



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO**



**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN
EN CIENCIAS PENALES**

TESIS

**“VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO PENAL POR
INOBSERVANCIA DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS DE
LA ACTIVIDAD PROBATORIA”**

Presentada, para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho, con Mención en Ciencias Penales

AUTOR : Segundo Máximo Larios Perleche

ASESOR : Dr. Carlos Alfonso Silva Muñoz

Lambayeque, mayo de 2017

INFORME FINAL DE TESIS.

**“VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO PENAL POR INOBSERVANCIA DE LAS
REGLAS Y PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA”**

PRESENTADO POR:

**SEGUNDO MÁXIMO LARIOS PERLECHE
AUTOR**

**DR. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ
ASESOR**

APROBADO POR:

**Dr. RENÁN ARBILDO PAREDES
PRESIDENTE**

**Dr. JOSÉ MARÍA BALCAZAR ZELADA
SECRETARIO**

**Dr. MIGUEL ARANA CORTEZ
VOCAL**

Lambayeque, mayo de 2017

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación quiero dedicarlo a mis padres: Máximo y Angela por su gran esfuerzo, por su apoyo incondicional, por sus alientos en todos los momentos de mi vida. Fueron la piedra angular en donde descansaba y elevaban mis ilusiones hoy hechas realidad. También, a mi esposa Maribel Jiménez López y a mis hijos: Anthonella y Máximo, son el motor que cada mañana prende la esperanza y la fe para seguir adelante.

Agradecimiento.

Quiero agradecer a Dios por su infinita bondad y generosidad, por los dones concedidos. También a todos los maestros de la “Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo”, pues con cada enseñanza y experiencias compartidas en clases han formado y alimentando mis conocimientos.

ÍNDICE

RESUMEN.....	13
ABSTRACT	14
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I	
ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL	
PERUANO.....	24
1. CUESTIONES PRELIMINARES	24
1.1.	Categorías De La Actividad Probatoria 24
1.1.1. Fuentes De Prueba	24
1.1.2. Elemento de Convicción.....	25
1.1.3. Elemento de Prueba	26
1.1.4. Medio de Prueba.....	27
1.1.5. Órgano de Prueba.....	28
1.1.6. Instrumentos de Prueba.....	29
1.1.7. Objetos.....	29
1.1.8. Documentos.....	29
1.1.9. ACTOS DE PRUEBA. -	30
1.1.10. INDICIO.	30
2. Definiciones De La Prueba.	32
2.1. Prueba.....	32
2.2. Concepto Técnico Jurídico De La Prueba	34
2.3 ¿Qué es lo que se prueba en el derecho penal?.....	38
2.4. La Prueba En El Proceso Penal Peruano. -	40
2.5. LA ACTIVIDAD DE LAS PARTES ES TRANSPORTADA AL JUICIO ORAL	41
3. LA ACTIVIDAD PROBATORIA.....	43
3.1. DEFINICIÓN.....	43

3.2.- LOS ROLES EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA	44
3.2.1. El Rol Del Fiscal.....	44
3.2.2. El Rol De La Defensa	45
3.2.3. El Rol del Juez en La Actividad Probatoria.	45
3.2.3.1. El principio - deber de imparcialidad.	46
3.2.3.1.i.- Como garantía.	47
3.2.3.1.ii.- Como un derecho de los litigantes.	49
3.2.3.1.iii. Como Derecho a un Juez Imparcial.....	50
3.2.3.2.- El principio - deber de independencia.	51
3.2.3.3. El principio-deber de buscar la verdad.	52
3.2.3.3.i Verdades que ingresan al proceso.....	55
3.2.3.3.ii. Verdad como derecho de los Justiciables y de la Sociedad.....	56
3.2.3.3.iii. La Actividad Probatoria y su Protección Constitucional.....	59
3.2.3.3.iv La Tutela Jurisdiccional Efectiva Y La Actividad Probatoria.	61
3.2.3.3.v. La Finalidad De La Actividad Probatoria En El Proceso Penal.....	63
CAPITULO II.....	64
LAS GARANTÍAS, PRINCIPIOS, REGLAS, Y CARACTERÍSTICAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.	64
1.- Principios Que Rigen La Actividad Probatoria.....	65
2. Diferencia Entre Principio Y Regla	69
3.- Principios Que Rigen Actividad Probatoria del Proceso Penal En Perú	70
3.1.- Principio del Debido Proceso probatorio.	70
3.1.1. Desde su dimension formal	71
3.1.2. Desde la dimensión sustancial.....	71
3.2	72
El Principio De Igualdad De Armas En La Actividad Probatoria.	72
3.3.Principio De Aportación De Partes.	74

3.4.Principio De La Obtención Coactiva De Los Medios Probatorios.	77
3.5. Contradicción O e Confrontación.	80
3.5.1. El Principio De Contradicción En Los Tratados Internacionales.	83
3.6. Principio de concentración.	84
3.7.- Principio de inmediación.	85
3.8. Principio de proporcionalidad.	87
3.9.- El Principio De Publicidad.	89
3.10. El Principio De Oralidad.	93
3.11. Principio de libertad probatoria.	95
3.12. Principio De La Comunidad O Adquisición De La Prueba	96
3.13.- El Principio de Identidad de la prueba.	101
3.13.1. Cadena de Custodia	103
3.14.- Principio De Originalidad De La Prueba.	104
4.- Reglas, Limites O Características En La Actividad Probatoria	106
4.1.- Funciones De Las Reglas En La Actividad Probatoria	107
4.2. Reglas, Límites o Características de Exclusión Intrínsecas	108
4.2.1. La Pertinencia	108
4.2.2. Conducencia	108
4.2.3. La Utilidad o relevante	111
4.2.4. Legalidad, Licitud O Constitucionalidad	113
4.3.1. 2.a. La prueba Prohibida.	115
4.3.1.2. a.i. Posición Del Tribunal Constitucional	117
4.3.1.2. a.ii. Posición de la Corte Suprema	118
4.3.1.2.a.iii. Supuestos En Que Se Admite La Prueba Prohibida	119
4.3.1.2. a.v. La prueba prohibida en la Constitución y en el Proceso Penal.	123
4.3.1.2. a.vi. Efectos del elemento de convicción o elemento de prueba prohibida	125

4.3.1.2. b. El elemento de convicción o medio de prueba Ilícita.	126
4.3.1.2. C. Diferencias Entre Elemento de convicción o elemento de Prueba Prohibida y la Ilícita.....	127
4.3.Reglas de Exclusión Extrínsecas.	128
4.3 .1. Reglas O Limites extrincicos Generales,	129
4.3.1.1. LA PRECLUSIÓN.-	129
4.3.1.2. La Formalidad.-	129
4.3.1.3. Veracidad o verosimilitud de la prueba.....	130
4.3.1.4. Legitimidad.	131
4.3 .2. Límites Específicos.....	131
5. MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.	132
5.1. VISIONES SOBRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.....	135
5.1.2. Desde el punto de vista epistemológico,	135
5.1.3. Desde el punto de vista procesal.	136
5. 2. Momentos en el Código Procesal Peruano	137
5.2.1.- PRIMER MOMENTO: De Postulación, Ofrecimiento O Proposición O Aportación.-.....	137
5.2.1. a.- Ofrecimiento O Postulación De Pruebas.....	137
5.2.1. a.1. Acto De Ofrecimiento En La Etapa Intermedia.-	138
5.2.1. a. 2.- En El Juicio Oral De Primera Instancia	141
5.2.1.a.3. Acto de ofrecimiento en segunda instancia.	155
5.2.1.b.- Acto De Oralización De Los Elementos Probatorios Y Su Admisión.....	157
5.2.1.c. La Admisibilidad de la Prueba y el auto de enjuiciamiento.....	158
5.2.1.d. El reexamen.....	159
5.2.1.e. La reiteración	159
5.2.1.f. La Exclusión De Los Elementos De Prueba.....	159
5.2.2. SEGUNDO MOMENTO “Actuación De La Prueba”.	160
5.2.2.1.- El Interrogatorio Del Acusado.	162

5.2.2.1.1 El Derecho A Ser Oído En Audiencia.	162
5.2.2.1.2. Actuación del examen del acusado.	164
5.2.2.2. Declaración del coacusado sentenciado en un juicio oral.	166
5.2.2.2.a. Desde la perspectiva subjetiva.....	167
5.2.2.2.b. Desde la perspectiva objetiva	167
5.2.2.2.c. La coherencia y solidez del relato del coimputado.....	167
5.2.2.3.- La Prueba Testifical.....	168
5.2.2.3.1.- Aspectos generales.....	168
5.2.2.3.2. Finalidad del examen del testigo.	169
5.2.2.3.4. Derecho Y Límites De La Actuación Del Testigo.....	170
5.2.2.3.5. El testigo menor de edad.	171
5.2.2.3.6. El testigo protegido o reservado o anónimo.	172
5.2.2.4. El agente encubierto o infiltrado.	179
5.2.2.5.- El careo.	182
5.2.2.6.- El Examen al perito y el informe pericial.	184
5.2.2.6.1. Concepto y fundamento.	184
5.2.2.6.2. Actuación pericial.	186
5.2.2.7.- Actuación de la prueba material o evidencias físicas	187
5.2.2.8. Actuación De La Prueba Documental.....	189
5.2.2.9. La Percepción De La Prueba.	190
5.2.3. TERCER MOMENTO: DE LA VALORACIÓN Y MOTIVACIÓN.	191
5.2.3.1. Valoración De La Prueba.	191
5.2.3.2. Reglas Y Principios De La Valoración De La Prueba.....	193
5.2.3.2.1. Control Formal de validez de la prueba.....	193
5.2.3.2.2. Control Sustancial o de eficacia.	194
5.2.3.3. La Sana Crítica:	195
5.2.3.3. Los principios lógicos.	197
5.2.3.3.1.- El principio de identidad.....	197

5.2.3.3.2.- El principio de no contradicción.....	197
5.2.3.3.3.- El principio del tercero excluido.....	198
5.2.3.3.4.- El principio de razón suficiente.....	199
5.2.3.4. Las Máximas De La Experiencia.-.....	199
5.2.3.5. Los Principios y Reglas del Conocimiento Científicos:	201
5.2.3.5.1. El Principio de intercambio.-.....	201
5.2.3.5.2. El Principio De Correspondencia O De Uso.	204
5.2.3.5.3. Principio De Reconstrucción Del Fenómeno O Hecho.	206
5.2.3.5.4. Principio de Probabilidad.....	207
5.2.3.2. MOMENTO DE LA MOTIVACIÓN	209
5.2.3.2.2. Principios Que Gobiernan La Debida Motivación	212
5.2.3.2.2.a.- Principio De Exhaustividad O Completitud.-.....	212
5.2.3.2.2.b.- Principio De Congruencia.-	214
5.2.3.2.2.b.i. Incongruencia activa	215
5.2.3.2.2.b.ii.- Incongruencia omisiva.....	215
5.2.3.2.2.c. Principio De Coherencia.-.....	217
5.2.3.2.2.c.i.- Coherencia Interna.	220
5.2.3.2.2.c.ii.- Coherencia Externa.....	220
5.2.3.2.2.d. El Principio De Razonabilidad.	221
5.2.3.2.2.e. El Principio De Objetividad	225
5.2.3.2.2.F. Principio De Imparcialidad.	226
5.2.3.2.2.g. El Principio De Proporcionalidad.	227
5.2.3.2.2.h. Principio De Logicidad.....	230
5.2.3.2.4. Los Tratados Internacionales Y La Actividad Probatoria.....	231
5.2.3.2.4.1. Los Tratados	231
5.2.3.2.4.2. Rango Constitucional De Los Tratados	232
5.2.3.2.4.3. Los Tratados Internacionales De Los Derechos Humanos.	233
5.2.3.2.4.4.a La obligación de respetar.	234

5.2.3.2.4.4.b. La obligación de protegerlos,	234
5.2.3.2.4.4.c. La obligación de garantizarlos	234
5.2.3.2.4.5.- Los Tratados Internacionales y la Actividad Probatoria.	235
5.2.3.2.4.6. Principios de la actividad probatoria Estandarizados en los Trarados Internacionales.	236
5.2.3.2.4.7. La Actividad Probatoria Y La Cooperación Judicial Internacional. ...	237
5.2.3.2.4.7.a.- A nivel bilateral:	238
5.2.3.2.4.7.b.- A nivel regional:	238
5.2.3.2.4.7.c. A nivel mundial:	238
5.2.3.2.4.8 Actos De Cooperación Internacional Que Contribuyen a la Actividad Probatoria.	239
5.2.3.2.4.8. Requisitos De Admisibilidad Para El Procedimiento De La Cooperación Internacional.	241
5.2.3.2.4.9. Asistencia Judicial Mutua En La Actividad Probatoria.....	244
5.2.3.2.4.9.1. Declaración de Testigos y Peritos.....	247
5.2.3.2.4.9.2. Obligaciones Del Estado Receptor.....	251
5.2.3.2.4.9.3. Garantías Que Goza El Testigo Requerido:.....	252
5.2.3.2.4.9.4. Límites De La Cooperación A La Actividad Probatoria.....	252
5.2.3.2.4.9.5. Remision de Informenes y Antecedentes	253
5.2.3.2.4.9.6. Limitacion al uso de informacion o pruebas por el Estado Requiriente.	254
5.2.3.2.4.9.9. El Control De La Convencionalidad.....	254
5.2.3.2.4.9.10. La vincularidad normativa de la convención.	255
5.2.3.2.4.9.11. Fundamento Jurídico Del Control Convencional	258
5.2.3.2.4.9.12. ¿Quién, cuando y como se debe realiza el control de convencionalidad en el Perú?	259
5.2.3.2.4.9.13. Normatividad Objeto De Control Por La Convención.....	260
5.2.3.2.4.9.14. Normatividad Controlante.....	261
5.2.3.2.4.9.15. Efectos del Control Convencional.....	262

5.2.3.2.4.9.16. Clases del control convencional:	263
5.2.3.2.4.9.16.a. Control convencional Internacional, vertical o supra nacional..	264
5.2.3.2.4.9.16.b. Control convencional Interno, horizontal o nacional.	265
5.2.3.2.4.9.17. Tratados Internacionales que colaboran con la actividad probatoria.	265
Analisis de casos.....	267
CONCLUSIONES.....	270
RECOMENDACIONES.....	272
BIBLIOGRAFÍA.....	273

RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda un tema trascendental en el proceso penal, este es, la actividad probatoria, comienza conceptualizando cada una de sus categorías para una mejor comprensión y adecuado uso, se pretende determinar cuáles son los principios, las reglas y garantías que lo gobiernan además de las previstas. Así mismo se destaca la vital importancia de cada uno de ellas, en cada uno de los momentos de la actividad probatoria, lo que deben ser observados escrupulosamente por los operadores del derecho, por las partes en conflicto y por el juzgador, ya que en caso de no observarlos se violaría el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y específicamente el derecho a la prueba. Lo que acarrearía la inexorable sanción de nulidad de todo lo actuado y por consiguiente genera la posibilidad de realizar nueva actividad probatoria a efectos de superar omisiones, vicios o ilicitudes procesales.

ABSTRACT

The present research work addresses a transcendental issue in the criminal process, that is, the evidentiary activity, begins by conceptualizing each of its categories for a better understanding and adequate use, it is intended to determine which are the principles, rules and guarantees that govern in addition to those provided. It also emphasizes the vital importance of each of them, in each of the moments of the evidentiary activity, which must be observed scrupulously by the operators of the law, by the parties in conflict and by the judge, since in case failure to observe them would violate due process, effective jurisdictional protection and specifically the right to evidence. What would lead to the inexorable sanction of nullity of all actions and therefore generates the possibility of conducting new evidentiary activity in order to overcome omissions, vices or procedural illegality.

INTRODUCCIÓN

En atención a las nuevas tendencias y al encausamiento del proceso penal en el ámbito constitucional, se enfoca la actividad probatoria desde una perspectiva ontológica, epistemológica y formal, a fin de comprender su gran importancia y trascendencia en la impartición de justicia. Para cuyo efecto, se conceptualiza cada una de sus categorías a efectos de poder distinguirlos y designarlos adecuadamente en cada uno de los momentos en que se desarrollan y darles una apropiada utilización. Se aborda los roles que tienen los participantes en la actividad probatoria, se precisa cuáles son sus obligaciones y deberes, en la búsqueda de la verdad de los hechos como motor del proceso penal.

También, se pretende determinar cuáles son los principios, reglas, garantías o límites que gobiernan cada una de los momentos de la actividad probatoria, se resalta su trascendencia de cada uno de ellos, las potestades y ventajas con las que contribuyen a la realización del derecho a la prueba en el proceso penal; pero también se deja en claro las consecuencias negativas y perjudiciales de su no observancia. Esto, a la luz de las diversas sentencias emitidas por los Tribunales supranacionales como los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y las opiniones consultivas del Comité de Derechos humanos.

Asimismo, se aborda el tema de los tratados internacionales y la estandarización de los principios, reglas o de “las garantías mínimas” de la actividad probatoria, como obligaciones asumidas por los estados partes para respetarlas, garantizarlas y optimizarlas; porque también tienen protección en la Jurisdicción supranacional. Por último, también se aborda en este capítulo lo concerniente a la colaboración internacional respecto a la recepción y entrega de medios probatorios que se encuentra fuera de la competencia territorial del país requirente, previo solicitud y cumplimiento de los presupuestos establecidos en el derecho público internacional. Esta investigación en concreto busca dar cuenta del desarrollo dialectico de la actividad probatoria a través de sus diversos momentos, así como resaltar ciertas pautas a tener en cuenta para el cumplimiento del debido proceso probatorio.

ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El tema surgió como consecuencia de la verificación en algunos procesos de la **inobservancia de principios, características y de las reglas, de valoración** en la actividad probatoria, esto tiene que ver con la manera como los elementos probatorios se introducen al proceso, bajo que procedimientos o mecanismos. En esta compleja operación el Juzgador no tan solo se ve vinculada a la ley, si no también a la constitución, es mas, el juez deberá tener en cuenta otros criterios como: las indicadas en las jurisprudencias de la Corte Suprema, la precedentes vinculantes y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional... Por que las pruebas conseguidas e introducidas con infracción de las normas no tan solo puede generar consecuencias jurídicas penales para quien las consigue, sino también para quien las valora.

El problema gira básicamente en torno a la adecuada **actividad probatoria** que han desarrollar las partes a fin de mantener incólume el principio de inocencia o para acreditar la vinculación y la responsabilidad del acusado, tratando siempre de **respetar en todo momento el debido proceso**. En este aspecto no tan solo tiene que cumplir su deber el juzgador, sino también ambas partes (acusador y abogado defensor) para que puedan ofrecer su prueba oportuna, adecuada y pertinentemente, a efectos de someterla al debate garantizando el derecho de contradicción a la prueba y al control de la misma, desde su obtención hasta su actuación. Máxime si se tiene en cuenta que la actividad probatorio es el modo más confiable para descubrir la verdad

y a la vez, **la mayor garantía contra la arbitrariedad y prevaricato en las decisiones judiciales.**

El derecho a una debida valoración de la prueba desde el punto de vista del derecho constitucional, como lo ha reconocido el centinela de nuestra legalidad “tribunal Constitucional” por ser un derecho constitucional, tiene dos dimensiones: a) Por un lado, es un **derecho subjetivo** mediante el cual el ciudadano ofrece los medios probatorios para sustentar su teoría del caso, pero esto no queda allí, sino que por otro lado, se erige como b) **derecho objetivo**, que impone el deber que tiene los funcionarios del órgano jurisdiccional de valorar adecuadamente los medios probatorios ofrecidos por las partes, siempre que estos hayan sido ingresados o incorporados al proceso de manera regular y cumplan con los requisitos de ley.

Asimismo, la actividad probatoria concluye con una adecuada valoración y motivación de los elementos probatorios (incorporados con todas las garantías y legítimamente al proceso), que no es la simple enumeración de los medios probatorios, sino una interpretación analítica explicativa de estos, el cual da como conclusión la decisión del juzgador, en concordancia con el deber-obligación que tiene el juzgador de actuar con objetividad, independencia¹, imparcialidad, probidad, buena fe y autonomía², en el proceso de valoración de la actividad probatoria.

En nuestro país en donde todavía no tenemos una democracia consolidada es importante que los magistrados incluido los del Ministerio Público, cumpla su

¹ Art. 16 del TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY **ORGÁNICA** DEL PODER JUDICIAL.

² Art. 5 Ley Orgánica del Ministerio Público, decreto legislativo N° 052

deber y función, con independencia, objetividad, sin presiones de ningún tipo (amical, político, institucional y económica). Porque, si triunfa ésta, habremos avanzado en el fortalecimiento de la democracia, confianza nacional e internacional y credibilidad en nuestra impartición de justicia. Si triunfan los que gozan poder el retroceso es claro.

La confianza y seguridad de la sociedad en la justicia tiene importantes consecuencias preventivas en el terreno de la criminalidad, pues quien conoce que burlarla no es fácil, y que si comete un delito tiene altas posibilidades de ser condenado “no hay impunidad”, es probable que no opte enfrentarse a la justicia o si lo ha hecho decide sincerarse. Por el contrario, si tiene opciones de evitar la condena, sea por el procedimiento que fuera, se incrementa el número de los que se inclinan por violar la ley y aumenta la inseguridad jurídica, por ende, la inseguridad ciudadana.

Si el pensamiento jurídico va evolucionado respecto a la actividad probatoria y se van precisando los principios criterios y características respecto a ella, estos se convierten en precedentes de observancia obligatoria en la judicatura. Al respecto nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que el magistrado al momento de valorar y resolver debe tener en cuenta los requisitos establecidos en los acuerdos plenarios y jurisprudencia vinculante y si se comprueba que la **emisión de resoluciones judiciales contrarias a las reglas establecidas** como el precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal considera que los jueces que las emitieron deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, así como denunciados por el Ministerio Público, a fin de que

sean procesados penalmente, pues ningún juez puede fallar en contra del texto expreso y claro de las reglas establecidas como precedente vinculante.

Cabe recordar que en estos casos el Ministerio Público ha considerado que el comportamiento de los jueces que fallan en contra o apartándose del precedente vinculante se encuadra dentro del tipo penal de prevaricato. Esta posición, fue destacada por la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 0419-2010-MP-FN, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de enero de 2010. En dicha resolución, la Fiscal de la Nación precisó que los jueces que emitan resoluciones judiciales contrarias al precedente vinculante cometen el delito de prevaricato porque fallan en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del C.P.Const. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³.

2 . FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

El problema de investigación es formulado en los siguientes términos:

¿Cuáles son las reglas, principios, aspectos, mecanismos, fases y características de valoración en la actividad probatoria penal que deben observarse para evitar la violación al debido proceso y la expedición de resoluciones judiciales prevaricadoras?

³ EXP. N.º 00001-2010-CC/TC LIMA Poder Ejecutivo fund. 26 y 27

3.- JUSTIFICACIÓN.

Indudablemente la actividad probatoria es la base de toda decisión judicial y constituye la principal preocupación de quienes actúan en el proceso penal. Esto, es así, por que, sin observancia de reglas mínimas establecidas por la jurisprudencia, precedentes vinculantes y doctrina dominante, se cancela la posibilidad de dictar una resolución justa y objetiva. Esto no sólo tiene que ver con la cantidad de información que se introduce en el proceso, sino además con la calidad y el modo como esta ha sido conseguido, pues solamente se pueden hacer valer las que han cumplido con las reglas o mecanismos de un procedimiento legítimo.

La actividad probatoria no es una tarea sencilla, Se trata de un derecho que sigue un proceso complejo que está compuesto por el derecho a: ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. Por eso es importante que los magistrados cumplan con su deber o rol de garante de una objetiva impartición de justicia, todo esto dentro del marco del debido proceso.

4. OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL.

OBJETIVO GENERAL:

Determinar cómo o cuando se inobserva las reglas de valoración en la actividad probatoria penal, cuando se viola el debido proceso y se crea resoluciones prevaricadoras que atentan contra el debido proceso.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a) Identificar las reglas, niveles, principios y características que se deben
- b) observar en la valoración de la actividad probatoria penal.
- c) Verificar cuando hay violación de la actividad probatoria peruana.
- d) Analizar que motivaciones o causas internas y/o externas hacen violar el deber funcional del magistrado en la actividad probatoria..
- e) Determinar si con la inobservancia a las reglas de la valoración probatoria se viola el debido proceso.

7.-HIPÓTESIS:

SI, los fiscales del Ministerio Público de la Provincia de Jaén haciendo de su interpretación razonable observando las reglas, principios y características de valoración en la actividad probatoria penal **entonces**, se daría una seguridad jurídica en las investigaciones en el debido proceso penal y no se crearían resoluciones prevaricadoras.

8.- Variable independiente

. Se daría una seguridad jurídica en las investigaciones en el debido proceso penal y no se crearían resoluciones prevaricadoras.

9.- INDICADORES:

El artículo 158 Inciso 1 del Código Procesal Penal.

Los precedentes vinculantes de la Corte Suprema

La jurisprudencia del Tribunal constitucional que establecen las características y principios de la actividad probatoria.

El artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política.

La falta de conocimiento sobre actuación probatoria

-Variables dependientes

L aplicación de los fiscales del Ministerio Público de la Provincia de Jaén haciendo de su interpretación razonable observando las reglas, principios y características de valoración en la actividad probatoria penal

- INDICADORES:

Art. 418 del Código Penal.

Factores extra judiciales (amicales, políticas, económicas...)

Constitución Política del Perú.

Convención americana de derechos humanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Otras normas supranacionales.

CAPÍTULO I

ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

1. CUESTIONES PRELIMINARES

1.1. Categorías De La Actividad Probatoria

Dado las diferentes denominaciones que se le da a la prueba en los momentos de la actividad probatoria, resulta de particular importancia analizar las categorías de la prueba, para efectos de un adecuado entendimiento y correcta utilización de cada uno de ellos en los respectivos momentos:

1.1.1. Fuentes De Prueba

Desde el punto de vista Epistemológico es el objeto o sujeto en el cual queda gravado el hecho ilícito histórico, ya sea en el ambiente o en la mente según como corresponde. Su concreción puede ser material o extra material.

Por ejemplo en el delito de lesiones lo material sería el daño al aspecto somático y lo inmaterial sería el dolor, el honor, la imagen, la humillación. Ontológicamente resulta ajeno al procesal judicial, pues, este se encuentra en la realidad objetiva.

SENTIS MELENDO, afirma que es un concepto meta jurídica, extrajurídica o a jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraño al proceso; que existirá independientemente de que se siga o no el proceso, es decir, la fuente es lo sustancial y material, mientras que el medio es lo adjetivo y formal⁴. **Su localización y obtención no es una actividad probatoria**⁵.

Es recogida a través de la actividad de investigación preparatoria por los sujetos procesales y aparece primero indicada en la disposición de formalización como elemento de convicción.

1.1.2. Elemento de Convicción

Es la fuente recogida de la realidad objetiva e incorporada a la investigación preliminar y preparatoria, sirven a la fiscalía para vincular (como autor o participe al investigado Art. 268 del CPP.) o desvincular al investigado con los hechos criminosos, así como para tomar una decisión (puede servir para requerir una medida cautelar, para archivar o formalizar la investigación), correspondiéndole al Juez de Investigación Preparatoria analizar su verosimilitud y calidad para que declare fundada o infundada el requerimiento fiscal. Denominación que tiene hasta la formulación del requerimiento de acusación fiscal (Inc. "c" Art. 349).

⁴SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba, EJE, Buenos Aires. 1979, pp. 151-156.

⁵SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Editores Instituto Peruano de criminología y ciencias penales, y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas. Políticas y Sociales. Lima 2015 p. 519.

1.1.3. Elemento de Prueba

En nuestro medio es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva, aparece en el requerimiento acusatorio como elemento de cargo ofrecido por la fiscalía y en el escrito de la defensa que la contradice como elemento de descargo. MANZINI, sostiene que el elemento de prueba es el hecho o circunstancia en que se funda la convicción del juez⁶. Lo que no concuerda con nuestra realidad, ya que es la prueba la que causa dicha convicción, el elemento de prueba es previo a ella.

Es ofrecido por el fiscal en el requerimiento acusatorio en la etapa intermedia, para sustentar su teoría del caso, debe ser oralizado obligatoriamente en la audiencia preliminar o de control de acusación, controvertido por las partes para su posterior admisión y analizada por el Juez de Investigación Preparatoria para verificar si cumple con los requisitos o reglas de pertinencia, objetividad, legalidad, utilidad y conducencia. Caso contrario declara su inadmisibilidad y no podrá ser utilizado por las partes para sustentar sus teorías.

Asimismo, el elemento de prueba que existe en la carpeta fiscal o que tengan en su poder las partes y no lo hayan ofrecido oportunamente no formará parte del caudal probatorio y por ende no puede utilizarse para actuarlo en el juicio oral, ni para sustentar una defensa, ni para sustentar una acusación, ni mucho menos para sustentar una sentencia. Es incorporado formalmente al proceso

⁶ MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. 2da edición. EJEA. Buenos Aires, 1954 T.III. 1952 pag 208.

mediante el auto de enjuiciamiento en la que se declara su admisibilidad, quedando expedito para su posterior actuación en el juicio oral.

1.1.4. Medio de Prueba

Según el Dr. Carlos Matheus López, es un concepto procesal y jurídico, correspondiente principalmente al derecho probatorio⁷. Es el instrumento u órgano que sirve para acreditar el hecho histórico. La actuación del medio de prueba en el juicio oral hace posible acreditar los hechos ilícitos y probar la teoría del caso; como también sirve para desvirtuar la acusación y lograr la absolución. Su efecto consiste en volcar en el proceso, la información en ella contenida.

El Dr. San Martín, los considera como instrumentos procesales, caminos o procedimientos a través de los que las fuentes de pruebas se incorporan al proceso y solo existen dentro del proceso⁸.

Según nuestro código Procesal Penal, los medios probatorios típicos que se pueden ofrecer son: La confesión (Art. 160), el testimonio (Art. 162), la pericia (Art. 172), El careo (art. 182), las pruebas documentales (art. 184) (como el acta de reconocimiento Art 189, el acta de inspección judicial y reconstrucción Art 192, el acta de verificación fiscal, el acta de levantamiento de cadáver Art 195, la necropsia, el acta de examen de vísceras y materias sospechosas, el examen médico de lesiones y de agresión sexual, las actas de intervención corporal, el acta del examen de alcoholemia ...) las grabaciones de video-

⁷MATHEUS LOPEZ, Carlos. Academia de la Magistratura, Material de autoaprendizaje base Derecho Probatorio. p. 18

⁸SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Editores Instituto Peruano de criminología y ciencias penales, y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas. Políticas y Sociales. Lima 2015 p. 520

vigilancia. Y los atípicos son distintos a los mencionados, constituidos por auxilios técnicos o científicos como la pericia del ADN.

Los medios de prueba según el paradigma impregnado por nuestro Código Procesal Penal son los que ofrecen las partes, se actúan y perciben en el juicio oral. Su partida de nacimiento es el auto de enjuiciamiento, si este no lo contienen no existe, por esa razón se dice que su existencia es lo adjetivo lo formal. En el juicio oral el medio de prueba se le clasifica en: órgano de prueba o instrumento de **prueba**.

1.1.5. Órgano de Prueba

EUGENIO FLORIÁN, lo define como la persona por medio de la cual se adquiere en el proceso el objeto de la prueba, es decir, por medio de la cual dicho objeto llega al conocimiento del juez y eventualmente a los demás sujetos procesales⁹. El maestro GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Afirma que la función del Órgano de prueba es transmitir al Juez el conocimiento sobre el objeto de prueba. Son órganos de prueba el testigo y el perito¹⁰.

Al respecto El Dr. Pablo Sánchez Velarde, sostiene: el órgano de prueba actúa como intermediario entre la prueba y el juez. Enfatiza que son órganos de prueba el imputado, el agraviado, el testigo¹¹. Afirma el referido maestro que la declaración del imputado constituye un medio de defensa y no de prueba.

En el juicio oral la fuente de prueba se convierte o se le llama órgano de prueba como se puede verificar en nuestro código adjetivo Inc. 2 Art. 369.

⁹FLORIAN, Eugenio. De las pruebas penales. Temis, Bogota, 1976. T.I. Pag. 174.

¹⁰GARCIA VALENCIA, Jesus Ignacio. Las pruebas en el proceso penal. Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 1996. P.93

¹¹SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de derecho procesal penal. Idensa Lima 2004 p. 658.

1.1.6. Instrumentos de Prueba.

Es la prueba material, constituido por los efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio oral, siempre que sea materialmente posible, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes.

Estos instrumentos o prueba material, podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin que la reconozcan e informen sobre ella.

1.1.7. Objetos,

-VESTIGIOS INCAUTADOS: El arma de fuego o blanca, la ropa, la droga incautada.

- **CAUDALES:** Son bienes en general de contenido económico, como el dinero, cuentas corrientes, depósitos o remesas bancarias.

-EFECTOS DEL DELITO. Son todos aquellos objetos, cosas, y bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables, las casas los vehículos.

1.1.8. Documentos.

Es todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica y pueden ser:

Actas:

- Actas de denuncia, de declaraciones de agraviados, imputados, testigos.

- Actas conteniendo pruebas anticipadas.

- Actas que contienen pruebas pre constituidas como de: intervención policial, intervención corporal, acta de constatación, acta fiscal de inspección, acta de reconocimiento, de registro, de revisión, pesaje, hallazgo, incautación allanamiento.
- Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio de avanzada tecnología utilizados como cámara de vigilancias, en recinto cerrado o espacio abierto al público.
- Dictámenes periciales.
- Infórmenes, exhortos, documentos certificados o fedateados.

1.1.9. ACTOS DE PRUEBA. -

Son aquellas acciones realizadas por las partes durante la actividad probatoria con la finalidad de demostrar la veracidad de su teoría del caso. Estos comprenden los momentos de: aportación, actuación, valoración y motivación de los medios, concluyendo con los alegatos finales o de cierre.

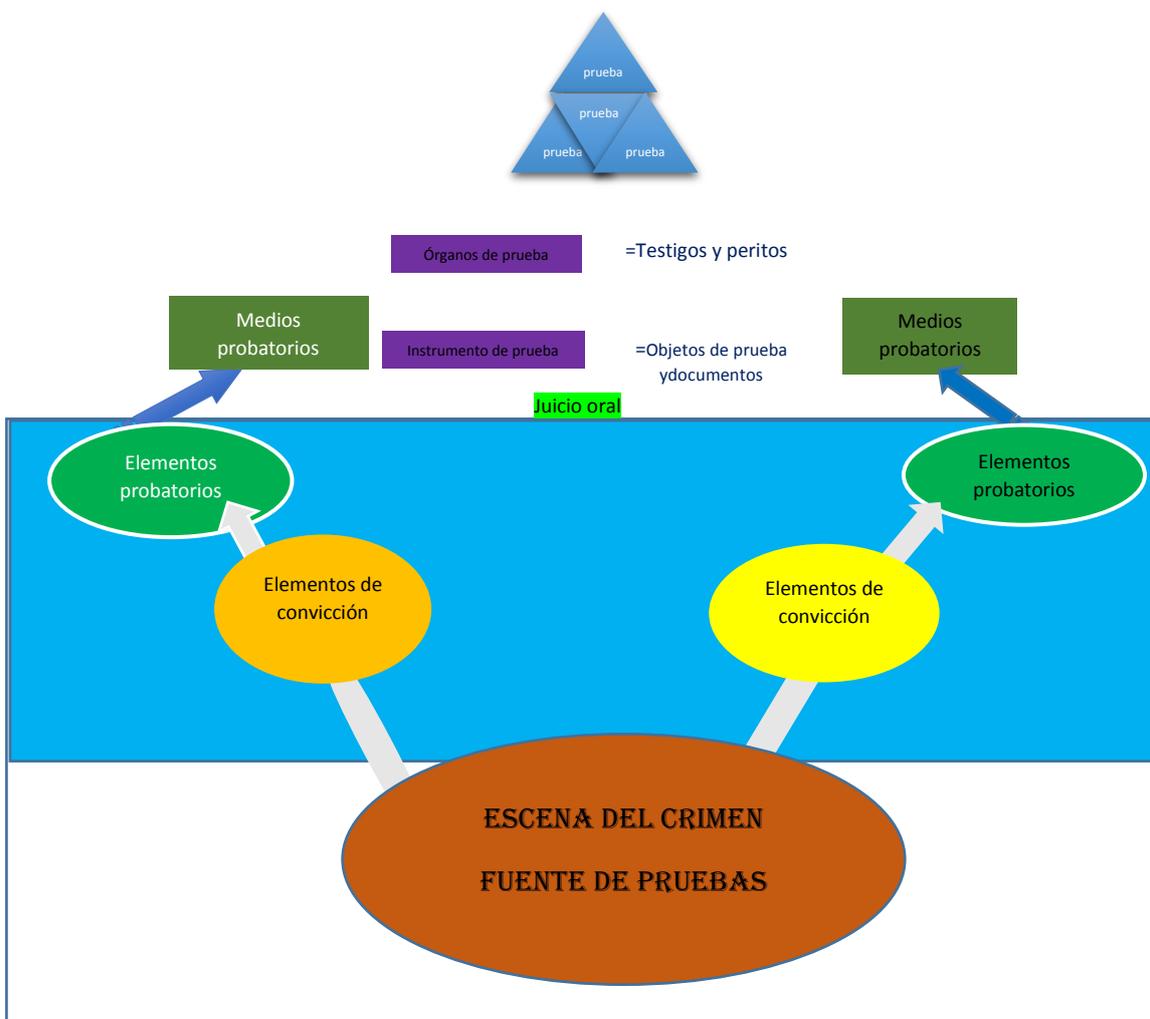
1.1.10. INDICIO.

Es todo acto, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios, que adquieren significado en su conjunto cuando conducen al juez, a la certeza de la comisión de un hecho delictivo. El que delinque y pasa en la escena del crimen deja rastros, vestigios o huellas. Mediante el indicio se permite reconstruir los hechos investigados, ocultos para la justicia.

Las sospechas y conjeturas que derivan de las circunstancias constituye la prueba indiciaria por Ejemplo: las impresiones dactilares, objetos perdidos, uso

de distintas tintas en el documento fraguado, etc. Puede ser: **MANIFIESTOS**; cuando se encuentra al ladrón llevándose los objetos sustraídos; **PRÓXIMOS**, cuando se encuentra al usurpador en posesión del inmueble en litis; y **REMOTOS**, si existe antecedentes del delincuente por ser persona de malas costumbres.

PRESUNCIONES: Es el razonamiento lógico-jurídico.



CATEGORÍAS DE LA PRUEBA

2. Definiciones De La Prueba.

2.1. Prueba

La raíz etimológica de la palabra prueba proviene de los términos latinos: “probo”, que significa: bueno, honesto; y de “probandum”, que equivale a probar, experimentar y patentizar. Por tanto prueba es aquello bueno o significativo que permite comprobar algo. Llevando esto a la acción de las partes en la actividad probatoria, significa básicamente convencer sobre la efectividad de una afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana. Así, por ejemplo, el método científico se caracteriza porque exige al investigador acreditar una y otra vez la hipótesis que formula. En el fondo lo que se hace es comprobar una afirmación por medio de elementos probatorios, que permitan corroborar una hipótesis y convencerse a la comunidad científica, de la efectividad de esta última¹². Asimismo, hay autores que sostienen que, en las actividades cotidianas de las personas se pueden encontrar otros ejemplos, como probar la propiedad de un bien mediante la presentación de documentos de compra, o acreditar el pago de una obligación mediante la exposición del comprobante de depósito respectivo.¹³ Criterio que también compartió en su momento Devis Echeandia.¹⁴

De lo indicado se infiere que la noción de prueba aparece unida a todas las

¹²CAROCCA PEREZ, Alex. Manual del Nuevo sistema procesal penal. Lexis Nexis. 3ra. Edic. Santiago 2005. pag. 232

¹³ HERNANDEZ MIRANDA. E, SALAS BETETA. C, ARBULÚ MARTINEZ, V. “La prueba en el Código Procesal Penal de 2004”. Lima: Gaceta penal – Gaceta jurídica, 2012, p. 8

¹⁴ ROSAS YATACO. Jorge. “Manual de derecho procesal penal”. Lima: Grijely, 2003, p. 574

actividades del acontecer social. Puede afirmarse que es una necesidad que surge desde que el hombre vive en sociedad. Por ejemplo el niño, desde temprana edad, empieza a realizar experimentos que quiere hacer ver a sus padres como demostración de sus habilidades a fin de que éstos den muestras de admiración y aprobación.¹⁵ Esto a llevado al Profesor español Manuel Miranda Estrampres, advertir que: uno de los errores que se comete al abordar el estudio de la prueba en el proceso es tratar de analizar el fenómeno probatorio como si fuera exclusivo del derecho procesal, cuando es una actividad inherente al ser humano, que se produce en todas las facetas o áreas en donde se desenvuelve el ser humano. Tiene por consiguiente, un carácter metajurídico o extrajurídico. Noción que trasciende el campo del derecho¹⁶.

Al respecto señala Devis Echandia¹⁷, “no hace falta mayor imaginación para comprender la enorme importancia que la prueba tiene en la vida jurídica; sin ella los derechos subjetivos de una personas serían, frente a las demás personas o al Estado y entidades públicas emanadas de éste, simple apariencia, sin solidez, sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano o por espontánea condescendencia de los demás. Lo indicado se relaciona con lo afirmado por Carnelutti al sostener que el concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia.¹⁸

¹⁵PARRA QUIJANO. J. “Pruebas ilícitas” en *Ius et veritas*. N° 14. Lima: 1997, p 37 y ss.

¹⁶MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: J.M. Bosch, 2003 p. 16.

¹⁷ECHANDIA DEVIS. H. *Teoría General de la Prueba Judicial*. T.I. Ed. Zavalía, Buenos Aires: 1972, p. 12

¹⁸CARNELUTTI. F. “La prueba civil”. Buenos Aires: Depal,a, 1995, p. 4

2.2. Concepto Técnico Jurídico De La Prueba

El concepto de prueba ha ido evolucionando paulatinamente, atendiendo a las circunstancias de cada época social y a las exigencias de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, hoy más que nunca y desde la visión constitucional del derecho procesal penal se pretende armonizar el derecho de prueba con el respeto de los principios y reglas que gobiernan la moderna actividad probatoria con tendencia garantista ante la arbitrariedad jurisdiccional.

A partir de lo expuesto, han surgido diferentes enfoques que pretenden definir la prueba en el proceso penal, así tenemos que para los seguidores de la **tendencia objetiva** la prueba significa, en general, la razón, argumento, instrumento, u otro medio con que se pretende mostrar o hacer patente la verdad o falsedad de una cosa¹⁹. **Desde la perspectiva adjetiva**, en términos de Barona Villar, en el ámbito jurisdiccional, la prueba puede definirse como la actividad procesal, de las partes (rol de demostración) y del juez (rol de verificación) y **Desde la perspectiva psicológica**²⁰ es el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos alegados en el proceso según esta tendencia, lo que buscan las partes mediante el aporte de pruebas es lograr influenciar en la psicología del juzgador persuadiendo su apreciación en cuanto a los hechos con el fin de obtener como resultado

¹⁹NÚÑEZ VÁSQUEZ. C. "Tratado de la prueba penal y del juicio oral". T.I. Santiago: Editora jurídica de Chile, 2009, p. 323

²⁰BARONA VILAR. S. *La prueba*. En "Derecho jurisdiccional - Proceso Penal. Varios autores. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 278

concreto un pronunciamiento que se ajuste a la posición defendida o expuesta. Sin embargo, esta afirmación resulta inexacta ya que la prueba no se reduce al convencimiento subjetivo del juez, esto es la labor del juzgador, pues en estricto prueba es aquello **principalmente, que otorgan datos objetivos y científicos que permitan comprobar la verdad de los hechos materia de proceso**²¹.

Arocena, manifiesta que Prueba, es todo medio material útil al juicio histórico “elemento objetivo“, aportado al procedimiento de indagación histórica que dota de contenido y fundamento a la actividad probatoria que se lleva a cabo en el proceso penal.²² En este sentido Caferata Norres, señala que es todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva.²³

Moras Mom, sostiene que la prueba es la acreditación de la verdad de cada uno de los aspectos, circunstancias y modalidades que rodean tanto al hecho que se afirma delictivo, como al sujeto a quien se imputa responsabilidad a su respecto. Agrega, además, que ella opera en el proceso, siendo un método legalmente regulado de adquisición de conocimiento. De esta manera, la prueba tiene por objeto acreditar: a) objetivamente, el hecho; b) subjetivamente, el sujeto responsable; y c) las respectivas responsabilidades que ellos ofrecen y se enmarcan en la ley penal, fundando una aspiración

²¹HERNANDEZ MIRANDA. E, SALAS BETETA. C, ARBULÚ MARTINEZ, V., *op. cit.*, p. 9

²²AROCENA. A. BALCARCE I. CESANO J. “Prueba en proceso penal”. Buenos Aires: Ed. Depalma, 2009, p. 01

²³CAFFERETA NORES. “La prueba en el proceso penal”. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1986, p. 3 y 4

punitiva.²⁴

En este sentido Carnelutti, la define haciendo un símil como objetos mediante los cuales el juez obtiene las experiencias que le sirven para juzgar; pueden compararse con llaves, mediante las cuales el trata de abrir las puertas de lo desconocido, de lo cual como cualquier otro hombre, se encuentra rodeado, para saber lo que no sabe: ¿Qué es lo que ha ocurrido?²⁵

Para **Victor Cubas Villanueva**, prueba es aquello que confirma o desvirtua una hipótesis o una afirmación precedente. En el caso del Proceso Penal, esta hipótesis es la denuncia; la afirmación es la acusación. Si el fin del proceso es descubrir la verdad material o real de los hechos materia de investigación, prueba será todo lo que puede servir para lograr este fin²⁶.

Por otro lado **Ore Guardia**, tiene un concepto que abarca las tres aristas, dice que la prueba puede significar lo que se quiere probar (objeto); la actividad destinada a ello (actividad probatoria); el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso (medio de prueba); el dato capaz de contribuir al descubrimiento de la verdad (elemento de prueba); y el resultado conviccional de su valoración²⁷.

HERNANDEZ MIRANDA, pretende armonizar los tres criterios y sostiene que

²⁴MORAS MOM. J. "Manual de Derecho procesal penal. Juicio oral y público penal nacional". Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 219

²⁵CARNELUTTI. "Lecciones sobre el proceso penal". Buenos Aires: Ed. Ejea, 1950, p. 290

²⁶CUBAS VILLANUEVA, Victor. El proceso penal. Lima: Palestra, 1997, p. 302.

²⁷ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de derecho procesal penal. Lima. Alternativas, 1999. p. 279

el concepto de prueba puede entenderse desde los siguientes aspectos²⁸:

- I. **Objetivo**: Se considera prueba al medio que sirve para llevar al juez el conocimiento de los hechos definiéndose la prueba como el instrumento o medio que se utiliza para lograr la certeza judicial.
- II. Desde la perspectiva **Adjetiva**, hay quienes consideran que la prueba es la actividad (normalmente, en la etapa del enjuiciamiento, aquí llamada juicio oral) mediante la cual se persigue lograr la convicción del tribunal sobre unos hechos previamente alegados por las partes.
- III. **Subjetivo**: En este ámbito se equipara la prueba al resultado que se obtiene de esta, dicho de otro modo, al convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del juez, la prueba es el hecho mismo de la convicción judicial o del resultado de la actividad probatoria

De lo indicado al parecer se está confundiendo tres conceptos diferentes: **Prueba**, **Probar** y **convicción**, los que podemos definir claramente a partir de los roles de los actores en la actividad probatoria como:

1) **Prueba**, es el sustantivo o “elemento externo” que proporciona un dato cierto al juzgador; 2) **Probar**, es el verbo que refiere a la actividad adjetiva de las partes en su afán de demostrar su teoría del caso; 3) **la convicción**, es la actividad lógico jurídico del juzgador, consecuencia de su razonamiento y de su ponderación, que le sirve para tomar su decisión. En consecuencia solo el primer concepto es pertinente a la prueba, lo segundo es el esfuerzo o labor de las partes, y lo tercero es el trabajo intelectual del juzgador.

²⁸HERNANDEZ MIRANDA. E, SALAS BETETA. C, ARBULÚ MARTINEZ, V., *op. cit.*, p. 10-11

2.3 ¿Qué es lo que se prueba en el derecho penal?

A nivel legal el art. 156 del Código Procesal Penal, en su inciso primero establece que son objetos de prueba: los hechos que se refieren 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.

Sánchez Velarde, señala que el objeto de la prueba es todo aquello que debe ser investigado, analizado y debatido en el proceso²⁹ o aquello susceptible de ser probado y puede recaer la prueba³⁰. Ore Guardia, citando a CLARIA OLMEDO, respecto a la discusión sobre lo que puede ser considerado objeto de prueba, indica que el objeto de la prueba no se debe limitar o coincidir con el aspecto fáctico del objeto procesal, sino integrarse con una serie de datos que rodean el hecho básico que se pretende jurídicamente relevante, datos que conducen a confirmar o a descalificar la alegación de las partes. Generalmente esos datos se exhiben como acontecimientos del mundo exterior, personas en sus manifestaciones físicas o psíquicas, cosas, lugares, resultados de la experiencia, juicios inherentes a las cosas, derecho no vigente, etc., y todo lo que en general constituye objeto de prueba³¹.

Por otro lado, el Dr. MIXÁN MASS sostiene que es conveniente denominar “thema probandum” a lo que, en la práctica, resulta necesariamente objeto

²⁹SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de derecho procesal penal. Idemsa. Lima 2004. P 655

³⁰FLORIÁN, Eugenio. De las pruebas penales. Temis, Bogotá 1976 T. I. P. 98.

³¹ORE GUARDIA, Arsenio. Ob. Cit., P. 281.

de la actividad probatoria en cada procedimiento penal en concreto. De modo que el tema probandum tiene como contenido los hechos concretos³².

De esta manera, son tema de prueba los actos, omisiones, fenómenos, relaciones, cantidades, volúmenes, cualidades, causa, móviles, efectos reales o de peligro, cualidades e identidad personal (el hombre como realidad bio-síquica) o también como sujeto concreto en interacción con la sociedad, etc. Todos ellos lo son en cuanto constituyen 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, y, finalmente, se transformen en el thema decidendus.

De distinto criterio es MIRANDA ESTRAMPES al sostener que cuando se utiliza el término objeto de prueba, no se está refiriendo a lo que en cada proceso en particular debe ser materia de la actividad probatoria, sino a lo que con carácter general se puede probar.³³ En este sentido, se habla del objeto de la prueba con carácter genérico y abstracto, en contraposición del thema probandum o necesidad de la prueba. Para cimentar la idea este autor cita a DEVIS ECHANDIA para entender al objeto de la prueba como “todo aquello que es susceptible de comprobación ante el órgano jurisdiccional del Estado, para los fines del proceso (en general, no de cada proceso en particular)”, mientras que por necesidad o tema de la prueba (thema probandum), debe entenderse el “conjunto de hechos materiales o psíquicos, en sentido amplio, que sirve de presupuesto a las normas

³²MIXAN MASS, Florencio. Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal. Trujillo: BLG, 1996. p 343-344.

³³MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria. p 32 y ss.

jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de las peticiones y excepciones de las partes o efectos jurídicos perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados”.

De lo esbozado, podemos concluir que el objeto de prueba son las afirmaciones referentes al hecho materia de imputación y los aspectos circundantes referentes a las características de la personalidad del acusado y de la víctima conforme a lo previsto en los Art. 45 y 46 del Código Penal.

2.4. La Prueba En El Proceso Penal Peruano. -

La prueba en nuestra legislación y proceso penal tiene un sentido objetivo porque se refiere a los órganos de prueba (testigos y peritos Inc. 3 Art. 375) y prueba material (Art. 382), lo que permite probar una afirmación respecto a uno o varios hechos que forman parte de una teoría del caso. No puede ser subjetivo, porque este enfoque se refiere al proceso de razonamiento mental del juzgador, que él produce en cumplimiento de su rol, en base al dato externo aportado, labor que en el proceso acusatorio le corresponde a la actividad sustancial (razonabilidad y proporcionalidad) del juez en la actividad probatoria; tampoco puede ser adjetiva porque este enfoque se refiere a la actividad de las partes, es decir al esfuerzo desplegado para conseguir y poder aportar y actuar el dato probatorio.

La prueba, siempre es recogida de la realidad, puede ser real o inmaterial, por ende, es objetiva, existe independientemente de la actividad de las partes. Estos últimos los aprenden y lo ponen a conocimiento del juez, para

que él lo procese a través del razonamiento lógico jurídico para su persuasión o no, lo que lo llevará a determinar qué afirmación es verdadera y cuál es falsa. Esto lo llevará a resolver si la pretensión es fundada o infundada.

El esfuerzo de las partes y el razonamiento del Juez, son dos vehículos que transportan a la prueba para que se concrete la función de verificación.

El esfuerzo de las partes es importante porque, transportan de manera exterior a la prueba de la realidad (escena del crimen) al proceso para su actuación y permite trasladar (ese objeto, sujeto o dato), primero a la audiencia de control de acusación (para determinar la admisión o no de ese elemento de prueba) y luego al juicio oral, para que las partes intervinientes lo presenten, analicen, examinen, contradigan en presencia del juez, quien a su vez en cumplimiento de su rol va a valorarla, motivarla según la convicción que le cause. La actividad de las partes se grafica así:

2.5. LA ACTIVIDAD DE LAS PARTES ES TRANSPORTADA AL JUICIO ORAL



Dosaje ético, foto,
I.T.P. CML



El razonamiento, Es el producto de un transporte exterior a lo interior empieza desde la aprehensión visual en el juicio oral a la conciencia del juzgador quien mediante un discernimiento lógico jurídico y una debida motivación determinará si la pretensión formulada es concordante con el dato del juicio oral aportado. La que posteriormente resolverá dándolo por verificado o no, por resultar verosímil o inverosímil. El razonamiento solo cumple una función mental de verificación.



De esta manera queda superado el enfoque tridimensional que se le daba a la prueba aspectos: objetivo, subjetivo y adjetivo; esta concepción se arrastraba del sistema inquisitivo, lo que no se adapta a nuestra realidad. Pues el único enfoque que tiene la prueba según el nuevo sistema procesal penal es el objetivo.

3. LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

3.1. DEFINICIÓN.

En la doctrina encontramos diferentes conceptos desde distintas perspectivas. Así tenemos por ejemplo: CAFFERATA NORRES, lo define como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba³⁴. El doctrinario alemán SCHONKE³⁵, lo define como la actividad de las partes y del tribunal, encaminada a proporcionar al juez la convicción de la verdad o falsedad de un hecho; criterio también compartido por los doctrinarios españoles PRIETO CASTRO³⁶. CORTES DOMÍNGUEZ³⁷, ORTELLS RAMOS³⁸. Casi en el mismo sentido pero con un concepto más amplio GIMENO SENDRA sostiene que: "es la actividad de los sujetos procesales dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba"³⁹

De lo esbozado, se concluye que la actividad probatoria, es el conjunto de actos que permite comprobar la veracidad de una de las afirmaciones formuladas. En esta actividad cada sujeto procesal cumple sus roles

³⁴CAFFERATA NORRES, Jose. La prueba en el proceso penal. Cit. P. 31.

³⁵SCHONKE. Derecho Procesal Civil. 5TA. Edición, Traducción. PRIETO CASTRO. Editorial Bosch, Barcelona 1950 p. 198.

³⁶PRIETO CASTRO Y FERNANDES, Leonardo. Derecho Procesal Penal, con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTINEZ, HINOGOSA SEGOBIA Y MUERZA ESPARZA. Ed. Centro de Estudios Ramon Areces S.A. Madrid 1993. pags. 443-444.

³⁷CORTES DOMINGES, Valentin. Derecho Procesal. Tomo I. Volumen I. Cit. P. 401. sostiene que. "es una actividad de las partes encaminadas a convencer al juez de la veracidad de uno de los hechos que se afirman existentes en la realidad". Sostiene además que si bien la prueba es una actividad procesal de parte, excepcionalmente puede el órgano judicial practicarla de oficio".

³⁸ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho jurisdiccional. Tomo III Proceso Penal, con MONTERO ROCA, GOMEZ COLOMER y MONTON REDONDO. J. M. Bosch Editor. Barcelona. 1991. p. 316

³⁹GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal T. II. CIT. P. 443.

particulares, por ejemplo, las partes procesales tiene un fin argumentativo y demostrativo de su teoría del caso y el juzgador tiene un rol de supervisión y de verificación.

Los conjuntos de actos que se realizan dentro de la actividad probatoria están delimitados por las garantías, principios, reglas y derechos, para realizar un adecuado proceso a fin de obtener una prueba de calidad y fiable que produzca convicción al juzgador.

3.2.- LOS ROLES EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

3.2.1. El Rol Del Fiscal

Como persecutor del delito tiene una trascendental participación en la actividad probatoria, su labor comienza con la presentación del requerimiento acusatorio, ofreciendo los elementos de prueba para acreditar las hipótesis de su teoría del caso, razón por el cual debe ser muy ecuánime, responsable y estratégico para lograr el objetivo final de obtener una sentencia condenatoria.

En la audiencia de control de acusación, sustenta su teoría del caso y cada uno de sus elementos de prueba, demostrando que los últimos son útiles, pertinentes, conducentes para demostrar sus hipótesis, con la finalidad que el juez de investigación preparatoria los admita y queden expeditos para ser actuadas en el juicio oral. Asimismo, de ser el caso, en atención al principio de contradicción en esta audiencia demuestra que los elementos de prueba de la defensa no son admisibles por no cumplir con las exigencias mencionadas.

En el momento estelar, expone sus alegatos iniciales, actúa los medios de pruebas admitidos, ofrece nuevos medios de prueba si los hubiese, contradice los de la defensa, en esta labor interroga, contrainterroga, plantea objeciones. Y por último presenta sus alegatos finales valorando y motivando el caudal probatorio.

3.2.2. El Rol De La Defensa

Es similar a la del Representante del Ministerio Público, cuando persigue lograr la absolución. Sin embargo, también puede optar por la terminación anticipada, como también en el juicio oral la conclusión anticipada o aceptando los cargos y no habiendo concordancia con el fiscal respecto a la pena o a la reparación civil, puede continuar el juicio oral para lograr atenuar la pena, o la disminución de la reparación civil.

3.2.3. El Rol del Juez en La Actividad Probatoria.

El juez en la actividad probatoria al igual que los sujetos procesales tiene deberes de actuación, su actividad no esta al libre albedrio de su voluntad, es decir no puede hacer lo que le plasca, máxime si tiene la difícil misión de arribar a la verdad de lo ocurrido **segun la prueba aportada** y de resolver con justicia. En esta situación el magistrado tiene tres deberes o principios que cumplir: actuar con imparcialidad, con independencia y buscar la verdad. Los que abordaremos a continuación:

3.2.3.1. El principio - deber de imparcialidad.

Como dice Cantaro, este deber exige "obediencia al derecho por parte de los jueces⁴⁰", sostiene que el deber de imparcialidad tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y que la resolución que a su respecto se dicte sea la aplicación de las pruebas que ha podido observar, controlar y constatar. Obviamente en el marco de la actividad probatoria.

Este principio deber exige al juez que falle en base a los datos comprobados, que se le suministro en la actividad probatoria. Todo ello va destinado no tanto a prevenir prevaricaciones, sino a reforzar la credibilidad de las razones que el juez aduce a favor del fallo⁴¹. Al respecto NATAREN MANDAYAPA, sostiene; la imparcialidad del Juzgador se basa en la idea de: "encomendar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda la resolución de una controversia surgida entre dos intereses particulares⁴²". Y para cumplir este mandato el juzgador solo debe ceñirse a la ley. En esta línea, Andrea Meroi, señala: "la imparcialidad ha sido elevada a principio supremo del proceso, el cual podría definirse como la independencia frente a las partes y el objeto del proceso⁴³". Compartiendo su experiencia como magistrado Alvaro Velloso, enseña que el

⁴⁰CANTARO, Alejandro. "Sobre la imparcialidad de los jueces y su actividad probatoria en el proceso". Primer Congreso Derecho Procesal Garantista, Azul, Argentina 1999, disponible en file:///server_avi/academia/conferencias Azul/Ponenc.../Sobre la imparcialidad de los jueces-A Cantaro.htm[05/04/2010]

⁴¹CANTARO, Alejandro, cit.

⁴²NATAREN MANDAYAPA. Carlos f. Imparcialidad objetiva y creación de causas de recusación no expresamente mencionados en la ley. Con motivo de la emisión de la sentencia 162/1999 del 27 de setiembre del Tribunal Constitucional Español, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/239/art5/.pdf>, p.77. Regla que acogió nuestro tribunal constitucional al sustentar el fundamento 8 de la sentencia del exp. 04298-2012-AA.

⁴³MEROI, Andrea. La imparcialidad judicial, en Activismo y Garantismo Procesal, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina, 2009, p 41 y 42.

principio procesal de imparcialidad tiene, en realidad tres aristas: la imparcialidad (el juez no debe ser parte), la imparcialidad (el juez debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio) y la independencia (el juez debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto a las dos partes). En este sentido la tendencia de nuestro proceso penal pretende satisfacer esta expectativa tanto desde el diseño del sistema, como también en lo normativo como se puede ver de lo prescrito en el Inc. 1 del Art. 1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal cuando establece: "La justicia... se imparte con imparcialidad por los órganos competentes y en un plazo razonable". Lo cual persigue evitar cualquier contaminación de los jueces al momento de tomar decisiones en la actividad probatoria.

Teniendo en cuenta lo esbozado este principio lo podemos ver desde dos perspectivas:

3.2.3.1.i.- Como garantía.

Establece parámetros de igualdad de posibilidades a las partes para intervenir en la actividad probatoria frente a un tercero imparcial, como mandato de optimización o una exigencia objetiva al Estado de derecho constitucional para cumplir con el debido proceso a fin de evitar las indefensiones, interferencias o causar daño.

Desde la dimensión subjetiva se entiende que es la neutralidad propia del juzgador, para cautelarla nuestro legislador a previsto las ficciones jurídicas de inhibición y recusación previstas en los Art. 53, 54 y ss del CPP. En cambio desde **la dimensión objetiva** esta garantía no solo exige efectiva neutralidad del juzgador, sino además un comportamiento o posición de indiferencia ante

los intereses de las partes, a fin de garantizar la respetabilidad a la función jurisdiccional y al cargo. **Desde la organización funcional del Poder Judicial exige que el juzgador no haya prevenido⁴⁴ bajo ninguna circunstancia.**

La neutralidad aludida también puede ser violentada cuando el magistrado utiliza en sus decisiones prejuicios o concepciones equivocadas, puesto que sus fallos y resoluciones nunca podrán ser imparciales. Esto podría darse en el caso de un juez autoritario, otro puede ser el juez político, el cual se convierte en mano derecha del partido político y su portavoz; esta actitud es sumamente peligrosa porque este juzgador se convierte en una marioneta del partido o de la ideología que defiende y hará todo lo que le idee subjetivamente por muy descabellado que sea, en nuestra historia republicana hemos tenido varios casos pero por ahora sólo basta nombrar los que resaltaron en el régimen fijimoristas como los Dres, Medrano Pedraza, Huaman, mal del cual no se ha salvado el Ministerio Público con la Dra. Blanca Nelida Colan. Al respecto la dra. ELISA MARIA GUIDO CLAS señala que efectivamente las conductas mencionadas y otras pueden causar una apreciación subjetiva de la ley⁴⁵. Los que pueden afectar la actividad probatoria porque se distorcionaria el tema probandum. En consecuencia las concepciones personales si se imponen en el juzgador pueden perjudicar la actividad probatoria porque a priori se daría por probados ciertas suposiciones, tomando partido la concepción del juzgador, sin agotar la verificación, la probanza y se causarían injusticias. Igual ocurre cuando el juez se deja llevar por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones los

⁴⁴<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf> del 20 de julio del 2016.

⁴⁵GUIDO CLAS, Elisa Maria. El Perfil criminológico del Juez Prevaricador. Editorial Bosch. Barcelona 2003 p. 353.

que deben ser también neutralizados para resolver conforme a la ley y no por sus convicciones particulares. Estas conductas enturbian la actividad probatoria, y hacen ilusoria la justicia. Si bien es verdad el juez siempre va a tener una opinión personal de lo ocurrido, lo que es aceptable hasta cierta situación, pero lo que no se le puede aceptar, es que su opinión personal prime sobre la probanza, sobre la verdad histórica reconstruida en el proceso.

3.2.3.1.ii.- Como un derecho de los litigantes.

Como parte integrante de la dimensión objetiva del derecho de petición y del debido proceso, los litigantes esperan un proceso justo que les permita realizar toda la actividad que está a su alcance para sustentar, probar, argumentar su propia teoría del caso. Como dice Parra Quijano, solo de esta manera **"la prueba merece su nombre cuando es producto del contradictorio frente a un imparcial". cuando es manifestación del poder pierde su esencia**⁴⁶.

El Tribunal Constitucional, ha reconocido el derecho a un juez imparcial que tiene los litigantes, es un derecho fundamental implícito que se funda a partir del respeto al principio de la dignidad humana y en los paradigmas de un estado democrático constitucional, el cual forma parte del núcleo duro del macro principio del debido proceso, señala: "el derecho a ser juzgado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en la constitución. Ello sin embargo no ha impedido a este tribunal reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del art. 139 de la

⁴⁶PARRA QUIJANO, Jairo. "El sistema filosófico probatorio de actual Código de Procedimiento Penal Colombiano, en memorias XIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Ediciones del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Volumen I, Bogotá, 1998, p. 530.

constitucion⁴⁷". Resalta que la calidad de este derecho fundamental, nace de la cuarta disposición final y transitoria de la constitución que ordena la obligación de interpretar las disposiciones constitucionales a la luz de la declaración Universal de los Derechos Humanos, de los tratados y los acuerdos internacionales sobre derechos humanos.

3.2.3.1.iii. Como Derecho a un Juez Imparcial.

El derecho a un Juez imparcial ha sido considerado como una expresión del derecho humano al debido proceso, razón suficiente que ha permitido ser acogido en instrumentos nacionales, internacionales y por los tribunales supranacionales a nivel continental y mundial con el animo de dar mayor objetividad en las desiciones jurisdiccionales.

Así, lo tenemos en la **Convencion Interamericana de Derechos Humanos**, en el inciso 1 del Art. 8 acogido como garantia judicial, sosteniendo: "*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...*" En este sistema supranacional, se le considera como una garantia fundamental del debido proceso, con él se pretende crear condiciones de confianza entre las partes y el encargado de impartir justicia. Criterio que ha quedado plasmado en el fundamento juridico 98 en el caso Barreto Leyva vs Venezuela, estableciendose que: "el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa

⁴⁷Fundamento 48 y 49 de la sentencia del expediente 6149-AA/TC

careciendo, de manera subjetiva de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permita desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto a la ausencia de imparcialidad⁴⁸.

También lo prescribe, **El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** o **La Convención Europea de Derechos Humanos**, acoge a este principio de manera similar en el Inc. 1 del art. 6. Criterio que fue ratificado en la emisión de la jurisprudencia de la corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 26 de octubre de 1984, caso De Cubber y del 1 de octubre de 1982, caso Parsec.

Asimismo a nivel global, lo encontramos en **La Declaración Universal de Derechos Humanos** Art. 10. Como se aprecia de lo glosado el principio de imparcialidad constituye una cualidad imprescindible en el proceso acusatorio moderno.

3.2.3.2.- El principio - deber de independencia.

Trata de controlar los móviles del juez frente a las influencias externas al derecho y al proceso, provenientes del sistema social, motivos que pueden encontrarse en las realidades temporales en la que actúa el juez, como recomendaciones amicales, familiares, políticas, sociales, económicas. Así como por los superiores de su misma institución o similares.

Este principio le obliga al juzgador debe estar libre de todo tipo de influencia, la independencia es el nuevo paradigma que exige un estado de derecho. Esto va evitar que el juzgador ya no use las tres formas erradas de juzgar: a- Para los

⁴⁸Sentencia del 17 de noviembre del 2009, caso Barreto Leyva vs Venezuela f.j 98.

amigos, todo lo que les favorece y les conviene; b- Para los enemigos mezquinandoles la justicia al punto de convertirse en verdugo; y c- para los desconocidos, ni mas ni menos les aplica la ley.

Tanto los principios de imparcialidad e independencia, traen la esperanza que los juzgadores asuman la responsabilidad de impartir justicia libre de influencias, inclinaciones, prejuicios y presiones.

3.2.3.3. El principio-deber de buscar la verdad.

Es un mandato deber que tiene el juzgadore en la actividad probatoria, esto lo podemos deducir al analizar la finalidad de los siguientes articulos:

Art. 181 Inc. 2: "En el caso de informes periciales oficiales discrepantes se promoverá de oficio, en el curso del acto oral un debate pericial. ¿para qué?

Art. 182. Inc. 1. Cuando entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o el agraviado surjan contradicciones importantes, **cuyo esclarecimiento** requiera oír a ambos, se realizará el careo. ¿para que?; 2. De igual manera procede el careo entre agraviados o entre testigos o éstos con los primeros. ¿para que?

Artículo 385 Otros medios de prueba y prueba de oficio.-

1. 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 pertinentes. ¿para que?

2. 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.

De los artículos mencionados se puede deducir que es deber del juez la búsqueda de la verdad, y esta puede servir para absolver o para condenar.

Otro de los fundamentos es la facultad que tienen los jueces de hacer preguntas aclaratorias al imputado, testigo o perito, la que se produce luego del examen y contraexamen pertinente, facultad, que sin lugar a dudas, en los casos que se efectúen, deberán hacerlo con la mayor prudencia posible. Este criterio no es descabellado por que cuando se inicia la actuación probatoria, el juez va formando convicción respecto al *thema probandum*, lo que va corroborando con los sucesivos conocimientos o datos comprobados, de esta manera va valorando uno por uno los medios probatorios, en este interin el juzgador puede detectar o advertir si un testigo miente, si la prueba es insuficiente, por lo que para esclarecer hace uso de su facultad discrecional de actuación de oficio, no para favorecer una u otra teoría sino para arribar a la verdad. No olvidemos que la valoración de la falsedad de una declaración se produce en el mismo momento en la que se actúa y se escucha, calificándosele con el cotejo que se hace entre lo que dice con sus expresiones corporales. Es aquí en donde nace la necesidad de la facultad del Juzgador de realizar preguntas de aclaración o de una prueba de oficio con la finalidad de arribar o concebir la verdad y no para favorecer una teoría planteada por las partes.

Por último tenemos el Inc. 8 del Art. 378 del CPP. Que prescribe: “Durante el conainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigos con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentados en el juicio. ¿para que? Obvio para buscar la verdad. Todo lo indicado nos lleva a afirmar que la búsqueda de la verdad es el motor que impulsa el proceso, que mueve el aparato estatal (extra y judicial). Máxime si se tiene en cuenta que nuestro proceso penal forma parte del sistema de la escuela Europea Continental (España, Francia, Italia y todo latinoamérica) en donde prima el principio “favor veritatis delicti” (en favor de la verdad del delito), el cual da potestad al juez en ciertos casos o supuestos, ir mas haya de lo que imputa el fiscal o sostiene la defensa, en aras de alcanzar la verdad de los hechos propuestos, de manera excepcional cuando hay vacío o invade la duda porque quiere la verdad, en este sistema interviene el órgano jurisdiccional en la obtención de la prueba, porque el proceso esta encaminado al esclarecimiento de los hechos⁴⁹ y se manifiestaa cuando:

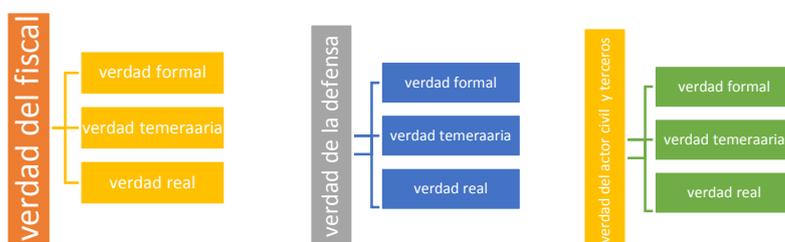
i.- Hay vacios o dudas en el interrogatorio; ii- El juez puede ordenar prueba de oficio por su propia iniciativa; iii- En el juicio oral, puede proponer una recalificación de los hechos al fiscal, por ejemplo cuando el fiscal acusa por robo agravado seguida de muerte y el juez considera que se trata de homicidio por motivo de lucro. Todo lo indicado para buscar la verdad y hacer justicia.

Pero ¿cual verdad busca el Juez?, como sabemos al inicio de la actividad probatoria las partes cada una llegan con su verdad, entre ellas el juez debe buscar la verdad real, que es la verosimil, comprobable, la real. Al respecto

⁴⁹https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/303_5_el_principio_acusatorio.pdf, p. 16 del 20 de julio del 2016.

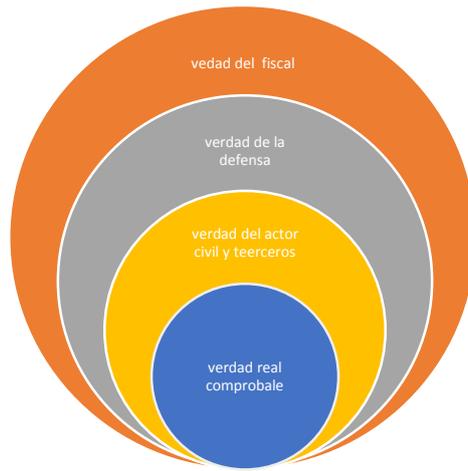
nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que: *“El Juez debe buscar, en todos los casos, la **verdad real** y aplicar el principio de la primacía de la realidad, definido por el Tribunal Constitucional como aquel que aconseja que, en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que indican los documentos, debe otorgarse preferencia a lo primero; es decir, la integración prefiere lo que sucede en el ámbito de los hechos y descartar la proscrita **verdad legal**⁵⁰”*. De estos se infiere que al proceso ingresan varias verdades: a) La formal (emana de los documentos); b) La temerariamente (preparada deslealmente para confundir a la justicia); y c) la real (la que emana de los hechos). Por tanto, el Juzgador no debe conformarse con cualquier verdad que se asome al juicio oral, su labor es saber discernir las verdades aportadas al debate probatorio para encontrar la verdad real (la objetiva, da a conocer cómo ocurrieron los hechos) la comprobable.

3.2.3.3.i VERDADES QUE INGRESAN AL PROCESO



LAS VERDADES EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA SE VERIFICAN Y EL JUEZ ELIGE LA VERDAD REAL COMPROBALE

⁵⁰Fundamento 9598-2005 PHC/TC. JAIME MUR CAMPOVERDE. Lambayeque.



3.2.3.3.ii. Verdad como derecho de los Justiciables y de la Sociedad.

Cuando se produce un delito la sociedad se convulsiona, se altera la paz social, el bienestar y la colectividad también tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia ocasionados por sus ciudadanos. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los móviles que impulsaron a sus autores. En ese sentido, la verdad **es un bien o valor jurídico superior** que no solo atañe a las partes, sino también a la colectividad, útil para recuperar la paz social y alcanzar el bien común. De lo que se infiere que tiene dos dimensiones: una dimensión individual y otra dimensión colectiva.

3.2.3.3.ii.a.- En la dimensión individual. Desde esta perspectiva los titulares procesalmente hablando son los agraviados, sus familias (los herederos: la esposa, hijos, padres, hermanos...) y extra procesal son sus allegados (los vecinos, los amigos..) por ejemplo en el caso de homicidio o desapariciones forzadas, las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de

esa magnitud, tienen derecho a saber quién fue su autor, por qué y cómo se perpetró, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas.

El derecho a la verdad no sólo deriva expresamente de las **obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano o de los criterios de los Tribunales supranacionales**, sino también implícitamente del artículo 44º de nuestra constitución que establece: “los deberes primordiales del estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia. Los bienes jurídicos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente.

Así, el **derecho a la verdad**, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, **es un derecho implícita y plenamente protegido**, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al que con su reconocimiento se persigue alcanzar. Por tanto, este derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, no se agota con saber que la víctima sufrió una afectación de un bien jurídico tutelado, sino que se expande para saber ¿que pasó con la víctima de los actos criminales? ¿quién

lo hizo?, ¿Por qué lo hizo?, ¿cómo lo hizo? y ¿para qué lo hizo?. Sólo de esta manera se puede colmar el derecho a la verdad a fin de saber realmente qué es lo que ocurrió.

3.2.3.3.ii.b.- En la dimensión colectiva.

Como ya se dijo el derecho a la verdad, es una materialización directa de los principios del Estado Constitucional democrático, pues mediante su ejercicio se posibilita que la sociedad conozcamos los niveles de degeneración a los que son capaces de llegar algunos ciudadanos de nuestra colectividad, tanto de manera individual como grupal, por los particulares o como por integrantes de las instituciones públicas. Degradación que puede ocurrir en cualquier clase social, cultura, religión o nivel o institución.

Es una necesidad que la sociedad conozca la verdad de los hechos ilícitos a fin que ella misma adopte medidas preventivas para evitar que en el futuro se repitan tales hechos, para fortalecer el control institucional y social que ha de fundamentar la sanción a quienes, con sus actos criminales, afectaron a las víctimas y en general a la sociedad y el Estado.

El derecho a la verdad implica un deber-obligación específica del Estado de investigar y de informar, que no sólo consiste en facilitar el acceso de los familiares de la víctima a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino también en el deber y obligación del persecutor del delito de realizar acciones de investigación eficaces que contribuyan a descubrir la verdad de lo ocurrido lo que se debe corroborar en la actividad probatoria. Así.

lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha señalado que la no investigación y sanción a los autores y cómplices de las desapariciones forzadas constituye una violación al deber estatal de respetar los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como al de garantizar su libre y pleno ejercicio (Caso Bámaca Velásquez, sentencia, párrafo 129). Además, en el caso de violaciones de derechos humanos, el derecho de la víctima no se limita a obtener una reparación económica, sino que incluye que el Estado asuma la investigación de los hechos. Así lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Castillo Páez, Reparaciones, párrafo 168, y Loayza Tamayo, Reparaciones, párrafo 175), dado que el pleno conocimiento de las circunstancias de cada caso también es parte de una forma de reparación moral que el país necesita para su salud democrática.

En atención a lo expuesto nuestro Tribunal Constitucional considera que, si bien el derecho a la verdad no tiene un reconocimiento expreso, sí es uno que forma parte del catálogo de las garantías de derechos constitucionales, pues se funda en la dignidad del hombre, y en la obligación estatal concomitante de proteger los derechos fundamentales, cuya expresión cabal es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁵¹.

3.2.3.3.iii. La Actividad Probatoria y su Protección Constitucional.

Como se ha dicho en los anteriores capítulos el instituto de la actividad probatoria es un tema de trascendental importancia y de profunda

⁵¹EXP. N.º 2488-2002-HC/TC PIURA caso GENARO VILLEGAS NAMUCHE.

preocupación en un Estado que se llama Constitucional y democrático, y no solo está protegido por el Código procesal Penal, sino que, dado su especial importancia, también está protegida extra proceso en sede constitucional. Esto es, a través de la vía el proceso de Habeas Corpus, cuando se ha violado la garantía o principio de **tutela jurisdiccional efectiva** concretamente cuando se ha vulnerado uno de sus componentes, “**el derecho a probar**” en cualquiera de sus momentos o **dimensiones**; de verificarse este supuesto, se puede accionar constitucionalmente porque simultáneamente se viola el debido proceso y en consecuencia resulta nulo lo actuado, lo que ocasionaría que se realice un nuevo juicio con arreglo a ley. Siempre y cuando, el acto vulnerado afecte a la prueba útil que permita establecer la existencia o inexistencia del hecho incriminado. Por ello la relación entre actividad probatoria y tutela procesal efectiva es inevitable.

Según nuestra carta magna, en el inc. 1 del Art 200 señala: “La acción Habeas Corpus procede cuando un hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, vulnere o amenace la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”.

En consecuencia, resulta pertinente, que se use como último recurso la demanda de Habeas Corpus, sobre la base de la vulneración del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva del accionante, ante tal situación los jueces constitucionales y en última instancia El Tribunal Constitucional, se encuentran habilitados para responder a las inquietudes planteadas en las demandas, sobre la base de un análisis razonable, ponderado y pro homine de la resolución judicial cuestionada.

Para acceder a la protección constitucional, es necesario que la resolución ordinaria sea firme, es un requisito importante e imprescindible, porque es el único fundamento del accionante de sustentar su demanda en la violación o vulneración comprendida en un fallo judicial último que no consintió. Conforme así lo indica el art. 4 del Código Procesal Constitucional.

De lo que se deduce que la firmeza de una resolución judicial está referido a aquel estado del proceso en la que ya no cabe presentar ningún medio impugnatorio y, por lo tanto, solo queda cuestionar la violación, omisión o irregularidad de la actuación judicial (en la actividad probatoria incurrida por el juzgador) a través del control constitucional. Contrario sensu, la inexistencia de firmeza conllevaría a la improcedencia de la demanda que se presente, conforme así se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, en su reiterada jurisprudencia.

3.2.3.3.iv La Tutela Jurisdiccional Efectiva Y La Actividad Probatoria.

La Tutela Jurisdiccional efectiva, al decir de nuestro Tribunal Constitucional, garantiza al justiciable, ante un pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales⁵². Asimismo, el Art. 4 del Código Procesal Constitucional, establece que: se entiende como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan de modo enunciativo, sus derechos al libre acceso al órgano jurisdiccional, **a probar**, de defensa, al contradictorio, e igualdad sustancial en el proceso, a no

⁵²Fundamento 4 Exp. 0032-2005 PHC/TC JUNÍN.

ser desviado de la jurisdicción predeterminada, ni sometido a procedimiento distinto de los previstos por ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

La importancia de la protección constitucional a la actividad probatoria radica, en la necesidad que los actos que lo conforman deban desarrollarse dentro de los cauces de la regularidad y formalidad establecidas por ley, propias de una correcta impartición de justicia. Es decir, con esto se busca que los justiciables no sean sometidos a la arbitrariedad o a los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se configura entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un proceso judicial.

En esta línea de idea el tribunal Constitucional en la sentencia del expediente 200-2002-AA/TC señaló que la tutela jurisdiccional efectiva: significa el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa deba tramitarse y resolverse con justicia. Tal es el caso del derecho a que se admita los medios probatorios útiles que ha sido presentado adecuada y oportunamente, este implica que el órgano jurisdiccional ante dicha propuesta debe emitir una resolución admitiendo o denegando la admisibilidad del medio probatorio, la falta de

contestación⁵³. El derecho de la actuación de los medios probatorios ofrecidos⁵⁴, el derecho a la valoración de los medios probatorios ofrecidos⁵⁵, el derecho de motivar con razonabilidad y logicidad la prueba⁵⁶, tiene protección desde la jurisdicción constitucional. Sin embargo para no llegar a sede constitucional el Poder Judicial en instancia de apelación puede corregirlas⁵⁷, pero de no suceder, estas correcciones como último recurso solo queda que se haga en el Tribunal Constitucional. Consecuentemente, la actividad probatoria no tan solo es protegido dentro de un proceso regular señalado en el Código Procesal Penal, sino también vía proceso constitucional a través del Habeas Corpus correctivo conforme se infiere del Art, 17 y 25 del Código Procesal Constitucional.

3.2.3.3.v. La Finalidad De La Actividad Probatoria En El Proceso Penal

Teniendo en cuenta lo hasta aquí analizado, se establece que la finalidad de la actividad probatoria es tratar de acondicionar un proceso justo, dentro del cauce constitucional y a todas luces comprobables. Es importante porque en ella se corrobora la calidad, virtualidad, verosimilitud, veracidad, de las pruebas a fin de confirmar una de las teorías del caso propuesto.

⁵³Fundamento 19 de la sentencia del Exp. N° 6712-22005-HC/TC.

⁵⁴Fundamento 10 de la sentencia del Exp. 03997-2013-PHC/TC. Lima Norte.

⁵⁵Fundamento 13 de la sentencia del Exp. 4831-2005-PHC/TC.

⁵⁶Exp. N° 728-2008/PH/TC, caso Giuliana Flor María Llamoya Linares.

⁵⁷Fundamentos 4 y 5 del punto IV análisis, valoración y respuesta de la sentencia del exp. 00775-2008-21-1308-SP-01 emitido por la Segunda Sala Permanente de Apelaciones de Huacho.

CAPITULO II

LAS GARANTÍAS, PRINCIPIOS, REGLAS, Y CARACTERÍSTICAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

La actividad probatoria al igual que el proceso penal está revestido de garantías de reconocimiento constitucional⁵⁸ y supraconstitucional⁵⁹. Las garantías se erigen como parámetros que permiten optimizar derechos o restringirlos para los fines del proceso, los que optimizan el derecho se les llama principios y los que lo limitan se les llama regla. Se pueden presentar en los diferentes momentos de la actividad probatoria de manera simultánea o singular. Estos no tan solo buscan otorgarle al imputado un marco de seguridad jurídica, sino también un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del acusado.

⁵⁸Art. 139 de Nuestra Constitución Política

⁵⁹Art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

1.- Principios Que Rigen La Actividad Probatoria.

Hay autores como el Dr. PABLO TALAVERA ELGUERA, quien sostiene que la actividad probatoria está regida por los principios de legalidad, publicidad, contradicción, inmediación y comunidad de la prueba⁶⁰, criterio compartido y acogido por la Academia de la Magistratura, en el segundo volumen del libro denominado Jurisprudencia Sobre La Aplicación Del Nuevo Código Procesal Penal⁶¹, en él se señala que también rige el principio de oralidad, reconocido expresamente por el art 356.1 CPP. Asimismo, la Academia de la Magistratura en el libro llamado Código Procesal Penal Manuales Operativos, señala que la actividad probatoria está regido por los principios: Legalidad, legitimidad, libertad de la prueba pertinencia, conducencia y utilidad⁶². En el mismo sentido el maestro PABLO SÁNCHEZ VELARDE, sostiene que la actividad probatoria en el proceso penal se rige por determinados principios, basados en la legalidad de la prueba, que la ordenan y deciden su forma, limitaciones que condicionan su obtención, incorporación, y valoración, dentro de los principios señala los siguientes: La legitimidad de la prueba, la libertad de la prueba, la inmediación, la publicidad del debate, la pertinencia de la prueba y la actuación de la prueba de oficio⁶³. Por su parte el Dr. Cesar San Martin Castro, sostiene además que la actividad probatoria se produce en la vigencia del principio de contradicción y la garantía genérica de igualdad de armas⁶⁴. También Julio César ESPINOZA GOYENA, sostiene que la actividad probatoria está regido

⁶⁰TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Academia de la Magistratura Lima 2009. p.27

⁶¹ACADEMIA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA. Jurisprudencia sobre la aplicación del Nuevo Código, Procesal Penal, Editora Diskcopy, Lima 2012. P. 53.

⁶²ACADEMIA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA. Código Procesal Penal Manuales, Operativos. Editorial Super Grafica. LIMA 2007. p. 37-38.

⁶³SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. EDITORIAL IDEMSA. Lima 2009. P. 229

⁶⁴SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal. Edit. Grijley. Lima 2014. Tercera Edicion. Pag. 714

por los principios, presupuestos, y límites regulados por la constitución, los tratados internacionales y por las reglas generales del Código Procesal Penal⁶⁵. En esta línea nuestra jurisprudencia constitucional, afirmado que el derecho a la prueba también está sujeto a limitaciones derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales límites extrínsecos, como la propia naturaleza del derecho en cuestión límites intrínsecos⁶⁶

En nuestro Código Procesal Penal, el tema abordado está previsto en el Inciso 1 de Art. 155 del Código Procesal Penal, en donde se señala que la actividad probatoria está regulada por la constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú, y por este código. Y en el inciso 2 señala que sólo serán excluidos las que no sean pertinentes y prohibidos por ley, es decir, son admitidos los que cumplen con la regla de la pertinencia y legalidad. Como se puede apreciar nuestra norma penal no es explícita, obvia señalar ¿cuáles son los principios y reglas que rige la actividad probatoria?

Al seguir analizando el acotado cuerpo legal encontramos el Art. 356 Inc. 1 que abordar los principios del juicio oral, señalando "... rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la intermediación y la contradicción en la actividad probatoria". De lo que se infiere que indebidamente el legislador peruano amplía los principios del juicio oral a la actividad probatoria, porque son situaciones que se inician en etapas procesales diferentes, por ejemplo, la

⁶⁵ESPINOZA GOYENA, Julio Cesar. Modulo cuatro en diplomado Internacional "El sistema Acusatorio Pernal" Academia de la Magistratura, marzo- junio del 2009. p. 17

⁶⁶STC. Expediente 4831-2005 PHC/TC.

actividad probatoria empieza en la etapa intermedia en donde solo hay control formal de los elementos de prueba y se verifica el cumplimiento de las reglas de pertinencia, conducencia, utilidad, legalidad; no se analiza el fondo como ocurre en el juicio oral.

En el derecho comparado tenemos la clasificación efectuado por el maestro DEVIS ECHANDIA, quien señala los siguientes requisitos: **Son requisitos intrínsecos:** a) la conducencia del medio; b) la pertinencia o relevancia del hecho objeto de la prueba; c) la utilidad del medio; d) la ausencia de prohibición legal de investigar el hecho. Rigen para la fase de producción de la prueba y se revisa su cumplimiento en la de valoración. **Son requisitos extrínsecos:** a) la oportunidad procesal o ausencia de preclusión; b) las formalidades procesales; c) la legitimación y postulación del juez que la decreta oficiosamente; d) la competencia del Juez o de su comisionado; e) la capacidad general del Juez o funcionario comisionado y de los órganos de la prueba (testigos, peritos, intérpretes, partes cuando confiesan) y la ausencia de Impedimentos legales en aquéllos y éstos. Rigen para la fase de producción, pero en la valoración debe revisarse su cumplimiento⁶⁷. Como es de entender teniendo en cuenta la época de la concepción de esta clasificación valiosa se produjo desde el punto de vista inquisitivo propio de la época del aludido autor, lo que ha variado ostensiblemente con la nueva concepción adversarial. Casi en el mismo sentido MORA MORA LUIS PAULINO, sostiene que los elementos probatorios tienen como límites: La licitud, la objetividad, la relevancia y la pertinencia⁶⁸.

⁶⁷DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, Compendio De La Prueba Judicial, Editorial Rubinsal- Culzoni. Buenos Aires 1984. T. I, p. 157.

⁶⁸MORA MORA. Luis Paulino. En Investigación y prueba en el derecho procesal penal. Editorial Colex. Madrid 2006 p. 87.

Asimismo, Gustavo Cuello Uriarte, sostiene que los principios “son los fundamentos que estructuran la normatividad probatoria contenida en los códigos procesales, determinan su configuración y entidad, y facilitan su recta aplicación y entendimiento”. Para este autor son principios de la prueba penal los siguientes: a) El de necesidad de la prueba; b) El de unidad de la prueba; c) El de comunidad de la prueba; d) El de contradicción de la prueba; e) El de publicidad de la prueba; f) El de Inmediación del juez en la producción y la dirección de la actividad probatoria; g) El de originalidad de la prueba; h) El de libertad de la prueba; i) El de pertinencia y relevancia de los juicios fácticos que conforman el objeto concreto de la prueba; j) De la conducencia o idoneidad de la prueba; k) El de naturalidad o espontaneidad de la prueba; l) De la obtención coactiva de los medios materiales de prueba; m) de la irrenunciabilidad de la prueba; n) de la concentración y ñ) El de indubio pro reo⁶⁹. Como se aprecia en esta clasificación se unen los principios, las reglas y los derechos del imputado.

Asimismo, en la legislación colombiana actual, es decir en el Art. 273 del Código Procesal Colombiano se establece que los **criterios** a tenerse en cuenta para la valoración de los elementos materiales probatorio y evidencias físicas son: la legalidad, autenticidad.

Como se puede apreciar, son múltiples las clasificaciones que se han hecho sobre los principios de la actividad probatoria. Sin embargo, analizando todas ellas podemos apreciar que en algunas clasificaciones se combinan los principios con las reglas de la actividad probatoria, situación que motiva hacer

⁶⁹CUELLO IRIARTE, Gustavo. Derecho probatorio y pruebas penales. Legis editores S.A. p. 670-672.

un esfuerzo para poder determinar cuáles son principios y cuáles son las reglas de la actividad probatoria a la luz de los conceptos jus filosóficos.

2. Diferencia Entre Principio Y Regla

Si tenemos en cuenta las diferencias ontológicas y los conceptos de principios y reglas difundidos por los jus filósofos como Robert Alexy, para quien los principios “son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, o “permite la concretización de un derecho”, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que **deben ser cumplidos** en diversos grados. En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y en esta medida, **pueden ser cumplidas e incumplidas**⁷⁰. Criterio compartido por Manuel Atienza, quien considera que las normas reglas son condiciones de aplicación, que los órganos jurisdiccionales deben observarlas como **razones perentorias**⁷¹ En consecuencia si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena ni más ni menos. En el mismo sentido Ronald Workin, citado por Robert Alexy⁷², dice que **las reglas son aplicables en la forma toda o nada**, pero en cambio los principios no, aun cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determina necesariamente la decisión, sino que solamente **proporciona razones** que hablan a favor de una u otra decisión.

⁷⁰ROBERT ALEXY. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En Doxa cuaderno 5, 1988 p. 143

⁷¹ATIENZA, Manuel. Y Juan Ruiz Manero. Sobre principios y reglas. En Doxo, cuaderno 10, 1991, p. 111

⁷²ROBERT ALEXY. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En Doxa cuaderno 5, 1988, p. 141

Nuestra Corte Suprema, en esta línea ha indicado en la casación 194-2014 Ancash que: En la actualidad se sabe que las normas jurídicas pueden estar estructuradas como normas y como principios. La norma estructurada como **principio es un mandato de optimización** (*Optimierungsgebote*), mientras las normas estructuradas como reglas, **es un mandato definitivo** (*definitive Gebote*) capaz por subsunción de obligar, prohibir o permitir algo en forma definitiva⁷³.

En consecuencia, en la actividad probatoria, los principios son aquellos mandatos que crean condiciones para la realización del derecho fundamental de la prueba con la finalidad de obtener una decisión justa, son obligaciones impuestas a los jueces. Y reglas son aquellas normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva sí o sí, son obligaciones impuestas a las partes.

3.- Principios Que Rigen Actividad Probatoria del Proceso Penal En Perú

Siguiendo a Robert Alexy, Manuel Atienza y Ronald Working, solo son:

3.1.- Principio del Debido Proceso probatorio.

Es el macro principio de rango constitucional de carácter oceánico, básico aplicable a las actuaciones judiciales y administrativa. En la actividad probatoria su observancia es obligatoria bajo apercibimiento de nulidad (Inc. "d" del Art. 150 del CPP), por lo tanto, es un mandato-obligación primordial que todo magistrado debe prestar atención. Lo que significa que todo procesado debe ser sometido a un juzgamiento dentro del cauce constitucional y garantías

⁷³Fundamento 4.6. de la Casación 194-2014 Ancash

mínimas, con la observancia de la plenitud de formas del juicio, este principio se le debe respetar desde sus dos dimensiones:

3.1.1. Desde su dimensión formal.

Le concierne el derecho al acusado: ser notificado con el requerimiento fiscal y recaudos, contar con defensor, tener los medios y el tiempo para preparar la defensa, contar con un juzgador imparcial que le garantiza la igualdad de armas; de controlar y contradecir la prueba; tener el derecho a ofrecer, actuar, se valore y se motive la prueba (Exp. N° 4831-2005-PHC/TC), interrogar y contra interrogar a los testigos de ser el caso (Exp. N° 6020-2008-PHC/TC, Parágrafo "F" del Inc. 2 del Art. CADH), el derecho a la verdad, derecho a no auto inculparse, a la confesión sincera, derecho a un juicio público, oral.

3.1.2. Desde la dimensión sustancial.

Las partes tienen derecho que la actividad probatoria se desarrolle teniendo en cuenta como parámetros la razonabilidad y proporcionalidad (caso Llamuja).

Este principio es denominado por el Dr. César San Martín, como una garantía procesal penal genérica, siguiendo la idea de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. En nuestro medio este principio está positivizado en nuestra constitución en el inciso tercero del artículo 139, como un principio de la función y obligación jurisdiccional, en la actividad probatoria aparece en el momento que el imputado es notificado con el requerimiento fiscal y recaudos. Su preexistencia epistemológicamente aparece en el momento que es imputado y rige durante las dos etapas extraprocesal y procesal.

3.2. El Principio De Igualdad De Armas En La Actividad Probatoria.

Está prescrito en el Inc. 3 del Art. I del Título preliminar del CPP., impone un mandato-obligación al Juez de preservarlo y de allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español al indicar que corresponde a los Órganos Jurisdiccionales la obligación de promover el debate procesal **en condiciones** que se respeten la contradicción e igualdad de la acusación y la defensa⁷⁴. Su existencia en la actividad probatoria empieza en el momento del ofrecimiento de la prueba y continúa en el juicio oral y se prolonga hasta la audiencia en segunda instancia en la que ambas partes necesitan las mismas condiciones para seguir probando y sustentando su teoría del caso.

El Profesor César San Martín, sostiene que este principio es fundamental para la efectividad de la contradicción y “consiste en reconocer a las partes los mismos medios de ataque y de defensa, es decir idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Agrega que en el ámbito de la actividad probatoria, este principio tiene trascendental importancia, ya que solo puede tener la condición de prueba, y servir de base a la sentencia, las diligencias probatorias que se han actuado con plena intervención de las partes, lo que opera esencialmente en el juicio oral⁷⁵.

Al respecto el maestro español Vicente Gimeno Sendra, sostiene que en su opinión “el principio de igualdad de armas es una proyección del genérico principio de igualdad que reconoce la Constitución española y del derecho a un

⁷⁴Sentencia del Tribunal Constitucional Español 66/1898, de 17 de abril. En Sanchez Velarde, Pablo (2004); Manual del Derecho Procesal Penal, IDEMSA, LIMA, p. 181.

⁷⁵SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. 3º Edic. Grijley. Lima. 2014. p. 115

proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24.2 y se estima vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna o bien el legislador, o bien el propio órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria o la agraven indebidamente con cargos procesales exorbitante, sin que ambas posibilidades y carga procesales alcancen justificación objetiva y razonable alguna⁷⁶.

Desde esta perspectiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos invocando los artículos 1°.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha fijado jurisprudencia vinculante supranacional, sosteniendo que el Art. 1°.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos⁷⁷ “sin discriminación alguna”. Por ultimo señala que, desde el proceso, los estados deben adoptar medidas de compensación, cuando estén en presencia de condiciones de desigualdad real, de manera que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos o deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses de las personas indigentes, pues de lo contrario no puede decirse que estas disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso, en condiciones de igualdad con quienes no tienen esas desventajas⁷⁸.

⁷⁶GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CANTENA, Víctor; CORTES DOMINGUEZ, Valentín: Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 1996, p.81.

⁷⁷Opinión Consultiva 04/84, párrafo 53.

⁷⁸Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999, párrafo 119.

En consecuencia, se puede decir que este principio crea condiciones de actuación de igualdad para las partes, se trata de la igualdad ante la ley y en la ley. Exige desde el enfoque constitucional hasta el cauce procesal penal, que tanto al acusador como la defensa se les garantice por parte del juez situaciones de igualdad; es decir, disponga de iguales mecanismos, derechos procesales, de oportunidades y posibilidades similares para objetar, oponerse, tachar, sostener y fundamentar la prueba, conforme cada cual estime conveniente según su teoría del caso. La vulneración de este principio causa indefensión⁷⁹ y por ende la nulidad del proceso.

3.2. Principio De Aportación De Partes.

Es una innovación en el CPP. Es la máxima que regula la prueba en juicio, se manifiesta cuando las partes alegan su teoría del caso y los elementos fácticos de la pretensión que van a discutirse en juicio, así como al proponer la prueba de tales elementos. Este principio señala que corresponde a las partes la potestad de determinar el objeto del proceso y el objeto del debate. En consecuencia, el juez no puede jamás apartarse de los hechos del proceso para resolver la litis, ni tampoco podrá apartarse del thema probandum a la hora de estimar o desestimar la pretensión, esto en concordancia con el principio de exhaustividad.

Por otro lado, el principio de aportación de partes establece que son los litigantes los que deben realizar la actividad probatoria para probar el hecho fáctico alegado.

⁷⁹CORDON MORENO, Faustino. Introducción al Derecho Penal. 2º ed. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1995.p.130

Si analizamos algunos aspectos de la actividad probatoria con respecto a este principio, lo encontramos prescrito en Inc. 2 del Art. 155 del CPP. Señala “la prueba se admite a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales.” Asimismo, en el art. 185 del cuerpo legal acotado, el legislador le ha otorgado iniciativa probatoria al juzgador, pero entendida esta no como carga ni como derecho objetivo de la prueba, sino como potestad que se dirige a completar la manifiesta insuficiencia de la actividad probatoria de la partes, razón por el cual “el Juez de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la actuación de nuevos medios probatorio si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”. Con la salvedad que el juez penal cuidara de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes; establecida esta facultad como complementaria e integrativa, pero nunca, más allá del *thema decidendum*,

Esta nueva perspectiva, nos lleva a concluir que “si bien el juez solo puede pronunciarse sobre los hechos invocados por las partes, va perdiéndose la idea que a ellos solo les corresponde la aportación de la prueba, admitiéndose progresivamente que el juez puede completar el acervo probatorio, en atención al interés público. Sólo de esta manera podemos superar la desvirtuación del proceso penal que solo produce deficiencia en la evaluación de los elementos probatorios aportados al proceso, por negligencia, temeridad u omisión.

Si el juez omite la obtención de datos relevantes para la solución de un conflicto justo, hace posible que la verdad quede oculta bajo el manto de la negligencia, indiferencia, omisión sospechosa, lo que en otros países se supera solo cuando el juez decide cumplir con su deber de impartir justicia teniendo en

cuenta el interés público y la paz social. Por ejemplo, en Costa Rica la regla 74 considera como conducta sospechosa cuando el fiscal no ofrece a la actividad probatoria la prueba adecuada teniéndola o pudiéndola conseguir, ante lo cual se activa la potestad de la prueba de oficio.

Otra causa que distorsiona el principio de aportación de parte, es la carencia de lealtad en la actividad probatoria y el nulo control exigibles a las partes. Cuando estas potestades no se hacen efectivos, la parte o las partes pretenden litigar confundiendo y faltando a la verdad, lo que constituye un acto de osadía o temeridad. En estos actos verificamos un abuso al principio de aportación de las partes, porque las partes obligan al juzgador a poner en la sentencia una supuesta constatación de hechos que difiere con la realidad, lo que desvirtúa el principio de verdad objetiva. Por eso, es necesario como lo ha indicado en diversas jurisprudencias el Tribunal constitucional que: “El Juez, debe buscar, en todos los casos, la verdad real y aplicar el principio de la primacía de la realidad⁸⁰”. Lamentablemente los riesgos advertidos están primando en nuestra administración de justicia, por eso que estamos viviendo una etapa de desvaluación de la justicia lo que hace campear la impunidad.

En esta línea podemos decir que el principio de aportación de parte adquirió sustantividad propia respecto del dispositivo cuando se superó la idea de que las partes eran dueñas del objeto del proceso y del proceso mismo.

Lo cierto es, como ya se dijo, nuestro modelo procesal está circunscrito al sistema de la escuela Europea Continental (España, Francia, Italia y todo latinoamérica) en donde prima el principio “favor veritatis delicti” (en favor de la

⁸⁰Fundamento 5, del Exp. N° 9598-2005-PHC/TC. Lambayeque. Jaime Mur Campoverde.

verdad del delito), el cual da potestad al juez en ciertos casos o supuestos, ir mas haya de lo que imputa el fiscal o sostiene la defensa, en aras de alcanzar la verdad de los hechos propuestos, de manera excepcional cuando hay vacío o invade la duda porque quiere la verdad, en este sistema interviene el órgano jurisdiccional en la obtención de la prueba, porque el proceso esta encaminado al esclarecimiento de los hechos⁸¹. El juez peruano no es un arbitro como si lo es el juez anglosajon, quien solo se limita a verificar presupuestos y aplicar la ley, situación que confunde u olvidan unos magistrados de nuestro tribunales de justicia y se sustraye de su deber de buscar la verdad.

3.4. Principio De La Obtención Coactiva De Los Medios Probatorios.

La prueba es el alma de la investigación y el corazón de la sentencia. Inicialmente, es el elemento con el que se abriga la esperanza de encontrar la verdad de lo sucedido en un acto delictivo. Su existencia en sus diferentes momentos mueve los hilos del aparato estatal, ya sea, persecutor (fiscalía) y juzgador (poder judicial) para sancionar al que violento un bien jurídico e infringió la ley penal. Motivo suficiente para tomar decisiones a fin de recabarlos (Art. 66 CPP) e incorporación a la actividad probatoria para su actuación y valoración.

Esta faculta es conveniente para que el Juez pueda hacer efectivo los pedidos de requerimiento conforme se indica en el inc. "f" Art. 350 del CPP. En el desarrollo de la actividad probatoria. Esta potestad está fundada en razones: el derecho a la verdad que tienen las partes (obliga al juez a realizar las

⁸¹https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/303_5_el_principio_acusatorio.pdf, p. 16 del 20 de julio del 2016.

diligencias necesarias para saber lo que ocurrió, dentro de ellas recabar la prueba que se ofrece), en el interés público del proceso y en la necesidad de obtener la prueba para la emisión de una sentencia justa.

Esto le faculta al juzgador a compeler a terceras personas (naturales o jurídicas) para que entreguen los medios probatorios que tengan en su poder, por ejemplo, en calidad de dueños del local de una empresa en la que cometió un robo u homicidio, debe remitir el video que contenga la grabación del día y hora en que ocurrió el hecho delictivo; en calidad de tenedores o depositario de la documentación que poseen, otro ejemplo sería el caso del gerente de un banco que debe entregar el expediente de un préstamo en la que se adulteró la firma del agraviado que denuncia por estafa. Asimismo, el legislador ha establecido las consecuencias, en caso de incumplimiento temerario, en este supuesto el juzgador está facultado de sancionarlo con una multa, conducción compulsiva por la policía, capturas, decomiso, exhibición, allanamientos y demás sanciones disciplinarias.

El maestro EDUARDO COUTURE, sostiene que el principio de obtención por coacción de la prueba, destruye el aforismo canónico del derecho probatorio de antaño “nemo tenetur endere contra sé”, que significa “nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra beneficiando al adversario” concepción individualista⁸² que en la actualidad ha sido superado como consecuencia del **interés público** en un estado de derecho constitucional.

⁸²COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil, Depalma, Buenos Aires. 1988, p. 129 y 136.

Esta facultad del juzgador, también lo puede hacer valer contra el mismo imputado, cuando se negare a la extracción de sangre para el dosaje etílico o para la extracción de sangre para la realización de la prueba pericial del ADN. En este sentido el Código Procesal Penal, establece nuevos mecanismos procesales acordes con la nueva realidad social existente, y tiene como único fin la dilucidación de los hechos que son materia del proceso penal en este sentido las intervenciones corporales como las mencionadas, hoy por hoy, forman parte de una gama de innovadores instrumentos diseñados por el legislador penal afín de incorporar medios probatorios a la actividad probatoria que le permita al juzgador adquirir convicción sobre un hecho controvertido necesario para la solución del caso. Son actos de investigación que toman como objeto de análisis los cuerpos de la persona humana, medios que son analizados y ordenados por el juzgador bajo el respeto el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido el Art. 211 del acotado código señala: “El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Con esta finalidad, aún sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado.

La diligencia está condicionada a que no se cause un daño grave para la salud del imputado, para lo cual si resulta necesario se contará con un previo dictamen pericial”. Al respecto el tribunal constitucional en el expediente 815-2007-PHC/TC. Ha señalado que estas medidas un poco cuestionadas resultan ser idóneas para la realización del fin constitucionalmente protegido “alcanzar la justicia por medio de la verdad” como interés público en la dilucidación de un delito.

3.5. Contradicción O e Confrontación.

Por este principio el imputado y las demás partes procesales tienen el derecho de conocer la existencia de la prueba propuesta por la fiscalía o/y viceversa para poder analizarlo, controvertirla, en los diferentes momentos de la actividad probatoria. Es el derecho recíproco, que se erige en uno de los medios más idóneos para ejercitar el derecho de defensa. La esencia de este principio reside en el derecho a la oportunidad que deben tener las partes para conocer la prueba y saber ¿de qué o quién se trata?, para poder oponerse, discutirla u ofrecer su contraprueba en la etapa intermedia y para su posterior contradicción en el momento estelar del juicio oral.

En el derecho anglosajón a este principio se le denominado como derecho a confrontación⁸³ y está compuesta por tres grandes dimensiones: 1) El derecho al careo o confrontación cara a cara, con los testigos adversos que supone el derecho a ver al testigo que está declarando en mi contra; 2) El derecho a

⁸³CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Volumen I. Editorial Forum 1995, p. 430

contra interrogar a los testigos adversos o el derecho al contra examen; 3) Las reglas sobre testimonio de oídas.

En la actividad probatoria el conocimiento de los elementos de prueba del Ministerio Público se consuma cuando el Juez de Investigación preparatoria le notifica al acusado el requerimiento de acusación fiscal con copias de los recaudos que la escoltan. Con esta notificación judicial se activa la oportunidad del imputado y de los demás sujetos procesales para oponerse, cuestionarla, buscar y ofrecer la contraprueba. Si se trata de pericias y documentos les da la oportunidad de buscar el mecanismo para contradecirlas ofreciendo la pericia de parte, ofrecer los peritos de parte o los documentos idóneos que desmientan la autenticidad de los documentos que ofrece el Ministerio Público.

Este principio se convierte en un mecanismo del control de la veracidad y autenticidad de la prueba aportada en la etapa intermedia y rendida en el juicio oral. Está reconocido plenamente en el Inc. 2 del Art. I del Título Preliminar y en el Art. 356 del Código Procesal Penal. Su existencia en la actividad probatoria, empieza procesalmente desde el momento que las partes aportan sus elementos de pruebas conducentes a justificar su teoría del caso y contradecir la teoría contraria (349. Inc. c del CPP), es decir, desde la presentación de la requisitoria escrita. Para que este principio se optimice se debe tener como base la plena igualdad de las partes para el uso de sus facultades procesales. Esto es, para sostener una imputación y poder refutarla; como la facultad de aportar prueba de cargo y de descargo Art. 350 Inc. f CPP. Pues este derecho consiste en tener recíproco control de la actividad probatoria, para ejercer el

derecho al control de la prueba desde la aportación e ingreso al juicio, actuación, conservación, valoración y motivación.

- En la audiencia de control de acusación la contradicción solo versa respecto al cumplimiento de los requisitos de forma de los elementos probatorios que se ofrecen, es decir respecto a la: pertinencia, conducencia y utilidad.
- Ya en el juicio oral, por el principio de contradicción se desarrolla ampliamente desde sus alegatos de apertura, actuación y clausura con el animus de hacer valer su teoría sobre el del contrario⁸⁴.

En el proceso penal es necesaria que la información proporcionada por las partes pase por el filtro del contradictorio, para que los magistrados aprecien si la información proporcionada por las partes es veraz, creíble, confiable y de calidad. Este principio garantiza que la actividad probatoria se haga bajo el control de todos los sujetos procesales, con la finalidad que ellos tengan la posibilidad de controlar su aportación y su producción; ya sea efectuando preguntas Art. 378 Inc. 8 CPP, realizando observaciones, formulando objeciones Inc. 4, requiriendo aclaraciones Inc. 5. Este control mutuo se extiende, asimismo, a las argumentaciones de las partes, debiendo garantizarse que las partes puedan en todo momento escucharse mutuamente en vivo y directo, para expresar su conformidad o rebatirlos según el caso. El tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso DE URBANO CASTILLO, sostiene: “será vulnerado cuando se limitan efectivamente las oportunidades

⁸⁴CAFFERATA NORES, José; Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas. Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1998, p. 57

defensivas del interesado, de todas las partes procesales, y del reo, por no estar presente en el juicio o en un recurso, negarle información relevante o menoscabarle sensiblemente sus posibilidades de producir pruebas de descargo de defenderse de la inculpativa⁸⁵.

3.5.1. El Principio De Contradicción En Los Tratados Internacionales.

Por su gran importancia el principio de contradicción se ha contemplado en los acuerdos supranacionales, como: en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica". Específicamente, en el literal "F", numeral 2 del art. 8 que indica, es una garantía: "Derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos". En ese mismo sentido este principio fue positivado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 14. inc.3 literal "e". De igual manera en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta la firma y ratificación por la Asamblea General, en el artículo 40. Inciso 2. Literal b, con lo que se ha logrado estandarizarlo a nivel supranacional.

Este principio crea un mandato en virtud del cual las partes tienen derecho de conocer y controvertir las pruebas, desde su ofrecimiento y admisión. Para

⁸⁵DE URBANO CASTILLO, Eduardo. El principio de contradicción en el proceso penal en diario La Ley. Año XXIII, N° 5474. Madrid, lunes 4 de febrero del 2002. P.3.

garantizar plenamente este derecho ambas partes deben exhibir las evidencias y medios probatorios en las oportunidades correspondientes.

Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su abundante jurisprudencia existente ha sostenido que se vulnera este principio cuando: No se cita a la contraria en el trámite del recurso ni se requiere a la persona del interesado para oírlo y posibilitarle la presentación de evidencias⁸⁶. También cuando se condena a una persona sin estar presente en el juicio ni ser defendida por un abogado⁸⁷. Igual si se deniega el acceso al expediente se produce en grave obstáculo a la elaboración de los alegatos de la defensa⁸⁸. Asimismo se vulnera cuando no se examina por el tribunal unas evidencias necesarias para resolver la causa⁸⁹ o cuando una sentencia se basa en declaraciones de testigos que la defensa del acusado no pudo interrogar en ninguna de las fases del proceso⁹⁰.

3.6. Principio de concentración.

Es propio del Juicio oral, por concentración, **según** el modelo penal todo elemento de prueba debe ser traído de las anteriores etapas procesales (investigación preliminar y/o preparatoria) para ser ofrecidas en la audiencia de control de acusación y posterior actuación en forma concentrada en el juicio oral. Este principio tiene por finalidad reunir en un solo acto las teorías propuestas, las partes y el caudal probatorio en el juicio oral a fin que la

⁸⁶Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Botten del 19 de febrero de 1996.

⁸⁷Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Belzuik del 25 de marzo de 1998.

⁸⁸Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X vs Alemania del 13 de febrero de 2001.

⁸⁹Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X vs Italia del 11 de enero del 2009

⁹⁰Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso de Luca, 27 de febrero del 2001.

actividad probatoria se desarrolle en una audiencia única y en el menor número de sesiones.

Desde otra arista la Dra. Cubas Villanueva considera que el Principio de Concentración está referido: primero, a que en la etapa de juicio oral sea materia de juzgamiento sólo los delitos objeto de la acusación fiscal. Todos los debates estarán orientados a establecer si el acusado es culpable de esos hechos. Si en el curso de los debates resultasen los indicios de la comisión de otro delito, éste no podrá ser juzgado en dicha audiencia; y segundo, el Principio de Concentración requiere que, entre la recepción de la prueba, el debate y la sentencia exista la “mayor aproximación posible”. Este principio de concentración está destinado a evitar que en la realización de las sesiones de audiencia de un determinado proceso, se distraiga el accionar del Tribunal con los debates de otro⁹¹. Es decir, considera el aludido autor que en el desarrollo del juicio oral y de la actividad probatoria se debe evitar abordar otros delitos o tema que no es objeto de la litis para evitar cualquier tipo de desconcentración.

3.7.- Principio de inmediación.

La inmediación exige que la prueba debe ser actuada o practicada en el juicio oral en presencia del juzgador o juzgadores según el caso. Lo que significa que la actividad probatoria a de transcurrir ante la presencia o intervención del Juzgador o colegiado designado para pronunciar la sentencia. En este mismo sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que: “De acuerdo con el principio de inmediación la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del Juez

⁹¹<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/03/principios-del-proceso-penal-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal/> 18 / 08/ 2016.

encargado de pronunciar sentencia, puesto que de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a éste ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria”⁹². Sin embargo, este máximo intérprete de la legalidad también tiene sentado en su jurisprudencia que ni todo derecho ni todo principio es absoluto, pues estos se pueden sujetar a limitaciones o excepciones. En esta línea, tal como lo ha establecido la doctrina especializada que ha sido recogida por la Corte Suprema de la Republica (Casación N° 5-2007- Huaura) y que el TC lo ha acogido de recibo, la actuación y valoración de la prueba personal en su relación con el principio de inmediación **presenta dos dimensiones**: una personal y la otra estructural. **La primera**, se refiere a los datos relacionados con la percepción sensorial del Juez: lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de las manifestaciones, precisiones en el discurso, etc., no es susceptibles de supervisión y control en apelación, es decir no puede ser variada. **La segunda**, cuyos datos se refieren a la estructura racional del contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgado, si puede ser fiscalizada o variadas. En este contexto, el relato fáctico que el Juez asume como hecho probado no siempre es inmutable, pues: a) puede ser atendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente, o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

⁹²Fundamento Jurídico 6 Exp. N° 0849-2011-HC/TC.

En este segundo conjunto de supuestos, se encuentra constitucionalmente justificada a la variación del valor de la prueba personal otorgada por el juez de primera instancia sobre la base del principio de inmediación, al verificarse la vulneración el principio de logicidad, por tanto, no sería preciso declarar la inconstitucionalidad del acto procesal que lo contiene⁹³.

3.8. Principio de proporcionalidad.

Este principio controla la parte sustancial del debido proceso en la actividad probatoria penal, es decir la decisión del juzgador. El Tribunal Constitucional, señala que es **también conocido con el principio que prohíbe el exceso, impide las injerencias desproporcionadas,**⁹⁴ **El maestro LUIS CASTILLO CÓRDOVA, señala que este principio:** “se ha convertido en el principal instrumento con el que cuenta el operador jurídico para determinar si su actuación estatal e incluso privado, debe tener cobertura constitucional por no ser arbitrario y ajustarse al respeto del contenido constitucional de los derechos humanos⁹⁵”. Si tenemos en cuenta que todo principio impone deberes de hacer y no hacer, este principio se caracteriza por imponer al Juez ambos deberes a la vez. En su actuación funcional el magistrado debe conducirse con proporcionalidad y razonabilidad, a tal punto que debe ponderar si es necesario

⁹³Fundamento 5 EXP. N.º 02201-2012-PA/TC, LAMBAYEQUE, Francisco Virgilio Castañeda Aguilar Y Otra.

⁹⁴Exp. N.º 0731-2005-HC/TC, del 16 de abril del 2004 f.j. 11

⁹⁵CASTILLO CÓRDOVA, Luis. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, En http://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1. Del 27 de enero del 2016.

o no el sacrificio de un derecho fundamental en la actividad probatoria, su decisión que tome no debe ser desmedido. Aunque habrá oportunidades en que se encuentre en la situación de sacrificar un derecho fundamental por otro de interés superior como en el caso entre el derecho a la intimidad de un pedófilo frente al interés superior de los menores víctimas de este. Esto según las particularidades de cada caso.

Ante esta situación se requiere de una decisión razonable y proporcionada que limite tales hechos. De no hacerlo puede hacer que el proceso penal se aparte de sus finalidades, esto es, la realización de la justicia y el esclarecimiento de la verdad. De omitirse tal deber de actuación procesal, el proceso se transformaría en un mecanismo de reproches y prejuicios sociales. Esto nos demuestra la importancia de este principio. Comparte este criterio la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-453, del 02 de mayo 2005. M. P. Manuel Cepeda Espinoza.

Como podemos apreciar este principio emerge como regulador del accionar de los órganos jurisdiccionales y de las partes a fin de evitar la arbitrariedad, discriminación, actitudes interesadas o caprichosas, subjetividad, en la actividad probatoria, exigiendo que el juzgador o colegiado al momento de resolver un incidente respecto a la incorporación, admisión, actuación o motivación de una prueba, no emita una decisión despótica, tiránica carente de toda fuente de legitimidad, contrario a lo razonable y proporcional.

Este principio impone al Juez, que, al momento de tomar una decisión, esta debe pasar por el tamiz del principio de proporcionalidad, el cual exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evita

el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales. Nació como consecuencia de la consolidación del Estado de Derecho, modernamente aparece como carente de toda fundamentación subjetiva, incongruente y contradictorio con la realidad que muchas veces sirve de base o de sustento de una decisión.

En este orden de ideas el Tribunal Constitucional, ha indicado que este principio proscribire: a) actitudes caprichosas, vagas e infundadas, desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁹⁶, mediante este principio sólo se exige que la decisión del juzgador sea producto de un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y la vinculación del imputado o imputados.

3.9.- El Principio De Publicidad.

Este principio es un medio que crea las condiciones para garantizar el respeto del derecho a la prueba, consiste en que no debe haber pruebas ocultas o clandestinas, sino que deben ser conocidas oportunamente por las partes.

Es un principio de vital importancia, su respeto y cumplimiento evita la arbitrariedad⁹⁷, pues como dice el maestro Víctor Cubas Villanueva⁹⁸, se funda

⁹⁶Fundamento 30 del exp. 06167-2005-PHC/TC.

⁹⁷DOXA. Cuaderno N° 08, Filosofía Del Derecho, Publicaciones Periódicas, Universidad de Alicante, 1990, p. 25-26.

⁹⁸<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/03/principios-del-proceso-penal-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal>. Del 21 de enero del 2016.

en el deber-obligación que tiene que cumplir el Estado a través de los órganos jurisdiccionales de efectuar un juzgamiento transparente, esto es facilitar que la población conozca ¿por qué?, ¿cómo?, ¿con qué pruebas se condena o absuelve? y ¿quiénes han realizado el juzgamiento al procesado?

Este principio está positivado en el inciso 4 del artículo 139 de la Constitución Política, por los tratados internacionales y en el inciso 2 del artículo I del Título Preliminar y el art. 357º del Código Procesal Penal, prescribe: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio...”. Efectiviza el control ciudadano al juzgamiento. HASSEMER señala, además, que este principio es una forma de auto legitimación de las decisiones de los órganos que administran justicia⁹⁹. Consiste en garantizar al público la libertad de presenciar el desarrollo del debate y en consecuencia de controlar la marcha de él y la justicia de la decisión misma. La publicidad es considerada como una garantía del ciudadano sometido a juicio y a la vez como un derecho político de la sociedad a controlar la actividad judicial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S. 8-12-83) ha señalado que, “la función política de control del poder judicial que cumplen los particulares, a través de su presencia en un acto judicial público, consiste, precisamente, en la verificación del cumplimiento de las condiciones, requisitos y presupuestos jurídicos por parte de quienes desempeñan la tarea de impartir justicia”. A nivel supranacional, lo encontramos en los instrumentos internacionales como el artículo 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos, lo contempla expresamente y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8 inc. 5).

⁹⁹HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal, Bosch , Barcelona 1984, p. 203.

Nuestra Legislación señala la excepción al Principio de Publicidad cuando se trate de tutelar intereses superiores, tal es el caso del derecho al honor de una persona y en los casos de delitos contra la libertad sexual. La publicidad de los juicios está también referida a la facultad de los medios de comunicación de poder informar sobre el desenvolvimiento de un juzgamiento y hacer efectivo el derecho de control ciudadano; pero los datos propalados deben ser objetivo y veraz, el medio de comunicación no debe convertirse en medio de presión o de sensacionalismo. Sin embargo, la difusión de la información por estos medios no deja de presentar algunos problemas, por la imparcialidad de la línea periodística, razón por el cual algunas legislaciones han previsto restricciones para la prensa cuando su presencia colisiona con otros derechos fundamentales, que deben ser igualmente protegidos.

El espíritu de este principio es darle al pueblo el derecho de saber y de enterarse del juicio y sus pormenores. En este sentido el maestro Luigi FERRAJOLI nos recuerda que: *“la publicidad garantiza el control interno y externo del proceso, por la opinión pública y por el imputado y su abogado defensor¹⁰⁰”*. Asimismo el maestro Roxín, remarcó, que: *“es una de las bases del procedimiento penal, sobre todo una de las instituciones fundamentales del Estado del Derecho... su significado esencial reside en consolidar la confianza pública en la administración de justicia, en fomentar la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia y en evitar la posibilidad de que*

¹⁰⁰FERRAJOLI, Luigi: Derecho Y Razon- Teoría Del Garantismo Penal, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 616

*circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal y con ello en la sentencia*¹⁰¹.”

Desde una perspectiva sociológica se puede decir que el principio de publicidad del proceso penal, proviene también del carácter público de la acción penal.

URTECHO BENITES nos recuerda: “La acción penal es pública, porque está dirigida a satisfacer un interés colectivo, general, de que el orden social perturbado por el delito sea debidamente restaurado. De este modo, la acción penal está por encima de los intereses individuales¹⁰².”

Este principio se desarrolla en su mayor dimensión en el juicio oral (Art. 268 Inc. 3) no ocurre lo mismo con la etapa de investigación e intermedia, los que se caracterizan por ser estas últimas reservadas, es decir, de conocimiento exclusivo de las partes (Art. 99 CPP). Se extiende a la audiencia de apelación y en última instancia hasta la audiencia de casación cuando se examina las “zonas abiertas” es decir, cuando se analiza la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenas a la percepción sensorial del juzgador, y las que por ende podrían ser objeto de fiscalización a través del principio de lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. Por ejemplo, cuando las instancias de méritos han determinado que una partida de nacimiento es prueba de una violación sexual, y la sala casatoria puede válidamente corregir este error y establecer que dicho documento es útil o para acreditar un nacimiento de una persona o la filiación de la misma, mas no para acreditar la realización de un acto delictivo de acceso carnal, corrección que no significa, por parte de la sala

¹⁰¹ROXIN, Claus: DERECHO PROCESAL PENAL, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 407.

¹⁰²URTECHO BENITES, Santos Eugenio: Los Medios De Defensa Tecnicos Y El Nuevo Proceso Penal Peruano, Ed. IDEMSA, Lima, 2014, p. 44.

casatoria, una actividad de valoración del material probatorio de cara a establecer o no la responsabilidad penal de una persona, sino una simple determinación de la utilidad probatoria de un medio de prueba específico. La revisión de estos errores probatorios es posible gracias a la sustentación pública ante la sala casatoria, que solo revisa si ha existido congruencia probatoria o si las instancias de mérito han incurrido en el yerro anotada¹⁰³.

En síntesis, la finalidad de la publicidad es que el procesado y la comunidad tengan conocimiento sobre la imputación, la actividad probatoria y la manera como se juzga, así la comunidad podrá formarse un criterio propio sobre la manera como se imparte justicia y la calidad de la misma.

3.10. El Principio De Oralidad.

El Principio de Oralidad optimiza los derechos de expresión y petición en la actividad probatoria, establece que el discurso oral es la herramienta más eficaz y rápida, por el cual se expresan las partes y se actúan las pruebas en el juicio oral, en forma directa ante el Juzgador.

La oralidad fue la forma innata al iniciar la historia del proceso penal en casi todas las culturas. La vigencia del Código Procesal Penal, significa un retorno a esa forma natural de comunicación mejorada y eficaz. Consiste en que todos los recursos, peticiones, pruebas y alegatos del proceso, deben requerirse, exponerse y actuarse oralmente ante el Juez o colegiado, quien debe emitir su fallo también en forma inmediata y oral frente a las partes o dentro del término de ley según cada caso. Este principio, es la herramienta con el cual se logra la

¹⁰³Casacion N° 05-2007 Huara.

complementación de los otros principios vitales del proceso penal moderno, tales como: los Principios de inmediación, de publicidad, de contradicción, el de igualdad de armas y hasta el derecho de defensa.

Por lo tanto, en la actividad probatoria, todo lo que se proponga, se pida, pregunte, argumente, ordene, permita, resuelva, será formulada oralmente, pero lo más importante de las intervenciones será documentado en el acta de audiencia aplicándose un criterio selectivo. La Oralidad es una característica inherente a la actividad probatoria e impone que los actos jurídicos procesales que lo constituyen desde el inicio, hasta la emisión de la sentencia se realicen utilizando como medio de comunicación la palabra proferida oralmente, este mecanismo por excelencia permite convertir al proceso más célere, transparente y eficaz; acorde con los nuevos estándares que exige la moderna impartición de justicia.

Este canal ágil de comunicación, permite una directa interrelación humana y un mayor conocimiento recíproco y personal entre quienes intervienen en el juicio oral y también del juzgador. SCHMIDT ha enfatizado con acierto que la aplicación de este principio, es la única forma por medio de la cual se puede obtener una sentencia justa¹⁰⁴.

Este principio está positivado en el Inciso 2 del Art, I del Título preliminar del Código Procesal Penal. Así mismo dado su trascendental importancia, se ha contemplado en los instrumentos supranacionales, como: La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, establece la implementación de la oralidad en su Art. 8.2 párrafo "F" el cual

¹⁰⁴SCHMIDT, Eberhard: Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Editorial grafica Argentina, Buenos Aires 1957. Pag 203

se complementa con el Art. 8. Inc. 5 del mismo cuerpo legal; de igual manera se ha consignado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 14 Inc. 1. Y en la Declaración Americana de Derechos y deberes del hombre, en el Art. XXVI. Como podemos apreciar todos estos instrumentos supranacionales comparten el mismo espíritu jurídico para legitimar la implementación del sistema oral en sus respectivos países.

Al respecto el maestro Cesar San Martin, señala que: “lo rigurosamente oral es la ejecución de la prueba, los informes de las partes y la última palabra del imputado (la oralidad si bien tiene la ventaja de la expresividad, la frescura y la rapidez, tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención y el olvido)¹⁰⁵. Efectivamente existe este riesgo y va a depender de la concentración de los juzgadores en el juicio oral.

3.11. Principio de libertad probatoria.

Es la potestad que tienen las partes procesales de acreditar sus teorías a través de los medios probatorios típicos establecidos expresamente por la ley y mediante los medios probatorios atípicos sin lesionar los derechos fundamentales. Como todo derecho este no es absoluto y su límite son las reglas de la pertinencia, la legalidad y la legitimidad, como así lo prescribe el inciso 2 del art. 155 del CPP. Este principio impone a las partes la responsabilidad de actuar de manera oportuna y diligente, a fin de aportar al proceso las pruebas que sean útiles, pertinentes, conducentes y convenientes para sustentar su teoría del caso.

¹⁰⁵SANMARTIN CASTRO, César. Pag 120

Hernando Devis Echandia, considera que este principio tiene dos aspectos: libertad de medios y libertad de objeto. Significa el **primero** que el juzgador ni la ley debe limitar los medios probatorios si son útiles y cumplen los requisitos que se exige; lo **segundo** enfatiza que puede probarse todo hecho que de alguna manera acredite su teoría del caso e influya en la decisión del Juez.

En nuestro proceso formal, una actitud negligente nos lleva a perder la oportunidad de poder acreditar la comisión del delito o también perder la oportunidad de acreditar la inocencia o la justificación de la conducta reprochada ya sea para su exclusión a atenuación. Por ejemplo si el acusado X lo vieron salir del lugar de los hechos a la hora en que la menor fue ultrajada sexualmente y lo detuvieron en la esquina, si su abogado no solicita oportunamente la prueba del ADN para verificar si el semen que tiene la agraviada en sus partes y/o prensa intimas son la del sospechoso imputado, no podrá posteriormente acreditar su inocencia. Por lo tanto, será injustamente condenado.

3.12. Principio De La Comunidad O Adquisición De La Prueba

Este principio permite utilizar la información que emana de una prueba para fundamentar la verdad de una teoría, sin importar quien lo haya ofrecido. CLARIA OLMEDO, indica que según este principio, cada una de las partes puede utilizar, en beneficio del interés que pretenden, hacer prevalecer en el proceso, los medios de pruebas ofrecidos y los elementos admitidos e

introducidos por la actividad del otro¹⁰⁶. Al respecto Liza RAMÍREZ SALINAS, sostiene que el principio de comunidad o adquisición de la prueba, tuvo su origen en el principio de adquisición procesal, nombre instaurado por Chiovenda¹⁰⁷, cuando se refiere a la unidad en cuanto a la actividad procesal, estableciéndola como común a las partes¹⁰⁸. En este mismo sentido VALENTÍN SILVA MOLERO, sostiene que la actividad probatoria, se adquiere conjuntamente por todos los que interviene en el proceso, de tal suerte que la intervención de la prueba es recíproca, y sus resultados afectan conjuntamente a las partes en sentido favorable o desfavorable, independientemente de los deseos, o de los propósitos de aquel que haya propuesto la prueba¹⁰⁹. De lo que se infiere que la actuación probatoria genera una situación comunitaria. Es más ENRICO TULLIO LIEBMAN, sostiene que: “En virtud del principio de adquisición procesal un hecho puede ser declarado cierto aun en base a pruebas que no hayan sido proporcionadas por las partes gravada con la carga, sino que se haya actuado de oficio por el juez¹¹⁰”, por tanto carece de importancia el identificar la parte que habría de proporcionar la prueba que sustenta la sentencia. Razón por el cual GIAN ANTONIO MICHELI, considera que este “es un principio fundamental del proceso moderno”, que no hace depender el resultado favorable de la decisión judicial exclusivamente de la acción desplegada por la parte o los sujetos procesales, y por el cual las pruebas aportadas conforman una comunidad para que el juez “pueda

¹⁰⁶CLARIA OLMEDO, Tratado de Derecho Procesal Penal. T. V. P. 32.

¹⁰⁷Montero Aroca, Juan. La prueba en el proceso civil, Segunda Edic. Madrid Civitas, 1998. P. 54.

¹⁰⁸www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/eae599004678b1dd9f87df93776efd47/Principios+generales+que+rigen+la+actividad+probatoria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eae599004678b1dd9f87df93776efd4703/08/2016

¹⁰⁹SILVA MOLERO, Valentin. La prueba procesal. Revista de Derecho Privado. 1963. pag 27 y 28.

¹¹⁰LEIBMAN, Enrico Tullio. Manual de derecho procesal civil. P. 274

valorarlas libremente, eventualmente, por consiguiente, aun en beneficio del adversario¹¹¹”.

En consecuencia, este principio consiste en que, una vez aportada las pruebas al proceso (ya sea en la audiencia de control de la acusación o en los sucesivos momentos de manera excepcional) estas pueden beneficiar a cualquiera de las partes para acreditar los hechos que alegan en sus teorías del caso planteado, generando certeza en el juzgador, sin importar quien lo ofreció y aportó, pues una vez que ingresa al acervo probatorio se convierten en patrimonio del proceso, ya no es de las partes.

Ante lo expuesto, surge la pregunta ¿en qué momento opera la comunidad o adquisición de la prueba en el proceso penal? o, en otras palabras, ¿desde cuándo la prueba aportada queda incorporada al proceso? Y deja de pertenecer a la parte que lo ofreció.

Esta determinación es trascendental y vital, para saber hasta qué momento la parte o el tercero legitimado tiene el derecho sobre la prueba y puede disponer de su actividad ya sea solicitando su actuación, desistiendo o prescindiendo de ella (Inc. 2 Art. 379). Resulta obvio que al ofrecerse los medios probatorios en la audiencia de control de acusación por las partes, estas al ser admitidas en el auto de enjuiciamiento conforman el caudal de medios probatorios que será materia de debate en el juicio oral (inc. C Art. 353), de esta manera quedan listas para su actuación en el juicio oral, lo que es ordenado en el auto de

¹¹¹MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Traducido por Santiago Sentis Melendo. Bogota. Editorial Temis, 1989 p. 131.

citación a juicio (inc. 2 Art. 355) pero hasta este momento si no se ha actuado (no se ha trasladado los datos o conocimientos al juez) no hay ningún aporte, por lo tanto el medio de prueba ofrecido hasta ese momento no forma parte del caudal probatorio, este filtro se produce después de la actuación.

Es más, se puede decir que hasta antes de su actuación probatoria la parte que ofreció la prueba tiene derecho o señorío sobre ella, puede exigir su actuación y el juez está obligado a actuarla e incluso hasta el juicio oral la parte oferente sigue teniendo el dominio sobre la prueba, **cuyo dominio la pierde** en dos supuestos:

3.12.I.- Desistimiento Y Prescendencia De La Prueba. Se produce cuando la parte que ofreció la prueba ya no quiere actuarlo, por dos razones:

a) Ya sea porque a pesar de haberla ofrecido no puede presentarla al juicio oral como por ejemplo cuando se ofreció como medio de prueba la declaración de un testigo o perito, sin embargo, pese a haber realizado su búsqueda y habiéndose realizado los apercibimientos de ley, es decir, ordenado la conducción compulsiva y su ubicación es infructuosa, en este caso concreto el oferente se desiste del mencionado medio de prueba y solicita su prescendencia. Inc. 2 Art. 379, y

b) También puede ocurrir que por razones de estrategia de la parte que ofreció el medio de prueba simplemente decide no actuarlo porque se ha dado cuenta que afecta a la teoría de su caso, ante esta actitud temeraria y sospechosa, se puede producirse tres reacciones:

1) La oposición al desistimiento de la prueba por la otra parte o terceros legitimados, porque, con esta renuncia a la actuación de un medio probatorio puede impedirse que se alcance la verdad jurídica objetiva, por tanto, que el juzgador emita una sentencia justa.

2) Si la otra parte considera que el medio de prueba cuyo desistimiento se solicita no afecta al esclarecimiento de la verdad puede allanarse a lo solicitado por el oferente y,

3) El juez puede actuarlo de oficio si considera que una vez culminada la recepción de las pruebas estas resulten insuficientes y el medio probatorio cuya prescindencia se pide, es fundamental para esclarecer los hechos imputados. En este caso el juzgador busca hacer primar el principio-derecho a la verdad.

3.12.II.- La Actuación De La Prueba Y Su Comunidad.

No tan solo es el momento estelar del juicio oral, sino también de la actividad probatoria, porque es en este estadio que se aporta el dato, la información, se produce la transferencia del medio de prueba al conocimiento al juez y por ende al proceso, por lo tanto, la prueba ya no le pertenece al oferente. Y para que sea eficaz, se debe garantizar a su titular u oferente una actuación adecuada y regular; desprovista de todo acto defectuoso y arbitrario, es decir que se produzca bajo el cauce de los principios de publicidad, inmediación, contradicción, oralidad e igualdad, etc.

Es en este momento en que la prueba pasa al patrimonio del proceso, ya no es del dominio exclusivo del oferente, al haberse transmitido la información en el

juicio oral al Juez, a las partes y demás intervinientes. En esta situación el señorío de la prueba lo tiene el juzgador quien a la vez tiene amplia libertad de valorarla. En consecuencia, podemos concluir que la comunidad de la prueba opera a partir del momento en que se actúa el medio probatorio. Porque es en ese instante que dicho dato o conocimiento que solo tenía el oferente trasciende al proceso con todas las garantías y solemnidades, es decir a partir de su actuación recién pasa a formar parte del caudal probatorio. Por ende, el caudal probatorio se forma al momento en que se actúa la prueba y no al momento en que se admite las pruebas como algunos lo consideran. En la admisión solo se incorpora el medio de prueba, pero no se da a conocer el dato objetivo.

3.13.- El Principio de Identidad de la prueba.

Según el diccionario de la lengua española, proviene del latín tardío *identitas*, -*atis*, esta deriva del latín *ídem* que significa “el mismo, lo mismo”¹¹². Según este principio, solo puede ser actuada en el juicio oral el mismo medio de prueba que se recabó debidamente, la que respete el proceso de la cadena de custodia si se trata de un objeto material y si se trata de testigos deben concurrir personalmente los mismos a la audiencia del juicio oral.

Este conocimiento directo y objetivo no sería posible si durante el juicio oral se cambiara la prueba recabada, se distorsionaría la realidad por ende la verdad de lo sucedido. Este principio obliga a las partes procesales a estar atentos para evitar que se distorsione la verdad y cuestionar o denunciar la falta de lealtad procesal de alguna de las partes de ser el caso.

¹¹²<http://dle.rae.es/?id=KtmKMfe> del 22/08/2016.

Este principio es tan importante en la actividad probatoria, porque permite preservar el material recogido en la etapa preliminar, para cuyo efecto se ha creado la figura de la cadena de custodia a fin que el elemento de convicción recabado en la etapa preliminar no sea cuestionado en sede judicial para evitar el efecto negativo de rechazo, no valoración e ineficacia. El objetivo es, no correr el riesgo de poner en duda la identidad del único medio de prueba ofrecida al proceso y no culminar en la absolución del imputado generando una injusticia e impunidad, sin embargo, pese a las precauciones que se puede tomar, todavía hay un margen de manipulación si se actúa con deslealtad al recepcionar el material probatorio. Claro ejemplo de ello es el proceso penal que se siguió en los Estados Unidos al famoso jugador de futbol americano O. J. Simpson, quien fue acusado por la fiscalía de matar a su esposa y a un amigo de esta. En este caso la teoría de la defensa se basó en cuestionar la identidad del caudal probatorio presentado por la fiscalía, alegando que las evidencias fueron inadecuadamente recolectadas y manipuladas por los investigadores del caso. En este caso la defensa demostró en la actuación probatoria que los guantes encontrados en la escena del crimen no habían sido usados por el imputado, porque no le cabían, dato que resulto fundamental. Para demostrar que las pruebas no eran idénticas para la incriminación bajo el principio criminalística de correspondencia. Esto nos demuestra su trascendencia e importancia.

3.13.1. Cadena de Custodia

Esta ficción jurídica está regulado por el Reglamento de la cadena de custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes incautados, aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 729-2006-MP-FN, en su artículo 7 prescribe: “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 identidad o autenticidad, para los efectos del proceso”.

Hay quienes sostienen que “la cadena de custodia es un procedimiento establecido por la normatividad jurídica, que tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de elementos materiales de prueba entregados a los laboratorios de criminalística o forenses por la autoridad competente a fin de analizar y obtener, por parte de los expertos, técnicos o científicos, un concepto pericial¹¹³”.

En esa misma línea el Ministerio Público de Colombia afirmar que la Cadena de Custodia es todo un conjunto de procedimientos de seguridad, destinados principalmente a garantizar que el elemento material probatorio o evidencia física identificado, fijado, recolectado, embalado y rotulado, es el mismo que estaba en el lugar explorado y que se encuentra en igualdad de condiciones fenomenológicas a las que allí tenía¹¹⁴

¹¹³ANGULO ARANA, Pedro.2006. La Investigación del Delito en el Nuevo Proceso Penal. Lima, Gaceta Jurídica S.A. p. 175

¹¹⁴COLOMBIA. Ministerio Público. 2004. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Fiscalía General de la Nación. p.12.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo indicado podemos decir que la cadena de custodia es el procedimiento idóneo para garantizar la identidad y autenticidad de los elementos probatorios recabados en la etapa preliminar el mismo que se actuaran en el juicio oral, mecanismo que busca garantizar la eficacia, credibilidad e identidad del medio de prueba.

3.14.- Principio De Originalidad De La Prueba.

Es propio de los delitos cometidos utilizando o materializándolos en un documento, exige que en la actividad probatoria se actúe pruebas originales, es decir, de primera fuente y no de segunda mano. Por ejemplo, en los delitos de falsificación de documento, de abuso de firma en blanco y de falsedad ideológica se deben practicar una pericia grafotécnica y se exige que el documento no sea copia. Al respecto HERNANDO DEVIS ECHANDIA sostiene, que “No siempre es posible obtener la prueba original por excelencia, que es la percepción directa por el juez, y así sucede cuando se trata de hechos transeúntes pasados, que no dejaron un resultado físico ni constan en documento, pero esto no significa que lo ideal no sea la prueba original, sino que a falta de esta es necesario contentarse con la otra”. Como por ejemplo en el delito de falsificación de documentos en cuya teoría de defensa señala el imputado indica que la SUNARP le entregó dicho documento, sin embargo, el informe de la SUNARP, señala que dicho documento no fue tramitado ante dicha dependencia pública, que el documento incautado “tarjeta de propiedad” que se le encontró al acusado, es copia escaneada, porque, el documento no fue impreso con las técnicas, grafismos de esa dependencia. En consecuencia,

en este caso concreto no hace falta hacerse una pericia grafotécnica, esa copia escaneada, basta para acreditar la responsabilidad del acusado.

Al respecto nuestra Corte Suprema se pronunciado indicando: “Al no existir en el proceso la libreta electoral supuestamente falsa, no se ha acreditado la materialidad del delito¹¹⁵” En otra oportunidad sostuvo: “La prueba privilegiada en los delitos de falsificación de documental lo constituye la pericia grafotécnica para poder acreditar la falsedad o autenticidad del documento original, en donde por razones eminentemente técnicas una fotocopia o copia fotostática o copia legalizada o copia fedateada, no colabora en la seguridad del tráfico jurídico; en este orden de ideas, la sola sindicación de la parte civil no puede ser suficiente para corroborar la autoría de un delito de esta naturaleza, si es que no se encuentra respaldado por un dictamen pericial de grafotecnia, que no es posible efectuarse por el momento hasta la fecha, al no contarse con los originales del documento cuestionado, sino solo con fotocopias, conforme se asigna en el parte policial, donde la oficina competente de la Policía Nacional, deja expresa constancia de la imposibilidad de realizar la pericia de grafotecnia (comparación de grafías) por el hecho de contar únicamente con copias xerográficas (fotocopias) de boletas de venta; que siendo así, el extremo absolutorio recurrido resulta conforme a ley¹¹⁶” . En consecuencia la copia presentada en el caudal de elementos probatorios “Constituye prueba insuficiente de la realización del delito de falsificación de documentos, la

¹¹⁵Ejecutoria Suprema, del 28/1/87, exp. N 1111-86-Lima. Anales judiciales de la Corte Suprema de Justicia, año 1986, tomo LXXV, Lima, 1990, p. 138.

¹¹⁶Ejecutoria Suprema del 26/2/2008, Queja N° 1040-2007-Lima Norte. Vocal ponente. PONCE DE MIER, Dialogo con la jurisprudencia, AÑO 2014, N° 125, Gaceta Jurídica, Lima, Febrero 2009, p. 208.

presentación como evidencia de una copia fotostática simple, sobre la cual no se ha realizado una pericia de grafotecnia¹¹⁷". Respecto a los informes no hay uniformidad de criterio, algunos juzgadores lo consideran suficiente por los indicios que lo corroboran, otros juzgadores no lo consideran así, como por ejemplo la siguiente jurisprudencia sostiene: "Para la configuración del delito de falsificación de documentos no solo basta el informe emitido por la entidad perjudicada, sino que además debe obrar una pericia grafotécnica que así lo acredite¹¹⁸".

4.- Reglas, Límites O Características En La Actividad Probatoria

Siguiendo la misma línea de apreciación e interpretación y teniendo en cuenta que el concepto de característica está referido a determinar las cualidades o circunstancias (internas o externas)¹¹⁹ que es propia de una persona o cosa, que se distingue de las de su especie. Aplicando este concepto a las ficciones jurídicas que comprende la actividad probatoria, se puede sostener que: **Son reglas, aspectos¹²⁰, características^{121, 122} requisitos¹²³: Licitud, preclusión, la pertinencia, legitimidad, utilidad, conducencia, la autenticidad y la objetividad...** por su carácter perentorio determinante, tajante, apremiante; porque excluyen el material probatorio que no cumplen con estas exigencias, características o límites. Lo que no ocurre con los principios que plantean

¹¹⁷Sent. de la 1ra Sala Penal Corporativa de procesos ordinarios con reos libres de la Corte Superior de Lima del 3 de junio de 1998, Exp. N° 699-96. Academia de la Magistratura, Serie de jurisprudencia 3, Lima, 2000, p.631.

¹¹⁸ LA ROSA GOMEZ DE LA TORRE, Miguel, jurisprudencia del proceso penal del sumario. Grijley. Lima 1999, p. 483.

¹¹⁹Segun el análisis realizado por Aristoteles en su obra la Retorica. Citado por DEVIS Echandia, en su obra teoria general de la prueba judicial Tt. I, p. 56.

¹²⁰Así les denominaba los griegos, Aristoteles, los menciona en su obra la retórica y eran de dos tipos sustanciales y formales, como lo señala Devis Echandia Idem,p.56.

¹²¹SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Peanal. Grijley Lima. 2014, p. 706-707.

¹²²Fundamento 12 de la sentencia Exp. 1014-2007-PHC/TC.

¹²³DEVIS ECHANDIA, Hernando, Compendio De La Prueba Judicial, Editorial Rubinsal- Culzoni. Buenos Aires 1984. T I, p. 126.

mandatos o tareas de realización, o acondicionamiento para el ejercicio o concretización del derecho a la prueba¹²⁴. Por su parte el maestro Pablo Talavera Elguera, en su libro La prueba en el nuevo proceso penal, no hace tal distinción pues a todos les denomina principios.

Al respecto el Tribunal Constitucional indica que la actividad probatoria debe realizarse de conformidad con los **valores** de: pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen límites de la actividad probatoria¹²⁵. Criterio que también comparte nuestra doctrina¹²⁶, legislación¹²⁷ y jurisprudencia¹²⁸ dominante al señalar que efectivamente los elementos probatorios capaz de producir un conocimiento cierto y probable en la conciencia del Juez deben reunir las características indicadas. Así, podemos decir que las reglas en la actividad probatoria son aquellas normas que regulan el ofrecimiento, la admisibilidad, o, exclusión, actuación, valoración y motivación de la prueba en el juicio oral.

4.1.- Funciones De Las Reglas En La Actividad Probatoria

1) Garantizar una adecuada actividad probatoria; 2) Seleccionar los elementos probatorios idóneos y útiles, que permitan dilucidar la verdad procesal penal; 3) Proteger el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes; 4) Establecer pautas o criterios para resolver el caso; 5) Controlar la actividad

¹²⁴Robert alexy doxa pag 144

¹²⁵Fundamento 5 de la sentencia del expediente 00655-2010 PHC/TC. Caso Alberto Quimper Herrera.

¹²⁶San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal p. 206-207.

¹²⁷Art. 155 del Código Procesal Penal.

¹²⁸Fundamento 12 de la sentencia Exp. 1014-2007-PHC/TC

discrecional del magistrado y la actuación de las partes. La doctrina moderna los clasifica en: intrínsecas y extrínsecas.

4.2. Reglas, Límites O Características De Exclusión Intrínsecas.

Son consustanciales al elemento probatorio, cuidan que a la actividad probatoria solo ingresen elementos probatorios, provechosos, eficaces y relacionados a los hechos o el tema probandum, son:

4.2.1. La Pertinencia

La prueba es pertinente porque guarda relación directa con el objeto del proceso o con el thema probandum del hecho, sino es así, no es un elemento de prueba apropiada para esclarecer la verdad de los hechos. Al respecto CLARIA OLMEDO, indica que una prueba es impertinente si el dicho, el documento, el dictamen, o el elemento probatorio que se pretende introducir, son totalmente ajenos al hecho incriminado¹²⁹. Por ejemplo, en caso que se denuncie un delito de corrupción específicamente de peculado, el objeto de la prueba será acreditar el peculado, pero los temas probatorios serán: A) Acreditar la existencia funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos, B) La percepción, c) La apropiación o utilización realizada, d) quién es el destinatario de los bienes apropiados, e) la cantidad de los efectos o caudales apropiados, f) determinar si la conducta del imputado fue dolosa o culposa. Por ende, una prueba pertinente es aquella que acredita: la relación, la calidad, las acciones, omisiones, los fenómenos, las cantidades, volúmenes, cualidades, móviles, causas... y todo aquello que compone el contenido de la imputación.

¹²⁹CLARIA OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Buenos Aires, 1966 T. V. P. 27.

4.2.2. Conducencia.

El maestro Pablo Talavera¹³⁰, compartiendo el criterio del Tribunal constitucional¹³¹ sostiene que la prueba conducente es aquella determinada por el legislador para dilucidar un hecho (ejemplo los diplomáticos testifican mediante un informe escrito Art. 168) y la inconducente es la que prohíbe el legislador poder utilizarlo como medio de prueba para un caso concreto, ejemplo no procede el careo entre la menor de 14 años y el imputado Art. 183 Inc.3.

Criterio que ha sido superado por la ciencia y la tecnología, lo que ha permitido a la jurisprudencia establecer los medios probatorios que por excelencia sirven para dilucidar ciertos delitos, por lo tanto, la conducencia no solo lo establece el legislador, sino también los tribunales a través de la jurisprudencia. Por ejemplo la prueba por excelencia que nos lleva a determinar la existencia o no del delito de peculado es la “pericia contable o técnico contable¹³²”. De igual manera la prueba por excelencia que va a determinar si hay o no, delito de alteración de la filiación de menor, es la prueba del ADN¹³³. También, en los delitos de falsificación de documentos la prueba por excelencia que va a descartar o confirmar el delito es la “pericia grafotécnica”. En ese mismo sentido la prueba

¹³⁰Talavera Elguera IBEN P. 57

¹³¹Fundamento 26 de la sentencia del Exp. 6712-2005-HC /TC.

¹³²GOMEZ MENDOZA, Gonzalo. Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema. Tomo II. IDEMSA, 1996. P 345.

¹³³Ejecutoria suprema del 27-8-98. Exp. N° 049-98-Huanuco. ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal. Gaceta Juridica, Lima 1999. P. 336.

excelente, que corrobora la versión de los testigos que acredita que el imputado estuvo en el lugar en donde victimaron a X, es el video del establecimiento comercial. Asimismo, la pericia médico legal resulta más conducente, frente a la declaración del imputado, el mencionado elemento probatorio nos demuestra objetivamente que el agraviado fue víctima de puñetes, puntapié y arrastre, por las formas de los hematomas y excoriaciones que en ella se indican.

Sin embargo, va a depender en algunos casos de las circunstancias en que se recogen las muestras, por ejemplo. Según la criminalística, las muestras deben: ser sacadas de inmediato al hecho delictivo, no debe lavarse las manos y tener en cuenta la actividad del imputado de lo que se deduce. Sin embargo, se puede dar el caso que el investigado después de los hechos trató de borrar las evidencias de sus manos lavándose y frotándose con el barro, asimismo las personas como el imputado que se dedican a amasar pan tiene las crestas dactilares plana de tal manera que al simple lavado es probable que desaparezca las evidencias. Como se ve se puede presentar un supuesto en la que hay una prueba conducente y útil como la absorción atómica pero esta no es provechosa por las circunstancias en que fueron tomadas las muestras.

En conclusión, la prueba conducente es aquella prueba vehículo, necesaria o idónea que nos lleva a probar algo, según cada caso particular. Por lo tanto, toda prueba conducente es la más idónea para dilucidar el caso, pero no siempre es útil en circunstancias no semejantes por manipulación del imputado

de las evidencias. Por ende, la conducencia es la capacidad o idoneidad que tiene la prueba frente a otras para llevarnos a comprobar con mayor certeza un determinado hecho ilícito.

4.2.3. La Utilidad o relevante

Para la doctrina y jurisprudencia dominante la prueba no solo debe ser pertinente y conducente, sino también útil. Al respecto **JAUCHEN**, sostiene que la utilidad de la prueba está directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga en relación con el objeto que deba probarse¹³⁴. El doctor Pablo Talavera, indica que la utilidad es una cualidad del medio de prueba que hace que esta sea adecuada para probar un hecho, señala por ejemplo, que si se quiere saber si el agua de un pozo es potable, no es útil tener como prueba un testimonio, pues los criterios que determinan la potabilidad del agua lo constituyen máximas de la experiencia de carácter técnico y solo un perito en la materia podrá a portar la prueba idónea con la fiabilidad necesaria¹³⁵.

En efecto, la utilidad es una característica cualitativa objetiva, que consiste en que el elemento probatorio que se va a admitir resulte provechoso, valioso, fundamental, confiable y sustancial. De tal manera que la información que aporta debe ser probable, dé certeza, seguridad, suficiente y nos lleve a dilucidar la verdad del hecho investigado. El elemento probatorio útil es capaz de ejercer una influencia en la decisión que adopte el juzgador. Por ejemplo, en el delito de usurpación las pruebas útiles serían el certificado médico que

¹³⁴JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la prueba en materia Penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2002, p. 25.

¹³⁵TALAVERA ELGUERA. Pablo. La prueba en el proceso penal. Academia de la Magistratura. Lima 2009. Pág. 57.

acredita la violencia contra la víctima, El acta de inspección fiscal en la que se verifica los actos de posesión del agraviado y los daños que ocasionó el imputado para ingresar al inmueble, el plano que acredita el área que viene poseyendo el agraviado. Sin embargo, se ha visto que en algunos casos sobre usurpación adjuntan el título de propiedad del predio elemento probatorio que no es útil para resolver la Litis por ser además impertinente, toda vez que no se discute la propiedad sino la posesión. En este mismo sentido el tribunal Constitucional ha indicado que la prueba útil es aquella que contribuye a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar la probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción al juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrece medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta, cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposible, notorios o de publica evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito de cosa juzgada; cuando el medio ofrecido no es adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuestos 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 antes¹³⁶.

¹³⁶Fundamento 26 de la sentencia del Exp. 6712-2005-HC /TC.

4.2.4. Legalidad, Licitud O Constitucionalidad¹³⁷

Según esta regla, el elemento de prueba que ingrese a la actividad probatoria, debe respetar las prescripciones legales: ordenamiento procesal, constitución y los tratados internacionales. Para estos efectos el A quo, debe corroborar dos aspectos: **Primero lo sustancial**, protege el modo, es decir, la acción de obtención del elemento de prueba, que se haya realizado sin violentar el contenido esencial de los derechos fundamentales, y **Segundo lo formal**, protege la condición como se incorporó al proceso, mediante el debido proceso, es decir si se hizo en forma regular, transparente con el conocimiento de las partes, evitando el ingreso sorpresivo u oculto sin el debido control de la prueba. Criterio también comparte el maestro Cesar San Martin¹³⁸ y conforme se infiere del tenor del Art. VIII del T. P. del Código Procesal Penal.

Este requisito, es uno de los parámetros que condicionan la pertinencia y la admisibilidad de la prueba por parte del juez; por la necesidad de observar las formas propias del juicio. Tan es así que, si llegase a actuarse una prueba que no fue aportada y pese a ello se utiliza como fundamento de la sentencia, en segunda instancia o en sede de casación es factible aplicar la regla de exclusión, por mandato constitucional. El juez excluirá la practicada o **expulsara los medios** de pruebas ilegales, incluyendo los que se han practicado con violación de los requisitos formales previstos en el Código Procesal Penal. O en todo caso se declara la nulidad de todo lo actuado y se ordenara un nuevo juicio oral al haberse vulnerado la regla de legalidad ya sea

¹³⁷ Fundamento 12 de la sentencia Exp. 1014-2007-PHC/TC

¹³⁸ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Peanal. Pag. 706-707

su dimensión formal o sustancial, tal como ocurrió en el proceso del exp. 376-2009 sobre homicidio calificado materia de análisis.

Esta evaluación lo realiza el Juez de la investigación preparatoria en la etapa intermedia, específicamente en la audiencia de control de acusación, para su posterior admisión y estar comprendida en el auto de enjuiciamiento, para su actuación en el juicio oral, por tanto, su análisis y evaluación es a priori, tal como se deduce de lo prescrito en el párrafo b) del inc. 5 del Art.352. Por ende el elemento de prueba recabado sin respetar las exigencias establecidos en nuestra legislación se convierte en prueba ilegítima o prueba prohibida, dependiendo si vulnera una norma objetiva¹³⁹ o sustantiva¹⁴⁰. Inicialmente en la dogmática y la jurisprudencia, no supo distinguir la diferencia entre prueba ilícita y prueba prohibida, llegando al extremo de considerarlas sinónimas, confusión que se dio desde el derecho comparado e incluso en nuestros tribunales.

Con la Revolución Francesa, la legalidad se convirtió en principio de control para el Estado, porque él está obligado a apegarse a la ley en su actuación a fin de respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin embargo en el proceso penal específicamente en la actividad probatoria es una regla que deben observar las partes, sí o sí. Aunque en algunos aspectos la legalidad se relativiza por ejemplo al momento de la fijación de la pena, normas de conductas o reparación civil en este plano procesal la ley no se aplica si o si,

¹³⁹Lo Integran a aquellas normas que permite el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y obligaciones que se establecen en el derecho sustantivo.

¹⁴⁰Son el conjunto de normas que establecen los derechos y obligaciones de los sujetos que están vinculados por el orden jurídico establecido por el Estado.

tiene sus excepciones, bajo los principios procesales de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación, además en atención a la política criminal y el principio pro homine. Prueba de ello están las ficciones jurídicas del principio de oportunidad, el testigo anónimo, el colaborador eficaz, en la declaración de menores víctimas de violación sexual. Lo que no ocurre en el derecho sustantivo penal, en la que el funcionario público debe respetar la ley si o si, lo que Ferrajoli llama **“la garantía política de la fidelidad de los poderes públicos”**¹⁴¹ y dice que “consiste en el respeto por parte de estos de la legalidad constitucional”. En consecuencia en el ámbito de la actividad probatoria **la legalidad es una regla de competencia y de control, señala quien debe hacerlo y como debe hacerlo**¹⁴² en un estado constitucional de derecho.

4.3.1. 2.a. La prueba Prohibida.

Es una denominación incorrecta porque con ella se confunde a los elementos de convicción ilícitos (investigación preparatoria) o elementos probatorios ilícitos (control de la acusación), por ejemplo, en el caso emblemático de Alberto Quimper Exp. 655-2010 PHC/TC el Tribunal Constitucional en el fundamento 15 llama a los elementos de convicción obtenidos medios probatorios ilícitos, igual error ha cometido nuestra Corte Suprema en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, desarrollado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre del 2004 en la que se pronuncia respecto a la prueba prohibida analizando supuestos de obtención de elementos de convicción. Sin embargo tal supuesto sí se puede dar cuando

¹⁴¹LUIGI FERRAJOLI, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid: Trotto, 1995, V-14-63-2, p. 943.

¹⁴²TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando: Los Publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente, México: UNAM, 2005, “Excursus II”, p. 214

se actúa en el juicio oral una prueba vulnerando derechos fundamentales y se verifica su ilicitud.

En la ciencia dogmática y jurisprudencia constitucional nacional y comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. Así, existen criterios que consideran al elemento de convicción o elemento de prueba o la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de proceso.

Como muestra de la confusión que existe en algunas legislaciones constitucionales, tenemos que el elemento o prueba prohibida es concebida como una garantía objetiva del debido proceso penal, en este sentido tenemos la fracción IX, del inciso a, del artículo 20º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prescribe: “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

Desde otra arista, es pertinente señalar que en una jurisprudencia el Tribunal Constitucional español reflexionó que la prueba prohibida no era un auténtico derecho constitucional, enfatizó que el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos “no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en qué apoyar tal principio y doctrina”¹⁴³.

Desde la óptica de la jurisprudencia norteamericana se le considera como **regla de la exclusión** (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales cuya función esencial es el efecto

¹⁴³Resolución 289/1984, del 16 de mayo de 1984

disuasorio frente a las inadecuadas intervenciones de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para recabar el material probatorio. Como se aprecia, en la jurisprudencia norteamericana la regla de la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, **sino que presenta una función correccional en la medida que busca prevenir y evitar las arbitrarias conductas policiales ilícitas**. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la jurisprudencia del Caso *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), señaló que: “la razón por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio y **no tanto como manifestación de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada**”.

4.3.1.2. a.i. Posición Del Tribunal Constitucional.

En nuestro medio, se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, el Tribunal Constitucional precisó, entre otras cosas, “el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen al mismo tiempo, en límites al ejercicio de la actividad probatoria derivados de la propia naturaleza del derecho”¹⁴⁴. En esa misma línea, destacó, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no

¹⁴⁴Fundamento 2.5 de la STC. Exp. 02333-2004-HC/TC

“pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, de ocurrir se trata de “supuestos de prueba prohibida”¹⁴⁵. Posteriormente, el mismo tribunal en su sentencia expedida en el caso ALBERTO QUIMPER HERRERA del 27 de octubre del 2010, se ratificó tácitamente al señalar: “que hay prueba prohibida cuando hay violación de un derecho fundamental”¹⁴⁶.

4.3.1.2. a.ii. Posición de la Corte Suprema

Por otro lado, nuestra Corte Suprema, abordó este tema en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, desarrollado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre del 2004, en la que también se analizó el Art. VIII del T.P. del Código Procesal Penal. Llegando a diferenciar entre la prueba irregular y la prueba prohibida o ilícita. Estableciendo en el octavo acuerdo, por unanimidad, que: i) **Se está ante una prueba ilícita**, cuando en la obtención de una fuente de prueba se transgrede un derecho fundamental del imputado. A este tipo de prueba la doctrina y la jurisprudencia le ha dado diferentes denominaciones como: prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente prohibida, ilegalmente obtenida; y ii) **se está ante una prueba irregular** cuando se viola una norma de carácter procesal al momento de la incorporación de una prueba, habiéndosele también denominado prueba ilícita, incompleta, defectuosa; es subsanable, pero entendida como prueba ineficaz, si no es subsanada. Asimismo, en el noveno acuerdo por unanimidad, se

¹⁴⁵Fundamento 26 de la STC. Exp. 06712-2005-PHC/TC.

¹⁴⁶Fundamento 9 de la STC Exp. 655-2010-PHC/TC.

convino, no valorar una prueba incorporada irregularmente al proceso, aunque sea determinante para la afirmación de un delito, porque la prueba irregular afecta el medio de prueba, es decir su incorporación al proceso. Sancionado de acuerdo a la regla de la anulabilidad.

Sin embargo, pese a las aclaraciones realizadas nuestros tribunales continúan incurriendo en la confusión, así tenemos la Ejecutoria Suprema, recaída en el recurso de nulidad 05-02-2008-Lima de 04 de mayo del 2009, se señala: “La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba, cuya obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales, de modo que la misma deviene en inutilizable, por lo tanto, carece de efecto legal”. Se le trata como si fueran sinónimas.

4.3.1.2.a.iii. Supuestos En Que Se Admite La Prueba Prohibida

En el aludido pleno se acordó admitirla en los siguientes supuestos:

1.- Por mayoría: Admitir la valoración de una obtención ilícita de acuerdo a la **doctrina de la buena fe** en el caso de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez Penal, y se utilice las reglas de la experiencia, entendiéndose por esta, la apreciación razonada que hace el juez, de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe.

2.- Por unanimidad: Admitir la valoración de la prueba obtenida con infracción constitucional, siempre y cuando resulte beneficiosa para el

imputado, pues las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra.

3.- Por mayoría: Admitir la valoración de la **prueba ilícita para terceros**, bajo argumento que no existe identidad entre el titular del derecho violado y el sujeto que se condena (tercero).

4.- Por mayoría: Admitir la doctrina de la **ponderación de intereses**, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por sí ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de interés de mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja.

5.- Por mayoría: **Admitir la doctrina de la destrucción de la mentira** del imputado, pues la prueba ilícita no se usa para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado.

6.- Por mayoría: **Admitir la teoría del riesgo**, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los

interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas.

En efecto la prueba prohibida es aquella obtenida o recabada directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física, la libertad personal, el derecho a la intimidad, a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones entre otros derechos. Pueden ser expresos (como los mencionados) y tácitos (reconocidos por la jurisprudencia constitucional como: el derecho de defensa, el derecho al contradictorio, el derecho a interrogar a los testigos, el derecho a la prueba, el derecho a la verdad entre otros) reconocidos no tan solo por nuestra carta magna, sino también por la jurisprudencia constitucional y por los tratados internacionales.

Por lo tanto, la prueba prohibida no es una garantía, no es un derecho, es una **actuación oficial imprudente, inidónea, arbitraria que vulnera el derecho a la prueba, derecho fundamental reconocido tácitamente por la jurisprudencia constitucional**. Así también, viola los principios fundamentales de todo el ordenamiento jurídico “el debido proceso” y “la tutela jurisdiccional efectiva”. Por eso, es que de plano se le sanciona con Nulidad.

4.3.1.2. a.iv. El fundamento de la prueba prohibida.

Se sustenta en el derecho de presunción de inocencia como escudo protector del imputado y primer derecho- garantía del proceso penal, que exige no sólo que exista una mínima actividad probatoria de cargo, sino también que la obtención de las fuentes de prueba se produzca con el debido proceso, sin la violación de algún derecho fundamental.

En efecto, cómo sostiene Luigi Ferrajoli, las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esos derechos fundamentales en tanto se afirme la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa¹⁴⁷. Su valor se acrecienta, expresa MONTERO AROCA, cuando puede ampararse en las garantías concretas que, por las circunstancias que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la constitución¹⁴⁸ en este sentido nos referimos al derecho a la prueba y el **derecho a la verdad** que no forman parte del catálogo de los derechos fundamentales pero la jurisprudencia constitucional los considera como tal.

Esto también en atención, a que el juez no es un árbitro, sino el encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del imputado y la eficacia de los derechos de las partes y de la sociedad frente al delito.

Igualmente, se prepondera que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida descansa en el respeto al derecho a la dignidad de toda persona

¹⁴⁷FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razon. Teoria del garantismo penal, Trotta, Madrid. 1995 p. 539.

¹⁴⁸MONTERO AROCA. D erecho Jurisdiccional. Cit., T. III (proceso penal) ed. 1991. pp. 35-37.

y a su defensa, como fin supremo de la sociedad y del Estado, principio emblemático consagrado en el Art. 1 de nuestra Constitución. De la misma manera reconocido en el artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda conducta arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, especialmente en espacios como: la intimidad personal, la vida privada familiar, el domicilio o su correspondencia.

4.3.1.2. a.v. La prueba prohibida en la Constitución y en el Proceso Penal.

Nuestros legisladores al emitir la actual Constitución han positivizado generalizando expresamente la mal llamada prueba prohibida, cuando en algunas circunstancias **se le debe llamar elemento de convicción prohibido o elemento de prueba prohibido**, dependiendo del estadio del proceso. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2º de la Constitución, se señala: Toda persona tiene derecho: Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. **Los documentos privados obtenidos con violación a este precepto no tienen efecto legal.** Es decir, si se han abierto, incautado, interceptado o intervenido las comunicaciones y documentos privados, sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado, esta actuación de darse es nula de pleno derecho, en consecuencia, **estos elementos de convicción** no pueden ser admitidos por el juez de la audiencia de control de acusación.

No se les puede llamar prueba porque para que sean tal deben ser actuados en el juicio oral, lo que no ha ocurrido. El error está en el cambio de concepción de la prueba lo que hasta ahora no hemos interiorizado, en nuestra constitución de 1993 a la prueba se le miraba bajo el principio de la “permanencia de la prueba” paradigma que impregnaba el Código de Procedimientos Penales, lo cual ha sido abandonado o cambiado en el Código Procesal Penal que impregna los principios concentración e inmediación de la prueba, es decir la prueba ha cambiado de escenario, antes se le podía encontrar en cualquier etapa del proceso a hora solo es tal en el juicio oral. Por lo tanto el lenguaje a utilizar respecto a la prueba prohibida debe cambiar.

Lo indicado, es la razón por el que en el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución se indicó que: “carecen de valor las declaraciones obtenidas por: **a)** la violencia moral, psíquica o física; **b)** la tortura, y **c)** los tratos humillantes o denigrantes”.

En el campo del proceso penal, la prueba prohibida se encuentra expresamente positivizado en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo texto ordena imperativamente: “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”. El texto mencionado da razón a la hipótesis planteada porque, siguiendo el

lenguaje del legislador se debe decir: “fuente de prueba prohibido”, “elementos de convicción prohibida” o “medio de prueba prohibido”, dependiendo del estadio del proceso.

En consecuencia debemos corregir el lenguaje y utilizar los términos apropiados contemplados en nuestra legislación para estar acorde con los modernos paradigmas del proceso penal. Es más si tenemos en cuenta en el actual proceso penal hay un estadio de control de acusación y saneamiento, es allí donde se debe excluir el elemento prohibido ni siquiera debe pasar a juicio oral, por lo tanto la prueba prohibida es un término desfasado perteneciente al sistema inquisitivo el cual ya abandonamos hace años con el código procesal del 2004.

4.3.1.2. a.vi. Efectos del elemento de convicción o elemento de prueba prohibida

En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC se destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución prescribe que “el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato tiene “como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”. Prohibición que se refleja en el artículo 159º del Nuevo Código Procesal Penal. Como corolario y lógica consecuencia se tiene que el efecto de un elemento de convicción, un elemento de prueba o prueba que ha sido

recabada violando un derecho constitucional es su nulidad por lo tanto es inválido e ineficaz.

4.3.1.2. b. El elemento de convicción o medio de prueba ilícita.

En el pleno jurisdiccional nuestra Corte Suprema lo define como aquella que se produce cuando se viola una norma de carácter procesal (rango legal o infraconstitucional) al momento de la incorporación de una prueba al proceso. Se trata de un elemento de prueba irregularmente incorporada, también se le ha llamado incompleta o defectuosa considerada como prueba ineficaz **si no se le subsana**. En consecuencia no puede ser valorada aunque sea determinante para la afirmación de un delito. Es sancionada de acuerdo a las reglas de la anulabilidad¹⁴⁹.

También se le llama elemento de prueba **irregular o defectuosa** por vulnerar las reglas de algún momento de la actividad probatoria. Pero también se puede presentar antes del proceso o de la actividad probatoria. Por ejemplo, se puede dar en el recojo del elemento de convicción cuando hay un acta de intervención policial **incompleta o irregular** en donde **falta la firma de un policía o autoridad interviniente o en donde no se ha indicado la hora o fecha de su elaboración**. Los que pueden ser subsanados en el juicio oral o antes a nivel fiscal¹⁵⁰. En consecuencia habrá afectación a la regla de legalidad y el acto de prueba será ineficaz cuando:

1.- El acto ha sido realizado por la autoridad no facultada.

¹⁴⁹Ver Octavo y noveno acuerdo aprobado en el Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “sobre Prueba prohibida y prueba ilícita” realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004

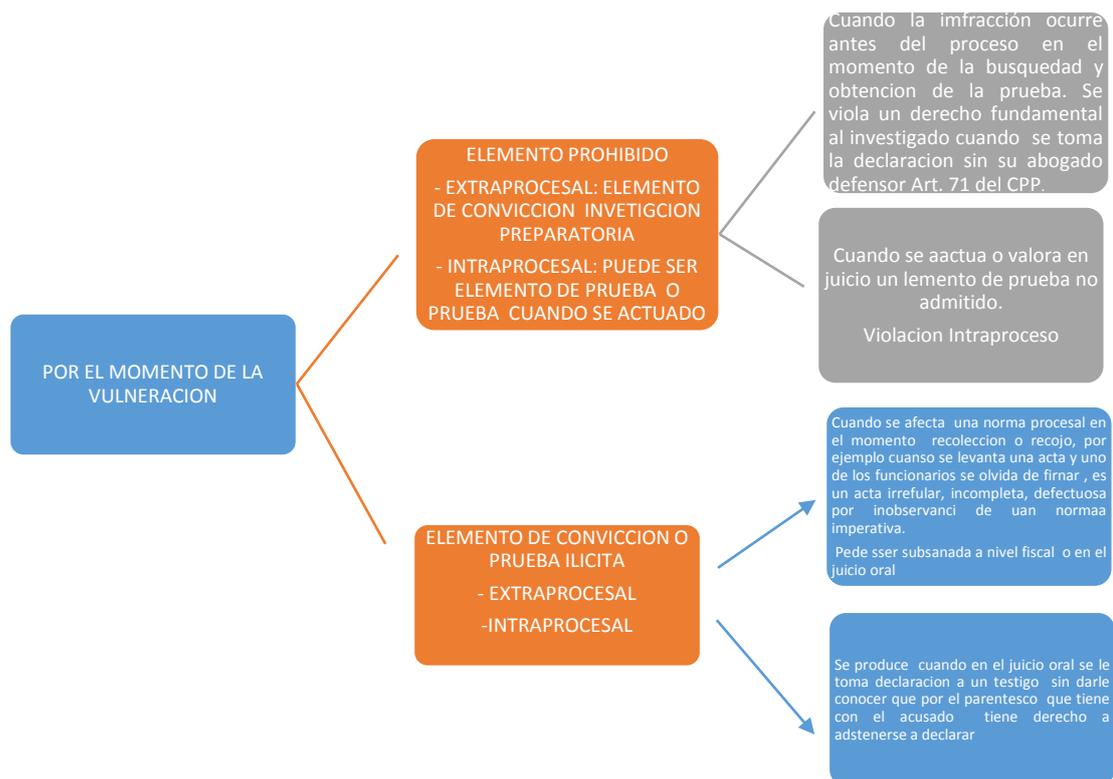
¹⁵⁰ Octavo acuerdo aprobado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, desarrollado en la ciudad de Trujillo el 11 de noviembre del 2004

2.- El acto se produce contra la norma adjetiva o constitucional.

3.- Cuando el acto contraviene los principios del derecho y los de la actividad probatoria.

El detalle está en que el juez penal no está obligados a resolver conforme a la ley, sino, conforme al derecho y a la justicia, principios que prevalecen.

4.3.1.2. C. Diferencias Entre Elemento de convicción o elemento de Prueba Prohibida y la Ilícita





4.3. Reglas de Exclusión Extrínsecas.

No dependen de la cualidad interna del elemento probatorio, sino de circunstancias ajenas a él, como: el tiempo, el territorio, la jurisdicción, la legitimación de quien la ofrece y quien la admite y la formalidad adecuada. Tal como lo señaló el maestro DEIVIS ECHANDIA, los que según su criterio regían solo para la fase de producción, pero en la valoración debe revisarse su cumplimiento¹⁵¹.

En la actualidad por Ejemplo, JOAN PICO I JUNOY, Sostiene que en el ejercicio de todo derecho de contenido procesal lleva consigo la necesidad de adecuarse a una serie de cauces y formas procesales, nos encontramos, por tanto, ante unos nuevos límites que vienen impuestos por los requisitos legales de proposición de las pruebas, que ha clasificado en **genéricos**, cuando

¹⁵¹DEIVIS ECHANDIA, HERNANDO, Compendio De La Prueba Judicial, Editorial Rubinsal- Culzoni. Buenos Aires 1984. Tomo I. Pág. 157.

afectan a cualquier medio probatorio, y **específico**, cuando inciden en un medio de prueba¹⁵²:

4.3 .1. Reglas O Limites extrincicos Generales,

La doctrina dominante considera que dentro de este grupo se encuentran los requisitos temporales, de legitimación y los de licitud de la prueba.

4.3.1.1. LA PRECLUSIÓN.-

Es una regla que limita la actividad probatoria se sustenta en un criterio basado en el tiempo. Por él, todo elemento probatorio debe ser aportado en el momento o en la oportunidad que establece la ley, esto es en momento del ofrecimiento, dentro del término que la ley otorga a las partes, por ejemplo, dentro de los diez días de haber sido notificado con el requerimiento acusatorio o dentro de los cinco días de notificado la resolución que admite la apelación y otorga cinco días para ofrecer medios probatorios. De tal manera que las pruebas que pudieron ofrecerse dentro de un cierto tiempo y no lo hicieron, ya no pueden ser admitidos. Salvo que se haya obtenido después de los términos señalados se pueden ofrecer en las respectivas audiencias.

En consecuencia, si las partes no ofrecieron sus elementos de prueba en las oportunidades previstas por la ley pierden su derecho procesal de realizarlo con posterioridad.

4.3.1.2.- La Formalidad.-

¹⁵²JOAN PICO I JUNOY, Estudio sobre la prueba penal. La ley Madrid 2010, V- I. P. 54.

La formalidad permite que los elementos no ingresen subrepticamente, en fin, ofrecen garantías de probidad y veracidad. Esta regla exige, para que la prueba tenga validez se requiere que sea introducida al proceso con los requisitos procesales establecidos por la ley. Las formalidades son de tiempo, modo y lugar. Por ejemplo para ofrecer los elementos de convicción estos deben hacerlo por el modo de escrito a través de la requisitoria escrita en el caso del fiscal (Art. 349 Inc. 1 párrafo c), y en caso del imputado y demás sujetos procesales a través de su escrito dirigido al juez, dentro de los diez días de haber sido notificado con el requerimiento de acusación, con la formalidad de adjuntar la lista de testigos y peritos que deban ser convocados al debate, con indicación de su nombre, profesión, y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate (art. 350 Inc. 1 párrafo f), y en los tiempos o momentos establecidos por ley, en el lugar de las respectivas audiencias de su propósito.

4.3.1.3. Veracidad o verosimilitud de la prueba

Esta regla exige que las pruebas que exhiban las partes en el proceso debe ser un reflejo exacto de lo ocurrido en la realidad, de esta manera el juzgador llegará a la certeza de la idoneidad del elemento probatorio, por ajustarse a la verdad de lo ocurrido y no por haber sido manipulada. Pues la prueba no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño, ya sea por voluntad negativa de las partes o por la actitud mal intencionada del juez. La actividad probatoria debe enmarcarse

dentro del principio de la buena fe y de la lealtad procesal. Exigencia que resulta de difícil cumplimiento lo normal es que las partes piensen más en sus conveniencias y beneficio privados que en la justicia, ante esta actitud nace la exigencia a las partes para que subordinen sus conveniencias individuales al interés público justicia. Ante este objetivo las partes no deben excluir el deber que tienen de obrar con veracidad, probidad, buena fe y lealtad en la actividad probatoria.

4.3.1.4. Legitimidad.

La actividad probatoria, exige que la prueba sea ofrecida por el sujeto legitimado para aportarla, es decir, en primer lugar, están facultadas las partes quienes ofrecerán los elementos probatorios que les sirvan para acreditar los temas probando su teoría del caso. En segundo lugar de manera excepcional el Juez en cumplimiento de su rol de buscar la verdad, quien una vez culminada la recepción de la prueba, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensable o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad¹⁵³. El juez no es un árbitro que resuelve con base a ley, el juez resuelve con justicia en base a la verdad.

4.3 .2. Límites Específicos

JOAN PICO I JUNOY, Señala que son aquellos limites específicos que afectan un determinado medio de prueba como a las declaraciones

¹⁵³Art. 385 Inc 2 del Código Procesal Penal.

testimoniales, por ejemplo, en nuestro medio será las testimoniales que están exentos al deber de declarar por el grado de parentesco hasta el cuarto grado y segundo de afinidad. Ante este impedimento no se les puede exigir a declarar al imputado contra su esposa o viceversa, contra sus padres o viceversa, contra sus hijos o viceversa y contra sus hermanos o viceversa, o por el cargo o función que desempeña Art.165.

Otro límite será cuando el acusado se rehúsa a declarar y se acoge a su derecho a no declarar art. 376 del CPP. Y también son válidas determinadas medidas de protección que inciden en la eficacia del derecho a la prueba, como sucede por ejemplo en el interrogatorio de testigos si estos declaran de manera oculta con código o claves, ante la amenaza de muerte para proteger a los peritos y testigos.

5. MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

Desde la perspectiva constitucional abarcan la parte principal del proceso. Se trata de un proceso complejo, Nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que la actividad probatoria está compuesto por: 1) el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, 2) a que estos sean admitidos, 3) adecuadamente actuados, 4) que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, 5) que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente

realizado¹⁵⁴. Criterio reiterado por nuestro Tribunal Constitucional en la jurisprudencia de la sentencia del expediente 1014-2007-PHC-TC.

Sin embargo, en el proceso penal, se le da otra clasificación, al respecto el maestro PABLO TALAVERA ELGUERA sostiene que 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 probados¹⁵⁵. Criterio que es compartido por Fernando Ugaz Zegarra, al considerar que la actividad probatoria tiene tres momentos y son: Conformación del conjunto de elementos de prueba o juicio (producción), valoración y la decisión sobre los hechos.

Tanto el profesor Oré Guardia¹⁵⁶, como Cubas Villanueva¹⁵⁷ coinciden en señalar que se distinguen tres momentos: la proposición o producción, la recepción y la valoración de las pruebas. El profesor San Martín Castro, agrupa a los actos procesales en tres categorías: proposición, admisión y recepción¹⁵⁸. Rosas Yataco coincide en señalar que la actividad probatoria se concreta en tres momentos: Acopio de los medios de prueba, el consiguiente debate y la valoración de los mismos¹⁵⁹ lo que reitera en el capítulo V al abordar el tema de búsqueda de la prueba y restricción de derechos. Por su parte el Dr. Pablo Sánchez Velarde, va más allá, sostiene

¹⁵⁴Fundamento 15 de la sentencia del TC en el caso 6712-2005 PHC/TC.

¹⁵⁵TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Academia de la Magistratura Lima 2009. p.105

¹⁵⁶ORE GUARDIA. MANUAL DE DERECHO PENAL ... p. 279

¹⁵⁷CUBAS VILLANUEVA, EL PROCESO PENAL P. 307

¹⁵⁸SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Derecho procesal penal. GRIJLEY. Tercera edic. Lima 2014, p. 712 y ss

¹⁵⁹ROSAS YATACO, Jorege. Manual de derecho Procesal Penal, Edit. Juristas Editores. Lima 2009. Pag 717.

que la actividad probatoria también comprende aquellas diligencias de investigación que suponen la búsqueda de la fuente de prueba...¹⁶⁰

En el derecho comparado JORGE MORA MOM, indica que la actividad probatoria se desarrolla en cuatro momentos denominados: proposición, admisión, actuación y valoración. Asimismo HORVITZ LENON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián. Siguiendo a PELLEGRINI, con algunos cambios en la nomenclatura consideran que la actividad probatoria tiene cuatro momentos como son: proposición, admisión, producción y apreciación¹⁶¹.

En la doctrina dominante se precisa, que la actividad probatoria tiene tres momentos, aunque con diferencia de denominaciones. Así VÉLEZ MARICONDE¹⁶², citando a MANZINI MESSINA Y FENECH, distinguen los momentos de producción, recepción y valoración; En cambio CAFFERATA NORES, José y GIMENO SENDRA¹⁶³ consideran que los tres momentos serían los de: proposición, admisión y ejecución.

Teniendo en cuenta lo esbozado y la doctrina dominante, considero que la actividad probatoria en nuestro proceso penal tiene tres momentos:

- i.- **La proposición y admisión de medios probatorios**, Se le ubica en la etapa intermedia, es efectuada por las partes bajo el control del juzgador.
- ii.- **La actuación de la prueba**, son las acciones desplegadas por las partes, realizada en el juicio oral bajo la verificación del juzgador.

¹⁶⁰SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. EDITORIAL IDEMSA. Lima 2009. Pag 284

¹⁶¹HORVITZ LENON, María Inez y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Ed. Jurídica de Chile. SANTIAGO 2004. T. II. P 138.

¹⁶²VELEZ MARICONDE, CIT., T. I. P. 291.

¹⁶³GIMENO SENDRA, Derecho Procesal Penal. T. V p. 387.

iii.- **Valoración y motivación**, labor efectuado por las partes y por el juzgador para tomar una decisión final.

5.1. VISIONES SOBRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Según los criterios esbozados en los párrafos precedentes podemos concebir a la actividad probatoria desde dos puntos de vista.

5.1.2. Desde el punto de vista epistemológico,

Según esta perspectiva la actividad probatoria surge o se genera desde los actos de recolección, recojo u obtención de los elementos de convicción, es decir, desde este punto de vista la actividad probatoria empezaría desde la etapa preliminar o pre procesal. Concepción que no es desatinada porque en este periodo las partes con su participación en las diligencias preliminares también ejercen el control de la obtención de la prueba, controlan su autenticidad, legalidad y constitucionalidad. Su impedimento, restricción o vulneración da lugar a una tutela de derecho.

EL CAMINO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO

OBTENCIÓN	PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN	ACTUACIÓN	
VALORACIÓN			
Etapa preliminar	Etapa Intermedia	Juicio Oral	Juicio Oral
Recolección o recojo	Petición y aporte	práctica o producción	verificación y
motivación			
Elemento de convicción	elemento de prueba	medio de prueba	prueba
Investigado	elemento de prueba	medio de prueba	prueba

En nuestro medio este criterio comparte el Dr. Pablo Sánchez Velarde como el Dr. JULIO CESAR ESPINOZA GOYENA¹⁶⁴.

5.1.3. Desde el punto de vista procesal.

Desde esta arista, la actividad probatoria solo es de verificación de los hechos denunciados y empieza desde la etapa intermedia cuando hay requerimiento de acusación. Esta es la visión dominante respecto a esta ficción jurídica la cual vamos a desarrollar a continuación

Etapa Intermedia	Juicio Oral	Juicio Oral
Postulación, petición y aporte motivación	práctica o producción	valoración y
Elemento de prueba	medio de prueba	prueba
Elemento de prueba	medio de prueba	prueba

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los principios y reglas no se dan de manera conjunta todas, estas se presentan dependiendo del momento, se activan automáticamente según su necesidad, como veremos a continuación.

¹⁶⁴ESPINOZA GOYENA, Julio C. Módulo IV La Prueba, Academia de la Magistratura. Lima. 2009 Pág. 16

5. 2. Momentos en el Código Procesal Peruano

5.2.1.- PRIMER MOMENTO: De Postulación, Ofrecimiento O Proposición O Aportación.-

Ocurre en la fase intermedia y se concretiza en la audiencia de control de acusación, en la que se produce los siguientes actos:

5.2.1. a.- Ofrecimiento O Postulación De Pruebas.

Al abordar este tema el profesor Cesar San Martin Castro, en su libro Derecho Procesal Penal, no indica en que instante empieza este momento¹⁶⁵, De igual manera el profesor Pablo Talavera, tampoco señala cuando empieza el momento de la aportación de la prueba en su libro la Prueba en el Proceso Penal, solo señala que se aporta en la etapa intermedia, ¿será al momento en que las partes presentan sus respectivos escritos en los que cada uno enumeran sus elementos de prueba? o ¿será en la audiencia de control de la acusación cuando se oraliza dicho escrito?.

Es el inicial acto del primer momento en que empieza la actividad probatoria, este camino lo promueve el Fiscal aportando los elementos probatorios que ha logrado recabar en la etapa preliminar y preparatoria, para probar su teoría del caso. Se concretiza con el escrito de requerimiento de acusación en los que se encuentran señalados y motivados cada uno de los elementos probatorios.

En este estadio las partes primero postulan los elementos probatorios y pretenden o buscan su admisión e incorporación al proceso para sustentar su teoría del caso en el juicio oral. Para cuyo fin piden al juez que admitan sus

¹⁶⁵ SAN MARTIN CATRO , CESAR. VIS 712

elementos de prueba argumentando y demostrando que estos cumplen con las reglas de pertinencia, conducencia, utilidad, y licitud con respecto a los hechos ilícitos imputados. Este acto se puede dar en los siguientes momentos:

5.2.1. a.1. Acto De Ofrecimiento En La Etapa Intermedia.-

5.2.1. a.1.1. El Requerimiento Acusatorio y el ofrecimiento fiscal. Se produce en la etapa intermedia, inicialmente es escritural, lo inicia el fiscal cuando presenta ante el Juez de investigación preparatoria el escrito de requerimiento de acusación, mediante el cual delimita el objeto del proceso con ello el tema probando sobre el cual versara el contradictorio de la actividad probatoria del juicio oral. En él se debe mencionar selectivamente los elementos de convicción que le va a servir para sustentar cada tema probando dentro de la teoría del caso (respecto a la comisión del delito, a la responsabilidad penal del acusado y de la reparación civil si fuere el caso), tal como se indica en el Inc. “c” del Art. 349 del Código Procesal Penal. Dice Jorge Rosas Yataco: Mediante la acusación la fiscalía fundamenta y deduce su pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigido al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido¹⁶⁶

En esta circunstancia el Ministerio Público tiene la posibilidad de efectuar pretensiones alternativas o subsidiarias que permita calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto. Esto significa, que el acusador pretende que en un debate y al sentenciar queden comprendidas varias imputaciones,

¹⁶⁶ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de derecho procesal penal, Instituto Pacifico. Lima 2013, p. 640. Vol. I.

unas principales y otras accesorias, Mair sostiene que eso es posible y necesario para evitar vulnerar reglas y principios¹⁶⁷.

Al respecto el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 ha señala que la acusación fiscal, como acto postulatorio debe contener toda la pretensión penal. Así pues, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al petitum o petición de una concreta sanción penal. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (artículo 92° del Código Penal, -en adelante, CP), también atañe la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en las esferas psicológica, somática y patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, individualizando la persona o personas que aparezcan como responsables que han debido ser identificado(as) en la Disposición fiscal de Formalización de Investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad. Argumentación fáctica que deberá ser escoltado con sus respectivos elementos probatorios.

Si el daño es psicológico debe presentarse la pericia psicológica o psiquiátrica que lo corrobore, asimismo la proforma del especialista en la que se especifique que tratamiento o terapia debe seguir, deberá indicar las probables citas y/o tiempo del tratamiento, los costos que esta demanda. En el mismo

¹⁶⁷MAIR, Julio B. J. Antología del proceso penal contemporáneo. Palestra, Lima 2008. p. 707 y ss.

sentido si el daño es al aspecto somático, esta debe acreditarse con el certificado de examen médico en la que se determinara el grado o gravedad de las lesiones, también debe adjuntarse la proforma que acredite si necesita operación o rehabilitación para su recuperación y el costo que va a demandar. Y, por último, si el daño ocasionado es patrimonial a predios agrícolas, casas u otras, se debe adjuntar una pericia valorativa para cuantificarlo y determinar el monto a resarcir.

5.2.1. a.1.2.- Ofrecimiento De Pruebas del Imputado y de las otras partes.

Después que el juez ha recibido el requerimiento acusatorio emite un decreto dando cuenta del mismo y ordena se corra traslado a los sujetos procesales de conformidad con el Ar. 350 del Código Procesal Penal, haciéndoles saber que tienen un plazo perentorio de diez días, para que hagan valer su derecho conforme a ley. Es decir, podrá convenir o contradecir la tesis fiscal.

a.- **De convenirse**, el imputado acepta los cargos que se le incrimina y tiene derecho a ofrecer las pruebas para poder alegar tener derecho a beneficios prémiales (conclusión anticipada) o al derecho a tener una pena atenuada.

b.- **De contradecir la tesis fiscal**, el imputado tiene la oportunidad negar lo vertido por el fiscal postulando los elementos de prueba que sustenten su tesis absolutoria, lo que dará a conocer a través de su escrito, debiendo adjuntar la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate oral, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentará los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se

hallan los que deban ser requeridos por el Juez. Asimismo, según a quien corresponde el actor civil como el imputado, de ser el caso podrá(n) objetar la reparación civil o reclamar su incremento o disminución, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba idóneos y pertinentes para su actuación en el juicio oral. Salvo que el agraviado se haya constituido en actor civil, lo podrá postular y la defensa tiene la oportunidad de objetarlo según su teoría, conforme al Inc. g del acotado artículo.

Así, la actividad probatoria no empieza en la audiencia de control como lo sostiene algunos doctrinarios, sino antes, porque además hay plazos perentorios que respetar (por que se da inicio a la dialéctica del proceso y este empieza con el requerimiento fiscal acción oficial, ante el cual surge la reacción de la defensa, con ello se da inicio al contradictorio, lo que continua sucesivamente hasta que la sentencia quede consentida o ejecutoriada).

5.2.1. a. 2.- En El Juicio Oral De Primera Instancia

5.2.1. a.2.1 Acto De Ofrecimiento De Nueva Prueba antes de la actuación probatoria

Este acto de ofrecimiento de medios probatorios se vuelve a repetir en el juicio oral oportunidad que se da luego de escuchar la posición de rechazo del imputado de la acusación que le formuló el Representante del Ministerio Publico. Ocasión que se abre con la finalidad de **agotar el esclarecimiento de los hechos en atención al principio de la verdad¹⁶⁸ y la tutela**

¹⁶⁸Fundamento 8 de la sentencia del Exp. N.º 2488-2002-HC/TC, PIURA GENARO VILLEGAS NAMUCHE. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos

jurisdiccional efectiva, en este caso, el legislador prudentemente a previsto que en el juicio oral, después de haber escuchado al acusado, que no acepta los cargos, solo se puede ofrecer nuevos medios de prueba y solo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación. Inc. 1 Art. 373.

5.2.1. a.2.2. Acto Excepcional De Ofrecimiento Por Reiteración De Prueba.

Asimismo, de manera excepcional con aras de esclarecer la verdad, las partes podrán reiterar en el juicio oral, el ofrecimiento 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, conforme al Inc. 2 del Art. 373. En esta oportunidad, la parte oferente tendrá que realizar un mejor análisis, para demostrar al colegiado que resulta útil, necesaria y trascendente la admisión del medio probatorio por ser un elemento de calidad, por tener pertinencia, por ser conducente y útil para el esclarecimiento de los **hechos. Para ejercer este derecho se debió haber dejado constancia de la reserva (en la audiencia de control) por parte del oferente.** Caso contrario el intento resulta inadmisibile.

5.2.1 .a.2.3. Ofrecimiento complementario o Prueba *de Oficio*.

Es una facultad discrecional del juzgador, surge después de la oralización de los medios probatorios. Se caracteriza por ser único, último y excepcional recurso que tiene el juzgador para buscar la verdad de los hechos y realizar justicia. **No es un ofrecimiento del Juez, sino, una “actuación por la**

ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable.

necesidad de complementariedad” de arribar a la verdad de los hechos y en cumplimiento del principio de exhaustividad, que significa agotar todas las posibilidades para lograr el objetivo, en este caso la verdad para hacer justicia.

Es el único, pues solo lo puede usar el juzgador o juzgadores verdaderamente probo(s), diligente, que asume su rol de querer buscar la verdad, que quiere despejar las dudas, que cumple su función de ser imparcialmente acucioso, que asumen su deber de ser hacedor de justicia por medio de la verdad.

Es último, porque, como director del proceso y guardián de la justicia, al darse cuenta de la negligencia del fiscal y malicia de la defensa, no permitirá, ni será cómplice, de utilizar el proceso para avalar la impunidad. En consecuencia, no renunciará su rol de buscar la verdad y se esforzará para agotar su búsqueda.

Si los primeros operadores del sistema de justicia fallan el “Juez Juzgador” es el último baluarte en el que la sociedad deposita su esperanza para alcanzar justicia. Porque el Juez tiene el compromiso político y social de hacer justicia (esto se complementa con la teoría de Aristóteles quien señala que desde que el ciudadano pide algo está haciendo política, dimensión sociológica del derecho). **Carnelutti**, enseñaba que “cualquiera sea el sistema procesal que se siga **el fin último de todo proceso penal, es el descubrimiento de la verdad**”. Por su parte CARRARA, exhortaba a los jueces diciéndoles: “La ley no le impida ser justo”. En los tiempos actuales en un Estado que se proclama Constitucional, en donde además el Juez del proceso penal se le denomina “**garante**”, tiene como deber el respeto del debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva **de ambas partes**, también tiene la responsabilidad de la búsqueda de la verdad para hacer justicia. Son estos los motivos que deben guiar su

delicada labor; y lo alejen de la posibilidad convertirse en un mero espectador de la desigualdad, un árbitro o un cómplice de la impunidad, que desgracia al ciudadano y a la sociedad en general.

Es excepcional, es una facultad de última ratio, solo puede ser utilizado por el Juez en casos de necesidad para cumplir con su deber, rol y compromiso que asumió con la sociedad, de buscar la verdad para hacer justicia.

Este, es el verdadero espíritu, del Art. 385 del Código Procesal Penal, que está dividido en dos incisos, el primero señala:

1.- Le faculta hacer diligencias, que no se haya realizado en la investigación preparatoria o ésta resultare 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. Con esta norma se pretende superar la dejadez, negligencia o deficiencias encontradas en la investigación preliminar. Como se infiere de la norma aludida, las diligencias de **inspección o reconstrucción**, son de carácter obligatoria para el juez, siempre que se verifique los siguientes supuestos: a) Que, se haya omitido su práctica durante la investigación preparatoria; b) **Sea necesario para conocer la verdad de los hechos que se juzgan**; c) Que, sea posible realizarse, ya que, por el transcurso del tiempo puede que hayan cambiado la circunstancia del lugar y resultaría inoportuna; d) Se ordenara previo debate de las partes, en donde cada uno expondrá si es necesario y útil la realización de dicha diligencia.

Como lo indica la norma acotada las referidas diligencias se ordenaran a iniciativa del juez penal en atención al principio de exhaustividad con la

finalidad de agotar el conocimiento cabal de los hechos o por solicitud de las partes: fiscal, la defensa, el actor civil o tercero civilmente responsable.

2.- Finalmente, señala el legislador peruano que excepcionalmente, una vez culminada la recepción de pruebas, el Juez penal podrá disponer de oficio o a solicitud de parte, la actuación de nuevos medios de pruebas si en el curso del debate resultasen indispensable o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez penal cuidara de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes (Inc. 2 Art. 385). Al decir del maestro Pablo Talavera, esta es la última oportunidad que tienen las partes para ofrecer nuevas pruebas. Facultad que el juzgador debe utilizar en algunas circunstancias respetando las siguientes reglas:

5.2.1. a.2.3.i.- La necesidad, de actuar la prueba nueva, es decir, de un medio probatorio que anteriormente no hubiera sido ofrecido por las partes para su actuación en el juicio. Puede tratarse de una prueba sobreviniente o no. Por ejemplo, si como consecuencia del debate del juicio oral, surge la necesidad de llamar a un testigo que antes no fue considerado por el hecho de haber sido mencionado recién en el juicio oral como conocedores de un hecho relevante o para contrastar la credibilidad de algún medio de prueba.

5.2.1. a.2.3.ii.- Utilidad, es decir, suficientemente conducente para esclarecer la verdad o para despejar cualquier duda. Puede presentarse cuando en el debate surjan datos nuevos y relevantes para los fines a resolver y de hacer que aparezcan, por lo tanto, ulteriores medios de pruebas útiles.

5.2.1.a.2.3.iii.- Complementariedad, significa que no puede ordenarse la actuación de un medio probatorio directamente de cargo o de descargo, sino de una prueba complementaria o de una prueba sobre prueba.

5.2.1.a.2.4. La Nueva Prueba después de la actuación probatoria.

Está regulada en el Inc. 2 del Art. 385. Al respecto la Corte Suprema en la casación 10-2007 señala que **“la necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exigen que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal**, sin que ello signifique, desde luego, una lesión los derechos de las partes¹⁶⁹”. Máxime si el nuevo testigo que fue inadmitido en una primera oportunidad, asistió al acto oral, fue examinado por las partes y, es más, la solicitud probatoria que justifica su presencia no fue objetada por el imputado. No se está pues ante una prueba inconstitucional en la medida en que se cumplieron los principios fundamentales de la actividad probatoria: contradicción, inmediación y publicidad.

Para algunos autores en este caso solo debe tratarse de pruebas sobrevinientes, cuando surge la necesidad de llamar a un testigo que antes no fue considerado por el hecho de haber sido mencionado en el juicio oral como conocedor de un hecho relevante o para contrastar la credibilidad de u medio probatorio.

Se trata estrictamente de prueba nueva sobre el fondo del caso. Estas pruebas pueden ser ofrecidas por las partes, para que sean acometidas por el juzgador,

¹⁶⁹Último párrafo del Fundamento sexto de la casación 10-2007. Trujillo.

cuando la parte que debió haberla presentado justifique “no haber sabido de su existencia.

5.2.1.a.2.5. La prueba sobre prueba.

Surge cuando hay una controversia relacionada exclusivamente con la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba. Por ejemplo, la del testigo que niega haber escrito la carta que se le exhibe o haber firmado el documento que se muestra, en esta circunstancia la parte que lo está conainterrogando, podrá solicitar al juez autorización para poder ingresar como nueva prueba el peritaje gráfotécnico, si es que lo tiene o pedir tiempo para realizarlo si no cuenta con él.

El espíritu de esta norma es que, no se le puede exigir a las partes que prevean todas las posibles circunstancias de respuesta o la temeridad del testigo al negar su firma o retractarse de la autoría o suscripción de la misma. Además, en estos supuestos no se trata de pruebas sobre el fondo del caso, en consecuencia, el perjuicio de la sorpresa respecto a la contraparte disminuye ostensiblemente porque al mentir el testigo solo pretende favorecer a la parte oferente con su complicidad, por lo tanto, esta sobre avisado que de negar a reconocer la suscripción o la autoría del documento el testigo se le sometería a la pericia pertinente. **Esta posibilidad se presenta cuando hay un tema probando latente que puede aclararse y nos conducirá a esclarecer la verdad.**

Hay un sector de la doctrina que no comparte esta actuación probatoria, señalando que de esta manera se afecta el principio acusatorio y la imparcialidad, toda vez, que el juez al admitir la prueba está asumiendo la labor de las partes al actuarlo de oficio. Lo cual no es cierto porque el juez no ofrece la prueba por su propia voluntad, pues **esta obedece a la necesidad de agotar el esclarecimiento la verdad (principio de exhaustividad) a fin de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva**, la orden de actuación de oficio de una prueba solo tiene por finalidad esclarecer la verdad de los hechos dudosos, lo que puede servir para absolver, como también para condenar, en consecuencia, puede favorecer a una u otra parte. Todo va a depender de la información que proporcione la nueva prueba.

Por ende, la actuación de una prueba de oficio, es el último recurso que tiene el juez para cumplir con su rol de **buscar la verdad** (es su rol procesal) y garantizar **la tutela jurisdiccional efectiva (es su rol constitucional)** de ambas partes. Con esta actuación se rompe con la imagen del juzgador convidado de piedra que está solo para avalar el capricho de las partes, ya no es pasivo; se convierte en director del proceso, en moderador de las audiencias y sobre todo en el garante de los derechos de las partes.

Al respecto la Segunda Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema en el recurso de nulidad 5385-2006 en el caso Abimael Guzmán, indica que. “cuando se prioriza la búsqueda de la verdad como criterio relevante en la actuación procesal. En este contexto, **es admisible que el órgano jurisdiccional cumpla una función complementaria en el esclarecimiento de los hechos**. Ello no resulta incompatible con su rol de tercero imparcial. Si

el juzgador incorpora medios probatorios que luego de ser sometidos a contradictorio por las partes, son valorados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en el estadio procesal correspondiente. Incluso dentro de los modelos adversariales o acusatorios atenuados es admisible que el órgano jurisdiccional pueda impulsar con prudencia la actuación probatoria. Lo decisivo es que esa actuación no le haga perder la perspectiva de su rol dentro del proceso penal¹⁷⁰.

En la legislación comparada encontramos similares nomenclatura como el Art. 385 del **código chileno** y en el Art. 317 del **código procesal penal modelo para Iberoamérica**, respecto a la prueba de oficio establece: “El tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles **para esclarecer la verdad**”.

En efecto, la actuación de nueva prueba de oficio, **es una excepción justificada que complementa al derecho de aportación** que les asiste a las partes, ya que solo de esta manera se atiende al **principio-derecho constitucional a la verdad** y se concretiza la **Tutela Jurisdiccional Efectiva** que tienen **ambas partes**. Máxime si de por medio se encuentra el **Interés público en la persecución penal** que pondera los tres principios primordiales mencionados lo que ha llevado a nuestro legislador a positivizar la actividad probatoria de oficio para agotar la búsqueda de la verdad, en el supuesto que no haya certeza de los hechos debatidos, pero, que habiendo la posibilidad de

¹⁷⁰Fundamento 4.5.3 de la sentencia del expediente 5385-2006 caso ABISMAEL GUZMÁN.

esclarecerlos se ordena la práctica de otras pruebas complementarias de oficio o a solicitud de las partes en base a la información aportada.

Puede ocurrir que no se ha realizado una investigación seria y suficiente, ante este supuesto, ¿qué rol debería asumir un juez?, en realidad tiene dos alternativas:

- i) Declarar el sobreseimiento o la absolución en limine, o
- ii) Asumir el rol de ser exhaustivo y exigente, analizando si las partes han tenido la posibilidad o condiciones de conocer de cierta prueba.

También, la prueba de oficio ha sido objeto de innumerables y constantes críticas en la doctrina comparada, afirmándose que vulneraría la imparcialidad judicial. Al respecto, debemos puntualizar que resulta ciertamente paradójico proclamar, por un lado, la necesaria intervención del Juez civil en la práctica de la prueba y, por otro lado, diseñar la figura de un órgano jurisdiccional penal absolutamente inactivo al amparo del mantenimiento de su debida imparcialidad. Como señala PICO Y 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 contradictoria advertida por **TARUFFO**, quien sostiene que: “parece que el proceso civil se allá 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 suficientes para superar la

presunción de inocencia”. Si esto es así, ¿Cómo queda la tutela jurisdiccional efectiva del agraviado?, el principio de verdad y el interés público.

Para superar este dilema, desde el derecho comparado se sostiene que la tendencia no es configurar modelos acusatorios puros, sino mixtos, **para cubrir las lagunas y las incoherencias del sistema**, a efecto arribar a la verdad y hacer justicia, así, en el ámbito euro 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**, facultad al juez a introducir prueba de oficio. Mientras tanto en el ámbito angloamericano, la regla 43 D de las reglas de evidencias de Puerto Rico faculta 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, que apunta a la realización de uno de los fines primordiales del proceso penal, el descubrir la verdad.

Un sector respetable de la doctrina señala que los jueces deben decretar prueba de oficio con el fin de alcanzar la verdad sobre los hechos, en este sentido JAIRO PARRA QUIJANO, señala: “...difícilmente se puede concebir el proceso como justo, cuando la sentencia no se construye sobre la verdad (...)

decretar pruebas de oficio es una necesidad psicológica que surge cuando se tiene un vacío cognitivo”¹⁷¹.

Al respecto Roxin, señala que: “el esclarecimiento de los hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal, antes bien, el propio proceso penal está impregnado de jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”¹⁷² Por lo tanto la verdad, es una jerarquía ética de necesidad social que debe priorizarse en la impartición de justicia.

En el derecho comparado español encontramos esta misma polémica, entre los partidarios de la prueba de oficio y sus detractores. Los primeros consideran que son permitidas para mejor resolver por ejemplo en España a estas se les llama “**diligencias finales**”. En efecto para un sector de la doctrina, en ocasiones, puede resultar conveniente incluso necesario, el acuerdo que se practique de oficio una prueba; naturalmente siempre que no se aporten de oficio hechos nuevos al proceso, sino que la misma se produzca sobre el material factico alegado por las partes, del cual el juzgador tiene conocimiento.

Para este sector de la doctrina la prueba de oficio debe perseguir la verificación de las alegaciones de las partes lo que resulta coherente con el principio de exhaustividad procesal que tiene el juzgador; no se trata de aportar hechos, sino de comprobar la prueba presentada por las partes. De este modo

¹⁷¹PARRA QUIJANO, Jairo. La Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio. En: Material de Lectura del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, realizado en Lima, 20 y 21 de junio del 2008, p. 301.

¹⁷²ROXIN, Claus. Derecho procesal penal” Editores del Puerto Buenos Aires, 2000. Pág. 191.

la prueba oficiada es neutral (ni de cargo ni de descargo), la que además es susceptible de control y contradicción por las partes.

La prueba oficiada, no infringe el debido proceso, por el contrario, sirve a este, para mejor acercarse a la verdad. Tampoco es una actividad inquisitiva, ni sustituye a la acusación, ni la modifica. Alegar la vulneración del principio de igualdad en la prueba oficiada, no es correcto, no siempre el acusador y el acusado, están en posición de igualdad, en función de las distintas circunstancias que tienen, especialmente cuando quien ejercita la acción es un organismo público, como el ministerio fiscal, “dotado de una estructura de actuación superior a la de la defensa, aunque solo sea por el conocimiento derivado de la habitualidad en el ejercicio de la acción” y la relación funcional con los órganos de persecución delictiva¹⁷³.

En base a este sentido, la ley de enjuiciamiento criminal española, ha contemplado la posibilidad de que el juzgador acuerde de oficio los careos entre testigos, entre acusados, y entre ellos en caso de ser necesario; también admite la práctica de “diligencias de pruebas no propuestas por ninguna de las partes, que el juzgador considere necesaria para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de la teoría propuesta por ambas partes”, pues conforme lo indica el Art. 729.2 LECRIM. Son las partes los que delimitan el objeto del proceso penal. Sin embargo en la prueba oficiada resalta, se trata de una prueba sobre prueba. No de probar hechos favorables o desfavorables, sino de verificar su existencia en el proceso.

¹⁷³MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio, Granada 1994. P. 101.

El Tribunal español, señaló que este precepto per se, no lesiona el derecho a un juez imparcial ni al principio acusatorio, aunque caben supuestos abusos; hay, pues, que examinar cada caso concreto (sentencia del 31/12/ 2001). En esta línea sostiene el alto Tribunal español, **la investigación de la verdad material, obliga al tribunal juzgador a enterarse de los hechos con fidelidad histórica**, no pudiendo quedar a voluntad de las partes la solución del proceso.

En España la práctica de las diligencias finales de oficio por parte del tribunal es excepcional conforme lo establece el Art. 435.2 LEC, y solo se autoriza “si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas independiente de la voluntad y diligencia de las partes¹⁷⁴”. Asimismo señala, que es posible en segunda instancia siempre que se ajuste a los supuestos prescritos¹⁷⁵.

En otra jurisprudencia resalta el Supremo Tribunal Español que: “...si se constata que en la primera instancia no se propuso ni practico prueba sobre el hecho a cuya acreditación se dirigieron las diligencia finales de oficio para declarar que no procedía acordar de oficio la práctica de dichas diligencias, por no concurrir la situación excepcional de insuficiencia de pruebas practicadas por circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad de las partes sobre el indicado hecho¹⁷⁶”.

En nuestro medio, el maestro Víctor Burgos Mariños, sostiene que: “la prueba de oficio por el juez, en el NCPP, **se encuentra motivado más por la**

¹⁷⁴STS del 22 de diciembre de 2009, RCIP N| 407/2006.

¹⁷⁵ATC DE 24 de marzo de 2009 RCIP N° 166/2007.

¹⁷⁶Fundamento de derecho tercero. Sentencia de 30 de noviembre de 2010 (REIP 197/ 2007). Ponente Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Rios.

“deficiencia” de las partes en la demostración de un caso, que en el interés del juez de intervenir en la definición de la controversia¹⁷⁷. Considera el referido magistrado, esto es bueno, si el juez se compromete con lograr mayor información posible en el juicio, para acercarse a la verdad, como una necesidad del proceso y del debate contradictorio. Asimismo, considera que a veces es malo, porque su uso excesivo e indebido impide la consolidación de nuevas prácticas de litigación penal.

5.2.1.a.3. Acto de ofrecimiento en segunda instancia.

La actividad probatoria en la apelación **tiene una función complementaria**, es decir, consiste sólo en permitir la actuación de nueva prueba desde una perspectiva de adición del material probatorio en orden a la corrección de irregularidades probatorias de la primera instancia y a superar el déficit del conocimiento aportado por las partes o distorsionado por el juzgador. Esto último en base al principio del control jurisdiccional, así Binder¹⁷⁸ precisa que a través de los medios de impugnación se cumple con el principio de contradicción, que es un principio central en la estructuración del proceso y de todo el sistema de justicia penal.

Los supuestos indicados, son admisibles cuando las declaraciones de los testigos, los agraviados y peritos, adolezcan de una información de calidad que impiden el necesario esclarecimiento de los hechos objetos del debate y

¹⁷⁷En la exposición efectuado por el Dr. VÍCTOR BURGOS MARIÑOS, en el mes de mayo del 2014 en la ciudad de Tumbes.

¹⁷⁸BINDER, A. OP. CIT P. 286-287.

cuando ha habido una indebida valoración o motivación por parte del A quo, se presenta en dos oportunidades:

5.2.1.a.3.1. Ofrecimiento antes de la audiencia de segunda instancia.

I.- Inicialmente se da esta oportunidad, cuando se notifica a las partes el auto que declara admisible el recurso de apelación y se les concede el plazo de cinco días para que ofrezcan medios probatorios (Inc. 2 del Art. 421). Nuestro legislador ha señalado que en segunda instancia sólo se podrán admitir los siguientes medios probatorios: a) Los que no pudo proponerse en primera instancia por desconocimiento de su existencia; b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, **siempre que hubiera formulado en su momento la oportuna reserva**; y c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él. Art.422 Inc. 2CPP. Sólo se admitirán medios de pruebas cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia (Inc. 3 Art. 422).

5.2.1.a.3.2. Ofrecimiento después de actuación probatoria de segunda instancia.

También en el desarrollo del juicio oral de segunda instancia y por remisión del Inc. 1 del Art. 424, concordante con el Inc. 2 del Art 385 después de la actuación de las pruebas el presidente del colegiado pregunta a las partes si tiene nuevos medios probatorios que ofrecer, siendo esta la última oportunidad que tienen las partes para hacerlo. Si bien inicialmente el ofrecimiento de las pruebas es por escrito también es verdad que, en esta vez se oraliza directamente.

Como se aprecia el ofrecimiento probatorio se puede dar en varios estadios de los momentos de la actividad probatoria, mediante dos formas: inicialmente mediante escrito y en el mismo juicio oral ante el juzgador directamente.

5.2.1.b.- Acto De Oralización De Los Elementos Probatorios Y Su Admisión.

En este segundo acto priman los principios de oralidad, contradicción, publicidad e igualdad que deben tener las partes para oralizar las pruebas ofrecidas. Asimismo, entra a tallar las reglas de pertinencia conducencia y utilidad, tiene lugar en la audiencia preliminar de control de la acusación (Art. 351) luego que las partes han presentado sus respectivos escritos de ofrecimiento de pruebas o vencido el plazo de ley (Art. 350). La audiencia será dirigida por **el juez de la investigación preparatoria** ante la presencia obligatoria del fiscal y el defensor del acusado. Instalada la audiencia y en el estadio correspondiente, el juez otorgará la palabra por un tiempo prudencial y por su orden al fiscal, a la defensa del actor civil, del tercero civilmente responsable y al acusado, **los que ofrecerán las pruebas que convengan a su teoría del caso y debatirán sobre la procedencia de admisibilidad** de cada uno de las cuestiones planteadas.

Es labor del Juez verificar si la prueba ofrecida por las partes cumple con las siguientes reglas que controlan la actividad probatoria: a) **Pertinente**, es decir, si estos elementos de convicción están vinculados con los hechos objetos del proceso. b) **Conducentes**, vale decir, si estos están orientados a acreditar directamente los hechos o aspectos que indirectamente inciden en los temas

probando y c) **Utilidad**, es decir si son relevantes y trascendentes para la probanza de los hechos o circunstancias del delito ocurrido. De lo que se pronunciará el a quo, en el auto de enjuiciamiento, en la que indicará la admisibilidad y la inadmisibilidad de los elementos de convicción ofrecidos.

5.2.1.c. La Admisibilidad de la Prueba y el auto de enjuiciamiento.

Tiene por finalidad incorporar al proceso los elementos probatorios recabados en los actos de investigación (preliminar o preparatoria) para los actos de prueba. La realiza el juez de investigación preparatoria cuando verifica que los elementos de prueba ofrecidos cumplen con las reglas de: pertinencia, conducencia y utilidad, esta decisión lo formaliza a través de la emisión del auto de enjuiciamiento en que señala que medios probatorios resultan admisibles por cada una de las partes y cuales son declaradas inadmisibles por no reunir las reglas señalados.

Es decir, el auto de enjuiciamiento es el filtro que depura el caudal probatorio ofrecido por las partes, también descarta los prohibidos e ilícitos y los admitidos los reserva para su posterior debate en el juicio oral. El referido auto puede ser objeto de un nuevo examen por el juez de la causa, para cuyo efecto se correrá traslado y se convocará a audiencia al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

Asimismo, la **inadmisibilidad** de los medios probatorios da lugar que la parte que se considera afectada haciendo reserva del mismo puedan solicitar si lo creen conveniente el re-examen de la prueba o reiteración probatoria.

5.2.1.d. El reexamen

Lo realiza el mismo juez de investigación preparatoria, a solicitud de parte, previo traslado al ministerio público y demás sujetos procesales, (Inc. 4 art. 155 CPP). Convocándose audiencia.

5.2.1.e. La reiteración

Se realiza ante otro juez (en nuestro caso es el A quo del Juicio Oral Art.373 Inc. 2 y el ad quem), se produce de manera excepcional, en estas oportunidades las partes podrán reiterar el ofrecimiento de los medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, **si han dejado constancia de la reserva** del mismo (de lo contrario se le declara su inadmisibilidad), para cuyo efecto se requiere una especial argumentación, como ya se ha indicado.

5.2.1.f. La Exclusión De Los Elementos De Prueba.

Se produce en la audiencia de Control de Acusación, en este estadio, no solo se resuelve la admisión de los elementos de prueba como parte de la actividad probatoria, sino también de ser el caso se produce la exclusión de los elementos de prueba prohibidos, por haber sido recabados violando los derechos fundamentales o constitucionales. Este incidente se puede introducir dentro del término de ley (diez días de notificado el requerimiento fiscal o viceversa), por cualquiera de las partes (fiscal o la defensa del imputado o los terceros legitimados) pedido que previamente debe ser sustentado oralmente y debatido en la audiencia de control de acusación.

De verificarse las violaciones que aludan las partes el juez dispone la exclusión del acervo de los elementos probatorio que tengan las características aludidas. Para cuyo efecto emitirá el auto que declara fundada el pedido de exclusión formulado, caso contrario declara infundado tal requerimiento. Todo esto, en base a la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables¹⁷⁹.

Resumiendo lo mencionado podemos decir que, en este primer momento la actividad probatoria se desarrolla respetando los siguientes principios: Aportación de parte, de libertad de la prueba, igualdad de posibilidades, oralidad (al ofrecer la prueba), Publicidad y de contradicción. Asimismo, en este estadio, se observa el cumplimiento de las siguientes reglas: Pertinencia, conducencia, utilidad, necesidades, licitud, preclusión. Principios y reglas que ya han sido analizados y desarrollados ampliamente en el capítulo anterior.

5.2.2. SEGUNDO MOMENTO “Actuación De La Prueba”.

Según nuestra legislación, la actuación de la actividad probatoria está regulada en el Título IV del Código Procesal Penal, desde el Art. 375 hasta 385, en los que se establece el orden el modo, la forma y circunstancias de su desarrollo. Específicamente, la encontramos en la segunda parte de la audiencia de juicio oral (después del denominado momento inicial de la audiencia de juicio oral que comprende: Instalación de la audiencia y ubicación de los sujetos procesales y los alegatos iniciales o preliminares).

¹⁷⁹Tribunal Constitucional español en la STC 50/2000, del 28 de febrero de 2000,

Este se inicia cuando el acusado no acepta los cargos que el Representante del Ministerio Público le atribuye en su contra, en esta circunstancia el acusado puede ejercer su derecho a guardar silencio (de darse el caso se leerá la declaración anterior dada ante el fiscal con las garantías de ley), declarar a ser interrogado, o a tomar el uso de la palabra en cualquier momento de la audiencia.

En este estadio son actuados los elementos de pruebas, admitidos y ordenados en el auto de enjuiciamiento. Para los seguidores acérrimos del sistema acusatorio puro, no podrán actuarse otras pruebas que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los ordenados en el auto de enjuiciamiento. Sin embargo, como se sabe, algunos ordenamientos jurídicos con rasgos mixtos como el nuestro y el español si admiten pruebas de oficio en ciertos supuestos, adicionales a las que se admiten en la etapa intermedia.

En este estadio, la actuación de la prueba empieza con las que ha ofrecido y han sido admitidas por: el Ministerio Público y continúa con la propuesta por el actor civil y/o el tercero civilmente responsable y concluye con las ofrecidas por la defensa del acusado. Esta secuencia obedece a la actividad lógica de la dialéctica procesal. Pues, para defenderse de una acusación, hay que primero conocerla, por lo que resulta prudente empezar con la acusación cuya incriminación se sostendrá a lo largo del proceso, dando lugar a que el acusado se defienda rechazándola y culminara con la actuación probatoria de la defensa cuyo fin es desacreditar o contradecir los hechos y pruebas que incriminan al acusado.

Las pruebas de cada parte se actuarán según el orden establecido por ley, sin embargo, se faculta al juzgador poder alterar el orden establecido por ley, si a instancia de parte o de oficio, considere conveniente para facilitar la actuación, esclarecimiento de los hechos o asegurar el descubrimiento de la verdad.

En este estadio se produce el debate probatorio, con el control y contradicción de la actuación de la prueba, es decir, las partes se pronuncian sobre el fondo de cada elemento de prueba, resaltándose que son las partes que actúan la prueba (el fiscal y los abogados). Sin embargo, en el desarrollo de la actuación probatoria puede intervenir el Juzgador cuando lo considere necesario a fin que el fiscal o los abogados hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente para formular preguntas aclaratorias a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío o duda que sea imprescindible agotar su esclarecimiento. Inc. 4 del Art. 375. Es decir, según nuestra norma la actuación probatoria está diseñado para que se produzca en el siguiente orden:

5.2.2.1.- El Interrogatorio Del Acusado.

5.2.2.1.1 El Derecho A Ser Oído En Audiencia.

Lo encontramos prescrito en el Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. En similar sentido, lo prescribe el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe. También está contemplado en

el artículo 14 Inc. 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo tanto, es un derecho, estandarizado en los instrumentos supranacionales.

En la praxis del juicio oral, la declaración del acusado suele ser la primera diligencia en llevarse a cabo. Aunque la doctrina destaca su carácter de medio de defensa del acusado, en realidad se ha convertido en un interrogatorio directo del mismo, en el que, lógicamente, puede hacer uso de todas las posibilidades que le permita la ley, como la de declarar, abstenerse o guardar silencio.

En el supuesto de declarar el acusado puede acogerse a la confesión sincera del delito con la anuencia de su abogado defensor, lo que significa la conclusión anticipada del juicio, en este supuesto hay una conformidad absoluta. Ante tal situación, el acusado por intermedio de su abogado puede solicitar conferenciar con el fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá la audiencia por breve término. Reanudada la misma se procederá a emitir la sentencia o en todo caso dentro del término de ley.

Según la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, la conformidad consta de dos elementos materiales: a) **el reconocimiento de hechos**, una declaración de ciencia a través de la cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se le haya atribuido en la acusación; y b) la declaración de voluntad del acusado, a través del cual expresa, de forma libre, consiente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídico penales y civiles derivadas del delito¹⁸⁰.

¹⁸⁰Segundo párrafo del Fundamento 19 del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116.

Asimismo, existe la posibilidad que se produzca la conformidad parcial o conclusión anticipada parcial, es decir el acusado admite los hechos, pero rechaza, la pena propuesta o el monto de la reparación civil, ante lo cual se continuara el juicio oral y se actuará las pruebas y debatirá solo sobre el extremo aun controvertido, a efecto que sea el juzgador quien señale la pena y un monto de manera razonable y proporcional.

Por otro lado, si el acusado no expresa su conformidad con los hechos de los que se le acusa y con la pena que contra él se solicita, se pasará a su interrogatorio.

5.2.2.1.2. Actuación del examen del acusado.

Es un acto formal, mediante el cual se le da oportunidad al acusado para que haga uso de su defensa material directa, de modo oral, como presunto autor de un delito. En esta circunstancia particular no se le exige juramento o promesa de decir verdad, porque no tiene calidad de testigo. **Solamente se le exhortará a decir la verdad**, advirtiéndole que debe responder de una manera precisa y clara a las preguntas que se le formule.

Las interrogaciones, que se formulen, se centrarán siempre en la averiguación de los hechos de la acusación, su participación en ellos y demás co-autores o cómplices de ser el caso; serán directas, claras, pertinentes y útiles, evitando las preguntas capciosas (para obtener una respuesta comprometedora), sugestivas (que proponen o aconsejan algo) e impertinentes (no oportunas). Tampoco se podrá emplear coacción a amenaza de ningún tipo. Este interrogatorio es exclusivo de las partes, sin embargo, al igual que a los

testigos el Juzgador podrá hacerle preguntas complementarias al acusado excepcionalmente cuando hubiere quedado algún vacío o sea imprescindible que haga ciertas aclaraciones.

Las respuestas serán orales, aunque el juzgador o tribunal, teniendo en cuenta algún impedimento o circunstancia similar del declarante y la naturaleza del delito, podrá autorizar que, siempre en su presencia, redacte una contestación escrita, utilice colores o realice algún gráfico para mejor entenderle. Cuando el acusado rehúse contestar o se finja enfermo, sordo o mudo, se le advertirá que, no obstante su silencio y su simulada enfermedad, continuará el proceso.

Si no supiere el idioma español, o fuere sordomudo, se nombrará un intérprete.

En tal sentido, el Convenio Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de todo acusado “a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia” (Parágrafo “a” Inc. 1 artículo 8), en concordancia con el Inc. 1 del Art. 171 del CPP. También, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14. 3. f). En dicho interrogatorio, resultará útil el ir traduciendo o interpretando cada pregunta formulada y cada respuesta obtenida; de ese modo se facilita una mejor comprensión por parte de los asistentes, así como la redacción del acta.

En el supuesto que se va a interrogar a varios coacusados, se procederá tal como ocurre con los testigos, ingresaran uno por uno, para que no se oigan entre sí y la declaración de los anteriores no influya en las suyas. Terminada la declaración de cada uno, el tribunal deberá informarles de modo resumido del desarrollo de la sesión en su ausencia, en la que debe estar presente su abogado defensor.

Al respecto maestro Dr. Pablo SÁNCHEZ VELARDE, destaca que el interrogatorio del acusado persigue dos finalidades: **Primero**, conocer la personalidad del acusado, su carácter, su modo habitual de proceder y la forma determinante de la acción delictiva; lo que va hacer de utilidad del juzgador si se decidiera por una sentencia condenatoria; **segundo**, conocer de su propia voz su relación con el delito, las circunstancias de su participación y realización; así también como los argumentos de exculpación o inocencia que pudiera alegar¹⁸¹.

5.2.2.2. Declaración del coacusado sentenciado en un juicio oral.

La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que declara como testigo impropio respecto a otro u otros acusados y como tal habrá de valorarse su testimonio; lógicamente, el tribunal habrá de tener en cuenta las circunstancias y las posibles consecuencias de su declaración, pues como imputado tiene derecho a no declarar. Se trata de una declaración de difícil valoración, en la que habrá de tenerse en cuenta tres criterios o reglas de valoración de las declaraciones de los coimputados establecidas por nuestra Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, son:

¹⁸¹SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de derecho procesal penal,. Idemsa, Lima, 2004 p. 584 y 585

5.2.2.2.a. Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, 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 el cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

5.2.2.2.b. 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. Es decir, se exige **verosimilitud**.

5.2.2.2.c. 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 adecuada¹⁸².

Máxime si asistimos a un supuesto de retractación de la declaración de un coimputado en el juicio oral, que casi siempre se da, en esta situación se procede a realizar el contra interrogatorio, primero introduciendo la prueba preexistente interrogándole ¿si ha declarado anteriormente en presencia de su abogado, fiscal y con las garantías de ley? ¿Si reconoce del acta que le pone a la vista, su firma y huella que en ella aparece? Posteriormente se le pregunta ¿qué es lo que dijo ante tal pregunta? ¿Explique a que se debe el cambio de su

¹⁸²Fundamento del Acurdo Plenario 2-2005/CJ-116, que debe ser invocados por leo magistrados en todas las instancias judiciales.

versión confrontándolo con lo vertida en el juicio oral?, Esto de conformidad con el Art. 378 Inc. 8.

5.2.2.3.- La Prueba Testifical.

Como muy bien se sabe el éxito, de un juicio oral, va a depender en gran medida de la construcción de un hecho fáctico que sea verosímil, factible de ser corroborado, lo que va originar en el juzgador la convicción necesaria para obtener una sentencia favorable para la teoría formulada.

La única oportunidad que cuenta las partes, para narrarle al juzgador y probarle su historia, posibilitándole revivir los hechos facticos de la historia de su teoría del caso, es a través el examen directo al testigo. Porque al testigo no solo se le extrae información estrictamente a través de preguntas, sino que con la conducencia y coherencia con que responda va hacer el relato factico confiable, creíble, verosímil, de calidad y corroborante con su versión.

El testigo dependiendo de lo que ha percibido va a narrar la historia o un fragmento del hecho factico que ha percibido, transmitiendo su información de primera mano al juzgador. El examen directo va permitir relatar nuestra teoría del caso desde la prueba concreta y no desde las puras afirmaciones del patrocinador como lo hace al iniciar el juicio oral en los alegatos iniciales.

5.2.2.3.1.- Aspectos generales.

Un sector de la doctrina considera que no pueden ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas. Sin embargo, si en el curso del debate se establece que hay un testigo que sabe de los hechos y puede dar

luzes para el mejor esclarecimiento, el juzgador de conformidad con el inc. 2 del Art. 385, puede ordenar de oficio o a pedido de parte la concurrencia de tal testigo, que se considera útil para el esclarecimiento de los hechos (pues puede darse el caso que el acusado lo nombro a este testigo desde la etapa inicial y no fue interrogado por la fiscalía). Es más, en el supuesto que se admita un testigo del que, al ser incluido en la lista, se ha confundido parte del nombre o un apellido, pero del que constan sus datos en las actuaciones preliminares y sobre cuya identidad las partes y el Tribunal no albergan duda alguna, también debe ser examinado.

5.2.2.3.2. Finalidad del examen del testigo.

Según nuestro actual Código Procesal Penal, solo se considera testigo a la persona que comparece al juicio oral, a prestar su declaración a la audiencia y es objeto de interrogatorio por parte de su oferente y contra examen por la otra parte, con lo cual se optimiza y concretiza los principios de inmediación por parte del juez, de contradicción, publicidad, oralidad. En consecuencia, si el testigo no concurre al juicio oral, su testimonio no puede ser remplazado por la lectura del acta de su manifestación dada a nivel preliminar, por tanto, se prescindirá de dicho medio probatorio. Esta actividad probatoria tiene por finalidad incorporar el relato o narración fáctica dentro de la teoría del caso de la parte oferente, que persigue obtener proposiciones fácticas del testigo que le permitan corroborar las hipótesis de su teoría del caso. Es una narración particular destinada a acreditar hechos relevantes que le permita darle valor a las afirmaciones de sus proposiciones. Y por otro lado el contra interrogatorio

de la parte que no ofreció el testigo persigue hacer resaltar las contradicciones, la incoherencia, la inconducencia y la inverosimilitud, de la versión o de su retractación o cambio de versión que expresa el testigo en el juicio oral.

Siguiendo la lógica expuesta, en nuestro medio, los testigos son casi siempre testigos de parte y están muy lejos de ser terceros auxiliares del tribunal. Así tenemos por regla general que todo testigo que una parte ofrezca para el juicio oral, son aquéllos que tienen una predisposición favorable respecto de la teoría del caso del oferente. Es decir, la versión de ese testigo va coincidir con la hipótesis de la parte que lo ofrece como prueba. Por lo tanto, el testigo no siempre va ser imparcial o desinteresado. Esto explica porque las partes a veces se oponen al testigo de oficio, porque al no tener este último compromiso con ninguna de las partes, su declaración les puede afectar al manifestar la verdad de como ocurrió los hechos. Resulta que este testigo es más incontrolable para las partes, pero con más posibilidad de objetividad, imparcialidad y sin interés alguno.

5.2.2.3.4. Derecho Y Límites De La Actuación Del Testigo.

El Convenio Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho de la defensa del acusado a “interrogar a los testigos presentes en el tribunal que declaren contra él y a obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (artículo 8.2.f). En ese mismo sentido se prescribe en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14. 3. e). Si es miembro de las Fuerzas policiales o miembro de las fuerzas armadas, estimamos que para su identificación debe bastar con

el número de su DNI y la unidad administrativa a la que está adscrito. Al testigo se le dejará narrar los hechos, de viva voz (con posibilidad de intérprete, incluso de signos), sin interrupción, pero se le puede exigir explicaciones complementarias y preguntas aclaratorias. Puede dictar las respuestas, no pudiendo leer declaración escrita, aunque sí consultar apuntes con datos difíciles de recordar (operaciones contables, agenda). Asimismo, se enfatiza que el tartamudeo, el sonrojo, el sudor de manos, el continuo movimiento de pies, etcétera, pueden indicar un nerviosismo de quien declara (motivado por la impresión que le produce la solemnidad del acto, el lugar, la autoridad presente o cualquier otra circunstancia), pero no constituye necesariamente un signo de su implicación en el hecho delictivo. Nada impide que un testigo (también un perito) de nuevo pueda ser llamado a declarar en el mismo juicio oral. Se corre el riesgo de que, tras su primera declaración, haya permanecido en sala y presenciado las declaraciones de los restantes testigos; a pesar de ello, en ocasiones, puede resultar conveniente que declare otra vez.

5.2.2.3.5. El testigo menor de edad.

A fin de evitar la re-victimización (en el supuesto de ser víctima) o la de temer un perjuicio psicológico relevante para él o ella, o una hipotética influencia en el ánimo del menor que lo cohíba a no decir la verdad, en el momento de su declaración en el juicio oral, debe evitarse la confrontación visual de éste con el acusado; para ello, se recurrirá a cualquier medio técnico como: examinarlo por separado, ordenando al acusado que abandone el ambiente de la sala, quedándose presente su abogado, para posteriormente reanudarlo, momento

en que el acusado será instruido sobre lo que se ha dicho y discutido en su ausencia. En estos casos es recomendable su práctica como prueba anticipada. También, se puede utilizar la tecnología como la videoconferencia u otro sistema que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. Esto resulta de moda y muy necesario por razones de utilidad, seguridad o de orden público. El menor deberá ser examinado con la asistencia de un perito psicólogo, y siempre en presencia de las partes (abogados). Para darle seguridad al menor es aconsejable la presencia de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, salvo que el tribunal acuerde lo contrario. Asimismo, podría resultar prudente regular el interrogatorio del menor solamente por parte del tribunal, sin que las partes pudieran dirigirse directamente a él, aunque sí estar presentes como se dijo; de ese modo se facilitará su declaración, especialmente cuando ha sido víctima del delito.

5.2.2.3.6. El testigo protegido o reservado o anónimo.

En nuestro país la criminalidad se ha vuelto más violenta, en procesos penales sumamente graves (robo agravado, corrupción de funcionarios, homicidios, narcotráficos, crimen organizado, lavado de activos...) en la que el acusado o las organizaciones criminales a las que pertenece casi siempre buscan atemorizar a los testigos con amenazas y coacciones, tratando de impedir que la víctima y testigos comparezcan al juicio oral o tratando de obligarlos para que ellos cambien sus declaraciones preliminares. Ante esta situación nuestros legisladores han dado dos leyes para brindarles la protección necesaria

reservándoles la identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave. Tal como se prevé en el Inc. del Art. 22 de la ley 27378. En esta norma también se ha previsto la posibilidad de utilizar cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen. Para efectos de las notificaciones a los testigos con identidad de reserva se ha previsto como domicilio, a efectos de las citaciones y notificaciones, la sede de la fiscalía competente, la cual se le hará llegar reservadamente a su destinatario a través del programa de víctimas y testigos. Por último en el supuesto que los testigos con reserva de identidad sean funcionarios o servidores públicos y Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público que intervengan en calidad de testigos, peritos o víctimas, las medidas previstas en el artículo aludido, comprenderán además la protección de los derechos laborales de conformidad con la legislación vigente.

Según lo indicado en el Art. 24 del aludido cuerpo legal, esta protección puede variarse para el juicio oral si una de las partes lo solicita motivadamente antes de su realización, para cuyo efecto el juez de la audiencia de control de acusación se pronunciara motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar, o suprimir toda o algunas medidas de protección a los colaboradores, testigos, víctima y peritos adoptados por el fiscal o el Juez Penal en la Investigación preliminar o preparatoria, así como si se procede a otras nuevas medidas. Si el requerimiento es declarada fundada, el A quo, en el mismo auto que declara la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar los nombres

y apellidos de los protegidos, respetando las restantes garantías reconocidos a los mismos.

Otra norma similar que encontramos en nuestra legislación penal es el Decreto Legislativo 824 ley contra el narcotráfico, que en su artículo 20 garantiza la reserva de identidad absoluta a aquellos que han proporcionado información eficaz voluntariamente ante la autoridad policial en forma secreta y con la presencia obligatoria de un Representante del Ministerio Público o ante el magistrado que tiene a su cargo el proceso judicial.

En este supuesto se adoptarán las medidas de seguridad siguiente: a) La identidad del peticionante se mantendrá en secreto; b) Se les asignara una clave que se utilizara en la secuela del proceso y c) En tanto dure el trámite de Excepción o remisión de la pena y con la finalidad de cautelar la integridad física y vida de los peticionarios, estos serán trasladados a centros especiales de reclusión que para el efecto fije el Ministerio de Justicia en coordinación con el Ministerio del Interior.

Este tipo de normas tiene la finalidad de garantizar que los testigos, víctimas o peritos, puedan declarar en absoluta libertad, sin ser sometidos ninguna violencia, presión, amenaza o coacción como consecuencia de su colaboración en el proceso y con la justicia. De esta manera se pretende evitar el temor de los ciudadanos a colaborar, ante el miedo a sufrir atentados contra su vida y la de su familia, es en esta eventualidad que aparece el testigo protegido.

Un sector de la doctrina sostiene que, si bien es verdad que con esta ficción jurídica se da solución a este tipo de problemas, también es verdad, que se vulnera: 1) **el debido proceso**, porque con la reserva de la identidad del testigo no se sabe quién imputa los cargos incriminatorios contra el acusado, se le impide a la defensa comprobar si la versión de éste es subjetiva fundado en el odio, la venganza, la envidia contra el acusado u otras que puedan incidir en la parcialidad de la imputación; 2) **El principio o garantía de contradicción** y de confrontación en sus dos primeras dimensiones: i) El derecho al careo, o confrontación cara a cara, que permite saber quién está declarando en mi contra y ii) el derecho a contrainterrogar a los testigos adversos o al contraexamen, ocasionando un impedimento relevante para preparar y desarrolla líneas de contrainterrogatorio que se vincule con la credibilidad, del testigo o incluso con la credibilidad misma del testimonio, convirtiendo la garantía de contradicción en ilusorio y simbólico.

En el derecho comparado y en la doctrina internacional, a los testigos que declaran en el proceso penal con reserva de su identidad se les suele llamar “testigos anónimos¹⁸³”. En algunas legislaciones como la española se permite el anonimato del testigo hasta antes del juicio oral; por lo que, en ese caso, el tribunal tiene el deber de revelar la identidad del testigo para garantizar el derecho de defensa¹⁸⁴.

En nuestro medio solo existe esta posibilidad de variar la medidas en los supuestos establecidos en la ley 27378 que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, mas no en los

¹⁸³Ver LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2012, P1962; del Carpio Delgado, 2007, P.25; ZAFRA ESPINOZA DE LOS MONTEROS, 2009, p. 17.

¹⁸⁴Ver la ley 19/1994-N de protección de testigos y peritos.

supuesto que establece el Decreto Legislativo 824, pues, en ella no se permite la variación de la medida de protección.

En nuestra jurisprudencia Constitucional tenemos el caso 010-2002-AI/TC, en la que se ha indicado, que la limitación al derecho probatorio establecida en estos casos era razonable ya que, entre otros motivos, atendía a la necesidad de proteger la vida e integridad de las personas que habían intervenido en la investigación policial. Asimismo, nuestro máximo interprete advirtió que, para que un tribunal condene válidamente a un inculpado como autor de un delito determinado, al amparo de dicha limitación, era necesario que las pruebas ofrecidas por un testigo que no podía ser interrogado, sean corroboradas con otros medios de prueba¹⁸⁵.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo que en el caso CASTILLO PETRUZZI vs Perú, se había restringido a los abogados defensores el derecho a interrogar a los testigos debido que la norma (Art. 13 del Decreto Legislativo 24575) prohibía el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que habían participado en la diligencia de investigación, lo mismo ocurrido en el caso Cantoral Benavides vs Perú; caso Lori Berenson Mejía vs Perú; caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú.

En el ámbito penal encontramos el caso denominado “Barras Bravas” hecho ocurrido en la ciudad de Lima en el estadio monumental en donde asesinaron a un hincha del equipo contrario arrojándolo desde uno de los palcos del estadio monumental. En el proceso penal, por evidentes razones

¹⁸⁵ Este criterio lo ha reiterado el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes: 1808-2003-HC/TC y 003-2005-PI/TC.

de seguridad, los espectadores que presenciaron este hecho solicitaron a cogerse a la ley 27378 para declarar en el proceso como testigos anónimos. Sin embargo antes de realizarse el juicio oral, los abogados de la defensa solicitaron al tribunal que se les revelara los nombres y apellidos de los testigos anónimos conforme lo prevé la ley 27378, Sin embargo, la sala penal Superior de Lima¹⁸⁶ rechazó el requerimiento de la defensa argumentando lo siguiente: CUARTO: *Que, las Convenciones y Tratados sobre Derechos Humanos obligan al Estado a garantizar el derecho de defensa al imputado, lo cual implica que pueda ejercer un control sobre las pruebas a presentar en su contra, afín de tener un juicio justo en el que su derecho a la defensa sea ejercido plenamente, con derecho incluso a preguntar a los testigos; **también debe garantizar la protección de la integridad personal (física, psíquica y moral) de los testigos** que pueda verse amenazada al brindar su testimonio, sin exponerse a situaciones de riesgo encontrándose en situaciones vulnerables, teniendo en cuenta la relevancia de la información que podrían aportar al proceso; aquí el Colegio estima que la norma procedimental prevé las dos cosas y corresponde ponderar entre ambos la más asertiva que no afecte el debido proceso del derecho de defensa y la integridad física de los testigos, dando publicidad y garantizando que estos medios probatorios sean actuados y valorados oportunamente; Al respecto sostiene el Dr. César San Martín Castro «... la función del Juez penal se limita a los actos de comprobación de la tacha, es decir desarrollar una actividad de averiguación en orden a los fundamentos de la tacha, la cual por lo demás no impide que se lleve a cabo la testimonial...»;* y que toda prueba aportada por las partes en el proceso deberán ser contrastados con otros elementos de prueba, que determinen su veracidad en el contradictorio y serán apreciadas por el Juzgador con

¹⁸⁶Ver resolución 1681 de setiembre de 2013, Segunda Sala Penal Superior de Lima. Exp. 1555-2011.

el criterio de conciencia que se consagra en nuestro ordenamiento constitucional; que en el presente caso respetando el principio de inmediatez los testigos codificados deberán concurrir al contradictorio con reserva de su identidad a fin de garantizar su seguridad y poder ser interrogados también por la defensa del imputado sobre hechos que les constan del evento delictuoso y poder realizar una valoración sobre sus testimonios, brindando así la oportunidad a la defensa para repreguntar al testigo.

De esta manera, la Sala Penal realizó un juicio razonabilidad y de ponderación, en la que sopesa no tan solo el derecho de defensa de los imputados y su debido proceso, sino también, su deber de garantizar la protección de la integridad personal de los testigos, teniendo en cuenta la relevancia de la información que podrían aportar al proceso y al esclarecimiento de la verdad, y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima.

La sala Penal, con esta resolución acogió los criterios de la doctrina de Corte Europea de Derechos Humanos, sostenida en el caso Doorson vs Neherlans de 1996 en la que se afirma que el uso de testigos anónimos no viola el parágrafo "d" del Inc. 2 del Art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, sostuvo que estos estaban justificados por dos razones: i) la experiencia general indica que los traficantes de drogas frecuentemente recurren a amenazas o violencia real en contra de los testigos que declaran en su contra y, ii) el hecho que uno de dichos testigos en el pasado había

sufrido violencia de parte de un narcotraficante en contra del que había declarado en un procedimiento penal.

Como se puede apreciar de los criterios esbozados en estos dos últimos casos se ha confirmado¹⁸⁷ lo que constituye una doctrina dominante que en estos casos el juez debe:

- **Ponderar**, sopesando los intereses de la defensa con los de protección de los testigos, para decidir admitir en juicio la declaración de testigos con identidad en reserva, de tal manera que la integridad de los colaboradores de justicia no sea puesta en peligro a efecto de evitar la impunidad.
- El juez, no puede fundar su decisión de condena, solo con el testimonio del testigo con reserva, tienen que haber pruebas periféricas que corroboren esta versión.

En conclusión, la utilización de un testigo con identidad reservada es procesalmente legal si se pondera ciertas situaciones, con la utilización de prueba periférica para condenar.

5.2.2.4. El agente encubierto o infiltrado.

Es una técnica de investigación eficaz porque permite determinar, la estructura, maniobra e identificar a los integrantes de una organización criminal; es útil porque nos permite la obtención de pruebas o evidencias probatorias e identificación de los involucrados en el delito, toda vez que el agente encubierto al lograr infiltrarse de manera subrepticia a la escena misma del crimen, observa directamente, los hechos delictivos realizados por

¹⁸⁷En el caso *Kransniki vs The Czech Republic* 2006.

los autores o partícipes de la organización. Para los fines del tema de investigación, dada la peligrosidad y el riesgo de esta figura, debemos preguntarnos ¿qué datos del agente encubierto puede ser útil para ser ofrecidos en la etapa intermedia y consecuente actuación en el juicio oral de la actividad probatoria? A efectos de no violentar el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la vida privada de los miembros de la organización, teniendo en cuenta las inquietudes formuladas se considera que definitivamente puede utilizarse la testimonial del agente encubierto, cuya declaración se referirá a lo que directamente percibió, como aquellos hechos de los que haya tenido conocimiento que le hayan relatado por otros, en este caso como testigo de referencia. Incluso podrá realizarse el careo entre el agente encubierto, con otros testigos o incluso con los imputados. Las fotografías, grabaciones de imágenes, y/o sonido que haya obtenido el agente encubierto. Para el supuesto de la testimonial y el careo, del agente encubierto, es conveniente que lo haga con la identificación falsa para su protección. Como medio probatorio será útil los datos obtenidos en una conversación o diálogo entre el agente encubierto y otro miembro (s) de la organización delictiva siempre que ésta se haga con plena libertad y que sea una situación producida de forma espontánea, en este caso no habría ninguna dificultad ni inconveniente para que el juzgador valore los testimonios acerca de los datos obtenidos en dicho diálogo. Contrario sensu, no podrá valorarse por el juzgador, los datos inducidos por el agente encubierto, mediante maniobras capciosas o engaños para obtener la información, Este último supuesto no tiene cabida, tampoco la treta para que

un miembro de la organización reconozca determinados datos en dicho dialogo. Es un trabajo difícil para el juzgador poder determinar cuándo se ha producido la conversación espontánea y de modo natural, y cuando el agente se ha valido de maniobras. En cuyo caso se deberá examinar los audios o videos que se aporten o incorporen a la actividad probatoria, para comprobar los diálogos entre el agente y los autores de los hechos delictivos. Esto nos demuestra la conveniencia y utilidad que resulta la labor del agente encubierto al gravar las conversaciones que sostiene con los miembros de la organización criminal, porque de esta manera va poder crear convicción de la espontaneidad del diálogo que se ofrece como elemento de prueba. Materialmente estos videos podrán ser ofrecidos como prueba documental para el juicio oral, con la finalidad de corroborar y justificar lo afirmado por el agente encubierto. Se debe observar que cualquier violación a los derechos fundamentales que realice el agente encubierto en la obtención de una prueba, la convertiría en NULA, por haberse obtenido con una actuación lesiva de los derechos fundamentales. En nuestro medio el tribunal constitucional ha indicado: *“Para tales efectos debe tomarse en cuenta que la actividad del agente encubierto no constituye la prueba, en tanto solamente **sirvió de guía para llevar a cabo la intervención y lograr la recolección de pruebas** (...)”* tales como: otras pruebas de cargo autónomas, válidas e independientes que llevaron a la Sala emplazada a adoptar dicha decisión, tales como testimoniales, pericias, el alquiler del inmueble en el que se encontró el lugar de procesamiento de la droga –de cuyo recibo se constata que fue el favorecido quien alquiló el inmueble, habiendo sido reconocido por

el propietario—, pruebas documentales (antecedentes del favorecido, movimiento migratorio, referencias internacionales, informe de Bellsouth, acta de constatación domiciliaria realizada en la ciudad de Huamanga, etc.), entre otros. Es decir que la versión del efectivo que actuó en calidad de agente encubierto no ha sido la prueba determinante para que la Sala emplazada llegue a tal determinación, sino que han existido otros medios probatorios que en conjunto han creado convicción en los juzgadores, razón por la que expresamente señalan en la sentencia cuestionada.¹⁸⁸

5.2.2.5.- El careo.

La verdad no es un medio de prueba, aunque nuestro Código Procesal penal si lo considera como tal (Art.182). Pero sí es un mecanismo o diligencia complementaria relacionada con la prueba testimonial que busca contrastar los testimonios, tiene por objeto esclarecer aspectos contradictorios de las declaraciones entre los imputados, de estos con los testigos y viceversa. Esta modalidad de declaración es de suma importancia y utilidad en ocasiones, aunque su práctica judicial no es frecuente, sin embargo, el acotado artículo establece que debe realizarse (deber del juez) cuando entre las declaraciones entre por el imputados, testigo o el agraviado surjan contradicciones importantes, cuyo esclarecimiento requiere oír a ambos. Esta diligencia tiene por finalidad concretizar el derecho a la verdad en el proceso penal. Según el diccionario de la RAE, carear es poner a una o varias

¹⁸⁸Fundamento 17 de la sentencia EXP. N.º 03154-2011-PHC/TC, La Libertad, Sheyla Evelyn Ysla Rubio A Favor De Jean Philippe Cayro.

personas en presencia de otra u otras, con objeto de apurar la verdad de dichos o hechos; por su parte, careo es la acción y efecto de carear o carearse. Consistente en la confrontación verbal, entre los órganos de pruebas que se contradicen acerca de algún hecho o circunstancia que interese esclarecer en la actividad probatoria, sean acusados o testigos. La ley empodera al juzgador, de oficio o a instancia de parte, poder realizar un careo entre los que se contradicen. Para su actuación, se debe observar las siguientes requisitos: i) Para salvaguardar el orden, esta diligencia debe tener lugar solamente entre dos personas a la vez; para evitar alborotos, buscando la obtención de un mejor resultado respecto a la verdad de los hechos; ii) Que se practique sólo cuando sea estrictamente necesario; iii) No es recomendable su práctica con testigos que sean menores de edad, salvo que el tribunal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de los mismos, previo informe pericial. Para su actuación, debe tenerse presente las siguientes pautas: i) Debe realizarse en presencia del juzgador y las partes; ii) previamente se dará lectura de las declaraciones que hubiesen prestado las personas que protagonizan el careo o confrontación verbal; iii) se manifestarán las contradicciones que resulten de las declaraciones y iv) se invitará a los careados para que se pongan de acuerdo entre sí; v) el juzgador no debe permitir que los careados se insulten o amenacen; vi) Se dejara constancia de todo lo que ocurriere en el acto del careo y de las preguntas, contestaciones y reconvenciones que mutuamente se hicieren los careados, así como de lo que se observare por el principio de inmediación de las actitudes de ambas personas durante el acto (por ejemplo: silencio, el

agachar la cabeza, evadir a las preguntas, a las justificaciones ilógicas, infantiles y poco creíbles o injurias).

5.2.2.6.- El Examen al perito y el informe pericial.

5.2.2.6.1. Concepto y fundamento.

Es un elemento probatorio por excelencia contribuye a esclarecer un hecho ilícito desde el punto de vista científico o técnico. Máxime, si como dice el maestro español MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, el proceso penal del siglo XXI, es el proceso de las pruebas científicas, pues este juega un rol fundamental para el descubrimiento de la verdad de los hechos (afirmaciones fácticas) que constituye su objeto¹⁸⁹. En esta misma línea el profesor TARUFFO sostiene que de esta manera se reduce proporcionalmente el área en que el juicio sobre los hechos en el proceso puede ser formulado sobre bases cognoscitivas no científicas¹⁹⁰. Sin embargo esta ventaja del proceso puede volverse perjudicial para la actividad probatoria, si existe la ausencia de un adecuado control de calidad y fiabilidad de los informes periciales. Pues se corre el riesgo que el perito se convierta en un verdadero decisor de la causa penal, al valorarse la prueba científica a modo de prueba legal y/o tasada. Muchas veces como dice Miranda Estrampes, en numerosas ocasiones la valoración del aspecto metodológico acaba sustituyendo por un criterio formal de autoridad académica o científica del experto o perito, al que

¹⁸⁹MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio. Jurista Editores. Lima 2012. Pag. 137

¹⁹⁰TARUFFO. M. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, Boletín mexicano de derecho comparado, año XXXVIII, núm. 14, setiembre-diciembre 2005. Pag.2, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/114/inf/inf13.htm>.

acaba recurriendo el juzgador sentenciador como fundamento de su decisión sobre los hechos. Sin embargo, pese a estos riesgos el uso de la prueba pericial, es de importante interés, del cual no es ajena nuestra realidad Procesal Penal. De ahí que resulta necesario examinar cuales debe ser los criterios mínimos de admisión y valoración de las pruebas científicas y su aplicación en el proceso penal peruano.

El adelanto acelerado de la ciencia, la técnica, el arte o el oficio-impiden que el juzgador posea esos amplios conocimientos de todas sus ramas del saber, limite que obliga al juzgador a recurrir a los especialistas o peritos para que lo ilustre respecto a un determinado hecho de un acto criminal. Lo mismo ocurre con las partes, quienes recurren al informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante y fuesen necesarios o convenientes unos especiales conocimientos científicos o artísticos, El mismo que deberá ser expuesto y debatido en el juicio oral.

En la actuación del examen pericial, es necesario las siguientes pautas como estándares de calidad: i) La coherencia entre el objeto de la pericia y corrección de las conclusiones; ii) Se respete el marco metodológico científico hechos, problema, hipótesis y conclusiones: iii) Que no exista el fenómeno mágico del perito de eludir o renunciar a la valoración y control crítico de los hechos objetos de la pericia requerida. iv) Debe haber un pronunciamiento con razonabilidad científica riguroso del perito respecto a los puntos objetos de la pericia en sus conclusiones. v) Que la preexistencia o gastos sean justificados con los documentos adecuados y debidamente expedidos y no con simples copias sin cumplir con los requisitos legales. En

caso de existir incoherencias, omisiones, entre el objeto de la pericia solicitada y sus conclusiones, las partes tienen el derecho de solicitar la ampliación del informe pericial (el fiscal no puede renunciar a su deber de agotar la exhaustividad debida).

A lo mencionado se debe tener en cuenta la labor que debe cumplir el juzgador en el examen pericial (como aquel tercero encargado de busca la verdad), pues bajo el so pretexto de tercero imparcial no pueden aceptar cualquier informe pericial como válido, como dice TARRUFO, los jueces no pueden limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que se presente en el juicio oral, deben asumir el problema de verificar la validez y atendibilidad de las informaciones que pretende dignidad científica¹⁹¹. Lo indicado tiene por objeto introducir en el ámbito de la actividad probatoria, una cultura de criterios¹⁹².

5.2.2.6.2. Actuación pericial.

Esta deberealizarse durante el juicio oral. Empieza con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario se ordenará la lectura del dictamen pericial. Luego se le exhibirá y se le preguntara 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

¹⁹¹TARUFFO, M. "Conocimiento científico...", ob. Cit. Pág. 5

¹⁹²BARGIS, M. "Note in tema di prova scientifica nel processo peenale", Revista di Diritto Processuale, vol. 66, 2011, pág. 51.

por la parte oferente, después por la parte contraria, por último el juzgador podrá, de oficio o a instancia de parte, hacerles las preguntas pertinentes y pedirles las aclaraciones necesarias. Las contestaciones serán consideradas como parte de su informe.

Si el perito se encuentra en lugar distinto al del juicio, el juzgador, los auxiliares y las partes, se trasladarán a donde se encuentre el órgano de prueba. Caso contrario de ser posible se le examinará vía video conferencia si las condiciones naturales y logísticas, son adecuadas y permite la comunicación bidireccional y simultanea de la imagen y sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre dos o más personas geográficamente distantes, en tiempo real, permitiendo un dialogo personal y directo entre los intervinientes. Medio que permite concretizar los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Tal y como si estuvieran presentes físicamente el testigo o perito el juzgador y las partes en el mismo ambiente¹⁹³.

5.2.2.7.- Actuación de la prueba material o evidencias físicas

Se actúan en el juicio oral exhibiéndolas para determinar la verdad de la información que cada uno puede aportar respecto al tema probandum, lo que le permitirá al Juez corroborar la información. Al respecto el Art. 382 señala: “Los instrumentos, o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren y hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes”. Los

¹⁹³Fundamento 18 de la sentencia del expediente 02738-2014-PHC/TC. Ica. Caso Mauro Pena Solis.

mismos que podrán ser presentados a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones a fin que la reconozcan o informen sobre ello.

Son fuentes de información útiles porque aportan datos concretos. Como por ejemplo el cuchillo que constituye el arma homicida, la trusa que contiene el esperma del acusado sometido a la prueba del ADN, el contrato con la cual consumo la estafa, el video de seguridad en donde se visualiza al acusado asaltando al agraviado a mano armada y despojándolo de sus bienes...etc.

Estos elementos probatorios se convierten en datos objetivos de convicción muy relevantes porque permite entender y comprender la historia del hecho incriminado. Pues la imagen de estos y su vinculación crea más credibilidad.

En consecuencia, la prueba material como los vestigios y objetos encontrados en la escena del crimen, puede ser actuada simultáneamente cuando se interroga al imputado y a los órganos de prueba, ya que ellos son los encargados de dar fe de la existencia o no de la prueba material que se les exhibe, pudiendo explicar en donde lo encontraron y en qué circunstancias.

Al respecto HORVITZ LENON y LOPEZ MASLE, nos dice que el nuevo proceso penal no es solo un escenario puesta a disposición de las partes para producir prueba de los hechos que invocan, sino también **es un mecanismo de control de la credibilidad o fiabilidad de la prueba ofrecida por la contraria**¹⁹⁴. En esta tarea dice CAFFERATA NORES, el Juzgador tiene la posibilidad de lograr sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba exhibida con total

¹⁹⁴HORVITZ LENON, María Ines y LOPEZ MASLA, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Pags. 134 y 135.

liberta, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidos por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de la identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de la ciencia (no solo de la psicología utilizables para la valoración de dichos y actitudes sino también las constituidas por conocimientos indiscutibles por su raíz científica; vgr. Inercia y gravedad)¹⁹⁵ y la experiencia común. En esta etapa estelar de actuación probatoria el propósito es que el juez y las partes verifiquen el material probatorio, se discuta y se extraiga la verdad.

5.2.2.8. Actuación De La Prueba Documental

En este estadio de la actividad probatoria solo se podrán actuar las pruebas documentales legítimamente incorporados en el juicio, es decir las admitidas en el auto de enjuiciamiento (en la etapa intermedia) o en el juicio oral. La prueba documental se actúa oralizandola a viva voz por el oferente, conforme así lo indica el inc. 1 del Art. 383 del CPP., se puede leer el documento en su integridad, pero si este es muy extenso, solo se podrá dar lectura a la parte pertinente. Si se trata de una grabación, se debe solicitar la audición de la grabación magnetofónica, la visualización del video o fotografías. También se podrá visualizar las actas recabadas en las diligencias preliminares e incluso cuando se somete al contra interrogatorio del imputado, coacusado y testigo se puede pedir permiso al juzgador para

¹⁹⁵CAFFERATA NORES, Jose I. La prueba en el proceso penal. Tercera Edicion. Ediciones. DEPALMA. Buenos Aires 1998. Pag. 46.

que los órganos probatorios visualicen el documento y reconozcan si son sus declaraciones, sus imágenes, firmas y sus huellas dactilares, para posteriormente ser sometido al contradictorio de las partes. El orden de la oralización es el mismo que se sigue para el interrogatorio. Cuando se inicia a la oralización se debe precisar la pertinencia y utilidad que dicha prueba aporta al proceso. Para posteriormente ser sometido al contradictorio de las partes. Por último, el Inc. 4 del Art. 384 obliga al juzgador a conceder a las partes el uso de la palabra, si consideran necesario, para que expliquen o aclaren o desmientan los documentos materia de oralización.

Si fuera necesario, habrá que proceder a la traducción de los documentos y de las grabaciones que estuvieran en un idioma distinto al propio. Mención especial merecen los modernos medios electrónicos y tecnológicos, con el nacimiento de una nueva criminalidad en Internet, los instrumentos para detectar la alcoholemia (con el ticket resultante), la presencia de estupefacientes o sustancia psicotrópica en el conductor (necesitado de posterior análisis), etcétera.

5.2.2.9. La Percepción De La Prueba.

En la actuación probatoria se produce el fenómeno cognitivo entendida como la percepción sensorial y la aprehensión mental de la prueba por parte del juzgador, momento en el cual va discerniendo cuál de las verdades aportadas a la actividad probatoria es de calidad, real y probable. Al respecto ALEX CAROCCA, señala, que el núcleo central del nuevo sistema de justicia penal es el juicio oral, es decir, es en este estadio en que el

juzgador (unipersonal o colegiado) va a pronunciar su sentencia en base a la prueba que aprecia y percibe con sus propios sentidos¹⁹⁶. Lo que es posibles gracias los **principios**: inmediación, oralidad, publicidad, contradicción, igualdad de armas y oportunidades, de obtención coactiva de los medios probatorios, de proporcionalidad, de comunidad de la prueba o de adquisición, concentración, razonabilidad y exhaustividad (agotando la búsqueda de la verdad).

Asimismo en este estadio al momento de actuarlas pruebas, se observa el cumplimiento de las siguientes **reglas**: Pertinencia, conducencia, utilidad, necesidades, licitud, preclusión, Autenticidad, Objetividad.

5.2.3. TERCER MOMENTO: DE LA VALORACIÓN Y MOTIVACIÓN.

5.2.3.1. Valoración De La Prueba.

Para, el maestro César SAN MARTIN CASTRO, es la segunda fase de la llamada prueba judicial, sigue a la práctica de las pruebas, para él la valoración consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase, es producto del “razonamiento probatorio”, de la realización de la inferencia que permite pasar de las premisas propias de la primera fase a la conclusión, eso en buena cuenta es valoración¹⁹⁷. Al respecto el maestro Pablo TALAVERA ELGUERA, sostiene que la valoración de la prueba es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia

¹⁹⁶CAROCCA PEREZ, Alex Manuel. El Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis, 3° Edición Chile 2005. P. 221.

¹⁹⁷Conferencia Magistral Organizada por el Comité de damas de la Corte Superior de Justicia de Piura. Julio 2011. Auditorio de la Universidad de Piura.

conviccional de los elementos de prueba recibidos. Esta operación presenta dos características: una de ser un procedimiento progresivo y otra, de ser una operación compleja¹⁹⁸. En el ámbito internacional, FERRER BELTRÁN, sostiene que el objetivo de la valoración de la prueba es determinar el grado de corroboración del material probatorio aporta a cada una de las posibles hipótesis fácticas en conflicto¹⁹⁹. La maestra española MARINA GASCÓN ABELLÁN, considera que, la valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de las informaciones aportadas al proceso mediante los medios de prueba. Enfatiza, que valorar consiste en evaluar si esas afirmaciones (en rigor hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas²⁰⁰. En efecto, la valoración de la prueba es un proceso cognitivo progresivo, es producto del examen que el juzgador realiza sobre el mérito de la convicción de la prueba. Es producto de la dialéctica cognoscitiva y vinculada con la objetividad y complejidad que le son inherentes, se produce casi simultánea y progresivamente en la mente del juzgador, comienza desde la actuación de la actividad probatoria, circunstancias en las que por el principio de inmediación el juzgador aprecia la prueba verificando su legitimidad, calidad, su autenticidad y verosimilitud, de lo que simultáneamente va tomando nota y determinado su validez, certeza o insignificancia que va produciendo en el proceso de convicción.

Por ende, es un trabajo intelectual paulatino de verificación de los datos que aportan las pruebas respecto a los hechos, sirve para confirmar o descartar

¹⁹⁸TALAVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba en el nuevo proceso penal. Pág. 105.

¹⁹⁹FERRER BELTRÁN, La valoración racional de la prueba. Editorial Marcial Pons. Madrid 2007, pág. 91.

²⁰⁰GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Segunda Edición, Editorial Marcial Pons. Madrid 2004, pág. 157.

las teorías del caso que se han propuesto en el proceso, a efectos de amparar a la que más se acerca a la objetividad y realidad. Labor que en el juicio oral lo exponen también las partes en sus alegatos finales y el juez en la sentencia.

5.2.3.2. Reglas Y Principios De La Valoración De La Prueba.

En la actividad probatoria, la valoración de la prueba según nuestro Código Procesal Penal, siguiendo la tendencia moderna, se adscribe al sistema de libre valoración, lo que se infiere del Art. 158 que establece “*En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y la máxima de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados*”. Asimismo, de esta norma se advierte que se le impone al juez la obligación de motivar sus decisiones, en consecuencia, de esa manera el juzgador deberá exteriorizar las razones de su convencimiento, debiendo revelar el nexo racional, las razones objetivas que sustenten la vinculación del acusado con el hecho atribuido, es decir, que debe explicarse las circunstancias fácticas que le permitan llegar a dicha conclusión. Además de las exigencias mencionadas el nuevo código procesal penal, ha establecido algunas reglas, principios y características a tener en cuenta, como control previo a la valoración de la prueba, tales como:

5.2.3.2.1. Control Formal de validez de la prueba

- El primer filtro a tener en cuenta es la legitimidad, no pueden ser utilizada para la valoración las pruebas obtenidas directa o indirectamente con

violación al contenido esencial de los derechos fundamentales. Nos referimos al carácter o regla constitucional de la prueba, prevista en el Art. VIII del T. P. del CPP.

Se trata verificar si la prueba presenta alguna irregularidad, si esta ha sido subsanada de ser posible o si se trata de fallas estructurales relacionadas a la violación del derecho a la defensa que lo vicia y por efecto reflejo acarrea su nulidad, por tanto, no procede hacer juicios de valoración respecto de ella. De descartarse lo indicado la prueba es válida y se procede ver su eficacia.

5.2.3.2.2. Control Sustancial o de eficacia.

- En esta dimensión la valoración consiste en la evaluación racional que realiza el juzgador de los datos que aportan los medios probatorios, si estos son coherentes y concordantes con las afirmaciones introducidas en la audiencia de control de acusación y si se pueden aceptar como verdaderas. Para cuyo efecto deberá valorar la calidad de cada una de las pruebas, su verosimilitud, la conducencia, la idoneidad y atendibilidad para esclarecer una hipótesis del hecho delictivo y si son objetos de contrastabilidad. Para la valoración de las pruebas, en primer lugar, el juez, procederá a examinarlo individual y luego conjuntamente con los demás (Inc. 2 del Art. 393), respetando los principios y reglas que gobiernan el momento de la valoración.

5.2.3.3. La Sana Crítica:

Viene a ser el principio de libre valoración²⁰¹, el Dr. Pablo Talavera, considera que significa libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica, y las reglas de la experiencia²⁰². Pues, como dice la Corte Suprema, si bien es verdad el Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Esta empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Lo que requiere en el proceso de valoración de la prueba, es que el juez adquiera una convicción razonada observando los principios de la lógica, las ciencias y de la experiencia.

El maestro procesalista COUTURE, enseñaba 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 aun conocimiento experimental de las cosas²⁰³. En esta misma línea APOLO RAMÍREZ, sostiene que 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 sentencia²⁰⁴. Por su parte TARUFFO, aclara que: “el juez es libre en la valoración de la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos²⁰⁵”. Al respecto Manuel Miranda Estrampes, sostiene que la sana crítica, no es un modelo nuevo, pues el principio de íntima

²⁰¹Fundamento 28 del Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116.

²⁰²TALAVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba. Op. Cit., pág. 110.

²⁰³COUTURE, E. J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Declama, Buenos Aires, 1988, pp 270-271.

²⁰⁴APOLO RAMÍREZ, M. La sana crítica en la prueba testimonial, Edino, Guayaquil, 1993. P.66.

²⁰⁵TARUFFO, M. Libero convincimento del giudice, Enciclopedia Giuridica, Roma, 1990, p.2.

convicción exigía también que esa convicción judicial se formara con arreglo a los parámetros racionales. En el mismo sentido IGUARTA SALAVERRIA sostiene: “en la valoración de la prueba el juez está libre de ataduras legales, pero no de criterios de valoración racional²⁰⁶”. Criterio compartido por ASECIO MELLADO, al indicar que “No puede reconocerse al juez una libertad absoluta para valorar las pruebas que se le autorice, incluso, a razonar de forma ilógica²⁰⁷”. Por su parte GASCÓN ABELLÁN, considera que estamos ante un modelo lógico inductivo, que se traduce en un juicio probabilístico acerca de la hipótesis fáctica obtenida, tras la práctica de los diferentes medios de prueba; y estos deberán considerarse aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente²⁰⁸. En similar sentido BORIS BARRIOS GONZALES, lo define como: “El arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error; mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad, las ciencias y artes afines y auxiliares, para alcanzar y establecer con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso²⁰⁹”.

De lo expuesto podemos decir, que la sana crítica exige un examen de probabilidad de los medios probatorios en grado de verificación, con las hipótesis que se afirman, teniendo en cuenta los principios y reglas que garantizan un correcto razonamiento, útil para una adecuada motivación.

²⁰⁶IGUARTA SALAVERRIA, J. Valoración de la prueba, motivación y control del proceso penal. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 90.

²⁰⁷ASECIO MELLADO, J.M. “La prueba, Garantías constitucionales derivadas del Art. 24.2 Revista del Poder Judicial N° 4, diciembre 1986 p. 40.

²⁰⁸GASCÓN ABELLÁN, M. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid 1999. P. 157-161.

²⁰⁹www.academiadederecho.org/uplod/biblio/contenidos/teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf. Del 18 de julio del 2016.

5.2.3.3. Los principios lógicos.

Son nociones que gobiernan el pensamiento, cuyo cumplimiento formal llevan a la certeza como propósito del trabajo intelectual. El razonamiento lógico se funda, precisamente, en principios lógicos que gobiernan el desarrollo del pensamiento, determinando su estructura y garantizando la producción de la verdad formal del proceso cognitivo, para llegar a la verdad material que debe surgir de los hechos. Entre ellos tenemos:

5.2.3.3.1.- El principio de identidad.

Exige al juzgador que al momento de valorar la prueba compruebe si la prueba que ha percibido por el principio de inmediación es la misma que ha sido recabada y ofrecida en su oportunidad. O como señala el Dr. Talavera, esto se presenta cuando en un juicio, el concepto o sujeto, es idéntico total o parcialmente al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero. En filosofía jurídica la identidad se entiende como igualdad, semejanza de dos o más objetos en una relación.

5.2.3.3.2.- El principio de no contradicción.

Sobre este principio Aristóteles lo resume en que "...Es imposible que, al mismo tiempo y bajo una misma relación, se dé y no se dé en un mismo sujeto un mismo atributo²¹⁰"

²¹⁰ARISTOTELES, citado por Guetmanova (op. Cit

Como dice el maestro Mixa Mas, “la misma cosa puede ser y no ser a la misma vez, y bajo el mismo aspecto”; es decir, en el 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 hecho u objeto. Por ejemplo, no se puede concluir en la sentencia que Juan mato María y al mismo tiempo sostener su inocencia.

Como se aprecia en el ejemplo, la infracción de este principio genera una contradicción lógica-formal. En la valoración dos teorías formuladas no pueden ser verdaderas al mismo tiempo, siempre una de ellas es la verdadera.

5.2.3.3.3.- El principio del tercero excluido.

Consiste en que de dos juicios que se niegan o alegan 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 cuales 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. Por ejemplo se afecta este principio si se valora un medio probatorio que momentos antes fue declarado improcedente por ser manifiestamente impertinente.

5.2.3.3.4.- El principio de razón suficiente.

Es un criterio de la actividad cognitiva, por este principio nace el ineludible deber del juzgador de dar razón, explicación, justificar; o sea fundamentar inequívoca y rigurosamente porque algo es o no es como tal o lo contrario, esto es porque se ha encontrado responsabilidad del acusado y porque no. En la actuación de la actividad probatorio este principio se cumple cuando se determina que Juan Pérez ultrajo a María porque de la prueba pericial del ADN practicada en la prenda de la víctima, se encontró manchas de semen y pelos púbicos que debidamente homologados le pertenecen a Juan. En la actividad de demostración de las partes la razón suficiente sirve para verificar los argumentos, para comprobar la tesis propuesta. Es útil en la valoración para despejar los dilemas de contradicción, vaguedad, vacíos, deficiencias, para complementar o descartar la idea de una tesis, bajo el impulso del principio de exhaustividad y ante el deber de buscar la verdad. En consecuencia, un juicio o razonamiento para que sea válido debe tener un fundamento o razón suficiente.

5.2.3.4. Las Máximas De La Experiencia.-

Para el Dr. Pablo Talavera, son un grupo de reglas de la experiencia que está conformado por el número de conclusiones extraídas por una serie de percepciones singulares pertenecientes a lo demás variados campos de conocimiento humano (técnica, moral, ciencia, conocimientos comunes etc.), considerados por el juez como suficientes para asignar un cierto valor a los medios probatorios respecto a ciertas conductas.

FRIEDRICH STEIN, sostiene que: “son definiciones de contenido general, desligado de los hechos concretos que se juzga en el proceso, procedente de la experiencia, pero independiente de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretende tener valides para otros nuevos²¹¹.”

Como se aprecia las máximas de la experiencia integran el sistema de la sana crítica y no son exclusivas del conocimiento privado del juez, pues, así como lo alega el fiscal también lo pueden alegar las partes, estas hipótesis permiten una verificación lógica y axiológica en unidad de análisis conceptual con los medios de pruebas incorporados al proceso.

Por ejemplo Leible en la doctrina alemana se refiere a que si después de un incendio se comprueba que el foco del incendio está próximo a una anteriormente defectuosa instalación de interruptores eléctricos, entonces la experiencia de la vida habla a favor de que el incendio se ocasiono por un corte circuito²¹².

En el ejemplo expuesto las máximas de la experiencia cumplen una función de valoración de los medios probatorios, para entender porque se produjo el incendio. En consecuencia, si bien es verdad las máximas de la experiencia no permiten una verificación objetiva ni positiva de la verdad material si permite una verificación lógica y axiológica en esta línea de análisis conceptual con los medios de prueba incorporada a la actividad probatoria. Este conocimiento es general y notorio, es revelado en la actividad probatoria como una probabilidad de juicio de valor, para explicar el hecho o el

²¹¹STEIN FRIEDRICH. El conocimiento privado del juez, Bogotá, Editorial Temis 1999. P27.

²¹²LEIBLE, Atefan, Proceso Civil Alemán. Trad. De la Konrad Adenauer Stiftung; Medellín, Biblioteca jurídica Dike, 1999, p.251.

fenómeno en unidad con las demás pruebas. Aun así, las máximas de la experiencia no pueden, de ninguna manera, suplir a la prueba, solo les da sentido para un correcto entendimiento.

5.2.3.5. Los Principios y Reglas del Conocimiento Científicos:

En la actualidad la ciencia se ha convertido en un poderoso instrumento que contribuye especialmente a la actividad probatoria estableciendo criterios universales para la valoración de los medios probatorios, los que son presentados a través de la ciencia forense. Por ejemplo, desde la criminalística se aporta los siguientes principios de carácter universal:

5.2.3.5.1. El Principio de intercambio.-

Según este principio cada vez que dos cuerpos entran en contacto o se relacionan, se produce entre ambos una transferencia material. Es decir, todo contacto que realiza el delincuente con su víctima y con la escena de los hechos deja indicios que pueden ser recogidos para identificarlos y determinar el autor de los hechos. Fue EDMUND LORCAD, quien estudio este principio y concluyo que todo criminal deja una parte de si en la escena del delito y que estos indicios son conducentes para identificarlo, estableciendo cuatro criterios o parámetros de carácter universal: 1) El agresor se lleva rastros de la escena de los hechos y de la víctima; 2) El agresor deja sus rastros en la escena y sobre el cuerpo de la víctima; 3) La víctima se queda con rastros del agresor; 4) La escena de los hechos contienen rastros tanto del agresor como de la víctima.

En consecuencia se tiene que el “principio de intercambio” es el Chispazo que ilumina la investigación científica del delito, es de gran importancia, porque activa otras ciencias como en la medicina forense (Es la disciplina que reúne los conocimientos médico-biológicos que se aplican en la investigación del delito, como el ADN), en la química, antropología, la arqueología, actualmente es aplicable la telefonía, en el internet, en la física (para determinar la trayectoria de la bala, la distancia, la caída del cuerpo aplicando el principio de la gravedad, la fuerza del agresor), la psicología (para determinar la tendencia a la criminalidad del impulsivo, del desadaptado, la crueldad del tipo frio, calculador...).

LORCAD, arribo a la enunciación de este principio al estudiar, las manos, los dedos y por debajo de las uñas de la gente en común y al establecer el oficio de cada individuo a partir de los rastros encontrados allí. Por ejemplo, un zapatero solía tener rastros de cuero, grasa y betún en sus manos; un empleado de laboratorio, productos químicos; un encuadernador, cuero papel y pegamento; un peluquero talco jabón y pelos...

Al respecto el Dr. RAFAEL MORENO GONZALES, profesor titular de Medicina Forense en la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor de criminalística en el instituto de ciencias penales, sobre el aporte de las ciencias naturales a la criminalística y está a la actividad probatoria señala:

- De la **física** se aplica: a) los principio de la mecánica, para resolver entre otro problemas que plantea, el estudio técnico de los hechos de transito; b) los principios de la óptica, base de la microscopia y la fotografía, para observar

el material sensible microscópico y para perennizar todo lo observado; c) los principios de los espacios electromagnéticos, fundamento del espectrofotómetro ultravioleta e infrarrojo, para el examen del material sensible microscópico de naturaleza orgánica e inorgánica, utilizando el primer instrumento, y de naturaleza orgánica con el segundo; dichos principios son, a su vez, fundamento de los rayos x para descubrir las falsificaciones de obras de arte de naturaleza pictórica, d) los principios de la física atómica, fundamento del espectrógrafo de masas, para el análisis de micromaterial sensible; e) los principios de la física nuclear, fundamento del análisis por activación de neutrones, para el examen del material sensible microscópico, permitiendo entre otras cosas, presumir cual fue la mano que hizo un disparo con arma de fuego, etc.”

- De la **química**, primordialmente la analítica, aplica sus principios con el fin de identificar droga, pinturas, polvo, sangre, semen, tintas, etc; además de aplicar métodos físico - químicos que son, ante todo, cromatográficos (cromatografía en papel, en capa fina y de gases), para identificar drogas.
- De la **biología** aplica las siguientes técnicas: reacción de los sueros precipitantes, reacción de desviación del complemento y reacción de pleiffer (anafilaxis) como parte del estudio de las manchas de sangre, semen y saliva; y los conocimientos histológicos en el estudio de los pelos, sangre y semen). Lo mismo puede ocurrir con otras ciencias. El referido maestro enfatiza, que la experimentación no siempre es posible en todos los casos criminalísticos que se investigan, por lo que con cierta frecuencia el experto tendrá que limitarse a realizar una demostración científica no experimental.

5.2.3.5.2. El Principio De Correspondencia O De Uso.

Mediante este principio se entiende que cuando los agentes constitutivos de todos los cuerpos bien sean a nivel físico, biológico o químico **impactan con otros cuerpos dejan su marca características** y a partir de los estudios científicos es posible identificar o descartar el agente que lo produjo.

Por ejemplo, en un caso práctico ocurrido en la ciudad de Jaén, se investigaba el homicidio de una persona "X", en este caso la fiscalía tenía la teoría que el agraviado fue golpeado con un objeto contundente en la parte superior del cráneo lo que ocasiono el hundimiento de la capa ósea y la hemorragia interna del cerebro lo que produjo la muerte; en cambio la defensa colegiada patrocinada por la defensa publica argumentaba que el agraviado occiso se cayó por las escaleras en su estado de ebriedad impacto en la base de la columna en donde se encontró el cuerpo. Sin embargo, de la pericia de inspección con luminol en la escena de los hechos se determinó que en el baño del segundo piso había manchas de sangre, huellas de arrastre de manchas de sangre en la sala del segundo piso, lo que no se detectó en las gradas de la escalera. Grosso modo teniendo en cuenta todo lo mencionado aplicando el principio de correspondencia, la fiscalía demostró que el cuerpo del agraviado no se cayó por la escalera y ni que la supuesta caída le haya provocado la lesión mortal en el cráneo por las siguientes razones:

- No hubo impacto en la base de la columna en donde fue encontrado el cuerpo del agraviado occiso en un charco de sangre, por la sencilla razón

que de haber ocurrido el impacto debió encontrarse manchas de sangre y pelos del agraviado chamuscados e impregnados en la base de la columna

- De haberse caído por las escaleras, el cuerpo del agraviado debió presentar moretones o hematomas, al haber contactado su cuerpo con los filos de las gradas de la escalera, sin embargo, según el examen médico legal no presentó ningún hematoma ni raspadura ni lesión. En consecuencia, el argumento de la defensa fue inverosímil y simulado, y el de la fiscalía fue acogida en la sentencia por haberse planteado una tesis real, verosímil y comprobado en el juicio oral.
- Por último no es lógico que el cuerpo se haya encontrado en un charco de sangre cerca de la base de la columna que da a la puerta del primer piso y en el segundo piso haya manchas de sangre en el baño y huellas de arrastre en la sala del segundo piso, y en las paredes de las escaleras ni una gota de sangre ni huellas.

Este principio es uno de los más usados en las muestras recogidas y llevadas al laboratorio, y también con las huellas en la escena del crimen para determinar y evitar las simulaciones en el lugar de los hechos. En consecuencia, el principio de correspondencia es ante todo una confrontación entre los indicios encontrados en la escena de los hechos y la de los sospechosos, lo que permite verificar las afirmaciones de las teorías del caso propuestas por las partes. Es decir, consiste en inferir cuando en las muestras o espécimen existen correspondencia de características.

Por su parte Fierre Fernaud Ceccaldi en su obra “La criminalística” señala: “La similitud es, ante todo, de orden cualitativo y se haya en la base de la

búsqueda o investigación esencial: si los efectos son parecidos cuando proceden de una misma causa, en este caso se recurre a la labor de las comparaciones y los detalles significativos en los efectos para que esta similitud conduzca a la identificación de la causa común. Criterios que influyen en la valoración total.

5.2.3.5.3. Principio De Reconstrucción Del Fenómeno O Hecho.

Este principio permite deducir, a partir de los indicios admitidos, la manera en que ocurrieron los hechos. Se elabora analizando los indicios, relacionándolos con los hechos y estableciendo explicaciones particulares que luego adquieren una dimensión más general al confrontarlas con otras evidencias. Es posible que el investigador no pueda encontrar indicios que expliquen todo lo sucedido, pero si puede encontrar aquellos que le permitan establecer los momentos claves para reconstruir la situación, se realiza a través de los indicios materiales que se actúan y analiza, traídos del sitio de la escena del delito, tomando en cuenta todas las características que presentan, como ocurrió el hecho delictivo. Ejemplo, La víctima murió por varios disparos de arma de fuego. Los expertos en balística analizan los indicios, tales como casquillos, proyectiles y señales de impacto en las paredes y el piso. Al reconstruir las trayectorias ubican la posición de la víctima y el victimario y la secuencia en que se produjeron los disparos. Esta reconstrucción arrojó sorpresas, como la presencia de dos tiradores fuera del lugar de los hechos, lo que llevo a los investigadores a buscar a dos sospechosos en el edificio de enfrente. Los que fueron identificados por la

cámara de seguridad, quienes se retiraron dejando abandonas las armas y las cajas que minutos antes habían subido según el video de seguridad.

5.2.3.5.4. Principio de Probabilidad.

Se infiere por el número de características observadas durante la comparación de las muestras que fueron recogidas, la probabilidad, de que dos proyectiles hayan sido disparados por la misma arma, o de que las huellas le pertenecen al falsificador. Fierre Fernaud Ceccaldi, sostiene que en este principio destaca el aspecto cuantitativo: “La probabilidad es, principalmente, de orden cuantitativo y domina el problema del paso de la similitud de los efectos a la identidad de la causa”. Aquí todo reside en la estadística. Concluye señalando, “la similitud es, ante todo, un orden cualitativo” y la probabilidad aumenta en la medida que se relacionan con más evidencias. En este supuesto la convicción va aumentando y consolidándose conforme se va percibiendo los datos que las pruebas aportan.

En algunos casos la comparación solo es temática exacta, como en el caso de las huellas dactilares o la secuencia genética ADN; pero en otros, muchos, son más flexibles, ya que el elemento a analizar puede contar con parámetros individuales tenues que hace más difícil su identificación exacta con el modelo de muestras, lo cual hace que las opiniones solo puedan ser emitidas por peritos muy especialistas.

Un ejemplo, seria cuando se pretende hallar al autor de un asalto en una tienda comercial, casi todos dicen que fue un hombre alto, con este dato bien

podría ser cualquier ciudadano con esas características. Otros dicen que un moreno vestido de negro como se aprecia con estos datos no hay mayor certeza, porque naturalmente hay varias personas de esa raza que se visten de negro. Al declarar la cajera precisó que el asaltante que le apuntó con un arma de fuego y sustrajo el dinero, era de cabello oscuro, una cicatriz en la mejilla derecha y un bigote, da mayores probabilidades, máxima si tenemos en cuenta que el bigote se puede eliminar, el cabello cortar o rapar, pero la cicatriz no puede desaparecer no puede ocultarse. En consecuencia, la cicatriz, es un dato cierto preciso, una cualidad indeleble conducente para identificar al autor del asalto. La declarante en el juicio oral lo sindicó como el autor del robo.

De lo analizado se tiene que la ciencia desde sus diversas ramas contribuye con sus principios, reglas y técnicas al esclarecimiento de la verdad; los mismos que son innumerables. Los que se utilizan dependiendo de cada caso en concreto. En pocas palabras, en la valoración de la prueba se debe observar como regla: La legalidad, El método inductivo y deductivo; y las máximas de la experiencia.

En cuanto a los principios apartes de la actuación (acción de las partes) toda vez que la valoración se produce simultáneamente (en la mente del Juez), se debe observar: Los principios lógicos (Identidad, de no contradicción, Tercio Excluido, razón suficiente y otros que la ocasión lo requiera); Criminalísticos (Intercambio, correspondencia, reconstrucción, probabilidad... etc.

5.2.3.2. MOMENTO DE LA MOTIVACIÓN

Nuestra legislación lo ha prescrito en el Inc. 3 del Art. 394 del Código Procesal Penal que indica: “El juzgador debe emitir una sentencia con: La motivación, clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probados o improbados, y la valoración de la prueba que la sustente, con indicación del razonamiento que la sustente”.

El contenido esencial del derecho a la motivación de las sentencias, radica en lo fundamental, que el A quo, exprese o dé a conocer el proceso mental que lo ha llevado a la decisión de condenar o absolver a un acusado procesado²¹³. Derecho de los justiciables consagrado en el inc. 5 del Art. 139 de nuestra constitución. En esta línea la jurisprudencia española considera que una de las manifestaciones de este derecho fundamental destaca su acepción como derecho de obtener de los tribunales una resolución fundada en derecho, motivada y congruente con las pretensiones de las partes ejercitadas en el proceso²¹⁴. Nuestro Tribunal Constitucional compartiendo este criterio con su homólogo español sostiene: *“Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones..., ello garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una*

²¹³Fundamento jurídico 11 del Expediente N° 1230•2002 HC. En esta ocasión el Tribunal Constitucional ha señalado que, además, dicha expresión del razonamiento asegura que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley, pero también que se facilite un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los Justiciables.

²¹⁴Sentencia del Tribunal Constitucional español, 49/1992

*controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución*²¹⁵.

Este derecho-deber nació luego de la Revolución Francesa, cuando se dictó en Francia la ley del 16 del 24 de agosto de 1790 y fue ahí donde se aprobaron leyes muy específicas sobre la motivación, que comprendía la materia penal. El artículo 15 del título V de dicha ley mandaba que el juez expresase en su sentencia los hechos probados y los motivos determinantes de la decisión. También, en el año 1834, una disposición del Consejo del Estado francés, llegó a establecer que la falta de motivación violaba las normas sustanciales de toda decisión (...).

En este estadio de la historia, este derecho se convirtió en un deber ineludible de los órganos jurisdiccionales y fue considerado por muchos juristas desde aquella época, como derecho natural o, cuando menos, como un principio general del derecho, garantía de los estados democráticos, puesto a la luz luego de una tenaz lucha por el progreso de una correcta impartición de justicia entre los pueblos civilizados de la tierra²¹⁶.

La motivación como razonamiento judicial está constituido por dos dimensiones: una motivación interna y una motivación externa, siendo que la **primera** alude a la coherencia lógica del razonamiento mientras que la **segunda** se refiere a su justificación jurídica, estando la motivación interna basada en el uso de la lógica formal, cuyo razonamiento por excelencia sobre el cual se construyen los argumentos judiciales es el silogismo

²¹⁵Fundamento 11 Exp. 3926-2008 PHC/TC.

²¹⁶PERELMAN, Ch. Logique juridique, París, Dalloz, 1976, pág. 155

Por este principio se exterioriza el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución (artículos 45 y 138) y las leyes, y por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa²¹⁷,

Este principio impone la obligación a los jueces, de cualquier nivel a la que pertenezcan, pronuncien la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, es una protección del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos producto de la actividad probatoria desarrollada dentro de los parámetros que proporciona el ordenamiento jurídico.

Como dice el Tribunal Constitucional “el examen partirá fundamentalmente de los propios fundamentos expuestos en aquella; de modo tal que las demás piezas procesales o los medios probatorios del proceso solo sirvan para contrastar o verificar las razones expuestas “. Para la Corte Europea de Derechos Humanos la motivación no es más que dar razones adecuadas y suficientes en las que se basa las decisiones judiciales.

²¹⁷Fundamento 2 Exp. N.º 04729-2007-HC.

5.2.3.2.2. Principios Que Gobiernan La Debida Motivación

5.2.3.2.2.a.- Principio De Exhaustividad O Completitud.-

Exige al A Quo, pronunciarse motivadamente sobre todos los puntos controvertidos o discutidos integrantes de la teoría del caso, sin omitir el examen y pronunciamiento de una cuestión propuesta oportunamente, a efecto de evitar una motivación deficiente y por ende una sentencia incompleta o en su efecto es válido realizar un pronunciamiento en forma conjunta o sistemática.

Nuestra legislación, la jurisprudencia y la doctrina no han definido que significa exhaustividad, sólo se utiliza como una exigencia para el contenido de las sentencias jurisdiccionales. Sin embargo de la consulta efectuada al Diccionario de la de la lengua española, da como única definición aquello "que agota o apura por completo", consultado otro diccionario señala que este término sirve para expresar algo que es "total completo", profundo, intensivo, minucioso, integro²¹⁸.

Según el Diccionario Actual, La palabra exhaustivo tiene su origen en el latín, proviene de exhaustus, exhaustas, exhaustum, y este del verbo exhaurio, exhaurire, exhausi, exhaustum cuyo significado es vaciar, quitar, sacar, llevar a término. Este verbo está conformado por ex (de un interior a un exterior) más el verbo aurio, haurire, hausi, haustum, que significa sacar, extraer, apurar hasta agotarlo, consumir. A esa base se le agrega el sufijo, ivus, que señala relación activa/pasiva. Puede considerarse, entonces, como el concepto etimológico, de este término: es extraer

²¹⁸<http://es.thefreedictionary.com/exhaustivo>.

hasta agotar lo que tiene en su interior²¹⁹. Como lo ilustra el Diccionario de la Lengua Española al conjugar este término significa: "Extraer todo el líquido que hay en una capacidad cualquiera; gastar del todo, consumir, agotar el caudal de las provisiones, el ingenio, la paciencia, agotarse una edición; cansar extremadamente". Sobre el verbo apurar, el diccionario expone, entre otros, los siguientes conceptos: "Averiguar o desentrañar la verdad ahincadamente o exponerla sin omisión; extremar, llevar hasta el acabo; acabar, agotar; purificar o reducir algo al estado de pureza separando lo impuro o extraño; examinar atentamente".

Las precisiones dadas conducen a la convicción de que la exhaustividad en las sentencias es una exigencia cualitativa, que obliga al juzgador no sólo cumplir con ocuparse de cada cuestión planteada en el litigio de una forma cualquiera, sino que lo haga con profundidad, explorando y enfrentando todas las cuestiones atinentes de cada tópico, despejando cualquier incógnita susceptible de generar inconsistencias en el discurso. Esto lo lleva a enfrentar las diversas posibilidades advertibles en cada punto de los temas sujetos a decisión, exponer todas las razones tenidas en cuenta para la asunción de un criterio, sin reserva ninguna, y en general, revelar y explicar en su totalidad lo que le sirvió para adoptar una interpretación jurídica, para la subsunción de los hechos a una ley, la valoración del material probatorio y el acogimiento o desestimación de un argumento de las partes²²⁰.

²¹⁹<https://diccionarioactual.com/exhaustivo/>

²²⁰EXHAUSTIVIDAD%20DE%20LA%20SENTENCIA.pdf.

El artículo 139 de nuestra constitución consigna los principios rectores de la impartición de justicia, para hacer efectivo el derecho a la jurisdicción. Uno de estos principios es precisamente la motivación con exhaustividad **Inc. 5**, que impone al juzgador la obligación de resolver todos los puntos controvertidos que se presenten para su conocimiento en su integridad, sin dejar nada pendiente. Esto se refleja a través en un examen acucioso, detenido, profundo, al que no escape nada de lo que pueda ser significativo para encontrar la verdad sobre los hechos controvertidos, y/o de las posibilidades que ofrezca cada medio probatorio²²¹. La motivación completa equivale a la plenitud del discurso justificativo de la decisión²²², tanto en lo que respecta a la quaestio factio, como la que se corresponde con la quaestio iuris²²³.

5.2.3.2.2.b.- Principio De Congruencia.-

El principio de congruencia en la motivación de la sentencia, consiste en la concordancia o correspondencia que debe existir entre el petitorio formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el juez.

Este Obliga al juez a pronunciarse de acuerdo a lo peticionado, está referido a que la sentencia debe ser congruente no sólo consigo misma, sino también con la litis tal como haya quedado establecida en el auto de enjuiciamiento, salvo que haya una desvinculación oportunamente

²²¹http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/d484tesis-aislada-_constitucional_-4.pdf

²²²IGARTUA SALAVARRIA, Juan. La motivacion de las sentencias, imperativo constitucional. Madrid Centro de Estudios Constitucionales 2003. P. 28

²²³ALISTE SANTOS, Tomas J. La motivación de las resoluciones judiciales. Madrid Marcial Pons , 2010

advertida por el juzgador. En consecuencia, el pronunciamiento no puede ser no diminuta, ni extra petita; sino lo que es.

5.2.3.2.2.b.i. Incongruencia activa

Se produce cuando el juez resuelve la litis alterando o modificando los temas del debate de la actividad probatoria, resolviendo ultra o infra petita. No ha respetado los términos en que se ha planteado la actividad probatoria. De incumplirlo habría un proceso irregular y generaría de inmediato la posibilidad de su control constitucional.

5.2.3.2.2.b.ii.- Incongruencia omisiva.

Se presenta cuando se deja incontestada la pretensión, es decir, no hay pronunciamiento o se desvía la decisión del marco del debate de la actividad probatoria generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia.

Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, *incisos* 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

De esta manera el principio de congruencia se convierte en un principio procesal que fijan un límite al poder discrecional del juzgador, aquí se manifiesta como una relación lógica entre lo pedido y la decisión judicial contenida en la sentencia. Ésta debe referirse exclusivamente al objeto o petición (condena o absolución) de las partes intervinientes y a las causas (fundamentos) concretos de las teorías propuestas, sustentando la decisión en la actividad probatoria realizada en el juicio oral.

Una sentencia incongruente es arbitraria, pues excede la potestad del juez, ya sea que decida más de lo reclamado, o menos de lo que fuera pedido, o sobre cuestiones no alegadas por las partes intervinientes.

También el principio de congruencia procesal implica que el juez no puede fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a los puntos controvertidos establecidos en el auto e enjuiciamiento, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios, alegatos finales o en sus medios impugnatorios.

Al respecto nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que: “La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada,

aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, este principio garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia²²⁴.

5.2.3.2.2.c. Principio De Coherencia.-

Este principio en la motivación de la sentencia, exige al juzgador al momento de argumentarla, mantener una relación estructural entre los diversos elementos que conforman su proceso de pensamiento.

La palabra coherencia es de la misma familia que “*cohesión*”, proviene del Indoeuropeo ‘*ghais-*’ (adherir), de donde surge el verbo griego ‘*airéo*’ (tomar, asir, elegir), y el latino ‘*haereo*’ (estar unido, adherido). De la misma raíz deriva también el término latino ‘*haerentia*’ (herencia), que significa ‘cosas vinculadas’ al conjunto familiar, las ‘pertenencias’. Por otra parte, el prefijo ‘*co-*’ indica que algo se une o actúa juntamente con otra cosa²²⁵.

De lo indicado se infiere que coherencia, significa mantener la relación y la armonía en un conjunto de ideas, de conceptos..., respecto al tema que es materia de pronunciamiento, para que esto ocurra es necesario tener

²²⁴Fundamento 11 Exp. 1230-2002-HC/TC. Cso Cesar Humberto Tineo Cbrera.

²²⁵<http://blogs.hoy.es/masalladelanoticia/2014/02/13/coherencia-congruencia/>

ideas claras, mediante el estudio crítico y previo del caso, lo que implica un análisis, comprensión, valoración y decisión, respecto de los hechos y la actividad probatoria.

La coherencia, por si misma, no garantiza más que las leyes del proceso de un adecuado razonamiento. En consecuencia, no garantiza la verdad, solo muestra que se ha seguido una línea de pensamiento sin fallos. Por ejemplo, si se tiene como imputado de violación sexual a un sacerdote, si se parte que el acusado es un seguidor de dios, es bueno, respetuoso, generoso...etc., entonces es coherente pensar que no puede cometer el delito como lo alega, sin embargo del video actuado en el juicio oral se aprecia que el imputado la galoneo y la llevo a su dormitorio a la menor víctima y después de unos minutos sale la agraviada llorando y habiéndose realizado el examen médico legal, se determinó que la agraviada sufrió el acto sexual reciente, por lo tanto el sacerdote si cometió el delito. En consecuencia, en este estadio procesal “en la motivación de la sentencia” la coherencia no solo debe versar del pensamiento, conceptos o condiciones personales, sino que tiene que estar concatenado a la luz que da la actividad probatoria para arribar a la verdad de los hechos.

Por lo tanto, en este caso la coherencia debe radicar en la correcta argumentación, que debe producirse de la concordancia entre lo alegado y la prueba actuada en el juicio oral. Por último, podemos concluir diciendo que en la motivación de la sentencia no solo debe haber coherencia narrativa de los hechos, sino también respecto a la actividad

probatoria producida en el juicio oral. En este caso la concordancia radica entre lo que se dice y lo que se probó.

Al respecto nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que: no hay coherencia cuando existe un discurso confuso, incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión, produciéndose así una manifiesta incoherencia narrativa, y cuya consecuencia lógica puede ser la inversión o alteración de la realidad de los hechos, lo que la hace incongruente e inconstitucional²²⁶. Pone como ejemplo la siguiente narración: *la occisa agarró “otro cuchillo [el tercero] con el que la atacó [a la acusada, ocasionándole un corte en la región palmar de la mano derecha], dando lugar a que la acusada que portaba un cuchillo de cocina que había cogido anteriormente, comenzó a atacarla, mientras que la damnificada hacía lo mismo”;*

Sin embargo, en líneas posteriores, sin mediar fundamentación ni explicación alguna, concluye que

“la occisa privilegió la agresión con un elemento de menor peligrosidad (objeto contundente duro o inclusive sus propios puños), la encausada utilizó primordialmente el arma cortante que portaba en la manos”²²⁷. Con

lo que efectivamente se demuestra una gruesa incoherencia en la narración, que no permite establecer con claridad la línea de producción de los hechos. De allí que se hable de dos tipos de coherencia:

²²⁶Fundamento 20 Exp. 00728-2008-PHC/TC. Caso Giuliana Llamuja Hilares.

²²⁷Idem fundamento 22.

5.2.3.2.2.c.i.- Coherencia Interna. Se produce cuando la sentencia no contiene afirmaciones que se contradigan entre sí, en este supuesto estamos ante una coherencia narrativa, cuando el discurso es claro, contundente, capaz de transmitir una idea y da a conocer de modo lógico las razones en la que se apoya la decisión.

5.2.3.2.2.c.ii.- Coherencia Externa. Se produce cuando se han expuesto las razones objetivas que sustentan la vinculación del acusado con el hecho atribuido. Es decir, en el camino a la conclusión se ha explicitado o exteriorizado las circunstancias fácticas que permite llegar a dicha conclusión.

No hacerlo de esta manera aparentaría más bien, que se trataría de un hecho atribuido en nombre del libre convencimiento y fruto de un decisionismo inmotivado antes que el producto de un juicio racional y objetivo. Y es que, si no se dan a conocer las razones que sustentan las premisas fácticas, tal razonamiento efectuado se mantendrá en secreto y en la conciencia de sus autores, y por consiguiente fallará la motivación en esta parte. Siendo así, se advierte que una sentencia que incurre en este cuestionamiento no es coherente desde la dimensión externa, y por tanto es pasible apela y de ser sometida a control constitucional a través del habeas corpus por una consecuente censura de invalidez.

5.2.3.2.2.d. El Principio De Razonabilidad.

Mediante este principio se garantiza que la verdad está en corrección del razonamiento. Es decir, si el punto de partida (premisa) es verdadero y el razonamiento es correcto, la decisión (conclusión será también verdadero).

Con esta labor mental, se da a conocer con fidelidad todas las operaciones del espíritu que han conducido al juez a la decisión adoptada. **Sauvel**, sostiene que: “constituye la mejor, la más alta de las garantías, puesto que protegen al juez contra todo falso razonamiento que podría ofrecerse a su espíritu y a la vez contra toda presión que podría obrar sobre él²²⁸”.

Haciendo un símil podemos decir que: “la razonabilidad, es el camino mental que nos indica por donde ha seguido la ruta del pensamiento de juez. Son las huellas que evidencian la estructura de su abstracción, que demarca la dirección de sus ideas, sus teorías, doctrina, jurisprudencia, concepciones, sus prioridades, en cada una de sus lucubraciones, hasta arribar a su decisión”.

Hablar de razonabilidad supone analizar si la decisión a los conflictos de relevancia jurídica es o no razonable, ósea si las razones que hay detrás de una decisión son o no ajustadas a la razón, y no productos de meras apreciaciones subjetivas reactivas a sentimientos, pasiones, impresiones o gustos personales arbitrarios.

²²⁸SAUVEL, T. Histoire du jugement mitive. Revue dr. Publ. 1995.

Visto así el principio de razonabilidad se ha erigido como un parámetro de control de la potestad discrecional del juzgador. La doctrina dominante también la conoce con el nombre de **inferencia probatoria**^{229, 230, 231, 232}. Pues, por si, los datos probatorios, no tienen significado, estos cobran importancia y trascendencia, cuando se les incluye en la motivación a través del razonamiento del juzgador. Esta operación mental debe respetar los parámetros de la lógica a efectos de evitar un razonamiento irracional. Toda vez que, el posterior control judicial que se realiza de la valoración y motivación de la prueba debe ocuparse de comprobar si la hipótesis elegida es apoyada por razonamientos no viciados.²³³

La actuación de la prueba en el juicio oral produce conclusiones, convicción, conducencia, que lleva a juzgador a tener por acreditado una de las teorías propuestas, por lo tanto, ya en esa situación el juzgador puede determinar que hechos son verdaderos y cual es falso, pero para declararlos hay la necesidad de utilizar un adecuado argumento, lo que obliga al juzgador a utilizar un razonamiento sistematizado (apreciando la dogmática de las instituciones procesales, los principios, las normas...) con esquemas adecuados, razonamiento complejo, porque implica tener en cuenta las siguientes reglas propuestas por TARUFFO:

²²⁹TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos (traducido por FERRE BELTRAN JORDI). Madrid Trotta 3° Ed. 2009.p. 30

²³⁰IGARTUA SALAVARRIA, Juan. Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso Penal. Valencia Tirant lo Blanch. 1995, p.203

²³¹IBAÑES PERFECTO, Andres. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, en Doxa, N 12, p. 271.

²³²CLEMENT DURAN, Carlos. La Prueba Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2° Edic. 2005. p. 50

²³³GIANFORMAGGIO, Litizia. Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio, en: La Prova nel Processo Civile. Quaderni del Consiglio Superiore de la Magistratura. 1999. Vol. II, p. 490.

1.- Analizar todos los medios probatorios ya sea de manera individual o conjunta. Como dice TARUFFO: “Es racional la valoración de la prueba que toma en cuenta los datos empíricos disponibles y se funda sobre ellos, no es racional la valoración que no cuenta con estos datos o que se opone a ellos²³⁴”. Asimismo sostiene que: “Un principio de orden racional antes que jurídico, requiere que la determinación del juicio de hecho ocurra sobre la base de todas las pruebas que en el proceso fueron adquiridos, y que resultaron importantes y útiles para esclarecer los hechos²³⁵”.

2.- Constituye una valoración irracional de la prueba no ponderar algunas pruebas especialmente cuando estas se oponen y contrarían la conclusión que el juez quiere conseguir^{236, 237}”. Esta regla exige que se debe analizar todos los medios probatorios, no se debe seleccionar únicamente las pruebas útiles para justificar una determinada decisión.

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo a su homólogo español ha señalado que: “La constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes al litigio hayan ser objeto de análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y los Tribunales a los que, ciertamente, la constitución no veda la apreciación conjunta de las pruebas aportadas²³⁸”. Al respecto el sector dominante de la doctrina considera que efectivamente el Juez no está obligado a

²³⁴TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Pag. 423.

²³⁵TARUFFO, Michele, La Prova nel Processo civile, Vol. II. p.44.

²³⁶TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Pag. 425.

²³⁷IGARTUA SALAVARRÍA, Juan. Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso Penal. Valencia Tirant lo Blanch. 1995, p. 203

²³⁸Tribunal Constitucional Español 307/19885.

exponer y ponderar en la motivación todos los medios de pruebas actuados, pues basta que motive cuales son las pruebas que sustentan su decisión. De esta manera se le facultad al juzgador de seleccionar razonadamente las pruebas importantes que le han causado convicción, con lo que debe dar cuenta y exterioriza su razonamiento.

3.- Ante lo expuesto, surgió una corriente doctrinaria minoritaria que señala la existencia de legislaciones que de manera expresa contiene una prescripción normativa en la que se obliga a los jueces a motivar y a dar razones de porque se rechaza o no se consideran las pruebas contradictorias a las que sustentan su decisión. Para los seguidores de esta corriente no solo existe el deber de motivar las pruebas que determinan la decisión, sino que se establece también la obligación de fijar los argumentos por lo que se desestima la prueba contraria que no abonan a las conclusiones que finalmente llega el Juez²³⁹.

Solo de esta manera se puede cumplir con la finalidad procesal de la motivación de las resoluciones judiciales, ya que se cumple con dar a conocer a las partes sobre las razones del fallo (condenatorio o absolutorio), para que la parte ganadora sepa porque ha sido amparado su teoría del caso y las razones de su triunfo, y la parte vencida sepa porque sus argumentos han sido inverosímiles y desestimados por el juzgador. Y al mismo tiempo se cumple con la finalidad extra procesal, esto es, dar a conocer a la sociedad por que la parte ganadora tuvo razón

²³⁹LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es estándar, en. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho , N° 28 2005, p 108

en su teoría del caso, en cumplimiento del principio de publicidad mediata.

5.2.3.2.2.e. El Principio De Objetividad

Al igual que al ministerio público que en la etapa de investigación preparatoria se le obliga a requerir y acusar con objetividad, de igual manera el Juzgador se le obliga a motivar la sentencia con objetividad.

Esta exigencia de objetividad de la valoración y motivación de la prueba, obliga al juzgador a reflejar en su sentencia, su apreciación concreta del resultado de la prueba percibida, lo que significa que el juzgador debe exteriorizar en palabras sus percepciones de las pruebas y sustentar en cuál de ellas se basa y porque el sentido de su decisión.

Por otro lado, la doctrina dominante destaca que en la valoración y motivación de la prueba no deben entrar a tallar elementos o factores intuitivo, emocionales, inconscientes que no pueden ser objeto de racionalización y, por tanto, de motivación específica y concreta; ya que de no ser así se daría lugar a una apreciación irracionalista de la decisión y por ende el juzgador asumiría una posición reñida con los conceptos constitucionales referidos a la motivación de los hechos y de las pruebas²⁴⁰. En esta línea Taruffo sostiene: “que no puede ser expresado y justificado a través de argumentos racionales como relevantes efectos de la decisión, lo que no se puede expresar, y por siguiente no se puede justificar simplemente no existe. Es decir, el

²⁴⁰FRISTER HELMUT, La certeza personal como presupuesto de la condena penal: p.199.

juzgador no puede fundamentar su decisión sobre hechos invocados simplemente factores de los que no están en condiciones de hablar porque pertenecen a su impenetrable subjetividad²⁴¹". De no hacerlo se incurriría en arbitrariedad, lo que, en un sentido moderno y concreto, aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquellos desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

Al respecto Jordi Nieva Fenoll. Sostiene que con este principio lo que se está intentando decir, de una manera elegante, es que los jueces no introduzcan en la sentencia hechos sobre aquellos que intuyan, sino solamente de lo que resulten de la actividad probatoria²⁴².

La motivación objetiva de la valoración de la prueba debe basarse en criterios basados en datos externos, objetivables, sujetos al control y adecuada verificación; no en aspectos internos, subjetivos, corazonadas, intuiciones. Que en la mayoría de las veces resultan inverificables.

5.2.3.2.2.F. Principio De Imparcialidad.

Por este principio, el juzgador debe mantener su posición de tercero imparcial dentro de la actividad probatoria, del juicio oral y al momento de motivar el fallo, ajeno a los intereses y pretensiones de las partes, sin inclinarse con acción o por omisión. Según mi modesta experiencia una de las formas más comunes y a la vez más encubiertas de manifestar

²⁴¹TARUFFO, Michele, simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos, Madrid Marcial Pons , 2010, p. 273. traducción de Daniela Accatino Scagliotti)

²⁴²NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid Marcial Pons , 2010, p. 207.

parcialidad con alguna de las partes es valorar y motivar las pruebas que le favorecen a una de ellas ignorando las pruebas contrarias. (Ver el caso Cabada sobre narcotráfico). Por lo demás este principio ha sido ampliamente desarrollado en los capítulos anteriores.

5.2.3.2.2.g. El Principio De Proporcionalidad.

Este principio se erige como un contra peso a la discrecionalidad que el juzgador tiene al momento de motivar, imponiéndoles el deber de tomar medidas necesarias, útiles e idóneas para los fines de resolver un requerimiento durante la actividad probatoria o de establecer la pena en la motivación, pensando en la resocialización del sentenciado.

Surgió con la ideología del pensamiento medios-fines base epistemológica de la proporcionalidad, cuyos primeros desarrollos se remontan a la filosófica práctica de la Grecia antigua y que desde entonces emerge como uno de los pilares de la racionalidad occidental²⁴³. Estas ideas fueron acogidas por los filósofos de la ilustración, quienes no dudaron en emplearlos en la aplicación del derecho penal, en donde se cosecharon sus mejores frutos, siendo en este ámbito del derecho, donde se idea los contenidos que hoy se agrupa bajo el principio de proporcionalidad. De esta manera el pensamiento penal ilustrado inspirados por el ideal de justicia suministro los sub principios que cimentan el principio de proporcionalidad (utilidad y necesidad).

²⁴³Niklas Luhman. Fin y racionalidad en los sistemas. Trad. Muñis Nicolas J. Madrid Editora Nacional, 1983. p12 y ss.

En este estadio el principio de proporcionalidad resulta importante porque contribuye a la graduación de la pena al encontrarse a una persona responsable debidamente comprobado de la comisión de un delito. Ello impone una doble exigencia de que la pena sea se imponga solo como consecuencia de hechos que le sea imputable a su autor, tanto desde un punto de vista objetivo, esto es, que sean consecuencia de su acción u omisión; como subjetivo, es decir que concurren los requisitos de imputación (que haya existido intención de cometer la conducta punible) e imputabilidad (que haya sido realizado en equilibrio mental). La pena es merecida, por tanto, cuando puede afirmarse la culpabilidad de su autor.

La culpabilidad por el hecho no solo opera como presupuesto sino como medida de castigo, lo que es producto del razonamiento proporcionado, en la que tiene que verificarse la lesividad, la gravedad o no del delito, ya no al estilo de código de Hammurabi, del “ojo por ojo o diente por diente”, sino en un sentido de determinación de la pena, en la que debe respetarse los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica definido como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genérica, sean agravantes y/o atenuantes, como al establecimiento de la pena concreta, que es el resultado de la aplicación de los factores estipulados en los art. 45 y 46 del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de los criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad. En orden a lo indicado se debe sopesar las condiciones

personales del acusado, la naturaleza del delito y circunstancia de la comisión del evento delictivo.

Como se ha visto, la determinación proporcional de la pena en nuestro medio, va a depender del estándar cualitativo y cuantitativo de la sanción que deberá cumplir el condenado, además de lo indicado debe tenerse en cuenta el espacio punitivo previsto por la ley de conformidad con el Art. 2 de la ley 30076.

Como se aprecia las circunstancias o aquellos factores subjetivos u objetivos del delito influyen en la medición de la intensidad del delito lo que va a determinar proporcionalmente la gravedad o no de la pena. Por tanto, a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevara a la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido, todo esto teniendo también presente el principio pro homine y de humanidad de las penas. Por último, ante la existencia simultánea de circunstancias atenuantes y agravantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo situarse la pena concreta en el ámbito medio de la pena básica.

Como se aprecia, con el principio de proporcionalidad se mide la intensidad de la actuación estatal respecto a la imposición de penas, con lo que se puede determinar si estas son constitucionalmente admisibles y

compatibles con el respeto de los derechos humanos. Con lo que se apunta a eliminar cualquier signo de arbitrariedad.

La razonabilidad se relaciona con la proporcionalidad en el sentido que el primero es el género y el segundo la especie, por lo tanto, no son lo mismo.

5.2.3.2.2.h. Principio De Logicidad.

Este principio permite verificar si el razonamiento realizado por el juez ha sido correcto, desde el punto de vista lógico jurídico y no ha vulnerado las reglas del buen pensar, lo que está vinculado para determinar cuál es la finalidad para lo que sirve un medio probatorio, así, por ejemplo, en la casación 05-2007 (Huaura). Se aprecia que el juzgador determino que la partida de nacimiento es prueba de una violación sexual, error lógico, que corrigió la Corte Supremo, ya que dicho documento solo es útil para acreditar el nacimiento o la filiación de una persona, mas no para acreditar la realización de un acto carnal, por tanto, la primigenia conclusión resulta ilógico, en este caso hay un error en la apreciación de la prueba.

En consecuencia, este principio está referido al control de la construcción lógica de las decisiones jurisdiccionales, **denominándose también a los errores de logicidad como errores in cogitando**. Se refiere al vicio del razonamiento. Se produce por ausencia o defecto de una de las premisas del juicio o violación de las reglas de la lógica. Se verifica la falta de motivación o motivación defectuosas.

Por tanto, para que el juzgador cumpla a cabalidad con esta obligación – deber, en la que se garantice la razón y la reflexión cognitiva, para una adecuada argumentación, debe respetarse los principios de: imparcialidad, objetividad, congruencia, coherencia, razonabilidad, proporcionalidad, logicidad y exhaustividad. A fin de evitar la arbitrariedad y la vulneración de algún derecho fundamental que anule la decisión.

5.2.3.2.4. Los Tratados Internacionales Y La Actividad Probatoria.

5.2.3.2.4.1. Los Tratados

La convención de Viena en el art. 2. Inc. 1. Parágrafo “a” prescribe que: “se entiende por “tratado”: a un acuerdo internacional celebrado por escrito entre: i) uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o II) entre organizaciones internacionales ya conste en instrumento único conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-10789 del 14 de julio de 1989, fundamento 45 indica que: “Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, **una fuente de obligaciones internacionales**“. De lo expuesto se tiene como corolario que los tratados son instrumentos supranacionales que contienen obligaciones, orientados a garantizar el goce de los derechos y libertades del ser humano. Obligaciones que asumen los estados partes a partir de la suscripción o a su adhesión. Lo pueden celebraar entre los Estados o

estos con las Organizaciones Internacionales (OEA, UEDDHH, ONU), mediante el cual se obligan los Estados partes a respetar ciertos derechos, principios o garantías humanos esenciales con carácter “erga omnes”.

5.2.3.2.4.2. Rango Constitucional De Los Tratados

El Art. 55 de nuestra constitución establece: “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho constitucional“. En esta línea el Tribunal Constitucional sostiene: “Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución²⁴⁴...”

En efecto, estos instrumentos supranacionales, constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades fundamentales. Es más como dice el Tribunal Constitucional, estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al Art. 55 de la Constitución sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa²⁴⁵ de conformidad con la cuarta y quinta disposición final y transitoria del acotado cuerpo legal.

En su jurisprudencia el tribunal constitucional, estableció “El ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales) para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado **por las disposiciones de los**

²⁴⁴Fundamentio 13 de la Sentencia 0007-2007 AI/TC.

²⁴⁵Fundamento 23 de la sentencia 5854-2055-AA/TC.

tratados internacionales de derechos humanos y por la **interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos** a través de sus decisiones”. En consecuencia, la vincularidad a los tratados no tan solo es normativa sino también jurisdiccional (en este caso estamos ante un control convencional horizontal porque en esta circunstancia lo realiza el juez nacional en atención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), tal como lo efectuó nuestro Tribunal Constitucional en el caso del Exp. 04617-2012-PA/TC). Vincularidad que se extiende a la vía opinión consultiva, que también son de observancia obligatoria para los estados partes.

En cuanto al tema materia de la presente tesis “La actividad probatoria” también debe ser desarrollada a la luz de los tratados internacionales tal como lo indica el Inc. 1 del Art. 155 del Código Procesal Penal. Máxime, si en el desarrollo de la misma se deben observar derechos, principios y garantías que están estandarizados en los tratados internacionales de carácter regional y mundial.

5.2.3.2.4.3. Los Tratados Internacionales De Los Derechos Humanos.

Son instrumentos internacionales que establecen reglas, derechos, principios o garantías estandarizados y obligan que los Estados respetarlos al suscribirlos y pasar a ser partes de ellos. Por ende los Estados parte asumen las obligaciones, en virtud del derecho internacional, de respetar, garantizar, proteger y realizar o efectivizar los derechos humanos a través de sus órganos estatales como el Poder Judicial y administrativos como el Ministerio Público, entre otros.

5.2.3.2.4.4.a La obligación de respetar, los derechos principios y garantías estandarizados, Significa que el Estado peruano se compromete: a acatarlos y abstenerse de violentarlos o interferir el normal ejercicio de los derechos humanos de sus ciudadanos, ya sea, en la vida cotidiana, o de no limitarlos en un debido proceso judicial o extra judicial. Es decir, con esta estandarización de los derechos humanos, se persigue evitar las injerencias estatales o de otra índole para torcer el camino hacia la verdad en la actividad probatoria.

5.2.3.2.4.4.b. La obligación de protegerlos, Desde la dimensión objetiva de los Derechos constitucionales exige y obliga a los Estados a través de sus agencias evitar arbitrariedades o abusos de los derechos humanos contra ciudadanos y grupos; violaciones que pueden provenir de los otros ciudadanos como de las mismas instituciones del Estado, tales como de las fuerzas del orden, poder judicial, el Ministerio Público...etc.

5.2.3.2.4.4.c. La obligación de garantizarlos, significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el goce efectivo de los derechos humanos básicos. En nuestra legislación regional, con la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se han comprometido a respetarlos, a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes emanados de los tratados. Asimismo, se ha previsto a nivel local y supranacional, que si se presentaran situaciones en que los procedimientos judiciales nacionales no garantizan los derechos humanos, existen instancias y procedimientos en el plano suprarregional e internacional para recurrir a denunciar o

comunicar individual o colectivamente tales violaciones para lograr su efectividad.

5.2.3.2.4.5.- Los Tratados Internacionales y la Actividad Probatoria.

Un ámbito esencial de protección de los derechos humanos en un proceso penal, es la actividad probatoria, la que debe desarrollarse dentro de los límites que establece los instrumentos supranacionales. Para cuyo efecto, desde su evolución se han venido creando tratados (como los convenios...) y perfeccionando como los **protocolos**, tal como el “**instrumentos internacionales de asistencia judicial mutua**”, en materia penal, en donde se han incorporado diferentes mecanismos de apoyo para la obtención, diligenciamiento, e incorporación extraterritorial de los elementos de prueba que son solicitados por las autoridades judiciales de los Estados requirentes.

En el derecho Internacional Público, las pruebas y la actividad probatoria son materias de altísima preocupación en los diferentes tratados como; el **Art. 43 y ss., del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia**; también en la Convención Interamericana sobre la Recepción de Pruebas en el Extranjero; en la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, en el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre la recepción de pruebas en el extranjero, en la Convención Interamericana sobre Asistencia mutua en materia penal. Nótese que en los diferentes tratados no solo es preocupación colaborar con la obtención de la prueba sino también

garantizar el derecho a la actividad probatoria ya sea respetando el derecho de defensa, de contradicción, la oralidad entre otros derechos, garantías o principios constitucionales.

5.2.3.2.4.6. Principios de la actividad probatoria Estandarizados en los Trarados Internacionales.

En nuestro sistema regional latinoamericano existen diferentes instrumentos supranacionales en la que se estipulan principios fundamentales de obligatoria observancia en la actividad probatoria, los que en algunos casos han recibido otras denominaciones por ejemplo: En el Art. 8 la Convención interamericana de derechos humanos, se contemplan los derechos a: el derecho a la presunción de inocencia, a la igualdad, a saber o ser informado sobre la imputación, el derecho a ser oído en juicio, el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a la contradicción, el derecho a la igualdad de armas, la garantía de ser juzgado por un juez independiente e imparcial. Los que este instrumento supranacional denomina “garantías judiciales”. Similarmente lo encontramos en los Art. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. También ocurre en el Art. 6 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. De igual manera en el Art. 14 del pacto internacional de derechos civiles y políticos. De lo anterior se infiere que estos principios o garantías, de la

actividad probatoria están estandarizados a nivel regional y mundial los cuales estamos obligados a observar.

5.2.3.2.4.7. La Actividad Probatoria Y La Cooperación Judicial Internacional.

La cooperación internacional es muy importante, porque contribuye con el intercambio y actuación probatoria, en esta época se ha convertido en una necesidad Jurisdiccional supranacional, dada los modos operandi de la moderna criminalidad y la magnitud del espacio en la que muchas veces se desarrolla y/o despliega sus efectos, rebasando fronteras como en los casos de corrupción, de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas...etc.

En efecto, últimamente en los casos de corrupción se ha detectado en la investigación, que las fuentes, medios y órganos de prueba, que son indispensables para la realización de la actividad probatoria y los fines de la decisión del proceso, se encuentran físicamente en otro país, en donde el persecutor del delito y el juzgador jurisdiccional no tiene jurisdicción ni competencia, como en el caso Ecoteva y Odebrecht.

Frente a limitaciones como la indicada surgió la imperiosa necesidad de la cooperación internacional mutua que deben brindarse los estados para enfrentar adecuada, idónea y eficazmente a la criminalidad asociada internacionalmente. Para cuyo efecto el Estado peruano ha celebrado tratados de extradición, acuerdos o convenios internacionales con los siguientes países:

5.2.3.2.4.7.a.- A nivel bilateral:

Estados Unidos 1899 y 1990 por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas y sustancias psicotrópicas y 2001, Gran Bretaña de 1904 aplicado a Canadá como miembro de la comunidad británica de naciones, Brasil 1919, Chile 1932, comunidad de las Bahamas de 1978, Paraguay de 1997, Colombia 1911 y 1998, Estado Unidos Mexicano del 2000, Ecuador del 2001. Costa Rica del 2002.

5.2.3.2.4.7.b.- A nivel regional:

Tratado de Derecho Penal Internacional de 1889, Acuerdo bolivariano de extradición de 1911 y su Acuerdo Interpretativo (1935), Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal (1992), El Reglamento Modelo Americano para la Prevención y Represión del Delito de Dinero de Lavado de Activos Provenientes del Tráfico ilícito de Drogas y de Otros Delitos Graves (1992), La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (1975) y su Protocolo Adicional (1984), La Convención Interamericana sobre Extradición (1981), El Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1940), El Código de Derecho Internacional Privado (1928).

5.2.3.2.4.7.c. A nivel mundial:

- La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988).

- Las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI (1990).

- Estatuto de Roma de la Penal Corte Internacional de 1998.

En todos ellos de una u otra forma persiguen contribuir o cooperar con la actividad probatoria y con el proceso judicial en trámite.

5.2.3.2.4.8 Actos De Cooperación Internacional Que Contribuyen a la Actividad Probatoria.

Gracias a la cooperación internacional se hace posible la realización del juicio oral y el normal desarrollo de la actividad probatoria, un claro ejemplo de esto, es la extradición del sentenciado Alberto Fujimori, que permitió su juzgamiento y concretizar los principios de inmediación, publicidad, al escucharlo la oralidad, la contradicción y el control de la prueba por su defensa y del Ministerio Público. Por ejemplo, la cooperación a la actividad probatoria se produce cuando se recibe la declaración de un testigo o colaborador eficaz por intermedio de un juez extranjero o en los siguientes actos:

a.- Notificación al testigos, peritos, procesados o condenados para el juicio oral cuando estos están en el extranjero o son extranjeros.

b.- Realización de teleconferencias para la recepción de testimonios (propios e impropios) de personas que ya no se encuentran en la jurisdicción en donde ocurrieron los hechos.

c.- Inspecciones a realizarse en el país extranjero con los desplazamientos del órgano jurisdiccional y las partes o personales de

auxilio o solo realizarlo por las autoridades extranjeras con las indicaciones del país requirente.

d.- Examen de objetos y lugares, con participación de peritos o agente nacionales, extranjeros o mixto.

e.- Exhibición de documentos judiciales. Que deberán realizar a través de los agentes diplomáticos o autoridades extranjeras en un juicio oral.

f.- Remisión de documentos, infórmenes y otros elementos de prueba.

g.- Traslado de personas detenidas para su actuación en el juicio oral.

h) Desplazamiento de autoridades competentes de un país a otro para su participación en un juicio oral ya sea como testigos o informantes.

El maestro VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, señala que hay diversas medidas de asistencia mutua penal, las que clasifica atendiendo al grado de afectación de los derechos personales, que estas puedan generar. En este contexto identifica tres tipos de medidas que corresponden a tres grados de afectación diferentes²⁴⁶:

- Un **primer grado** comprende a las medidas de asistencia leve o simple. Incluye aquellas conceptuadas como de mero trámite (notificaciones) y las instructoras, aquellas que se dirigen a la averiguación de ciertos hechos acontecidos en un lugar determinado de otro Estado o a la obtención de pruebas en el mismo que sirven al Tribunal competente (pericias, informes, tramitación de pruebas en el Estado requerido, e incluso diligenciamiento de traslado voluntario de personas para prestar

²⁴⁶https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-mla-autres-icc.pdf. 30/09/2015

testimonio en el Estado requerido bajo un estricto régimen de garantías e inmunidades, etc.).

*- Un **segundo grado** abarca las medidas de asistencia procesal penal internación susceptibles de causar gravamen irreparable a los bienes de las personas (registros, embargos, secuestros, algún otro tipo de interdicción y entrega de cualquier objeto).*

*- El **tercer grado** comprende aquellos niveles de cooperación extrema susceptibles de causar gravamen irreparable en los derechos y libertades propios de quienes alcanza. Siendo absolutamente inadmisibles desde el punto de vista de los principios de salvaguarda del Derecho interno y de la propia Cooperación Judicial Penal Internacional, la posibilidad de trasladar compulsivamente a personas a prestar testimonio en etapa instructora de un Estado a otro. Este tercer grado quedaría entonces exclusivamente reservado a los procedimientos de extradición²⁴⁷.*

5.2.3.2.4.8. Requisitos De Admisibilidad Para El Procedimiento De La Cooperación Internacional.

Con la finalidad de garantizar el correcto uso de este mecanismo y de evitar algún tipo de arbitrariedad o manipulación política, los países de la región han establecido algunos requisitos de admisibilidad para la cooperación internacional o asistencia judicial mutua en materia penal, tales como:

²⁴⁷CERVINI, Raul. La cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección . En ALVAREZ, Carlos (ed.) . Curso de Cooperación Penal Internacional. Rio de Janeiro , 1994, p. 20 y ss.

a) **Requisito Jurisdiccional**, “que se haya iniciado el proceso, de conformidad” con el párrafo “a” del Art. 16 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.

b) **Requisito formal**, la obligación de constituir en cada Estado parte un organismo especial que esté destinado a desarrollar los procedimientos activos o pasivos de colaboración. A este organismo en nuestro país se le ha denominado **Autoridad Central** de conformidad con el Art. 512 del CPP. De acuerdo a nuestra legislación procesal penal La autoridad Central en materia de Cooperación Judicial Internacional es la Fiscalía de la Nación. Ante quien la autoridad extranjera debe dirigirse para instar los actos de cooperación y para coordinar y efectuar consultas en esta materia.

c) **El requisito Legal**, viene ser la doble tipificación o la **doble conminación penal** como presupuesto general para iniciar y tramitar cualquier solicitud de cooperación. Es decir es requisito indispensable, que el hecho imputado este tipificado como delito paralelamente en el país requerido del hecho punible que sustenta la solicitud del país requirente. Criterio que se viene flexibilizando, pues actualmente la nueva tendencia es a requerir la doble incriminación únicamente en los procedimientos de asistencia que se refieren a medidas de segundo y tercer grado, como para medidas cautelares reales y extradición. Aunque aún existe la facultad del Estado requerido de abstenerse a tramitar los pedidos de cooperación cuando los mismos puedan afectar su soberanía, su seguridad interna o los intereses nacionales fundamentales.

c.- **La prohibición de la arbitrariedad**, de no perseguir conductas que no constituyan delitos comunes, es decir no se puede de utilizar los procedimientos de cooperación en la persecución de personas por razones de discriminación o represalia, por razón de su sexo, raza, condición social, nacionalidad, religión u opiniones políticas, militares o tributarias.

d) El consentimiento expreso del testigo, perito, procesado o condenado para ser objeto de actos de colaboración, distintos de la extradición, que impliquen su desplazamiento territorial al extranjero.

e) El compromiso de aplicar la cláusula de la reciprocidad ante la ausencia de instrumento legal que regule el acto de asistencia requerido.

f) El respeto de las formas y reglas que la legislación interna del Estado requerido exige para la ejecución de las medidas que son solicitadas por el Estado requirente.

Esto en concordancia con el artículo 10° de la Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal, que establece: las solicitudes de asistencia libradas por el Estado requirente se harán por escrito y se ejecutarán de conformidad con el derecho interno del Estado requerido. En la medida en que no se contravenga la legislación del Estado requerido, se cumplirán los trámites mencionados en la solicitud de asistencia en la forma expresada por el Estado requirente. Al respecto el Dr. Prado Saldarriaga, indica que este privilegio hacia el derecho interno del Estado requerido es, por lo demás, coherente con la propia naturaleza jurídica de la colaboración, la cual representa, sobre todo, un

acto de solidaridad entre Estados soberanos. De allí que la citada disposición de la Convención Interamericana, que se reproduce en todo instrumento de asistencia internacional, resulta pertinente para evitar problemas de competencia o de legalidad, que puedan destruir o distorsionar los fines y la eficacia de la cooperación de la actividad probatoria. Aclara que el Estado requirente solo queda legitimado para formular pedidos de asistencia, pero no puede ni debe restringir las decisiones que al respecto adopte el Estado requerido²⁴⁸. Esto significa que la satisfacción de los pedidos de asistencia, en materia y forma, constituye una facultad propia y excluyente de aquel. Como advierte Messmer “la cooperación no se impone, se propone”²⁴⁹.

5.2.3.2.4.9. Asistencia Judicial Mutua En La Actividad Probatoria

El motivo especial de la asistencia judicial mutua lo constituye la actividad probatoria. La preocupación por el respeto irrestricto de la presunción de inocencia y el deber de la carga de la prueba por el órgano persecutor hacen de esta ficción jurídica, el instrumento más utilizado por los Estados, con el fin de confirmar o desvirtuar el aludido derecho del acusado. Mecanismo que con el correr de los tiempos ha ido evolucionando y perfeccionando para convertirse en útil y eficaz para el Proceso Penal, razón por el cual con la finalidad de arribar a la verdad han incorporado protocolos para su perfeccionamiento, tal como el **Protocolo Adicional a la Convención Interamericana** sobre recepción

²⁴⁸https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-mla-autres-icc.pdf. 30/09/2015

²⁴⁹Citado por GARZON CLARIANA, Gregorio. Op. Cit. 54

de pruebas en el extranjero, Suscrito en la ciudad de La Paz Bolivia, el día veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, en la que a diferencia de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el extranjero, añade como requisitos de procedencia para su admisibilidad en el Art. 16: b.- Que los documentos estén identificados razonablemente en cuanto a su fecha, contenido u otra información pertinente; y c.- Que se especifique aquellos hechos o circunstancias que permitan razonablemente creer a la parte solicitante que los documentos pedidos son del conocimiento de la persona de quien se requieran o que se encuentran o se encontraban en posesión o bajo el control o custodia de ella.

Lo mismo ocurre con los mecanismos de apoyo para la obtención, diligenciamiento e incorporación extraterritorial de los elementos y órganos de prueba que son requeridos por las autoridades correspondientes para el desarrollo o decisión de un proceso penal.

La función esencial de estos instrumentos supranacional es posibilitar el intercambio y suministro de medios de prueba entre los Estados. Como mecanismo para combatir la delincuencia y evitar la impunidad, con la finalidad de hacer fluida la Asistencia probatoria Internacional, en el Art, 5 de La Convención Americana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, se ha establecido que para estos efectos no rige el principio de la doble incriminación, siempre que el hecho sea punible con pena de un año o más de prisión en el Estado Requirente (Art. 6).

Asimismo en el Art. 7 del aludido cuerpo legal internacional se ha establecido el ámbito de aplicación para la cooperación de apoyo a la actividad probatoria comprende los actos indicados en el punto

5.2.3.2.4.8

En el mismo sentido la Convención de Viena en su artículo 7° regula también un catálogo similar de medidas de asistencia probatoria. En un plano bilateral podemos citar, a modo de ejemplo, al Convenio Peruano Salvadoreño Sobre Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal, suscrito el 13 de junio de 1996, instrumento que también tiene igual catálogo.

En la región últimamente algunos sistemas jurídicos internos con la finalidad de acceder a la Cooperación Internacional vienen adaptando su legislación a través de sus Códigos Procesales o de leyes especiales, de esta manera han incorporado normas de aplicación supletoria, que contemplan iguales medidas de asistencia probatoria. Tal como ocurrió en nuestro Código Procesal Penal cuando incorporo el libro séptimo respecto a la Cooperación Judicial Internacional, igual ocurrió con el Código de Procedimiento Penal de Colombia (Artículos 504 a 506) y de la Ley de Estupefacientes, Sicotrópicos y Otras Sustancias Controladas; Lavado de Dinero y Activos Provenientes de Actividades Ilícitas de Nicaragua (Art. 89).

Seguidamente y atendiendo a su alta frecuencia en la práctica de actos de asistencia probatoria, vamos a referiremos brevemente a las

características especiales de los actos de colaboración vinculados a la recepción y siniestro de pruebas testimoniales y documentales.

5.2.3.2.4.9.1. Declaración de Testigos y Peritos.

Al respecto La Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial Mutua establece dos posibilidades para recepción y la actuación de testimoniales. **En primer lugar**, el aludido instrumento internacional en su Art. 18 nos habla de la declaración del testigo en el país requerido señalando en este caso no hay desplazamiento del testigo o perito: “A solicitud del Estado requirente cualquier persona que se encuentre en el Estado requerido será citado a comparecer conforme a la legislación del Estado requerido ante autoridad competente para prestar testimonio o aportar documentos antecedentes o elementos de prueba”. En este caso la persona que comparece se somete a las formas y leyes del Estado requerido.

Es más en concordancia con el Art. 23 del mismo instrumento internacional es obligación del Estado requirente acompañar los pliegos de preguntas, interrogatorios o cuestionarios correspondientes cuando van a comparecer testigos o peritos.

Asimismo en el Art. 5 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero señala que el Órgano Jurisdiccional del Estado requirente puede solicitar que se le informe sobre la fecha, hora y lugar en que se va a cumplir el exhorto o carta rogatoria enviada a la autoridad competente de un Estado parte. El

órgano jurisdiccional del Estado requerido que va dar cumplimiento al exhorto o carta rogatoria informará al Órgano jurisdiccional de Estado requirente sobre la referida fecha, hora y lugar, de acuerdo con lo pedido. Los apoderados judiciales de las partes o sus abogados pueden presenciar las diligencias de cumplimiento del exhorto o carta rogatoria; su intervención queda sujeto a la ley del Estado requerido. Con esto se garantiza la participación de las partes en las diligencias y con ello el derecho a controlar y controvertir la prueba a través del interrogatorio y contra interrogatorio.

En el segundo párrafo del Art. 9 del mismo cuerpo legal se ha establecido que cuando se trate de la recepción de pruebas u obtenga información de parte de personas que no sean de la nacionalidad del Estado acreditante el agente diplomático o consular, se procederá de conformidad con el Art. 10. El que a su vez señala que se estará a las condiciones que estimen necesarias o conveniente en la recepción de pruebas u obtención de información, entre otras, aquellas condiciones relativas al lugar y tiempo en que ello deba practicarse.

Por último en el Art. 11 se ha establecido la posibilidad de solicitar al Órgano jurisdiccional competente, por las vías adecuadas, la aplicación de las medidas de apremio apropiadas previstas en la legislación del Estado parte en el cual el agente diplomático o consular ejerce sus funciones. El órgano jurisdiccional aplicara dichas medidas de apremio cuando estime que se han llenado los requisitos exigidos por su propia

legislación para que esas medidas puedan aplicarse en los procesos locales.

Esta posibilidad se ha generalizado y se encuentra también recogida expresamente en los Convenios Bilaterales. Así, por ejemplo, en el numeral 6 del artículo 7º del Convenio peruano-salvadoreño, que regula la Comparecencia de Personas en la Parte Requerida, se establece que: el Estado requerido dispondrá la presencia de las personas nombradas en la solicitud de asistencia. Durante el cumplimiento de ésta y, con sujeción a las leyes del Estado requerido, permitirá a las mismas interrogar por intermedio de la autoridad competente a la persona cuyo testimonio se hubiere solicitado. Ahora bien, en cuanto a los apremios los documentos binacionales han incluido normas que autorizan al país requerido a aplicar medidas coercitivas para asegurar la concurrencia del testigo solicitado. En ese contexto el Convenio Peruano-Colombiano del 12 de julio de 1994 establece en el numeral 1 de su artículo séptimo lo siguiente: “Si la prestación de la asistencia comporta la comparecencia de personas para prestar declaración o proporcionar información documental u objetos en el desarrollo de acciones judiciales en el territorio de la Parte requerida, dicha Parte puede exigir y aplicar las medidas coercitivas y las sanciones previstas por su propia ley”. Es decir, cuando se trata de la comparecencia de imputados, la Parte requirente debe indicar en la solicitud, las medidas que serían aplicables según su ley y la parte requerida no puede sobrepasar esas medidas.

En ese mismo sentido en el Art. 67 de las reglas de procedimientos y pruebas de la Corte Penal Internacional Add.1 2000. Señala que “de conformidad con el párrafo 2 del Art. 69, la sala podrá permitir que un testigo preste testimonio oralmente por medios audio o video, a condición que esos medios permitan que el testigo sea interrogado por el fiscal, por la defensa y por la propia sala, en el momento de rendir su testimonio”. Así el Art, 69 del aludido instrumento supranacional se establece se permite que se presente un testimonio grabado anteriormente en audio o video o la transcripción de ese testimonio u otro documento que sirva de prueba de él, a condición que:

a) Si el testigo que presto el testimonio grabado anteriormente no está presente en la sala de primer instancia, tanto el fiscal como la defensa hayan tenido ocasión de interrogarlo en el curso de la grabación;...

De lo que se infiere que puede recepcionar un testimonio de un testigo o perito en otro país usando la tecnología audio visual sea idónea que garantice a las partes tener la oportunidad de interrogar, contra interrogar y poder tener el control de la prueba que se rinde en otro país.

En segundo lugar, El Art. 19 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial Mutua, regula sobre el desplazamiento del testigo o peritos para prestar testimonio en el territorio del país requirente, posibilidad que se presenta cuando el testigo o perito muestra su voluntad a colaborar con el Estado requirente, ante lo cual el Estado

requerido invitara al testigo o perito a comparecer en forma voluntaria ante la autoridad competente del Estado requirente. Señala el artículo mencionado que si es necesario, la autoridad central del Estado requerido podrá registrar por escrito el consentimiento de la persona a comparecer en el Estado requirente. Ante lo cual la autoridad central del estado requerido informara con prontitud a la Autoridad central del estado requirente de dicha respuesta. En esta posibilidad el testigo o perito puede acudir al juicio oral que se desarrolla en otro país para informar o dar a conocer los hechos que le consta.

5.2.3.2.4.9.2. Obligaciones Del Estado Receptor. Al concretarse esta posibilidad el Estado receptor sume las siguientes obligaciones:

- a) El Estado receptor tendrá la facultad y la obligación de mantener bajo custodia física a la persona trasladada, a menos que el estado remitente indique lo contrario;
- b) El Estado receptor devolverá a la persona trasladada al Estado que lo envió tan pronto como las circunstancias lo permitan o con sujeción a lo acordado entre las autoridades centrales de ambos países;
- c) Respecto a la devolución de la persona trasladada, no será necesario que el Estado remitente promueva el proceso de extradición;
- d) El tiempo transcurrido en el Estado receptor será computado, a los efectos del cumplimiento de la sentencia que le hubiera sido impuesta en el Estado remitente;
- e) La permanencia de esa persona en el Estado receptor en ningún caso podrá exceder del periodo que le resta para el cumplimiento de la

condena o de sesenta días, según el plazo que se cumpla primero, a menos que la persona ambos Estado consientan prorrogarlo; f) El Estado receptor prestara su colaboración o dará las facilidades en la medida de lo posible, para el tránsito en su territorio del perito o testigo, siempre que haya sido notificada con la debida antelación la autoridad central respectiva y que estas personas viajen bajo la custodia de agentes del Estado requirente.

5.2.3.2.4.9.3. Garantías Que Goza El Testigo Requerido:

- No ser detenido o enjuiciado por los delitos anteriores a su salida del territorio del Estado remitente.
- No ser requerido para declarar o testimoniar en procedimiento no especificados en la solicitud.
- No ser detenido o enjuiciado con base en la declaración que preste, salvo en caso de desacato o falso testimonio.

5.2.3.2.4.9.4. Límites De La Cooperación A La Actividad Probatoria.

Sin embargo la cooperación o asistencia recíproca a la actividad probatoria, no podrá concretizarse cuando por diversas circunstancias, como en los siguientes casos: a) Si la persona detenida o que se encuentre cumpliendo una pena negare su consentimiento a tal traslado; b) Mientras su presencia fuere necesaria en una investigación o juicio penal pendiente en la jurisdicción a la que se

encuentra sujeta la persona; c) Si existiera otras consideraciones de orden legal o de otra índole, determinadas por la autoridad competente del Estado requerido o requirente.

Ante esta situación no queda más que optar en dos posibilidades según las circunstancias:

1.- Optar por la extradición si el testigo, o imputado no tiene voluntad de ir al Estado requirente.

2.- Recibir su testimonio o declaración vía video conferencia con las garantías mencionadas.

Dependiendo de la circunstancias del impedimento.

5.2.3.2.4.9.5. Remision de Informenes y Antecedentes

Al respecto la Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial Mutua establece, como regla general, en su artículo 24^o, que los Estados Parte pueden intercambiar documentos, antecedentes o informaciones de carácter público que obren en los organismos y dependencias gubernamentales del Estado requerido. Pero a la vez, se regula una norma de reserva para el caso en que se trate de documentos que no sean de acceso general. En estas circunstancias el Estado requerido queda en facultad de denegar total o parcialmente el suministro de la información o documentación solicitadas, esto al amparo del Segundo párrafo del Art. 24 del mismo cuerpo legal.

5.2.3.2.4.9.6. Limitacion al uso de informacion o pruebas por el Estado Requiriente.

El Art. 25 del aludido instrumento internacional, limita al Estado requiriente no poder divulgar o utilizar ninguna información o prueba obtenida, para propósitos diferentes a aquellos especificados en la solicitud de asistencia, sin previo consentimiento de la Autoridad Central del Estado requerido.

Asimismo existe la posibilidad que en casos excepcionales, si el Estado requiriente necesita divulgar o utilizar, total o parcialmente, la información o prueba para propósitos diferentes a los especificados en la solicitud. Deberá solicitar la autorización correspondiente al estado requerido, el que tiene la potestad de acceder o denegar, total o parcialmente, lo solicitado. La información o prueba solo debe ser utilizada, en la medida necesaria para el apropiado cumplimiento del procedimiento o diligencias especificadas en la solicitud.

Asimismo cuando resulte necesario el Estado requerido puede acordar con el requiriente un uso confidencial de la información o documentación transmitida, las que deben conservarse de conformidad con las condiciones que especifique la autoridad central. En esa misma línea Iguales autorizaciones y restricciones se han definido en los Convenios Bilaterales de la materia.

5.2.3.2.4.9.9. El Control De La Convencionalidad.

Es una acción mediante el cual el juzgador nacional vela por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, es obligación del

Estado parte de adecuar sus normas y practicas procesales como la actividad probatoria al pacto de San José de Costa Rica.

Cuando la realiza La corte IDH, no se ocupa de las cuestiones internas sino que su función es la de inspeccionar si los países han vulnerado o no las convenciones sujetas a su competencia. No se trata en verdad de revisar las sentencias de los tribunales nacionales, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el pacto de San José de Costa Rica de cualquier acto u omisión en que incurra los Estados, a través de alguno de sus poderes, órganos o agentes²⁵⁰.

5.2.3.2.4.9.10. La vincularidad normativa de la convención.

La vincularidad de los Estados parte se encuentra establecido en el Art. 1 y 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que establece: *1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición*

²⁵⁰GERMAN, Albar y CACADO (TRINIDADE), Antonio. "Reflexiones sobre el sistema interamericano de derechos humanos", en El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Cox Editores, 1998. Costa Rica, p. 584.

económica, nacimiento o cualquier otra condición social, 2.- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Es aquí en

donde nace “los deberes de los estados partes” los que se resumen en tres: i.- Respetar los derechos, principios o garantías de la convención; ii.- Garantizarlos sin discriminación alguna; y iii.- Tomar las medidas necesarias y adecuadas para efectivizar las garantías establecidas en la convención por su carácter de estandarización. Al respecto NÉSTOR PEDRO SAGÚES, sostiene que el control convencional es un instrumento eficaz para construir un derecho común en materia de derechos penales y constitucionales²⁵¹, lo cual atañe a la actividad probatoria ya que en su desarrollo se deben observar y respetar principios o garantías fundamentales contenidas en el Art. 8 de la convención.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el control convencional, ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos: “Amonacid Arellano vs Chile”, en los fundamentos 40.b, 90 y 124, de igual manera en el caso “Trabajadores cesados del

²⁵¹<http://www.corteidh.or.cr/tablas/28053-11.pdf> del 26-09-2106.

congreso vs Perú²⁵².” considerando 92, 93 b y 128 como una obligación deber de los Estados partes, de respetar y garantizar los derechos establecidos en la convención.

De esta manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordena a los jueces nacionales estimar invalidad a las normas internas incluida la constitución si esta se opone a las garantías o derechos que establece. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer el “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, los órganos Judiciales locales debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana“. Criterio que fue reiterado en el caso “La cantuta vs Perú” sentencia del 29 de noviembre del 2006. Línea de pensamiento que también es compartida por el maestro Pablo Pérez Tremps²⁵³.

En consecuencia, así vista el control convencional, este se perfila como una herramienta legal sumamente útil para garantizar y efectivizar los derechos prescritos en los instrumentos supranacionales.

²⁵²Cfr., en similar sentido, *Caso Almonacid Arellano y otros*, supra nota 3, párr. 124.

²⁵³PEREZ TREMPS. Pablo. “escritos sobre justicia constitucional”, Porrúa, Mexico, 2005, pág. 84.

5.2.3.2.4.9.11. Fundamento Jurídico Del Control Convencional

Al respecto, el maestro Pedro Sagúes sostiene que las razones dadas por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son tres, las dos primeras derivan del derecho internacional: i) las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe; ii) No es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, así lo estipula el Art. 27 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados y iii) El principio de efecto útil, de los tratados, obliga a los Estados a instrumentar el derecho interno para cumplir lo pactado.

Para un sector de los doctrinarios estas reglas significan una limitación y violación a la soberanía de los Estado. Al respecto debemos tener presente, que el padre la doctrina de la soberanía JEAN BODIN desde el siglo XVI ya preveía este limite lo que lo llevo a predecir que la soberanía vista como “poder absoluto y perpetuo” del Estado, de todos modos admitía como tope que el principio de soberanía estaba obligado (como también Dios) a cumplir sus promesas, aclarando que no había mayor delito para un rey, que ser perjuro²⁵⁴. De lo que se infiere que si un estado se reputa constitucional y democrático, los que los gobiernan o representan debe respetar los derechos, principios y garantías que enarbolan estos tratados o convenio Internacionales sobre derechos humanos, sí o sí. Caso contrario se convertirán en desleales, infieles, incumplidores a estos instrumentos supranacionales.

²⁵⁴SAGUES NESTOR, Pedro, JEA BODIN y la escuela española”. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina. Rosario, 1978 pág. 76 y 77.

5.2.3.2.4.9.12. ¿Quién, cuando y como se debe realiza el control de convencionalidad en el Perú?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia del caso “Trabajadores cesados del congreso vs Perú” señaló que el control de convencionalidad debe efectuarlo por el Poder Judicial. Cuando una de las partes lo requiera, pero también de oficio, es decir por iniciativa del juez. Para cuyo efecto deberá hacer el control entre la norma nacional y la convención americana, velando porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.

Como se puede apreciar el criterio de la Corte Interamericana de derechos Humanos, obliga al juez nacional a practicar directamente el control de la convencionalidad²⁵⁵, ya que no necesita estar autorizado por la constitución o por las autoridades nacionales.

Es más, en el supuesto que una norma local, constitucional, o sub constitucional, intentara impedir el control de la convencionalidad al juez apto para realizarlo, esa norma devendría en convencional, por oponerse a la jurisprudencia vigente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto debe obligar a los jueces nacionales a concebir creativamente soluciones nuevas o como quiera que el control se pueda realizar de oficio, crece el deber de todas maneras de resolver la litis a la luz de la convencionalidad, aunque las partes no la hubiera requerido.

²⁵⁵GARCIA RAMIREZ, Sergio, “Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna” cuadernos del Seminario cultura mexicana. México 2009.pag 344.

5.2.3.2.4.9.13. Normatividad Objeto De Control Por La Convención

Cualquier norma local, dentro de las cuales encontramos, la ley, los decretos, reglamentos, resoluciones jurisprudenciales, circulares (del poder judicial o del ministerio público) acuerdos plenarios. Al respecto NÉSTOR PEDRO SAGÚES, señala que en los Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatorio para los tribunales inferiores, ellos también reviste materialmente condición de norma y por ende, son objeto de dicho control.

Por último, también es objeto de control la constitución nacional, tal como sucedió en el caso de “La última tentación de cristo” vs Chile, en la que la Corte exhorto al referido estado modificar la cláusula de la constitución local que se oponía a los preceptos del pacto, como efectivamente lo invalidó después²⁵⁶. Esto es una muestra más de la importancia y trascendencia de la convención el cual está por encima de toda constitución local.

Lo indicado tiene como finalidad darnos a entender que en cuestiones de derechos humanos **el bien común internacional debe primar** por encima del bien común local, pues desde el punto de vista axiológico, el bien común internacional se erige como un valor superior al bien

²⁵⁶GARCIA RAMIREZ. Sergio. “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos” UNAM, Mexico 2001 pag. 764-767.

común nacional²⁵⁷, esto con la finalidad de evitar que un puñado de ciudadanos que toman el poder puedan pretender imponer sus ideas, que vulneren los derechos fundamentales para sus caprichos políticos absurdos, tal como ocurrió con el nazismo a la que renombrados juristas como Megsiger se pusieron a su servicio para justificar las barbaries humanas.

5.2.3.2.4.9.14. Normatividad Controlante

La norma referente que permite el “control convencionalidad” son las reglas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, pues estas imponen obligaciones, deberes a los Estados partes que la suscriben y asimismo sanciona como inválidas a las normas nacionales si se oponen o contravienen a esta norma supranacional. Por las siguientes razones:

a.- **Es una norma estándar** cuyos efectos también se extienden a sus criterios interpretativos y opiniones consultivas, las que vinculan a los estados partes. Su finalidad es garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos que integran los estados partes sin ningún tipo de diferenciación.

b.- **Es una norma estable**, que garantiza los derechos humanos protegiendo la esfera del núcleo duro, o fundamental, al que considera como invulnerable e intransigible, características que también se extiende a sus criterios interpretativos y opiniones consultivas. la obligación de seguimiento a las interpretaciones formuladas por la

²⁵⁷Idea desarrollada por Sagues, Nestor Pedro, en “Integración y desintegración del concepto de soberanía”, Tesis doctoral. Facultad de derecho, Universidad Complutense . Madrid 1966. Pag. 214 y ss. Inedita a donde nos remitimos.

Corte Interamericana, obliga a distinguir entre “interpretaciones en lo fundamental” o “esencialistas”, o “dificiliales”, o “interpretaciones contingentes” o “ad hoc”, de valor solamente (en principio) para el caso en que fueron formuladas²⁵⁸.

c.- La Corte Interamericana de derechos humanos, hace el papel de una super sala en materia de derechos constitucional y de interpretación de derechos personales. Los magistrados nacionales ya no son libres en interpretar esos derechos a su independiente leal saber y entender, ya que deben encausarlos a la convención y a la interpretación que esta Corte ha dado y a los que dará en el futuro.

5.2.3.2.4.9.15. Efectos del Control Convencional

Como dice Rey CANTOR, cuando se realiza el análisis de confrontación normativa²⁵⁹ en el control convencional, se determina si las normas nacionales enjuiciadas a través de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, es o no congruente con la convencional, es decir, si es concordante con la convención. Si lo es el Juez lo aplica y si no lo es, no lo aplica por contravenir el convenio y tácitamente por anular o menguar algún derecho fundamental. En esta misma línea FREDERIC SUDRE, sostiene que el resultado del control convencional, cuando descalifica a la norma opuesta a la

²⁵⁸SAGUES, Pedro. La interpretación Judicial de la Constitución. 2da. Edc. Lexis –Nexis . Buenos aires 2006 p. 222 y ss.

²⁵⁹REY CANTOR, Ernesto. “ontrol convencional de las leyes y derechos humanos” , Porrúa. Mexico, 2008, p. 46.

Convención, significa “paralizar la aplicación de una ley aun cuando ella ha sido juzgada conforme a la constitución²⁶⁰ ...”

En el mismo sentido ALBANESE SUSANA señala que: la referida “paralización”, equivale jurídicamente, a una “inaplicación”, concepto éste más preciso en derecho. En cuanto el Poder Judicial debe abstenerse de aplicar cualquier normatividad contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶¹.

El maestro Pedro SAGÚES. Indica que la convencionalidad o, si se prefiere, anti convencionalidad importaría una causal de invalidez de la norma así descalificada, por carecer desde un inicio de efectos jurídicos²⁶². Ver la doctrina del caso Alminacid Arellano vs Chile.

5.2.3.2.4.9.16. Clases del control convencional:

Hay diferentes clasificaciones por ejemplo el Dr. Víctor Bazán, sostiene en su clasificación que existe dos niveles²⁶³, es decir el nivel de control internacional o interno, en nuestro medio con otra denominación pero en el fondo lo mismo el Tribunal Constitucional lo clasifica en control convencional vertical y control convencional

²⁶⁰SUDRE, Frederic. “Droit européen et international des droit de l’homme” ,7° ed., Presses Universitaires de France, París, 2005, p.198 y ss.

²⁶¹ALBANESE, Susana. “La internacionalización del Derechos Constitucional y la constitucionalizarían del derecho internacional”. Editorial Buenos Aires. 2008. Pág. 144.

²⁶²SAGUEZ pedro ernesto, vis pag 283.

²⁶³BAZAN, Vctor. Estimulando ssinergia de dialogos jurisdiccionales y control de convencionalidad. En Eduardo Ferrer Mac Gregor (coord) El control difuso de la convencionalidad. Dilogo de la Corte Interamericano de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Queretaro: Fundap, 2012. p. 12 y ss.

horizontal²⁶⁴. Sin embargo para mejor entender se clasificaría en: Control convencional supranacional y control convencional nacional.

5.2.3.2.4.9.16.a. Control convencional Internacional, vertical o supra nacional. Es la que surge a partir de un ordenamiento supranacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la CIDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efecto erga omnes, es decir, que vinculan a todos los tribunales nacionales de la región, quienes tienen un margen de apreciación nacional, que les permite aplicar la doctrina convencional de la CIDH según estimen conveniente. Consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normatividad del derecho nacional resulta compatible con la convención interamericana de derechos humanos. En caso no lo sea la CIDH, exhorta al Estado transgresor la reforma, abrogación o inaplicación de esa norma o supresión de esa praxis jurisdiccional... Para ello la corte recomienda o vía jurisprudencial, impone al Estado agresor tomar medidas legislativas o de otro carácter para lograr la finalidad. En el caso nuestro por ejemplo se exhorto el cambio de legislación del juzgamiento con jueces sin rostros para garantizar la transparencia de un juez independiente e imparcial.

²⁶⁴Fundamento 14 de la sentencia del Expediente o4617-2012-PA/TC. Caso Panamericana Televisión S.A.

5.2.3.2.4.9.16.b. Control convencional Interno, horizontal o nacional. Es Ejercida por los tribunales nacionales de cada país (control difuso) cuyos efectos son solo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales (tratados jus cogenso jurisprudencia de la corte IDH) antes que su normatividad interna. Consiste en la obligación de verificar la compatibilidad de la norma interna que se aplican a casos concretos a las convenciones supranacionales, a su jurisprudencia supranacional y a sus opiniones consultivas.

5.2.3.2.4.9.17. Tratados Internacionales que colaboran con la actividad probatoria.

La necesidad de buscar la cooperación internacional para superar los obstáculos de incompetencia territorial por el principio de soberanía, data desde la década de los años mil novecientos setenta. Lo que motivo a los plenipotenciarios de los Estados latinoamericanos a suscribir:

1.- En la república de Panamá, el treinta de enero de mil novecientos setenta y cinco “La Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero” para casos civiles y comerciales. Mediante el cual se permitía el diligenciamiento de la prueba solicitada por el estado requirente, que debería cumplirlo el Estado requerido, conforme al exhorto o carta rogatoria remitido a la Autoridad Central.

Diligencias que también podrían ser extensibles a los casos criminales conforme lo prevé el Art. 15 del citado texto internacional.

2.- “Convención Interamericano sobre prueba e información acerca del derecho extranjero”, suscrita en la ciudad de Montevideo, república de Uruguay el ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve. Cuya finalidad es la obtención de elementos de pruebas e información acerca del derecho de cada uno de ellos. Mediante este instrumento internacional los estados partes proporcionaran a las autoridades de los estados que lo solicitaren, los elemento probatorios o infórmenos sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho.

3.- Diez años después con la finalidad de perfeccionar la cooperación se celebró el “**Protocolo Adicional a La Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero**”, suscrito en la ciudad de La Paz Bolivia el veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

4.- Finalmente en 1992 ante el avance de la criminalidad se celebró “La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal” en la que se amplía los ámbitos de aplicación, mantiene la colaboración en cuanto a la comparecencia de testigos y peritos, y se facilita al Estado requirente la obtención de copias de los documentos, antecedentes o informaciones de carácter público que obren en los organismos o dependencias gubernamentales del Estado requerido.

Analisis de casos.

- Caso del expediente 203-200-P. De la Sal Penal de Jaén.

Se trata del análisis de la sentencia emitida con fecha cinco de julio del 2012, sobre Tráfico Ilícito de Drogas, contra el sentenciado OLGHER BERNAL CABADA por habersele encontrado reunidos con los demás co procesados tratando de comercializar 9,880 Kilos de látex de amapola, razón porque falla condenándolo a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por haberse acogido supuestamente a la confesión sincera, por ser un modesto peón agrícola y sin bienes de fortuna. Sin embargo al no ser real los supuestos que sustentan la sentencia el Ministerio Publico, en base al principio de objetividad y teniendo en cuenta el acervo probatorio interpuso el recurso de nulidad, porque: I) No se configuraba el supuesto de confesión sincera (su declaración no fue espontaneo, oportuno, veraz ni contribuyo al esclarecimiento de los hechos ilícitos), porque a nivel policial el sentenciado negó su responsabilidad, en la anterior audiencia de juicio oral que se quebró por no haber concurrido a la lectura de sentencia en la que también negó los hechos por lo tanto su conducta procesal nunca estuvo destinada al esclarecimiento de los hechos, máxime si se logró su juzgamiento por haber sido capturado y puesto a disposición del Órgano Jurisdiccional. La Corte Suprema en la R.N. 2480-2012, al analizar los hechos y medios probatorios verifica que efectivamente no se daban los supuestos de una confesión sincera al no reunirse los requisitos de voluntariedad,

espontaneidad y veracidad. Razón por el cual Revocaron la pena impuesta y reformándola, aumentan la pena impuesta a 7 años.

- **Analisis del caso del expediente 376-2009-P. De la Sal Penal de Jaén.** Se trata del análisis de la sentencia emitida con fecha veintiséis de julio del 2010, sobre homicidio calificado, emitida contra el sentenciado DILMER CABADA ARTEAGA y otros. En la que se le impone trece años de pena privativa de libertad como autor del delito de homicidio en agravio de LORENZO VÁSQUEZ OCHOA, por haberse acogido a la confesión sincera y absolviendo a los otros procesados ya que el sentenciado había confesado que había cometido el delito en complicidad con otras personas lo que el colegiado da por corroborado en base al oficio emitido por del penal San Rafael (ver considerando décimo séptimo), documento que nunca fue comunicado a las partes. Ante la falta de objetividad de la sala penal de Jaén, la fiscalía Superior interpone el recurso de nulidad solicitando se incremente la pena impuesta al sentenciado y se revoque el extremo absolutorio por las siguientes razones: Que el A quo, incorrectamente valoro como valido las declaraciones del sentenciado DILMER CABADA GUEVARA quien desvió la responsabilidad intelectual a otras personas sin valorar los demás medios probatorios (las declaraciones preliminares de los absueltos en donde admitieron los hechos con todas las garantías de ley, los que están corroborados con las llamadas telefónicas que entre ellos

se hicieron, los Boucher del envío de dinero como parte del contrato para dar muerte al agraviado, la compra de la moto lineal realizadas para preparar el crimen...), así como indebidamente valoró las declaraciones el procesado MENA GUEVARA, sin observar los criterios vinculantes de la Ejecutoria Suprema N° 3044 -2004. Asimismo la pena impuesta no es proporcional con el marco básico punitivo, no ha tomado en cuenta la gravedad del delito y el animus de lucro con el que actuó, no ha valorado su calidad de reincidente en la misma modalidad delictiva, no le corresponde acogerse al derecho premial de confesión sincera porque nunca colaboro con el esclarecimiento de los hechos, pues al contrario ha distorsionado la verdad. La Corte Suprema mediante la R.N. 3155-2010 DECLARÓ HABER NULIDAD, en la sentencia recurrida en el extremo que le impone al sentenciado 13 años y REFORMÁNDOLA la incrementa a 20 años y declaro NULA en el extremo absolutorio al verificar: que efectivamente el sentenciado actuó por el móvil de lucro, que la confesión sincera no fue suficiente para esclarecer los hechos ya que se contradecían con otras pruebas existentes razón por los cuales incrementa la pena impuesta; respecto al extremo absolutorio el Supremo Tribunal verifico que efectivamente el A quo, no realizo una correcta apreciación de los hechos, ni valoro en forma debida el material probatorio existente para determinar la situación jurídica de los otros acusados absueltos y justifico, por lo cual declaro nula la absolución y ordena que otra sala realice un nuevo juicio oral.

CONCLUSIONES:

- Los principios en la actividad probatoria son mandatos de optimización que permiten la realización del derecho fundamental de la prueba, del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Son obligaciones impuestas al Juez.

- En el Proceso Penal peruano además de los principios que se indican en el Inc. 2 del Art. 1 del T.P.; del Inc. 1 Art. 356 (oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez) y del Art. 139 de nuestra Constitución política, también son: libertad probatoria, Debido proceso, Igualdad, Aportación de Partes, Obtención Coactiva de los Medios Probatorios, concentración, Comunidad o Adquisición de la Prueba, Originalidad e Imparcialidad, objetividad, coherencia, congruencia, exhaustividad, razonabilidad, lógica y proporcionalidad. Asimismo, los principios de la lógica jurídica que ayudan a la correcta argumentación de la motivación de la actividad probatoria son: Identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente. También la criminalística colabora con la actividad probatoria aportando con sus principios de intercambio, correspondencia y reconstrucción. Y los principios de la ciencia que se dan según el caso, los que están estandarizados por los Convenios Internacionales, son mandatos de optimización que deben cumplir el juzgador

- Se verifica que cuando no se respetan los principios de la actividad probatoria y de la lógica jurídica, **acarrea la nulidad** de lo actuado porque atentan contra: el debido proceso ya sea en sus dimensiones (formal y/o sustancial), con ello se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la prueba. Son mandatos de optimización imprescindibles que debe cumplir el juzgador.

- Cuando el Juez no respeta los principios de independencia e imparcialidad y se deja influenciar por motivaciones interna o externas viola el debido proceso. Esto es cuando se deja llevar por el subjetivismo, por su ideología; o cuando se deja influir por entorno amical, social político, económico, laboral y no resuelve con objetividad. Viola el debido proceso.

LAS REGLAS, son normas perentorias de obligatoria observancia para las partes del proceso, su cumplimiento van a permitir a las partes a gozar en su plenitud del derecho a la prueba por medio de su admisibilidad, caso contrario, dicho derecho le será limitado y el material probatorio excluido. Al menos en nuestro derecho procesal penal formal. Por lo tanto, las reglas son límites normativos que ordenan la actividad probatoria las que podemos clasificar en: i) **De admisibilidad** son: La Pertinencia, Conducencia, La Utilidad o relevante, Legalidad o Constitucionalidad; ii) **De exclusión**: La Preclusión, La Formalidad, Veracidad, Legitimidad; iii) **Limitativas** el derecho a guardar silencio y iv) **Especiales** por la calidad y familiaridad del declarante.

Su incumplimiento no genera nulidad pero si limita su valoración en la actividad probatoria.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los jueces y fiscales del ámbito penal, que observen imprescindiblemente los principios de la actividad probatoria, a fin de evitar nulidades de sus actos procesales, para no enturviar la prueba y evitar se genere impunidad con el objetivo de dar una buena impartición de justicia.
- También a las partes procesales se les exhorta observar las reglas de la actividad probatoria para que puedan gozar en su plenitud del derecho a la prueba sin limitaciones.
- Se sugiere que en las universidades se enseñen los principios del derecho procesal desde la perspectiva de la filosofía del derecho, a fin de valorar la gran importancia de cada uno de ellos y su influencia, para respetar el debido proceso e impartir una correcta justicia, pudiendo tener como referentes a Robert Alexy, Manuel Atienza y Ronald Workin. Carencia de conocimientos que viene advirtiendo el Consejo Nacional de la Magistratura en sus exámenes.
- Recomendar a los Magistrados del Poder Judicial no olvidarse de su rol y principio de “buscar la verdad”. Pues parece que hay un sector que han convertido el proceso penal como un arbitraje, pues sólo se limitan a verificar si se cumplen ciertos requisitos, olvidándose del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de ambas partes. Estos magistrados resuelven conforme al sistema anglosajón, cuando en realidad pertenecemos al sistema eurocontinental en donde su prioridad es la búsqueda de la verdad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- ACADEMIA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA. Jurisprudencia sobre la aplicación del Nuevo Código, Procesal Penal, Editora Diskcopy, Lima 2012.
- ACADEMIA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA. CÓDIGO PROCESAL PENAL MANUALES, OPERATIVOS. Editorial Súper Grafica. LIMA 2007.
- ALBANESE, Susana. “La internacionalización del Derechos Constitucional y la constitucionalizarían del derecho internacional”. Editorial Buenos Aires. 2008.
- ALISTE SANTOS, Tomas Javier, la motivación de las resoluciones judiciales. Madrid Marcial Pons, 2010.
- ANGULO ARANA, Pedro.2006. La Investigación del Delito en el Nuevo Proceso Penal. Lima, Gaceta Jurídica S.A.175p., citando a LÓPEZ CALVO, Pedro y GÓMEZ SILVA, Pedro.2000. Investigación Criminal y Criminalística. Temis Bogotá, 2000
- APOLO RAMÍREZ, M. La sana critica en la prueba testimonial, Edino, Guayaquil, 1993.
- AROCENA. A. BALCARCE I. CESANO J. “Prueba en proceso penal”. Buenos Aires: Ed. Depalma, 2009,
- ASECIO MELLADO, J.M. “La prueba, Garantías constitucionales derivadas del Art. 24.2 Revista del Poder Judicial N° 4, diciembre 1986.
- ATIENZA, Manuel. Y Juan Ruiz Manero. Sobre principios y reglas. En Doxo, cuaderno 10, 1991.
- BAZAN, Víctor. Estimulando sinergia de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad. En Eduardo Ferrer Mac Gregor (coord) El control difuso de la convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericano de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Querétaro: Funda, 2012.
- BARGIS, M. “Note in tema di prova scientifica nel processo peenale”, Revista di Diritto Processuale, vol. 66, 2011..
- BARONA VILAR. S. *La prueba*. En “Derecho jurisdiccional III- Proceso Penal. Varios

- autores. Valencia: Tiranto lo Blanch, 2001.
- BINDER, A. M. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2º Edición, 3º Reimpresión Ad Hoc Buenos Aires 2004, p. 286-287.
 - CAFFERETA NORES. "La prueba en el proceso penal". Buenos Aires: Ed. Depalma, 1986.
 - CAFFERATA NORES, José; Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas. Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1998.
 - CAFFERATA NORES, José I. La prueba en el proceso penal. Tercera Edición. Ediciones. DEPALAMA. Buenos Aires 1998.
 - CARNELUTTI. "Lecciones sobre el proceso penal". Buenos Aires: Ed. Ejea, 1950.
 - CAROCCA PÉREZ, Alex. Manual del Nuevo sistema procesal penal. Lexis Nexis. 3ra. Edic. Santiago 2005.
 - CLARIA OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Buenos Aires, T V. 1966.
 - CLEMENT DURAN, Carlos. La Prueba Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2º Edic. 2005.
 - COLOMBIA MINISTERIO PÚBLICO. 2004. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Fiscalía General de la Nación. 12p.
 - CORDÓN MORENO, Faustino. Introducción al Derecho Penal. 2º ed. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1995.p.130
 - CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín. (1990) Derecho Procesal. Tomo II. 3ra. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
 - CERVINI, Raúl. La cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección. En ÁLVAREZ. Carlos (ed.). Curso de Cooperación Penal Internacional. Rio de Janeiro, 1994, p. 20 y ss.
 - COUTURE, E. J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Declama, Buenos Aires, 1988.
 - CUBAS VILLANUEVA, Victor. El proceso penal. Lima: Palestra, 1997,
 - CUELLO IRIARTE, Gustavo. Derecho probatorio y pruebas penales. Legis editores S.A. Bogotá 2008
 - CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Volumen I. Editorial Forum 1995

- DE URBANO CASTILLO, Eduardo. El principio de contradicción en el proceso penal en diario La Ley. Año XXIII, N° 5474. Madrid, lunes 4 de febrero del 2002.
- DOXA – CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Publicaciones Periódicas, Universidad de Alicante, N° 08, 1990.
- ECHANDIA DEVIS. H. *Teoría General de la Prueba Judicial*. T.I. Buenos Aires: Zavalía, 1972,
- DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, Compendio De La Prueba Judicial, Editorial Rubinsal-Culzoni. T.I. Buenos Aires 1984.
- ESPARZA. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid 1993.
- ESPINOZA GOYENA, Julio Cesar. Modulo cuatro en diplomado Internacional "El sistema Acusatorio Pernal" Academia de la Magistratura marzo- junio del 2009.
- ESPINOZA GOYENA, Julio C. Módulo IV La Prueba, Academia de la Magistratura. Lima. 2009.
- FERRAJOLI, Luigi: DERECHO y RAZÓN- TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL, Ed. TROTTA, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid. 1995.
- FERRER BELTRÁN, La valoración racional de la prueba. Editorial Marcial Pons. Madrid 2007.
- FLORIÁN, Eugenio. De las pruebas penales. T.I. Temis, Bogotá, 1976.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna" cuadernos del Seminario cultura mexicana. México 2009.
- GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las Pruebas en el proceso penal. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Segunda Edición, Editorial Marcial Pons. Madrid 2004.
- GERMAN, Albar y CANCADO trinidad, Antonio. "Reflexiones sobre el sistema interamericano de derechos humanos", en El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Cox Editores, Costa Rica 1998

- GIANFORMAGGIO, Litzia. Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio, en: La Prova nel Processo Civile. Quaderni del Consiglio Superiore de la Magistratura. 1999. Vol. II, p. 490.
- GUIDO CLAS, Elisa María. El Perfil criminológico del Juez Prevaricador. Editorial Bosch. Barcelona 2003
- GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal T. II. Tirant lo Blanch, Valencia 1990
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CANTENA, Víctor; CORTES DOMINGUEZ, Valentín: Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 1996.
- GOMEZ MENDOZA, Gonzalo. Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema. Tomo II. IDEMSA, 1996.
- HERNÁNDEZ MIRANDA. E, SALAS BETETA. C, ARBULÚ MARTÍNEZ, V., *op. cit.*, p. 9
- HORVITZ LENON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Ed. Jurídico de Chile. T.I. SANTIAGO 2004.
- IBÁÑEZ PERFECTO, Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, en Doxa, N 12,
- IGARTUA SALABARRIA, J. Valoración de la prueba, motivación y control del proceso penal. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- IGARTUA SALAVARRIA, Juan. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. Madrid Centro de Estudios Constitucionales 2003.
- JOAN PICO I JUNOY, Estudio sobre la prueba penal. V. I. La ley Madrid 2010,
- JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la prueba en materia Penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2002.
- LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es estándar, en: Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, N° 28 2005.
- LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel, jurisprudencia del proceso penal del sumario. Grijley. Lima 1999, p. 483.
- LEIBLE, Atefan, Proceso Civil Alemán. Trad. De la Konrad Adenauer Stiftung; Medellín, Biblioteca jurídica Dike, 1999,

- LEIBMAN, Enrico Tullio. Manual de derecho procesal civil.
- NATAREN NANDAYAPA. Carlos f. Imparcialidad objetiva y creación de causas de recusación no expresamente mencionados en la ley. A propósito de la sentencia 162/1999 del 27 de setiembre del Tribunal Constitucional Español, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/239/art5/.pdf>, p.77
- NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid Marcial Pons , 2010,
- MAIR, Julio B. J. Antología del proceso penal contemporáneo. Palestra, Lima 2008.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. 2da edición. EJEA. Buenos Aires, 1954.
- MATHEUS LÓPEZ, Carlos. Academia de la Magistratura, Material de autoaprendizaje base Derecho Probatorio.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio, Granada 1994.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: J.M. Bosch, 2003.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio. Jurista Editores. Lima 2012.
- MEROI, Andrea. La imparcialidad judicial, en Activismo y Garantismo Procesal, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina, 2009.
- MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Bogotá. Editorial Temis, 1989
- MIXAN MASS, Florencio. Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal. Trujillo: BLG, 1996.
- Montero Aroca, Juan. La prueba en el proceso civil, Segunda Edic. Madrid Civitas, 1998.
- MONTERO AROCA. Derecho Jurisdiccional. Cit., T. III (proceso penal) ed. 1991. pp. 35-37.
- MORAS MOM. J. "Manual de Derecho procesal penal. Juicio oral y público penal nacional". Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 219
- MORA MORA. Luis Paulino. En Investigación y prueba en el derecho procesal penal.

- Editorial Colex. Madrid 2006 p.
- Niklas Luhman. Fin y racionalidad en los sistemas. Trad. Muñis Nicolas J. Madrid Editora Nacional, 1983.
 - NÚÑEZ VÁSQUEZ. C. "Tratado de la prueba penal y del juicio oral". T.I. Santiago: Editora jurídica de Chile, 2009,
 - ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de derecho procesal penal. Lima. Alternativas, 1999.
 - ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho jurisdiccional. Tomo III Proceso Penal, con MONTERO ROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO. J. M. Bosch Editor. Barcelona. 1991.
 - PARRA QUIJANO, Jairo. La Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio. En: Material de Lectura del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, realizado en Lima, 20 y 21 de junio del 2008.
 - PERELMAN, Ch. Logique juridique, París, Dalloz, 1976, pág. 155
 - PÉREZ TREMPES. Pablo. "escritos sobre justicia constitucional", Porrúa, México, 2005,
 - PRIETO CASTRO Y FERNÁNDEZ, Leonardo. Derecho Procesal Penal, con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, HINOJOSA SEGOVIA Y MUERZA
 - ROSAS YATACO. Jorge. "Manual de derecho procesal penal". Lima: Grijely, 2003,
 - ROSAS YATACO, Jorge. Manual de derecho Procesal Penal, Edit. Juristas Editores. Lima 2009.
 - ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de derecho procesal penal, Instituto Pacifico. Lima 2013, Pág. 640. Vol. I.
 - PARRA QUIJANO. J. "Pruebas ilícitas" en *Ius et veritas*. N° 14. Lima: 1997
 - PARRA QUIJANO, Jairo. "El sistema filosófico probatorio de actual Código de Procedimiento Penal Colombiano, en memorias XIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Ediciones del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Volumen I, Bogotá, 1998.
 - REY CANTOR, Ernesto. Control convencional de las leyes y derechos humanos" , Porrúa. México, 2008.

- ROBERT ALEXY. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En Doxa cuaderno 5, 1988
- ROXIN, Claus: DERECHO PROCESAL PENAL, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- ROXIN, Claus. Derecho procesal penal” Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SAGÚES NÉSTOR, Pedro, JEA BODIN y la escuela española”. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina. Rosario, 1978 p.
- Sagúes, Néstor Pedro, en “Integración y desintegración del concepto de soberanía”, Tesis doctoral. Facultad de derecho, Universidad Complutense. Madrid 1966. Inédita a donde nos remitimos.
- SAGÚES, Pedro. La interpretación Judicial de la Constitución”. 2da. Edc. Lexis –Nexis. Buenos aires 2006.
- SUDRE, Frederic. “Droit européen et international des droil de l’homme” ,7° ed., Presses Universitaires de France, París, 2005.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de derecho procesal penal. Idemsa. Lima 2004.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. EDITORIAL IDEMSA. Lima 2009.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal. Edit. Grijley. Lima 2014. Tercera Edición.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal Lecciones. Editores Instituto Peruano de criminología y ciencias penales, y Centro de Altos Estudios en Ciencias Penales. Políticas y Sociales. Lima 2015.
- SCHONKE. Derecho Procesal Civil. 5TA. Edición, Traducción. PRIETO CASTRO. Editorial Bosch, Barcelona 1950.
- SCHMIDT, Eberhard: Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Editorial grafica argentina, Buenos Aires 1957.
- SILVA MOLERO, Valentín. La prueba procesal. Revista de Derecho Privado. 1963.
- SILVA MOLERO, Valentín. La prueba procesal. Revista de Derecho Privado. 1963.
- STEIN FRIEDRICH. El cocimiento privado del juez, Bogotá, Editorial Temis 1999.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Academia de la

Magistratura Lima 2009.

- TARUFFO, M. Libero convencimiento del giudice, Enciclopedia Jurídica, Roma, 1990.
- TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos (traducido por FERRE BELTRÁN JORDI). Madrid Trotta 3° Ed. 2009.
- TARUFFO, Michele, simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos, Madrid Marcial Pons, 2010. traducción de Daniela Accatino Scagliotti)
- TARUFFO, Michele, La Prova nelle Processo civile, Vol. II. p.44.
- URTECHO BENÍTEZ, Santos Eugenio: LOS MEDIOS DE DEFENSA TÉCNICOS y EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO, Ed. IDEMSA, Lima, 2014.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, (1986) Derecho Procesal Penal. T.II. Ed. Córdoba Argentina.

MATERIAL HEMEROGRAFICO:

- TARUFFO. M. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, Boletín mexicano de derecho comparado, año XXXVIII, núm. 14, setiembre-diciembre 2005. Pag.2, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/114/inf/inf13.htm>.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, En http://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1. Del 27 de enero del 2016

MATERIAL INFORMATOGRAFICO:

- <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/03/principios-del-proceso-penal-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal/> 18 / 08/ 2016.
- <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/03/principios-del-proceso-penal-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal>. Del 21 de enero del 2016.
- www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/eae599004678b1dd9f87df93776efd47/Principios+generales+que+rigen+la+actividad+probatoria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eae599004678b1dd9f87df93776efd47 03/08/2016
- <http://dle.rae.es/?id=KtmKMfe> del 22/08/2016.

- www.academiadederecho.org/uplod/biblio/contenidos/teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barr ios.pdf. Del 18 de julio del 2016.
- http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/d484tesis-aislada-_constitucional_-4.pdf
- <http://blogs.hoy.es/masalladelanoticia/2014/02/13/coherencia-congruencia/>
- https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-mla-autres-icc.pdf. 30/09/2015
- https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-mla-autres-icc.pdf. 30/09/2015
- <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28053-11.pdf> del 26-09-2106.
- EXHAUSTIVIDAD%20DE%20LA%20SENTENCIA.pdf

MATERIAL DE CONFERENCIAS:

- Conferencia Magistral Organizada por el Comité de damas de la Corte Superior de Justicia de Piura. Julio 2011. Auditorio de la Universidad de Piura.
- En la exposición efectuado por el Dr. VÍCTOR BURGOS MARIÑOS, en el mes de mayo del 2014 en la ciudad de Tumbes.
- CÁNTARO, Alejandro. "Sobre la imparcialidad de los jueces y su actividad probatoria en el proceso". Primer Congreso Derecho Procesal Garantista, Azul, Argentina 1999, disponible en [file:///server_avi/academia/conferencias Azul/Ponenc.../Sobre la imparcialidad de los jueces-A Cantaro.htm](file:///server_avi/academia/conferencias%20Azul/Ponenc.../Sobre%20la%20imparcialidad%20de%20los%20jueces-A%20Cantaro.htm)[05/04/2010].

Opinion Consultiva 04/84, párrafo 53.

Opinion Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999, párrafo 119.