocencia ha reformulado el modelo procesal penal vigente, especialmente en materia probatoria, convirtiéndolo en un modelo predominantemente adversarial. Así el artículo II de su Título Preliminar señala que la declaración judicial de responsabilidad requiere 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.

El sistema acusatorio lo que pretende en última instancia es una distribución de roles, una diferencia entre la parte acusadora, el imputado y el órgano jurisdiccional. La concepción adversarial o acusatoria del proceso penal no atiende a la naturaleza del interés en juego, a la salvaguarda del "ius puniendi", sino que es una forma de concebir el proceso que mira fundamentalmente a valores relacionados con el imputado, esto es, derivada de un concepto dualista de proceso en cuanto que reconoce en él tanto el derecho de la sociedad como el del acusado, y una concepción garantista de la jurisdicción en cuanto que forma de asegurar el contradictorio al máximo para garantizar los derechos del imputado^[82].

Un proceso es acusatorio, sencillamente, en la medida en que es adversarial, en la medida en que refleja un enfrentamiento de partes. Aún cuando no existe un modelo adversarial puro, ni siquiera el proceso norteamericano o cualquier otro de corte anglosajón ^[83] entiende el

⁸² JOSE ANTONIO DIAZ CABIALE. "Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez". Editorial Comares, Granada 1996, páginas 216-217.

⁸³ Las Reglas de Evidencia de Puerto Rico: La Regla 43 en su apartado D) establece: El juez podrá, a iniciativa propia o a petición de la parte llamar testigos a declarar, permitiendo a todas las partes contra interrogar al testigo. También podrá el Juez, en cualquier caso, interrogar a un testigo ya sea éste llamado a declarar por él o por la parte.

proceso penal como un proceso de partes con carácter absoluto, sino que el predominio de la configuración adversarial dependerá según de qué fase del proceso se trate.

Una de las primeras notas características del sistema acusatorio adversarial que señala el Código la encontramos en el artículo 155°.2: Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. La ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio (inciso 3).

Otra características del modelo predominantemente adversarial esta constituida por la aportación de prueba por las partes en la fase intermedia y bajo el control del juez para la investigación preparatoria, órgano jurisdiccional distinto al juez encargado del juicio. Es decir, que al Fiscal le corresponderá aportar su prueba en su dictamen acusatorio (artículo 349° .1h) y a las partes ofrecer las que estimen convenientes para su defensa en el juicio (artículos 350° .1f), así como cuestionar a los testigos y peritos por la parte adversa, todo lo cual será materia de pronunciamiento en la audiencia preliminar que convoque el juez para la investigación preparatoria (artículos 351° y 352°).

En un modelo adversarial es consustancial que la prueba se produzca en el juicio, en tal sentido el Código en su artículo 393° ha sido claro al establecer que el juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio. Por tanto, todas las declaraciones de los testigos peritos se tendrán que practicar en el juicio, la prueba material y documental incorporarlas mediante su exhibición en el juicio en el momento en que declaran quienes lo han producido o conocen sobre su contenido o mediante su lectura si aquello no es posible. No se trata por ejemplo en un proceso acusatorio oral y adversativo que en el juicio se lea simplemente un acta de incautación, sino que concurra al juicio el policía que lo levantó para que declare cómo se produjo tal incautación y las circunstancias en que se extendió dicha acta, y sobre todo para someterse al interrogatorio y contra interrogatorio por las partes. Tampoco se trata de dar lectura a los dictámenes periciales, sino que los peritos expongan sus conclusiones y los elementos científicos y técnicos que se emplearon para arribar a las mismas.

La oralidad se constituye también como una característica del sistema adversarial (artículo 361°), ya que mediante la palabra las partes y los órganos de prueba incorporarán sus

declaraciones, las mismas que podrán ser controladas directamente por las partes mediante las denominadas observaciones u objeciones.

Un claro ejemplo de potenciar la oralidad y la producción de las pruebas en el juicio lo encontramos en la concepción del contenido del expediente judicial o cuaderno para el debate como prescribe el Código de Procedimiento Penal italiano de 1989. Así, el artículo 136° del Código estatuye que una vez dictado el auto de citación a juicio el Juez penal ordenará formar el respectivo expediente judicial en el cual se anexarán esencialmente: las actas en que consten las acusaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la policía o el Ministerio Público, así como las declaraciones del imputado, las actas referidas a la actuación de la prueba anticipada, los informes periciales y los documentos. De esta manera se evita continuar con la cultura del expediente el amasijo de papeles que contienen las declaraciones de los testigos y peritos, y se procura que el juez al no tener en sus manos dichas declaraciones actuadas en la investigación preparatoria, tome conocimiento directo en el juicio de lo que digan dichos órganos de prueba.

Otra de las características más notorias del modelo predominantemente adversarial la encontramos en el artículo 375°.3: El interrogatorio directo de los órganos de prueba (testigos y peritos) corresponde al Fiscal y a los abogados de las partes. Al juez durante el desarrollo de la actividad probatoria le corresponde ejercer sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesariamente a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba sólo cuando hubiera quedado algún vacío.

Finalmente, el modelo adversarial se caracteriza por el debate o discusión sobre la prueba practicada por las partes, en igualdad de armas, mediante los llamados alegatos finales o de clausura (artículo 386° a 391° del nuevo Código Procesal Penal).

4. La libertad de la prueba

El nuevo de Código Procesal Penal de 2004 se adscribe al modelo acusatorio oral con orientación adversarial. En principio son las partes las que introducen los hechos, las pruebas y los alegatos. Sin embargo, se admite que también lo pueda hacer excepcionalmente el Juez de oficio.

En materia de Derecho Probatorio se asume el modelo establecido en el Código de Procedimiento Penal italiano 1989, el mismo que recoge **el principio de libertad de la prueba** (artículo 189° del CPP italiano). Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley (artículo 157° del Código). Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de la prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

Esta regla en principio loable, puede producir ciertas incoherencias en la actividad probatoria, fundamentalmente en la fase de admisión de las pruebas. Los jueces conforme a la sana crítica podrán admitir o rechazar las pruebas que las partes ofrezcan para probar sus alegaciones en el juicio. El problema con la aplicación de este principio de *libertad probatoria* es que el mismo es utilizado por los jueces tanto para la *admisión* como para la *valoración de la prueba*. Al depender sólo de la licitud, la pertinencia y de la sana crítica para la admisión y valoración de la prueba, sin distinguir entre una fase y otra, se produce lo que ha llamado *anarquía probatoria y falta de uniformidad jurídica* en el proceso penal [⁸⁴] (peruano).

No hay ningún problema en el uso de reglas de la sana crítica para la etapa de la valoración de la prueba. Sin embargo, sí lo hay cuando de la admisión de ésta se trata. La valoración puede estar basada en la sana crítica, es decir, en las reglas del entendimiento humano, la lógica y las experiencias del juez. Pero su admisión debe ser regulada de forma uniforme para que haya seguridad y uniformidad jurídica tanto para el imputado y su defensor, así como para la víctima y para el Estado, representado éste por el fiscal al momento de hacer la investigación del ilícito y en la etapa del procedimiento penal del imputado.[⁸⁵]

Al no estar reglamentados de manera uniforme y específica los requisitos necesarios para la admisibilidad de las pruebas cada juez decide, a base de su criterio personal, qué admite y qué prueba no admite en el proceso ante su consideración. Incluso puede darse el caso donde un

⁸⁴ HECTOR QUIÑONEZ VARGAS. "Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño" Página 58.

⁸⁵ HECTOR QUIÑONEZ VARGAS. Op. Cit. Página 59.

mismo Juez decida admitir determinada prueba y en otro caso, ante similar evidencia, considere decidir lo contrario^[86].

A pesar de que el nuevo Código Procesal Penal de 2004 se adscribe al principio de libertad de la prueba, hemos de reconocer que se han logrado avances en regular con mayor prolijidad que en el Código vigente, lo relacionado con la admisión, práctica y valoración de las pruebas. Especialmente en cuanto al principio de aportación de pruebas, las reglas de admisión, las reglas de valoración, el testigo de referencia, el procedimiento probatorio, etcétera.

5. La aportación y admisión de los medios de prueba

Reglas de la aportación de pruebas

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 actualización 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 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 del 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, adjuntado a 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.

⁸⁶HECTOR QUIÑONEZ VARGAS. Op, Cit. Página 59.

Reglas de admisión de las pruebas

Son objetos de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y no notorio.

No son admisibles las pruebas de no sean pertinentes, conducentes y útiles y las prohibidas por la ley.

No pueden ser utilizados, aún 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.

El Juez puede limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidas con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Trámite de la aportación y admisión de pruebas en el juicio

El juez decide sobre la admisión de las pruebas mediante auto motivado.

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

Audiencia preliminar: artículo 352°.5: la admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere: a) que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y b) que el acto probatorio propuesto sea pertinente; conducente y útil. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos, la resolución que se dicte no es recurrible.

Según el artículo 353°.2 el auto de enjuiciamiento debe contener los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias de conformidad con el numeral 6) del artículo anterior.

Conforme al artículo 373°, cuando el acusado no acepta la conformidad y se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Sólo se admitirán aquellos que 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 inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes. La resolución no es recurrible.

En el auto de enjuiciamiento se indicarán los hechos específicos que se dieren por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

6. Las convenciones probatorias

El artículo 156° inciso 3 del Código 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 por acta. Artículo 350° inciso 2 del Código: Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio.

Asimismo, podrá proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El Juez, sin embargo, exponiendo los motivos que los justifiquen podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, sino fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime. Artículo 352° inciso 6 del Código: La resolución sobre las convenciones probatorias, conforme a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 350°, no es recurrible.

7. La recepción o práctica de la prueba

La actuación probatoria se realiza en el siguiente orden general: a) examen del acusado, b) práctica de los medios de prueba admitidos, y c) oralización de los medios probatorios.

La actuación probatoria se realizará, en todo caso, teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima.

El Juez Penal, escuchando a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse la declaración del imputado si fueran varios, y de los medios de prueba admitidos.

Se introducen los conceptos de interrogatorio directo y contra interrogatorio. El interrogatorio directo de los órganos de prueba corresponde al Fiscal y a los abogados de las partes.

El Juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba sólo cuando hubiera quedado algún vacío. No se opta por un control de la práctica de la prueba por las partes, lo que caracteriza a un modelo acusatorio adversarial.

En la práctica de las declaraciones personales (interrogatorio) no son admisibles las preguntas impertinentes, las inútiles, las capciosas y las que contengan respuestas sugeridas. Tampoco son admisibles las preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria.

El juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y procurará 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 limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.

Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba y luego por las restantes. Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni deberán ver, oír o ser informados de lo que ocurriera en la sala de audiencia.

Toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la Ley. Si para valorar el testimonio sea necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias y, en especial, la realización de las pericias que correspondan. Esta última prueba podrá ser ordenada de oficio por el juez.

El testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir 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°.

Según el artículo 166° del Código señala: La declaración del testigo versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba.

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, aún 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.

No se admite al testigo expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades, salvo cuando se trata de un testigo técnico.

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 al efecto.

El examen al testigo menor de dieciséis años de edad será conducido por el juez con base en las preguntas y contrainterrogatorios presentados por el Fiscal y las demás partes. Podrá aceptarse el auxilio de un familiar de menor y/o de un experto en psicología. Si, oídas las partes, se considera 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.

Sin un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.

Procede el careo entre agraviados o entre testigos o éstos con los primeros. No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente.

El examen 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 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 dictamen. A continuación se les pedirá 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 y luego los restantes.

Los peritos podrán 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.

Durante el contra interrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigos con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.

Los testigos y peritos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que no hubieran declarado en la audiencia.

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.

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.

Cuando el imputado no pudiere ser traído, se podrá utilizar su fotografía u otros registros, observando las mismas reglas análogamente. Durante la investigación preparatoria deberá presenciar el acto el defensor del imputado o, en su defecto, de la investigación Preparatoria, en cuyo caso se considerará la diligencia un acto de prueba anticipada.

Cuando se disponga reconocer voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, se observarán, en lo aplicable, las disposiciones previstas en el artículo anterior.

Sin perjuicio de levantar el acta respectiva, se podrá disponer que se documente mediante prueba fotográfica o videográfica o mediante otros instrumentos o procedimientos.

Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se halla realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o 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.

8. La valoración de la prueba

Es premisa esencial de la actividad probatoria, que el juez no podrá utilizar para la valoración pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.

En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. Primero deberá proceder a examinar las pruebas individualmente y luego conjuntamente con las demás.

En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

La aplicación de la prueba pro indicios requiere: a) Que el indicio esté plenamente probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, a si como que no se presenten contraindicios consistentes.

9. Lo que falta regular sobre derecho probatorio

Ciertamente, de todo lo dicho en los apartados anteriores se aprecia que en materia probatoria el nuevo de Código Procesal Penal constituye un serio avance y dará mayor coherencia al modelo acusatorio propuesto, sin embargo, también tenemos la convicción que el Código debió regular sobre:

- a. Los criterios para la valoración de las declaraciones de los coimputados;
- b. Los criterios generales para convicción judicial;
- c. La prueba demostrativa o experimental;
- d. Los privilegios;
- e. Las objeciones;
- f. La prueba de refutación;
- g. La prueba de carácter.

UNIDAD III: VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

**2. Asencio Mellado, José, Derecho Procesal Penal, edición 5ª,
Valencia 2010. Pg. 261-271.**

DERECHO PROCESAL PENAL

5ª Edición

JOSÉ M^º ASECIO MELLADO
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

tirant lo blanch
Valencia, 2010

Copyright © 2010

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© JOSÉ M^º ASENCIO MELLADO

TIRANT LO BLANCH
EDITORIAL TIRANT LO BLANCH
Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
T.FS.: 96/361 00 48 - 50
T.X: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Presencia virtual: <http://www.tirant.es>
POSITIVO LEGAL: V-2423-2010
I.B.N.: 978-84-9876-871-8
PRIME: Guada Impresores, S.L.
AGUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Índice

PARTE PRIMERA EL PROCESO PENAL. FUNCIONES

Lección 1.^a

El proceso penal. Sus funciones

I. PROCESO PENAL Y DELITO	21
A) En orden a la legitimación.....	22
B) El monopolio jurisdiccional.....	23
C) Interés estatal en la investigación penal.....	23
D) La igualdad material	24
E) La defensa del imputado.....	24
II. LAS FUNCIONES DEL PROCESO PENAL	25
A) Introducción.....	25
B) La actuación del <i>ius puniendi</i> del Estado como función esencial del proceso penal	25
C) Otras funciones	25

PARTE SEGUNDA LA COMPETENCIA

Lección 2.^a

La competencia

I. LA COMPETENCIA PENAL. SUS CARACTERES ESPECIALES	29
A) No dispositividad. Inderogabilidad	29
B) Dualidad de órganos jurisdiccionales.....	29
C) Existencia de una pluralidad de órganos jurisdiccionales encargados de la primera instancia	29
II. ENUMERACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES INTREGRANTES DEL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL	30
III. COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL	31
A) Criterios de atribución de la competencia objetiva	31
B) La competencia objetiva y funcional de cada órgano jurisdiccional	32
C) Juzgados de violencia sobre la mujer (art. 14,5 LECrim).....	32
D) Juzgados de menores	32
E) Juzgados Centrales de Instrucción	32
F) Juzgados de lo Penal.....	33
G) Juzgados Centrales de lo Penal.....	33
H) Juzgados de Vigilancia Penitenciaria	33
I) Audiencias Provinciales.....	33
J) Tribunal del Jurado	34
K) Audiencia Nacional	34
L) Sala de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.....	34
M) Sala Segunda del Tribunal Supremo	35

plasmada, a ser posible, en un sistema de grabación que permita su reproducción plena en la vista.

Se observa así la diferencia con la prueba preconstituida que, por su carácter material, no podría nunca ser practicada en el juicio oral, ya que o tiene lugar en el lugar de los hechos o precisa de mecanismos interpuestos (aparatos técnicos).

b) Motivos que justifican la irrepitibilidad

No lo establece expresamente el art. 777,2 que tampoco distingue entre los diferentes medios de prueba. El precepto prevé la prueba anticipada por cualquier causa que determine la imposibilidad de practicar la prueba en el juicio oral o que pudiera acarrear la suspensión del mismo. Una relación de motivos ciertamente amplia que puede traer consigo cierta inseguridad.

La regulación de la suspensión del juicio oral como motivo justificativo de la anticipación probatoria, es excesivamente abierta en cuanto la ley debería haber distinguido, para una mayor precisión, entre suspensión absoluta y relativa y, dentro de esta última, la duración de la paralización. Si la suspensión es conocida, tiene una duración previsible y de escasa entidad, carece de sentido excepcionar la regla general del art. 741.

c) Práctica de la prueba anticipada

Una vez aparecidas y conocidas las causas que suponen la irrepitibilidad de la prueba, el Juez de Instrucción debe ordenar su práctica anticipada. Esta decisión puede ser adoptada de oficio o a instancia de parte. Si la irrepitibilidad es conocida y evidente (por ejemplo un testigo que reside en el extranjero o en peligro de muerte), la falta de práctica anticipada de la diligencia debe dar lugar, radicalmente, a que el acto de investigación pierda todo valor probatorio, a salvo que el mismo se hubiera practicado en las mismas condiciones que la prueba anticipada.

La prueba anticipada se practicará ante el Juez de Instrucción o el del juicio oral y contradictoriamente entre las partes, siendo esencial la intervención del Abogado del imputado. El incumplimiento de estas reglas implicará la nulidad del acto.

El acto anticipado debe documentarse. Ordinariamente se hará por medio de soportes aptos para la grabación y reproducción del sonido y la imagen. Si el Juzgado no dispone de tales instrumentos, se hará mediante acta intervenida por el Secretario judicial.

d) Reproducción de la prueba anticipada en el juicio oral

Para que la prueba anticipada alcance valor probatorio es necesario que sea reproducida en el juicio oral, ya que el acta o el material que consta en los soportes videográficos no son técnicamente documentos.

A tal efecto, es necesario que la parte interesada inste la reproducción de la grabación o la lectura del acta en el juicio oral. No parece, no obstante, que el tribunal sentenciador esté impedido de hacerlo de oficio si lo estima conveniente.

Si la prueba puede repetirse en el acto del juicio oral al haber desaparecido la causa de la irrepitibilidad, se podrá la misma practicar íntegramente, perdiendo, como norma, valor probatorio la anticipada. No obstante ello, esta última puede ser utilizada a los efectos del art. 714 LECrim.

III. EL ATESTADO POLICIAL

En su momento ya se estudió la importancia de los actos desarrollados por la Policía Judicial y cómo los mismos están amparados en la actualidad por diversas normas que otorgan a la Policía una serie de diligencias muy superiores a las previstas en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se trata ahora de analizar el valor probatorio que se confiere en la ley a tales actos que, obviamente, por el momento en que se realizan (inmediatez temporal y física) y la cualidad de sus autores no puede ser sistemáticamente o simplismente negada.

Es obvio que este análisis que a continuación se refleja ha de ponerse en relación con lo dicho respecto de la prueba preconstituida, si bien, habida cuenta de que nuestra jurisprudencia no maneja uniformemente este concepto, se impone en este epígrafe desarrollar el tratamiento que ofrece a una realidad propia, como es el atestado policial.

Dispone el art. 297 LECrim. que «los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de la Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales».

A su vez, el apartado segundo de este mismo precepto expone que «las demás declaraciones que presentaren deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testimoniales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio».

De la lectura de estos dos apartados, y poniéndolos en conexión con lo dispuesto en el art. 292, se podría llegar a las siguientes conclusiones o plantear como alternativas:

I. Que el atestado contiene todos los extremos referidos a la actividad policial, sean actos de investigación objetivos, cuanto declaraciones recibidas, e

igualmente las conclusiones que la Policía obtiene. Todo él, sin diferencia alguna tiene el mero valor de denuncia y sólo alcanza valor probatorio mediante la declaración testifical del Policía actuante en cuanto a los datos objetivos, la ratificación de los testigos declarantes o el informe oral de los peritos.

2. Que en el atestado cabe distinguir una cierta diversidad, no obstante lo dicho, entre los actos antes mencionados, siendo así que los que se han denominado objetivos no precisan en todo caso su introducción en el juicio mediante la prueba testifical, pudiendo ser leídos salvo que las partes pidan la comparencia de los Policías actuantes.

La solución alcanzada es intermedia, pero más próxima a considerar como acertada la primera opción. Una solución, pues, insuficiente y en ocasiones antieconómica, tampoco definitiva y siempre modificable conforme al caso, por lo que es posible hallar resoluciones no concordantes.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional así lo ha señalado, entre otras en su Sentencia 182/1989, de 3 de octubre, pero, no obstante, ha establecido que tal declaración no alcanza a aquellos supuestos en que las diligencias policiales constituyen pruebas «lato sensu», esto es, periciales u otro tipo de actuaciones de imposible repetición. Esto es, y como expone el TC en su sentencia 24/1991, de 11 de febrero, el atestado se refiere expresamente a aquellas manifestaciones efectuadas por la Policía con ocasión de sus averiguaciones (algo parece ser subjetivo), mientras que los actos objetivos (de constancia, periciales, o de recogida de efectos) no parece que deban contenerse en la prescripción del art. 297 LECrim.

Con arreglo a estas premisas, ciertamente casuísticas y fruto de la imprecisión legal, se pueden presentar varias situaciones:

1. Los policías actuantes han de declarar en el juicio oral en relación con los hechos objetivos, dado que se estima el atestado mera denuncia y no incardinable en los márgenes del art. 730 (STC 173/85). Esta regla no sufre excepción alguna por la redacción operada en el art. 797, 1-8^a tras la LO 15/2003. En efecto, este precepto solo limita la comparencia policial ante el Juzgado de Guardia y en el trámite de las llamadas Diligencias Urgentes, bastando el atestado para decidir al respecto de la apertura del juicio oral, el archivo de las actuaciones o cualquiera de las determinaciones a que hace referencia el art. 798. En definitiva, el art. 797 no confiere un valor probatorio adicional al atestado policial, en tanto la lectura misma en el juicio oral no podrá en caso alguno suplir la declaración testifical.

2. Si se trata de registros con intervención del Secretario judicial, debe ponerse al menos en duda tal afirmación al formar parte el Secretario del órgano judicial. A mi juicio bastaría en tal caso con la lectura del acta.

En este caso, si el imputado estuviera detenido y por ello imputado, no cabe duda de que debería ser de aplicación el art. 118 y la presencia del Abogado bajo pena de nulidad.

3. En caso de declaraciones testificales, los testigos han de ratificar su declaración en el juicio oral, a salvo aquellos casos en que hayan desaparecido y el Policía pudiera actuar a modo de testigo indirecto al amparo del art. 710 LECrim.

Fuera de este caso, la Policía no puede jamás declarar como testigo indirecto y menos en relación con declaraciones del imputado no previstas por el art. 710.

4. Los reconocimientos policiales, aún en presencia de Abogado no gozan de valor probatorio, salvo que razones de urgencia impidan su práctica inmediata ante el Juez de Instrucción y siempre que se halle presente el Abogado. Como excepción la Policía podría ser testigo de referencia de reconocimientos urgentes si el testigo se pierde absolutamente.

5. Si se trata de pericias, como un certificado médico, se considera que las mismas, aún constandingo en el atestado no forman parte de él (STC 24/1991, 11 febrero).

6. Los actos del Ministerio Fiscal se asimilan a los de la Policía Judicial.

IV. OTRAS PRUEBAS Y REGLAS VALORATIVAS

A) *La prueba indiciaria*

a) **Concepto**

La prueba indiciaria es un medio probatorio esencial e imprescindible en el proceso penal, toda vez que por la propia naturaleza de los delitos y su forma de comisión en la cual la impunidad es buscada de propósito, difícilmente se pueden hallar pruebas directas de la culpabilidad.

Rechazado, pues, el sistema inquisitivo en el cual era necesario siempre obtener una prueba directa recurriéndose al tormento en busca de la confesión cuando faltaba la testifical, la prueba indiciaria es la reina del proceso penal, y cualquier intento de oponerse a la misma es, desde luego, o puede constituir una imprudencia o una pretensión desatinada y falta de objetividad.

b) **Elementos de la prueba indiciaria**

La prueba indiciaria es un complejo constituido por diversos elementos.

1. *El indicio o hecho base de la presunción*

El indicio es un hecho relacionado indirectamente con el hecho delictivo que se pretende probar. Como tal no es capaz de probar el delito, pero unido a otros es elemento útil y suficiente para llegar a una conclusión de culpabilidad.

Para ello debe reunir las siguientes condiciones:

- Que esté plenamente probado por medio de prueba directa.
- Que exista pluralidad de indicios, no bastando en general uno sólo para afirmar la culpabilidad. No obstante, en ocasiones, si es de cierta intensidad, basta con la presencia de un solo indicio (imaginemos, por ejemplo, las huellas dactilares en el interior de un vehículo o de una vivienda particular).
- Que todos los indicios converjan en una misma dirección o, lo que es lo mismo, tiendan a demostrar la misma conclusión.

2. *El hecho presumido*

La conclusión, que no puede ser otra que la decisión acerca de la culpabilidad del acusado sobre la base de los indicios antes mencionados.

Por ejemplo, y teniendo como argumentos la tenencia de los objetos procedentes del robo y las huellas en el interior del establecimiento, se llega a presumir que el acusado fue el autor del robo aún cuando nadie vio al mismo cometerlo.

3. *El nexo o relación causal entre indicio y hecho presunto*

Es fundamental en la prueba indiciaria el razonamiento deductivo, ya que los indicios por sí solos nada prueban. Se requiere razonar, unir los diferentes hechos indirectos y concluir un resultado de culpabilidad.

Este razonamiento, que debe ser motivado de forma especial y extensa en la sentencia, presenta la particularidad de ser revisable en amparo, toda vez que se estima que su insuficiencia equivale a estimar la inexistencia de prueba de cargo.

B) *Las contradicciones en las declaraciones*

Existen en la práctica supuestos en que los testigos, después de haber declarado en fase sumarial o incluso ante la Policía, incurren, a la hora de prestar declaración en el acto del juicio oral en contradicciones o, incluso, alegan falta de memoria para volver a deponer sobre los hechos conocidos.

En estos casos, y si bien la regla es la primacía de la declaración que se presta en el juicio oral, han de establecerse mecanismos para que, previa la necesaria confrontación, se puedan tener en cuenta las anteriores manifestaciones, toda vez la cercanía de ellas al momento de comisión del hecho y la posibilidad de que, incluso, se hayan producido presiones sobre el testigo.

De este modo, el art. 714, prevé un expediente conforme al cual, cuando ambas manifestaciones no sean conformes en lo sustancial, se leerán las sumariales y se exigirá al testigo la oportuna explicación acerca de las razones por las

que incurre en contradicción. Tras ellas, el órgano judicial podrá utilizar cualquiera de ellas a los efectos de fundamentar su sentencia.

Cabe destacar que, aunque la ley se refiera única y exclusivamente a testigos, la jurisprudencia ha ampliado la posibilidad de la lectura a las manifestaciones de los imputados (SSTS. 14 de octubre y 24 de noviembre de 1987). De la misma forma, y aunque el art. 714 se refiera solamente a anteriores declaraciones sumariales, la jurisprudencia igualmente estima válido controlar las contradicciones respecto de declaraciones realizadas ante la Policía si se han ratificado ante el Juez de Instrucción en presencia de Abogado.

C) Los testigos de referencia

Testigos de referencia son aquellos que tienen conocimiento de la noticia a través de persona o personas interpuestas, hecho éste que, y como quiera que se introduce un factor de inseguridad, exige establecer determinados requisitos adicionales.

De esta forma, y aún admitidos en nuestro proceso penal, el art. 710 LECrim. viene a establecer las siguientes condiciones:

1. Que el testigo de referencia tan sólo puede serlo de testigos, nunca de imputados.
2. Que la declaración de los testigos de referencia es válida únicamente si el testigo directo no comparece, ya que si acude al proceso su declaración sólo puede ser controlada por medio del art. 714 antes mencionado. No obstante, se podría admitir un testigo de referencia para controlar la veracidad del testigo directo pero, merced a los inconvenientes derivados de las testificales indirectas, sólo tendría sentido para valorar la veracidad del deponente, nunca para condenar sobre su base.
3. Sólo cabe admitir la declaración de un testigo de referencia cuando el directo no comparezca por causas absolutas.
 - Han de realizarse todas las gestiones para localizarlo.
 - Si no se conocen sus datos y personalidad no puede ser citado el testigo de referencia.
 - Nunca cabe admitir un testigo de referencia si éste se opone a ofrecer los datos para localizar a los directos (por ejemplo, los confidentes).

D) Reglas acerca de las declaraciones de los coimputados y denunciante

La jurisprudencia, ante la ausencia de normas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha establecido auténticas reglas valorativas, próximas a la prueba tasada, en orden a posibilitar la admisión de las declaraciones de los coimputados y denunciante como pruebas de cargo.

1. *Declaraciones de coimputados*

Los coimputados constituyen una figura difusa desde un punto de vista jurídico, dado que, por una parte son testigos cuando declaran sobre un hecho de otro coimputado, pero a la vez se trata de hechos propios ya que todos los han cometido conjuntamente.

Por tanto, cuando declaran en tal condición lo hacen rodeados de todas las garantías propias de los imputados, no siendo su condición asimilable a la del testigo.

Los órganos judiciales han de valorar las siguientes circunstancias:

- La personalidad del delator, especialmente, sus relaciones con el sujeto coimputado.
- Los posibles móviles que le llevan a prestar tal declaración. En concreto si hay razones de odio, venganza, obediencia a tercera persona, presiones externas etc...
- Que la finalidad de la declaración que inculpa a ese coimputado no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.
- Solo será posible condenar sobre la base de la declaración inculpativa de un coimputado, cuando la misma venga corroborada por alguna otra prueba, no siendo suficiente, pues, por sí sola, la imputación del coacusado.

2. *Declaraciones de denunciante y querellante*

Evidentemente, en ocasiones no cabe otra posibilidad que admitir en el proceso las declaraciones de las víctimas del delito, ya que éste, por cometerse buscando la impunidad de propósito, puede no haber dejado otras huellas de su perpetración.

La jurisprudencia, no obstante aceptar tales manifestaciones, ha establecido ciertas reglas valorativas:

- Que no existan motivos para pensar que hay relaciones entre denunciante e imputado que puedan incidir en la parcialidad de la deposición.
- La contundencia en las declaraciones, de manera que las mismas sean coherentes y creíbles.
- La persistencia en las mismas y su mantenimiento a lo largo de todo el proceso, así como la inexistencia de contradicciones en ellas.

El derecho a la presunción de inocencia

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Constituye la presunción de inocencia, reconocida en el art. 24,2 de la Constitución, **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.**

Del presente concepto se pueden extraer las siguientes notas:

A) *Constituye un derecho fundamental*

La presunción de inocencia no es un mero principio informador, sino un auténtico derecho fundamental que como tal es de directa aplicación por todos y cada uno de los órganos judiciales, siendo reclamable incluso en la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional.

B) *No es técnicamente una presunción*

Aunque se le denomine presunción, en esencia no es tal por no reunir los elementos típicos de este medio de prueba. Por el contrario, la presunción de inocencia es una verdad interina asimilable a otras, tales como la buena fe o la diligencia de un buen padre de familia.

C) *Es un derecho que asiste al acusado*

Como tal derecho, es titularidad del acusado o imputado en trance de obtención de pruebas o simplemente limitación de derechos en la fase de instrucción. En caso alguno afecta a la parte acusadora a la que asiste exclusivamente el derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva expresado en el art. 24,1 CE.

La presunción de inocencia no tiene aplicación alguna fuera del proceso penal, salvo en el administrativo sancionador. No es reclamable en relación con la vida privada, ni con la imagen pública, ni con el honor. Por ello, no es de aplicación en el ámbito de la responsabilidad política, la cual, en su caso, debe ampararse, cuando el sujeto afectado crea que se vulneran sus derechos al honor o la intimidad, a través del Código Penal o de las leyes que protegen específicamente tales derechos.

D) No es equiparable al principio «in dubio pro reo»

La presunción de inocencia es un derecho con un contenido superior y distinto al clásico principio «in dubio pro reo». Este último sólo protege la necesidad de absolver a todo aquel frente a quien no exista la certeza de ser el autor de un hecho. La presunción de inocencia, como se va a ver, es más amplia en tanto protege no sólo esa necesidad, sino igualmente que exista prueba en sentido objetivo y que la misma esté rodeada de todas las garantías legales.

E) Es un derecho de desarrollo jurisprudencial

La Constitución se ha limitado a establecer un derecho fundamental sin precisar cuál sea su contenido. Ha sido, pues, la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Constitucional, la que ha desarrollado los contornos y contenido de este esencial derecho.

Es por ello por lo que y si bien los elementos generales han sido perfectamente señalados, al amparo de este mismo derecho se han producido importantes cambios de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus aspectos referidos a la prueba, cambios que, por ser adecuados a casos particulares, ya que es esa la función de la jurisprudencia casacional y de amparo en España, no han sido desarrollados con la suficiente claridad y sentido de la generalidad que exige el respeto de un derecho de naturaleza fundamental.

II. LA CARGA DE LA PRUEBA

El concepto de carga de la prueba, muy acusado en el proceso civil donde impera el principio dispositivo, se difumina hasta desaparecer en el proceso penal por causa de la vigencia misma del derecho a la presunción de inocencia que constituye una regla de distribución de esa carga en el caso de que se quiera aceptar ese traslado de un concepto civil al proceso penal.

Efectivamente, si en el proceso civil, ante un supuesto de hecho incierto se acude a condenar a quien no probó aquello que debía, siendo así que formalmente existen reglas expresas de distribución de la carga de probar en atención a la titularidad de los derechos y a la posición procesal (art. 217 LEC), en el proceso penal, donde ni el derecho de penar como tal corresponde a las partes acusadoras, ni las acusadas pueden ser gravadas con carga alguna merced al derecho que aquí se estudia, difícilmente se puede hablar de carga de la prueba como tal.

Así, formalmente las partes acusadoras públicas tienen la carga de probar la verdad, aportando todos los elementos de cargo y de descargo, de manera que si las pruebas conducen a la inocencia, ella ha de ser probada (art. 2 LECrim.).

Las partes acusadas, igualmente, tampoco están obligadas a probar su inocencia, la cual se presume o se tiene como cierta salvo prueba en contrario; y es que, no sólo constitucionalmente (art. 24,2 CE), sino incluso, por imposición de la misma lógica, nadie puede probar técnicamente su inocencia en tanto es imposible acreditar un hecho negativo. Exigirse esta conducta sería tanto como imponer a todo imputado una prueba diabólica.

Ahora bien, lo dicho no implica que el acusado no haya de probar aquello que alega en su favor. Es decir, que la presunción de inocencia, la necesidad de que las partes acusadoras acrediten la pretensión deducida, extienda sus efectos a las alegaciones que el acusado produzca. Por el contrario, éste está grabado con la carga de probar las circunstancias eximentes, atenuantes o las referidas a la extinción de la responsabilidad criminal en general. No puede el acusado entender que la presunción de inocencia implica una inversión de la prueba de lo contrario en la acusación ante meras alegaciones sin acreditación. Toda alegación que haga el acusado debe ser probada por él mismo, sin que, aunque hay quien así quiera entenderlo, tal argumento imponga en la acusación una carga invertida de probar lo contrario; eso sería tanto como imponer al Estado una prueba diabólica y promover la impunidad en ciertos delitos, especialmente los de corrupción.

III. REQUISITOS DE LA PRUEBA

Los requisitos que han de reunir las pruebas útiles para que una persona pueda ser condenada sin merma de su derecho a la presunción de inocencia ya han sido desarrollados en la lección anterior; la regla general no es otra que la exigencia de existencia de una actividad probatoria, de cargo y producida con todas las garantías, siendo así que los principios de práctica de la prueba en el juicio oral a salvo las excepciones a este principio con las condiciones ya expuestas, constituyen la esencia del propio derecho.

A) Actividad probatoria

El derecho a la presunción de inocencia impone la necesidad de existencia de auténticas pruebas para que sea procedente la condena, sin que por tal pueda condenarse sobre la base de elementos que no tengan esta condición (por ser objeto de prueba o un simple acto de investigación).

Así, pues, la inexistencia de pruebas hará imposible la condena y ello porque no es prueba la intuición judicial, la sospecha o la creencia como tal del órgano judicial.

B) Producida con todas las garantías

Cada una de las pruebas que se practiquen ha de haberlo sido con todas y cada una de las garantías que son propias de este tipo de actos.

Así, son esenciales la oralidad, la intermediación, la contradicción y la publicidad.

Sólo las excepciones que se establezcan podrán prescindir de estos requisitos o algunos de ellos, siempre que en cada caso esté plenamente justificado.

C) Prueba de cargo

Constituye esta exigencia una de las más complejas de entender e incluso de interpretar prácticamente.

El Tribunal Constitucional como creador del contenido del derecho a la presunción de inocencia mantuvo desde un principio que este derecho en modo alguno podía afectar a la valoración de las pruebas, sino únicamente a la constatación de su existencia y del cumplimiento de los requisitos legales de cada una.

Podía haber dicho otra cosa y permitido a la luz del derecho incluso la valoración de pruebas incorrectamente apreciadas, pero quiso establecer un límite, en ocasiones artificial, a su propia competencia.

De este modo, y partiendo de la imposibilidad de valorar de nuevo las pruebas existentes y correctamente practicadas, la exigencia de que la prueba sea de cargo presenta complejidades y, se puede afirmar, **constituye una excepción en la práctica a la negativa a considerar la posibilidad de revisión de la valoración.**

Efectivamente, mediante este requisito se ha entrado a valorar la prueba, aunque lo sea recurriendo a criterios de objetividad o, lo que es lo mismo, a afirmar que sólo se entra en aspectos meramente objetivos y previos a la valoración.

Así, se afirma que la prueba, para ser de cargo, ha de reunir los siguientes requisitos:

1. Ha de referirse **al delito por el que se condena**, esto es, se ha de probar ese delito, no bastando para condenar por un delito la prueba de otro; igualmente ha de ser **suficiente**, siendo así que es posible realizar una labor de control de algo tan subjetivo como la suficiencia de la prueba (STC de 21 de junio de 1988).

Sucedía antes con el robo y la receptación. Si se encontraban en poder del acusado objetos procedentes de un robo, no se probaba tal conducta, y había afirmado el acusado haberlos adquirido de un tercero, entonces se condenaba por receptación. El Tribunal Constitucional estimaba que no bastaba la insufi-

ciencia de la prueba del robo para condenar por receptación, sino que para ello era necesario acreditar independientemente la receptación.

Igualmente pasaba con la violación y los abusos sexuales. Si no se probada la violación se condenaba en ocasiones por este otro delito, siendo así que estimaba el TC la necesidad de condenar por el que concretamente se probara.

2. Se han de probar todos y cada uno de los elementos del delito por el que se acusa, esto es, el elemento fáctico, la autoría, la participación etc... (STC 150/1989, de 25 de septiembre).

Así, no basta reconocer a una persona para acreditar que sea el autor del delito si no se prueba su autoría (STC 148/1996, de 25 de septiembre).

3. La prueba ha de tener un sentido incriminador objetivo.

Es decir, si no existe elemento alguno externo tendente a la condena no se puede condenar sobre la base de la creencia.

Si ningún testigo afirma que el acusado era éste y no otro, no existen huellas etc... la condena no es posible.

4. En la prueba indiciaria el razonamiento que une hecho base o indicio con hecho presumido ha de ser coherente, lógico y fruto de la razón, siendo este razonamiento contrastable en vía de recurso de amparo.