

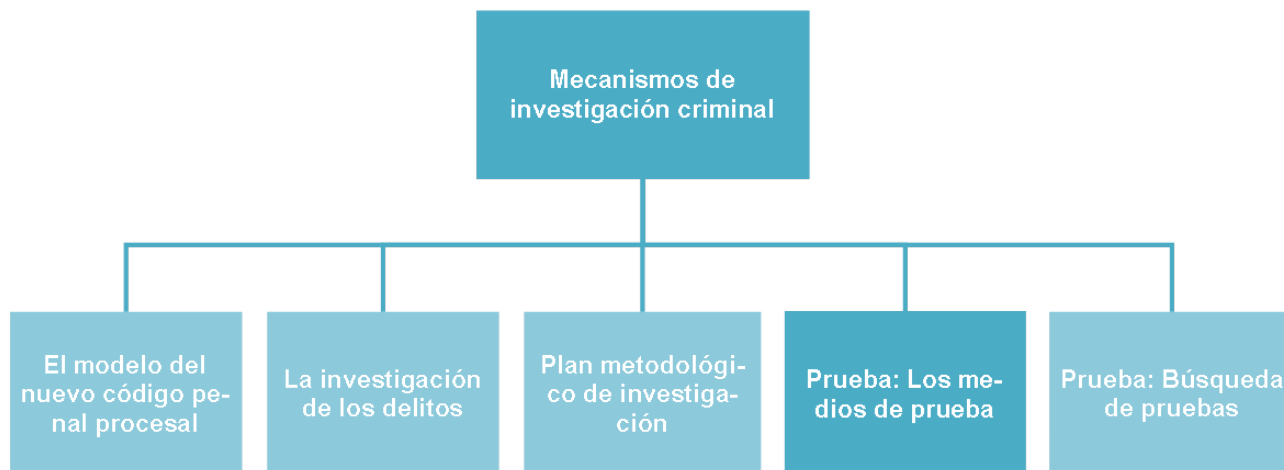


Tema 4

Prueba: Los medios de prueba



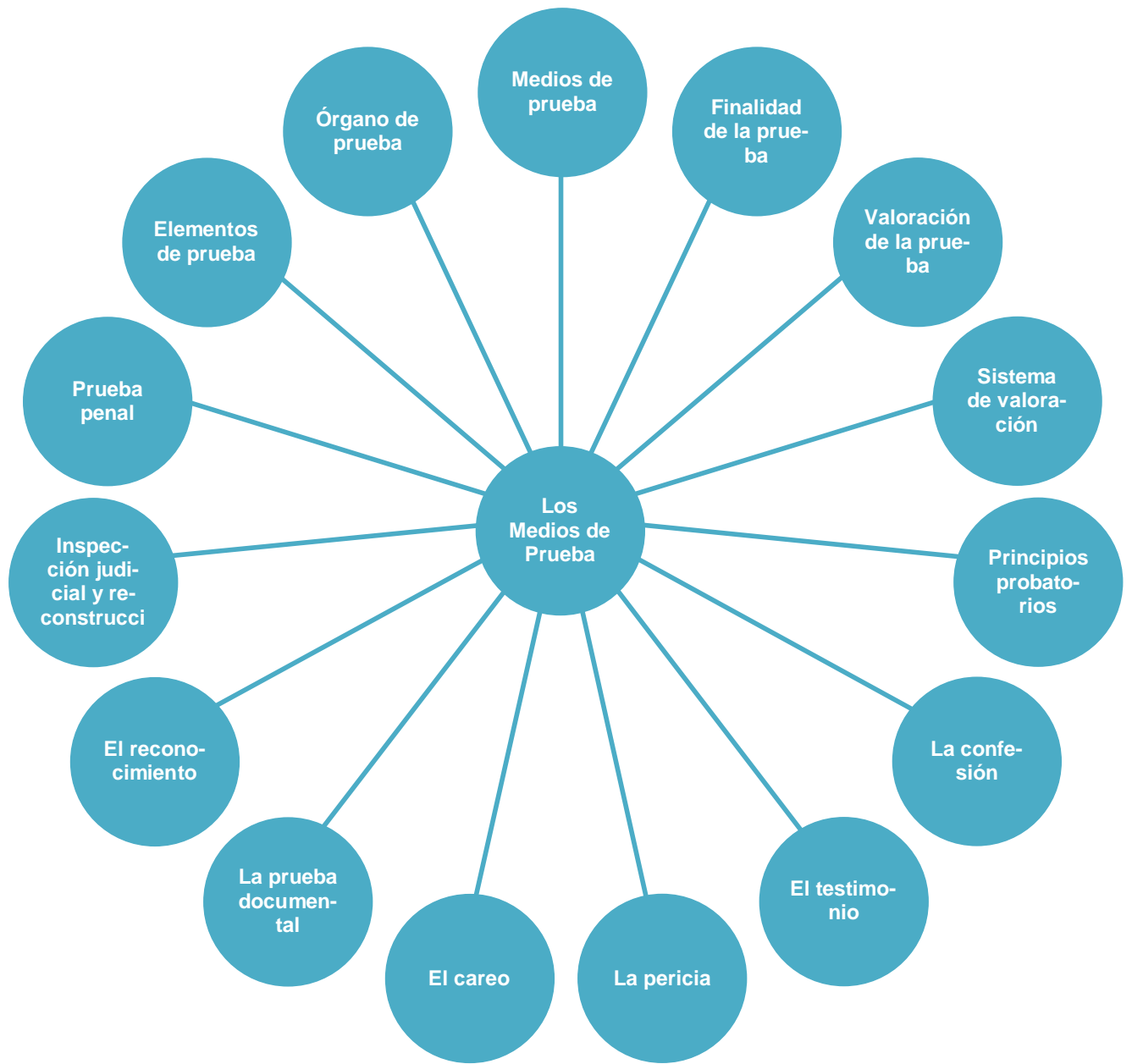
Tema 4



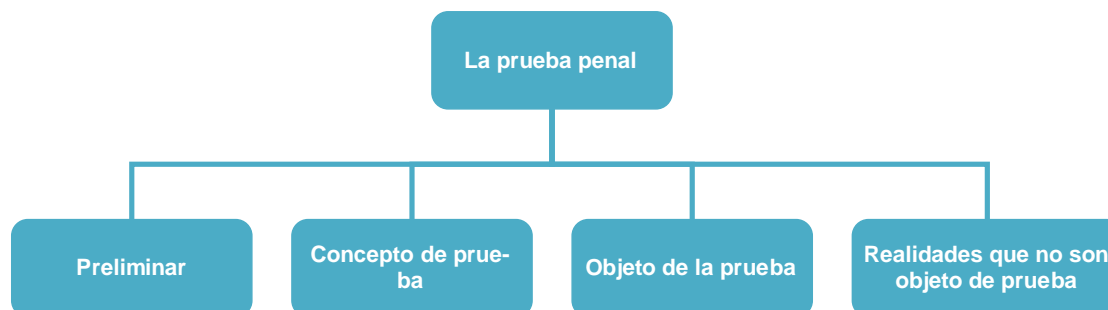
El proceso penal encierra el misterio de la mente humana y, por lo tanto, de lo desconocido. Una persona comparece ante otra para decidir “en conciencia”, en la suya, si la primera es culpable o inocente de lo que se le acusa. ¿Y eso cómo es posible? Pues a través de un sistema intelectual tan particular y subjetivo como el de cada persona. El mecanismo formal está constituido por un orden del proceder en virtud del cual se alega y se prueba lo que se puede, y que suele ser muy poco, y de manera limitada, porque los delitos, desde mucho tiempo antes a su comisión, tratan de ocultarse destruyéndose las pruebas.

44

⁴⁴ GÓMEZ DE LIAÑO, F. *La prueba en el proceso penal*. Oviedo: Forum, 1991, p. 13.



4.1 La prueba penal



4.1.1 Preliminar

El profesor español **Manuel MIRANDA ESTRAMPES** señala que uno de los primeros errores que se cometen al abordar el estudio de la prueba en el proceso es tratar de analizar el fenómeno probatorio como si fuera exclusivo del derecho procesal. La prueba como comprobación o verificación de la exactitud de una afirmación no es una actividad que se realice exclusivamente en el campo del derecho, sino que es, ante todo, una actividad del ser humano que tiene aplicación en otras ciencias extrajurídicas e, incluso, en la vida cotidiana. Es una actividad que se produce en todas las facetas o áreas en donde se desenvuelve la personalidad humana. Tiene, por consiguiente, un carácter metajurídico o extrajurídico. La noción de prueba trasciende, por tanto, el campo del derecho.⁴⁵

Hernando DEVIS ECHANDÍA enseña que, a diferencia de lo que ocurre con ciertas instituciones y conceptos jurídicos que atañen solo a determinada rama del derecho, como la procesal, la civil o la penal, **la noción de prueba no solo tiene relación con todos los sectores del derecho, sino que trasciende el campo general de este** para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive a la vida práctica cotidiana. El historiador, el cronista, el arqueólogo, el antropólogo, el biólogo, el agricultor o el ganadero, entre otros, en suma, **el investigador de cualquier campo y hasta el artista, imprescindiblemente deben probar los hechos, los resultados, los efectos y la causa de estos, reconstruyendo el pasado, analizando el presente y deduciendo el futuro.** Así también en la vida diaria, el padre de familia, el maestro, el enamorado, el amigo, el ama de casa y hasta los niños pretenden a diario probar sus actos o los de otros, o bien actúan sobre la base de que ya han probado los resultados de sus pequeños experimentos.⁴⁶

Abundando en este tema, **Carlos Eduardo FENOCHIETTO** asevera que el tema de la prueba es común y de uso diario en la vida de relación si observamos que la conversación, de un modo constante y hasta inconscientemente, gira sobre la

⁴⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 2003, p. 16.

⁴⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis, t. I, pp. 1 y ss.

base de proposiciones y afirmaciones de hechos y situaciones con la inmediata justificación del dicho, bien para afianzar el discurso o simplemente para justificar lo aseverado ante la negación o duda de nuestro interlocutor. Continúa explicando este autor que, al tratar de precisar el concepto de la prueba, necesariamente debemos centrarlo en el ámbito jurídico y, conforme nuestra organización política, dentro del "principio de legalidad" teniendo como destinatario el "conocimiento jurídico" de un hombre de derecho.⁴⁷

En resumen

En suma, la prueba procesal no es más que un aspecto de la prueba en general, que, en el mundo de los valores, se nos ofrece de un modo polifacético, que trasciende del campo del derecho al de la ciencia y de la vida ordinaria; es más, la prueba procesal no es sino el resultado de la probanza en la vida diaria y cotidiana.

Sin embargo, esta noción de prueba en general debe reducirse y concretarse en lo que ya se anotó: la prueba procesal y, específicamente, la prueba procesal en materia penal. Sobre esto, **FENOCHIETTO** considera cinco puntos:⁴⁸

- En el ámbito legal, la prueba se estructura sobre un complejo normativo integrado por un plexo de preceptos que ordenan desde los medios probatorios hasta su eficacia y valoración ante una eventual colisión entre ellos.
- Desde otro punto de vista, la teoría jurídica de la prueba se vincula inexorablemente al "conocimiento jurídico": un hombre de derecho, el jurista, sea el legislador en la prueba legal o bien el juez en el sistema de las libres convicciones, no recibe la prueba y como tal la tiene por buena. Todo lo contrario, en particular, el magistrado tiene el deber de apreciarla y valorarla conforme a la "sana crítica".
- Tal valoración previa se sustenta en una convicción exclusivamente jurídica y basada en la experiencia judicial, pues, de lo contrario, corre el riesgo de empequeñecerse frente a los expertos de las ciencias naturales que tratan de imponerle, en definitiva, hasta su lenguaje técnico.
- En efecto, las diferencias focales respecto del proceso judicial permiten señalar en los autores distintas concepciones del vocablo "prueba"; nos referimos a un sentido teleológico, en virtud del cual se subraya el resultado de la actividad probatoria, y un sentido instrumental, de modo que la prueba es el medio o instrumento con el cual se verifica la existencia de un hecho.

⁴⁷ FENOCHIETTO, Carlos Eduardo. *El juez frente a la prueba. La prueba, libro en memoria del profesor Santiago Sentis Melendo*. La Plata: Librería Editorial Platense, 1996, p. 39.

⁴⁸ *Ib.*, p. 39.

- La proposición precedente ayuda a comprender, continuando con la tesis de DENTI, que la “cientificidad de la prueba” no importa tanto al medio de comprobación ni al procedimiento de producción cuanto al conocimiento de la prueba científica al momento de su valoración por el juez, y arribar, así, al clásico dilema entre “verdad” y “certeza jurídica”: en busca de la primera, el sentenciador corre el riesgo de “cientificarse”, y olvidar, así, su tarea de fijar los hechos con el fin de aplicar la ley al caso juzgado.

4.1.2 Concepto de prueba

Para llegar a conocer el significado de la noción de prueba, es preciso, como paso previo, determinar el sentido etimológico de esta palabra. **SENTÍS MELENDO**, citado por Manuel MIRANDA ESTRAMPES, enseña que prueba deriva del término latín *probatio, probationis*, que, a su vez, procede del vocablo *probus*, que significa *bueno*.⁴⁹



Idea importante

Por tanto, lo que resulta probado es bueno, se ajusta a la realidad, y probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa.

Gran dificultad con que se tropieza al abordar el estudio de la prueba judicial nace de la variedad de acepciones que connota el vocablo de prueba en el derecho procesal. Así, **Antonio DELLEPIANE** considera lo siguiente:⁵⁰

- La primera dificultad es que se le usa en el sentido de *medio de prueba*, o sea, para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, con el fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria).
- En segundo lugar, entiéndase por prueba la acción de probar, de hacer la prueba, como cuando se dice que al actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados: actor *probat actionem*. Con ello, se preceptúa que es él quien debe suministrar los elementos de juicio de producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción, sin cuya demostración perderá su pleito.
- Por último, con la voz “prueba”, se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea, la convicción, la *certeza* acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento.

⁴⁹ SENTÍS MELENDO, Santiago citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria*, p. 15.

⁵⁰ DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Temis, 2002, pp. 7-8.

Así, tres son los aspectos esenciales desde los cuales se puede elaborar un concepto de prueba procesal:

- **Criterio objetivo**

Desde esta perspectiva, se considera prueba todo medio que sirve para llevar al juzgador al conocimiento de los hechos. Vale decir, que se conceptúa la prueba como todo instrumento o medio que se utiliza para lograr la certeza judicial. Como se aprecia, este posicionamiento doctrinario confunde a la prueba con los medios de prueba.

- **Criterio subjetivo**

Aquí, el concepto de prueba se considera al convencimiento o al grado de convicción que va a tener el juez, vale decir, el resultado de la actividad probatoria.

- **Criterio mixto**

Según este último criterio, que resulta de la combinación de las dos anteriores posturas, se define a la prueba como el conjunto de razones que suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, y que se deducen de los medios aportados.



Nuestro punto de vista

En conclusión, desde nuestra perspectiva, podemos conceptuar a la prueba como la actividad de los sujetos procesales dirigida a la formación de la convicción del juzgador sobre la existencia o no existencia de los hechos imputados.

CAFFERATA NORES explica que, en sentido amplio, prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, y que esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptuar a la prueba como 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.⁵¹

Para Víctor **CUBAS VILLANUEVA**, prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente. En el caso del proceso penal, esta hipótesis es la

⁵¹ CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba en el proceso penal*. Buenos aires: L.N. Depalma, 2003, pp. 11-12.

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 pueda servir para lograr este fin.⁵²

ORÉ GUARDIA 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 valoración.⁵³

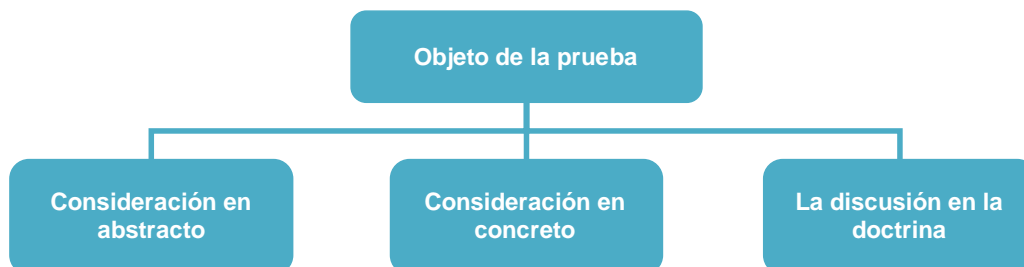
4.1.3 Objeto de la prueba



Tenga en cuenta

Objeto de prueba es aquello que puede ser probado, es decir, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba.

54



CAFFERATA NORES nos dice que el tema admite ser considerado en abstracto o en concreto.⁵⁵

- **Consideración en abstracto**
Desde este punto de vista, se examina qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal. Así, la prueba puede recaer sobre hechos naturales (caída de un rayo) o humanos-físicos (una lesión) o psíquicos (la intención homicida). También sobre la existencia y cualidades de persona (edad, nacimiento), cosas y lugares.
- **Consideración en concreto**

⁵² CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal*. Lima: Palestra, 1997, p. 302.

⁵³ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Alternativas, 1999, p. 279.

⁵⁴ CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba*, p. 21.

⁵⁵ Loc. Cit.

En el proceso penal, la prueba deberá versar sobre la existencia del “hecho delictuoso” y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado. Se dirigirá también a la individualización de los autores, cómplices o instigadores, en la que se verificará la edad, educación, costumbres, antecedentes, los motivos que lo hubieran llevado a delinquir, entre otros.

▪ **La discusión en la doctrina**

El profesor **ORÉ GUARDIA**, citando a **CLARIÁ OLMEDO**, respecto a la discusión sobre lo que puede ser considerado objeto de prueba, señala que el objeto de prueba no se debe limitar o coincidir con el aspecto fáctico del objeto procesal, sino integrarse con una serie de datos que rodean al hecho básico que se pretende jurídicamente relevante, datos que conducen a confirmar o a descalificar la alegación de las partes. Genéricamente, 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 prueba.⁵⁶

Sin embargo, **MIXÁN MASS** destaca la corriente de opinión que sostiene que es conveniente denominar “*thema probandum*” (tema de prueba) a lo que, en la práctica, resulta necesariamente objeto de la actividad probatoria en cada procedimiento penal en concreto. De modo que el *thema probandum* tiene como contenido los hechos concretos.⁵⁷

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 biopsíquica) o también como sujeto concreto en interacción con la sociedad, etc. Todos ellos lo son en cuanto constituyan el contenido de una imputación y sean materia de la consiguiente actividad probatoria, que, a su turno, se convierta en el contenido fáctico de la acusación, y del consiguiente debate, y, finalmente, se transformen en el *thema decidendus*.

De distinto criterio es **MIRANDA ESTRAMPES** al exponer que, cuando utiliza el término objeto de la 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.⁵⁸ En este sentido, se habla del objeto de la prueba con carácter genérico y abstracto, en contraposición al *thema probandum* o necesidad de la prueba. Cita este autor a **DEVIS ECHANDÍA** 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 sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada

⁵⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio Ob. Cit., p. 281.

⁵⁷ MIXÁN MASS, Florencia. *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*. Trujillo: BLG, 1996, pp. 343-344.

⁵⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria*, pp. 32 y ss.

proceso, en vista de las peticiones y excepciones de las partes o efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados”.



Idea importante

En suma, son dos las posturas doctrinales con respecto al objeto de la prueba, según se considere como objeto a los “hechos” o a las “afirmaciones”.

Un sector de la doctrina, mayoritaria tradicionalmente y que se puede denominar como la teoría clásica, considera a los hechos como objeto de prueba; otro sector entiende como prueba a las afirmaciones que las partes realizan en torno a dichos hechos (dentro de estos, se encuentra el citado MIRANDA ESTRAMPES, quien cita a CARNELUTTI como mentor de esta postura).



Nuestro punto de vista

Desde nuestra óptica, consideramos que el objeto de la prueba es el “hecho imputado” a una persona. Por ejemplo, cuando se tiene la noticia de la muerte de una persona que ha sido ultimada por disparos de arma de fuego en varias partes del cuerpo y se tienen algunos elementos de juicio que el autor de este delito ha sido un amigo, entonces, en la calificación que haga el fiscal provincial, va a circunscribirse que el amigo fue el que mató. Lógicamente, el denunciado y luego procesado va a negar o, de pronto, aceptar los cargos. Si negara los cargos, va a contradecir lo expuesto por el fiscal; entonces, este último tratará de probar que sí lo hizo. Si el objeto de la prueba son las afirmaciones alegadas por cada sujeto procesal, no habría más que investigar y probar que el procesado fue el autor de la muerte.

Pero qué sucedería si, en el transcurso de la investigación judicial, aparece un testimonio que señala que la muerte fue ocasionado por dos personas, vale decir, por el amigo de la víctima y un primo de este último. Y el autor, al verse descubierto, acepta que efectivamente fue él y su primo quienes mataron por un ajuste de cuentas. Entonces, concluimos que objeto de la prueba no son las afirmaciones de los sujetos procesales, sino son los hechos imputados, es decir, tenemos que probar que hay o existe un evento delictivo (materialidad del delito), así como que existe o no la responsabilidad penal del imputado. Por ejemplo, para el delito de homicidio, que efectivamente exista la muerte de una persona (acta de levantamiento de cadáver) y que el motivo de su muerte haya sido producido por mano ajena (protocolo de necropsia, otros exámenes médicos, etc.).

En resumen

Vale decir, que, en el proceso penal, no se trata de lo que alega cada sujeto procesal, porque, en muchos casos, las afirmaciones son impertinentes, antojadizas, sobre todo cuando el procesado niega rotundamente ser el autor del delito imputado, pues, en el decurso de la investigación, puede advertirse la existencia de otras circunstancias que la rodean, y ello solo es posible cuando la investigación es amplia, abierta y no se circunscribe solamente a las afirmaciones alegadas.

Cuando decimos “hecho imputado”, se trata de un hecho que requiere necesariamente relevancia jurídica penal. Hecho imputado involucra la comisión de un delito (existencia de un delito y la responsabilidad penal).

GARCÍA RADA dice que todos los “hechos” relativos al delito deben ser acreditados en el proceso, pues sirven para que el juez se forme convicción. No le faltaba razón al maestro, pues, al momento de aplicar la pena, el juez tendrá en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal, que, entre otros, considerará las carencias sociales que hubiera sufrido, el agente, su cultura y costumbres, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, la naturaleza de la acción, los móviles y fines, condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.⁵⁹

4.1.4 Realidades que no son objetos de prueba

El artículo 156°.2 del Código Procesal Penal establece lo siguiente:

“No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio”.

⁵⁹ GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Sesator, 1982, p. 165.

Veamos cada una de ellas



a. Máximas de la experiencia

Constituyen máximas de la experiencia aquellas pautas de carácter general, que se forman y se transmiten de generación en generación. Tienen como fuente el conocimiento social reiterativo sobre sucesos naturales o las prácticas culturales que acontecen con carácter constante. Son una síntesis del proceso de abstracción (generalización) del saber colectivo y sirven para la comprensión, la explicación adecuada de sucesos, fenómenos, actos comisiones, abstenciones, etc. coincidentes con el tipo de experiencia que es objeto de la máxima. Por eso, una máxima de la experiencia vigente y pertinente al tema de investigación o de juzgamientos está exceptuada de la necesidad de prueba en lo que concierne a su veracidad.⁶⁰

Son principios conocidos y aplicados en determinada zona cultural. Son normas de criterio para el entendimiento del juez.

MIXÁN MASS (OB. CIT., PP. 351-352) los clasifica en sentencias (“no es más sabio aquel que más sabe, sino aquel que sabe mejor”), aforismo y proverbios (“no hagas a otro lo que no quieres que hagan contigo”).

b. Leyes naturales

Son reglas de conducta basadas en la propia naturaleza del hombre y de la sociedad, por lo que no necesitan probarse.⁶¹

La naturaleza está constituida por todos los seres, tantos orgánicos como inorgánicos, que forman ese inmenso conjunto de lo que ha nacido por sí, de

⁶⁰ MIXÁN MASS, Florencio. *Categorías y actividad probatoria*, p. 350.

⁶¹ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. Cit., p. 293.

lo oriundo de sí y entregado a su propio crecimiento. Las relaciones que entre tales seres se establecen se expresan mediante proposiciones enunciativas que se denominan leyes. Estas leyes traducen vínculos de tipo causal, que, a determinadas condiciones, se hallan siempre unidas determinadas consecuencias. Sin embargo, las leyes de la naturaleza no son tan rigurosas y, muchas veces, se apoyan en probabilidades, lo que ha llevado a los científicos a considerarlas como expresión de relaciones relativamente constantes y relativamente invariables de los fenómenos.⁶²

Por ejemplo, pensemos en el caso de una piedra que cae de lo alto de un cerro y mata a una persona que se encontraba recostada al pie de dicho cerro. Si la piedra fue movida por un fenómeno natural (un sismo) y rodó, esto fue en virtud de la ley de la gravedad y dicho hecho es irrelevante penalmente. Sin embargo, si la piedra fue arrojada por una mano extraña, entonces el autor debe ser castigado en virtud de una norma que así lo establece ("no matar"). Entonces, la ley de gravedad no puede ser objeto de prueba, porque esta ya existe por sí misma, al margen de la voluntad humana.

c. Norma jurídica interna vigente

La razón por la cual la norma jurídica interna vigente no es objeto de prueba reside en que estas deben ser conocidas por los jueces y fiscales porque desempeñan funciones primordiales del Estado, como es aplicar las normas jurídicas positivas y los principios jurídicos para resolver conflictos sometidos a sus competencias.⁶³

De modo que ningún sujeto procesal puede pretender que una norma jurídica interna y vigente pueda ser objeto de prueba, toda vez que esta se encuentra positivizada y puede ser interpretada y aplicada al caso concreto.

d. Lo que es objeto de cosa juzgada

El acto u omisión o hecho que es objeto de una resolución legítima y definitiva inimpugnable se tiene como inmodificable, salvo el caso de los supuestos taxativos de "revisión de la sentencia".⁶⁴

Uno de los efectos inherentes a la fuerza preclusiva de la autoridad de cosa juzgada es lo que se conoce como *ne bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo). La aplicación de esta regla requiere de tres supuestos: que se trate de la misma pretensión punitiva (*eadem causa pretendi*, la misma causa a pedir), que haya identidad del hecho sobre el que decide la sentencia (*eadem res*, la misma cosa), y que haya identidad de persona (*eadem res*, la misma persona).

⁶² ALZAMORA VALDÉZ, Mario. *Introducción a la ciencia del derecho*. Lima, Eddili, Año 1987, p. 26.

⁶³ MIXÁN MASS, Florencio. *Categorías y actividad probatoria*, p. 360.

⁶⁴ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. Cit., p. 295.

SAN MARTÍN CASTRO señala que tampoco se prueba lo que es objeto de cosa juzgada, en vista de que no es posible reabrir actividad probatoria sobre unos hechos que ya han sido objeto de una decisión judicial firme, lo que constituye una garantía procesal específica, contemplada en el art. 14°. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta exclusión de la prueba de determinados hechos se sustenta en razones de seguridad jurídica.⁶⁵

e. **Lo imposible**

MIXÁN MASS precisa que la imposibilidad puede resultar de la inexistencia de aquello que se propone como tema o como medio de prueba; o que, siendo admisible según la creencia o la intuición, no es posible su demostración; o cuando se trata de probar algo que es contrario a una ley natural o a una regla de la experiencia o existe prohibición legal. Cita como ejemplos ordenar la testimonial de una persona ya fallecida o pretender demostrar que el imputado ha cometido delito por motivación del "diablo".⁶⁶ Nosotros agregamos otro ejemplo, que es frecuentemente alegado por el procesado, como invocar que pone de testigo a "Dios".

Conclusivamente, lo imposible encierra dos aspectos: imposibilidad física (o material) e imposibilidad jurídica.

Es esta última imposibilidad (jurídica) la que establece, por ejemplo, el artículo 135° del Código Penal, que prescribe:

"No se admite en ningún caso la prueba:

1. *Sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiere sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero.*
2. *Sobre cualquier imputación que se refiera a la intimidad personal y familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual o proxenetismo comprendido en los capítulos IX y X, del Título IV, Libro Segundo".*

f. **Lo notorio**

Son los hechos que, por su general y pública aceptación, no pueden ser ignorados, es decir, aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de las personas, con relación a un lugar o a un determinado grupo social y a un momento determinado.⁶⁷

En suma, los hechos notorios no exigen ser probados, por cuanto se trata de hechos públicos que son conocidos por todo el grupo social o en su gran mayoría, pues son de conocimiento general para cualquier persona de modo

⁶⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 1999, vol. II, pp. 807-808.

⁶⁶ MIXÁN MASS, Florencio. *Categorías y actividad probatoria*, p. 362.

⁶⁷ GARCÍA RADA, Domingo. *Ob. Cit.*, p. 167.

elemental, como, por ejemplo, que Fernando Belaúnde Terry fue presidente del Perú o que, en la actualidad, lo sea Alan García.

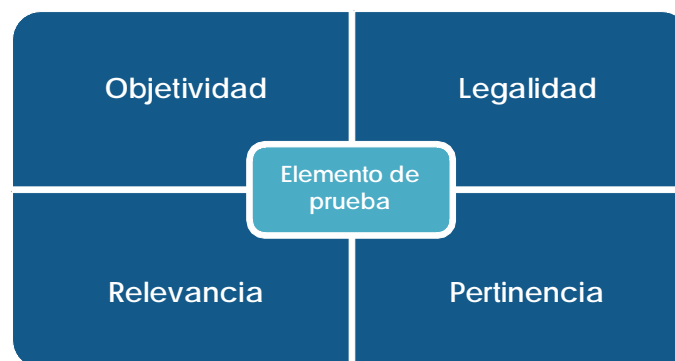
Ahora bien, los hechos notorios tienen algunas características como: a) no debe tomarse como concepto de generalidad o universalidad; b) tampoco equivale a conocimiento absoluto, sino, más bien, relativo; y c) no debe ser de conocimiento efectivo o real, porque no es necesario la observación directa del hecho (basta una información directa o indirecta). El juzgador debe tener en cuenta estos criterios con el fin de determinar si reúnen la calidad de hechos notorios o no.

4.2 Elemento de prueba

CAFFERATA NORES dice que elemento de prueba, o prueba propiamente dicha, 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.⁶⁸

Para **CUBAS VILLANUEVA**, es todo dato que proviene de la realidad y que se incorpora al proceso, por lo que el elemento de prueba es la propia prueba.⁶⁹

De la noción expuesta, se advierte que el **elemento de prueba** contiene las siguientes características:



- **Objetividad**, según la cual el dato debe provenir del mundo externo al proceso.
- **Legalidad**, en tanto sea presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido.
- **Relevancia**, cuando el elemento de prueba permita fundar sobre el hecho un juicio de probabilidad.
- **Pertinencia**, toda vez que el dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso, de modo que la relación entre el hecho o circunstancia que se requiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ella es conocida como "pertinencia" de la prueba.

⁶⁸ CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba*, pp. 13 y ss.

⁶⁹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal*, p. 305.

4.3 Órgano de prueba



Idea importante

Es la persona que, considerada como elemento de prueba, lo trasmite o incorpora al proceso penal con la finalidad de que el juez tome conocimiento y lo valore para resolver la cuestión, conforme a su libre criterio.

ORÉ GUARDIA lo conceptúa 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 a conocimiento del juez y, eventualmente, de los demás sujetos procesales.⁷⁰ **MARTÍNEZ RAVÉ** explica que los órganos de prueba están constituidos por las diferentes personas que, mediante sus actuaciones y su intervención en el proceso, permiten al funcionario tomar conocimiento del objeto.⁷¹

Su función es la de ser intermediario entre la prueba y el juez (por eso, a este último no se lo considera órgano de prueba). El dato conviccional que trasmite puede haberlo conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial (como es el caso del perito).⁷²

Un sector doctrinal distingue a la persona que tiene interés en el proceso y aquella que es extraña. Entre los primeros, están el procesado y el agraviado (o actor civil); entre los segundos, se encuentran el testigo y el perito.⁷³ Con el testigo, se practica el testimonio mientras que el perito rinde el dictamen o informe.⁷⁴



Nuestro punto de vista

Desde nuestro punto de vista, el imputado no puede ser considerado como órgano de prueba; es un participante más en el proceso, pero no objeto del proceso penal.

⁷⁰ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. Cit., p. 283.

⁷¹ MARTÍNEZ RAVÉ, Nombre. *Procedimiento penal colombiano*. Bogotá: Temis, 1990, p. 376.

⁷² CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba*, p. 19.

⁷³ GARCÍA RADA, Domingo. Ob. Cit., p. 173.

⁷⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit., vol. II, p. 811.

4.4 Medios de prueba



Idea importante

Es la forma o el método por el cual se obtendrá el conocimiento del objeto de prueba, vale decir, los instrumentos y conductas humanas, con los cuales se pretende lograr la verificación de los hechos imputados y así lograr la convicción del juzgador.

Para **CAFFERATA NORES**, medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso.⁷⁵

Los medios de prueba responden a la interrogante ¿cómo se prueba? Es decir, cómo los órganos hacen llegar su conocimiento al proceso penal.

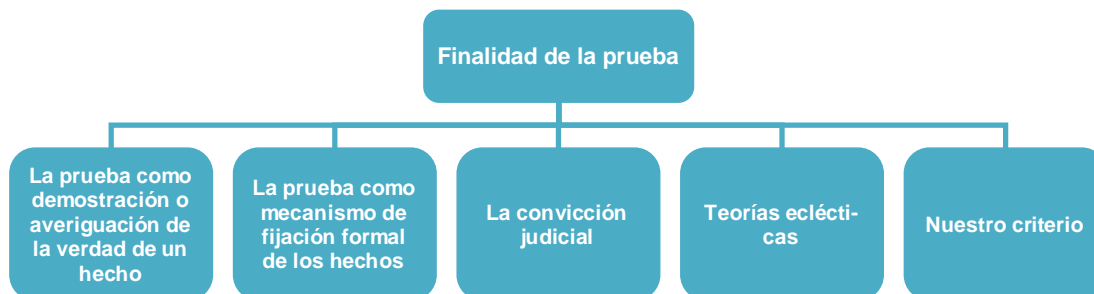
La enumeración de los medios probatorios no es taxativa sino meramente enunciativa. Así, el artículo 217° del proyecto de C.P.P. de 1991 prescribe que “el establecimiento de la verdad mediante el procedimiento se realizará empleándose todos los medios de prueba permitidos salvo que la ley prescriba medio especial. Solo se admitirán los medios de prueba que sean pertinentes, conducentes, legítimos y útiles. Podrán limitarse cuando resulten manifiestamente excesivos”. Asimismo, establece el artículo 221° del mismo cuerpo legal que “todo medio de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado al proceso conforme a ley”.

Dentro de este contexto, cada medio probatorio tiene una regulación específica en la ley procesal penal que informa el procedimiento a seguirse. De esta manera, se procura otorgarle mayor eficacia probatoria y garantía para los sujetos procesales, lo que permitirá obtener el argumento probatorio dentro del marco del debido proceso.

⁷⁵ CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba*, p. 20.

4.5 Finalidad de la prueba

MIRANDA ESTRAMPES desarrolla un prolijo estudio al respecto. Resumiremos brevemente los diversos posicionamientos doctrinarios expuestos por este autor.⁷⁶



4.5.1 La prueba como demostración o averiguación de la verdad de un hecho

El error parte de conceptualizar a la prueba señalando a la verdad como finalidad esencial de la prueba procesal, y afirmando que la prueba consistía en la demostración o averiguación de la verdad de un hecho (*probatio est demonstratio veritas*).

Quienes defienden esta corriente doctrinaria cometen un doble error. Primero, cuando se configura a la prueba como actividad de averiguación, al afirmarse que mediante la prueba se trata de averiguar la verdad. Segundo, porque se coloca a la verdad como fin de la prueba, con lo cual se traslada al ámbito del derecho procesal todos aquellos problemas que, en el ámbito filosófico, se plantean en torno al concepto de verdad.

Sostienen esta tesis Jeremías BENTHAM, Eduardo BONNIER, Francisco RICCI, Rafael DE PINA, Carlos MARTÍNEZ SILVA, Giovanni BRICHETTI, Antonio ROCHA ALVIRA y Joaquín RUIZ DE LUNA Y DIEZ, entre otros.

4.5.2 La prueba como mecanismo de fijación formal de hechos

Casi en la soledad, el maestro italiano FRANCESCO CARNELUTTI, frente a la anterior doctrina, señaló que la verdad es una sola, y que el fin de la prueba no es logro de la verdad, sino la fijación formal de los hechos controvertidos mediante procedimientos determinados. En realidad, esta teoría trataba de buscar una finalidad de la prueba que fuera común a los sistemas de valoración legal de la prueba y de libre comunicación.

En esta misma línea, Isidoro EISNER niega que, mediante el proceso, se alcance la verdad, incluso en el proceso penal. Mediante la prueba, lo que se pretende es la simple fijación de los hechos. En ningún caso, se pretende que los hechos acogidos como presupuesto de la decisión judicial sean rigurosamente verdaderos o reales.

⁷⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria*, pp. 36 y ss.

La objeción que se hace a la óptica carnelutiana es no mencionar el elemento subjetivo característico de la prueba procesal al omitir toda referencia a su destinatario, el juzgador, y al olvidar que, con la prueba, lo que se trata de obtener es su convencimiento.

4.5.3 La convicción judicial

DEVIS ECHANDÍA critica la tesis que antecede señalando que esta es incompleta, pues se trata precisamente de saber cuándo quedan esos hechos fijados en el proceso: si cuando se ha verificado la verdad de estos, o simplemente cuando se ha producido en la mente del juez o de acuerdo con la tarifa legal la certeza o el convencimiento sobre ellos. Este autor considera que el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.

Otros autores que siguen esta teoría son: Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, Santiago SENTÍS MELENDO, Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y Ricardo LEVENE. También se inscriben en esta línea Giuseppe CHIOVENDA, Vincenzo MANZINI, Gian Antonio MICHELI y Carlos LESSONA. En Alemania se encuentran SCHONKE y MITTERMAIER. Finalmente, en España, siguen esta postura Jaime GUASP, Carlos VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER y Valentín SILVA MELERO.

4.5.4 Teorías eclécticas

Se trata de una posición intermedia, entre la mera fijación formal de los hechos o de logro de la convicción judicial según los casos.

Así, tenemos a Emilio GÓMEZ ORBANEJA, quien postula que la finalidad de la prueba depende del sistema de valoración que de esta se adopte. Según él, cuando se opta por un sistema de libre valorización de la prueba, su finalidad es el logro del convencimiento del juez. Por el contrario, en los sistemas de valoración legal de la prueba, su finalidad es la mera fijación de hechos, con independencia del convencimiento.

La crítica a esta posición teórica es que cualquiera que sea el sistema de valoración de la prueba que se adopte la finalidad de la prueba será siempre el logro de la convicción judicial.



Nuestro punto de vista

Desde nuestro punto de vista, después de hacer un recuento sobre las diversas teorías esbozadas, coincidimos con MIRANDA ESTRAMPES en que la finalidad de la prueba no es otro que formar la convicción del juez, pero discrepamos en cuanto “a la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes en el proceso”, al considerar los hechos imputados por los sujetos procesales.

GIMENO SENDRA enfatiza que la finalidad de la prueba consiste en formar la íntima convicción del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación de su autor, con todas sus circunstancias, tal y como aconteció en la realidad histórica anterior al proceso.⁷⁷

4.6 Valoración de la prueba

La valoración o apreciación de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental en todo proceso y, por tanto, también en el proceso penal. Mediante esta, se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al proceso, mediante los medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción del juzgador.⁷⁸

En suma, la valoración es una operación intelectual que realiza el juzgador con la finalidad de establecer la eficacia conviccional que se infiere de los medios de pruebas.

Si el derecho a probar tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por los sujetos procesales, este resultaría ilusorio si el juez no apreciara razonadamente todos los medios probatorios actuados en el proceso con el fin de sustentar su decisión. De modo que uno de los derechos de todo sujeto procesal es que los medios actuados sean debidamente valorados por el juzgador, ya que, de lo contrario, se le estaría quitando toda su virtualidad y eficacia.⁷⁹

Para el maestro **MIXÁN MASS**, la valoración de la prueba es el acto procesal mediante el cual se determina cualitativamente el significado de los medios de prueba y su poder de presunción racional para resolver correctamente el caso.⁸⁰

⁷⁷ GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit., p. 372.

⁷⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria*, p. 105.

⁷⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo y PRIORI POSADA, Giovanni *Apuntes de derecho procesal*. Lima. Ara Editores, 2006, pp. 91-92.

⁸⁰ MIXÁN MASS, Florencio. *La prueba en el procedimiento penal*. Trujillo: BLG, 1995, p. 216.

4.7 Sistema de valoración de la prueba

CAFFERATA NORES indica que tres son los principales sistemas de valoración de la prueba:⁸¹



4.7.1 Prueba legal

Conocida también como prueba tasadl, donde es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, al establecer bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, al señalar los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).

Al respecto, **BUSTAMANTE ALARCÓN** y **PRIORI POSADA** explican que se trataba de un sistema en que la operación intelectual del juez y la razón eran dejados de lado con el fin de salvaguardar una imparcialidad y una seguridad jurídica mal entendidas. Sin embargo, como la realidad supera muchas veces el derecho, este sistema produjo un divorcio entre la justicia y la sentencia, pues, al mecanizar la actuación del juez, al impedirle formarse un criterio personal, muchas veces se declaraba como verdad una simple apariencia formal, lo que daba lugar a decisiones absolutamente irracionales.⁸²



Idea importante

En suma, este sistema propio de los pueblos germánicos y del proceso de tipo inquisitivo, soslayaba la posibilidad de operación intelectual del juez, al mecanizarlo en tan importante función, pues todo cae por su propio peso, al proscribirse este sistema.

4.7.2 Íntima convicción

En este sistema, no se establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o

⁸¹ CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba*, pp. 38 y ss.

⁸² BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo y PRIORI POSADA, Giovanni. Ob. Cit., p. 93

inexistencia de los hechos de la causa, y valora aquellas según su leal saber y entender. Otra característica de este sistema es la no obligación del juez de fundamentar su decisión judicial, de modo que esto conduciría inexorablemente a la arbitrariedad y, por ende, a la injusticia.

Este sistema acompaña al enjuiciamiento acusatorio puro, con sus tribunales populares o, modernamente, con el jurado clásico; la definición legal de la ley francesa de 1791, inmediatamente posterior a la Revolución, que introdujo el jurado, es la mejor caracterización posible: “la ley no pide una explicación a su convicción; ella no le prescribe ninguna regla a la cual ellos deben ajustar particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige preguntarse a ellos mismos en silencio y recogimiento, y buscar, en la sinceridad de sus conciencias, qué impresión han hecho sobre su razón las pruebas apostadas contra el acusado y los medios de defensa [...]”.⁸³

4.7.3 Libre convicción o sana crítica racional

CAFFERATA NORES dice que este sistema, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquel, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto racional de las pruebas en que se apoye.⁸⁴

Claro que si bien, en este sistema, no hay reglas que limiten las posibilidades de convencer al juez, pues goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano.



Idea importante

La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.

La libre convicción, por otro lado, exige la fundamentación o motivación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera y, con ello, la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica (exigencia externa).⁸⁵

⁸³ MAIER, Julio B. J. Ob. Cit., t. I, p. 870.

⁸⁴ CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba*, p. 40.

⁸⁵ MAIER, Julio B. J. Ob. Cit., t. I, p. 871.

4.8 Principios probatorios

Los principios que tienen una estrecha vinculación con el tema que se desarrolla con relación a la prueba prohibida son los siguientes:



4.8.1 Principio de libertad probatoria

Antes de entrar al análisis de este principio probatorio, debemos señalar que el Código Procesal Penal de 1991 recoge el citado principio en el artículo 191° cuando prescribe, en su primer párrafo, que *"el establecimiento de la verdad mediante el procedimiento se realizará empleándose todos los medios de prueba permitidos, salvo que la ley prescriba medio especial"*.

Al respecto, nos dice **CUBAS VILLANUEVA** que, en el proceso penal, todo se puede probar y por cualquier medio de prueba. Esto significa que no se exige la utilización de un medio determinado y, si bien se puede recurrir al que ofrece mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios. Se pueden emplear medios de prueba no reglamentados, siempre que sea adecuado para descubrir la verdad. Acota, por cierto, este autor que *la libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio*, pues este se concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes.⁸⁶

MIXAN MASS sostiene que la libertad de determinar qué medio de prueba es necesario tiene como límite la inidoneidad debido a que dichos medios atenten

⁸⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal*, pp. 311-312.

contra la dignidad humana o cuando sea impertinentes o evidentemente inútiles para el caso o si, por algún otro motivo, carecen de idoneidad.⁸⁷

El profesor chileno **Carlos DEL RIO FERRETI**, en cuanto a la libertad de medios, indica que si bien este sistema supone libertad de medios de prueba para acreditar los hechos y libertad para su valoración, también reconoce la necesidad de imponer criterios de limitación con fin de garantía. Ello tiene que ver esencialmente con el debido proceso y los derechos fundamentales de los intervinientes y de terceros en el proceso.⁸⁸

ALBERTO BINDER, por ejemplo, afirma que el principio de la libertad de medios de prueba y la búsqueda de la verdad histórica debe ceder ante el verdadero principio esencial y básico, que es el de la limitación de los medios de prueba o, como él dice, a las adquisiciones de la información, en homenaje al concepto de dignidad de la persona y sus derechos fundamentales.⁸⁹

Incluso dice este autor que, para sentenciar en todo sistema moderno, debiera haber prueba legal, pero en un sentido diverso al del sistema inquisitivo, esto es, más bien negativo y de garantía con la finalidad de impedir la formación de la convicción con ciertos elementos que violen ciertas normas o principios protectores. La legalidad de la prueba, desde esta óptica, tiene, más bien, por fin dar un marco ético-jurídico a la libertad de prueba.



En resumen

En suma, este principio se encuentra íntimamente relacionado con otros principios, que luego se pasará a estudiar, como la licitud de los medios probatorios, la pertinencia de los medios probatorios, entre otros.

4.8.2 Principio de la pertinencia de los medios probatorios

Desde el punto de vista de la actividad probatoria, la pertinencia consiste en la necesaria relación directa o indirecta que deben guardar la "fuente de prueba", el "medio de prueba" y la propia "actividad probatoria" con el objeto de prueba.⁹⁰

⁸⁷ MIXÁN MASS, Florencia. *Categorías y actividad probatoria*, pp. 183.184.

⁸⁸ DEL RÍO FERRETI, Carlos. *Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad*. En: Revista internauta de práctica jurídica, ISSN 1139-5885, N.º. 9, 2002.

⁸⁹ BINDER, Alberto. *El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva-destructiva de la prueba penal, justicia penal y derecho*. En Doctrina Penal, Buenos Aires: Depalma, Año 1989, pp. 22-23.

⁹⁰ Cfr. MIXÁS MASS, Florencia. *Categorías y actividad probatoria*, p. 172.

Interpretando en *contrario sensu*, tenemos que todo aquello que es extraño al objeto de la prueba resulta, entonces, impertinente para el caso concreto, hecho que no va a contribuir en nada a dilucidarlo.

El Código Procesal Penal de 1991 establece en su artículo 191º, segundo párrafo, que *“solo se admitirán los medios de prueba que sean pertinentes, conducentes, legítimos y útiles. Podrán limitarse cuando resulten manifiestamente excesivos”*.

BUSTAMANTE ALARCÓN dice que este principio exige que los medios probatorios ofrecidos guarden una **relación lógico-jurídica** con los hechos que sustentan la pretensión o la defensa; de lo contrario, no deben ser admitidos en el proceso o procedimiento. Los medios probatorios que resulten impertinentes deben ser rechazados de plano —*in limine*— por el Juzgador. Sin embargo, en el caso de que exista duda sobre su impertinencia por no ser tan manifiesta —por ejemplo, cuando los medios probatorios ofrecidos, pese a no guardar una relación directa con los hechos alegados, guardan una relación indirecta—, se puede admitir tales medios probatorios y diferir el pronunciamiento definitivo sobre su pertinencia o impertinencia para el momento en que se dicte la sentencia o el auto que resuelve el incidente, ya que la decisión inicial sobre la pertinencia no ata o vincula al juzgador.⁹¹



En resumen

En suma, la pertinencia de los medios probatorios son aquellas que recaen sobre hechos pertinentes, vale decir, relacionados con el objeto de prueba, sea en el principal, sea en el incidente, de manera que si fueran impertinentes, estas deben ser rechazados de plano por el juzgador, así como se debe prescindir de la actuación de las pruebas que se estimen innecesarias para resolver la cuestión de fondo.

4.8.3 Principio de la valoración de la prueba

La sentencia que ha de versar sobre la verdad de los hechos de la acusación tiene por base la prueba. Suministrar la prueba de los hechos del cargo, tal es la misión de la acusación; en cuanto al acusado, se esfuerza en hacer venir a tierra el aparato de las pruebas contrarias y presenta las que le disculpan. Un tercer personaje, el magistrado instructor, establece, por su parte, la prueba de diversos hechos decisivos en el proceso. Y, por fin, los jueces fundan su decisión sobre aquellos que miran como demostrados. Se ve, pues, que sobre la prueba gira la parte más importante de las prescripciones legales en materia de procedimiento criminal.⁹²

Dentro de este contexto, **Julio Eduardo ARANGO ESCOBAR** argumenta que el proceso penal solo se realiza con el proceso penal, pero la prueba tiene como función

⁹¹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo y PRIORI POSADA, Giovanni. Ob. Cit., p. 83.

⁹² MITTERMAIER, Karl. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Buenos Aires: Di Plácido, Año 1999, p. 4.

especifica darle el incentivo vigoroso de la verdad, habida cuenta que la decisión, la declaración que es fin característico del proceso, se hace realidad cuando las pruebas se dirigen a formar convicción.⁹³

Ahora bien, con relación a la valoración de la prueba, el profesor **ORÉ GUARDIA** explica que la valoración o apreciación de la prueba es la tercera fase de la actividad probatoria. Tiene su momento culminante en la sentencia definitiva, pero está presente a lo largo del procedimiento desde el auto de apertura del proceso. Agrega que la valoración de la prueba consiste en el análisis crítico del resultado del examen probatorio, vale decir, se trata de un análisis razonado del resultado de la prueba introducida definitivamente en el proceso.⁹⁴

Por su parte, **MIXÁN MASS** conceptúa a la valoración de la prueba como una actividad procesal eminentemente racional necesaria y determinante para resolver sobre el "*thema probandum*" e implica ineluctablemente dos fases sucesivas e inescindibles:⁹⁵

- a. Una actividad cognoscitiva rigurosamente escrutadora y selectiva dedicada a interpretar e identificar el significado de los medios probatorios válidamente incorporados en el proceso, considerando a cada uno ya sea en su mera individualidad o como componente de un conjunto de su clase o en contraposición con los demás y, al final, en relación sistemática con la totalidad acumulada de estos.
- b. El subsiguiente conocimiento alcanzado sobre el caso que permita afirmar haber descubierto la verdad concreta o la falsedad, o que se trata de una duda insoluble, y, por lo tanto, también de haber logrado al respecto la convicción (certeza) positiva o negativa como fundamento del sentido de la resolución a expedir.

4.8.4 Principio de idoneidad de la prueba

La aplicación de la idoneidad consiste en la exigencia de que la fuente de prueba, el objeto de prueba, el medio de prueba y el órgano de prueba deben reunir las condiciones tanto intrínsecas como extrínsecas para que se adecuen a la exigencia de la validez de la actividad probatoria, pues solamente un acto probatorio válido tiene, a su vez, la aptitud de tener eficacia.⁹⁶

BUSTAMANTE ALARCÓN señala que este principio supone que no exista una norma jurídica que impida el empleo de ciertos medios probatorios para acreditar un

⁹³ ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. *Valoración de la prueba en el proceso penal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1996.

⁹⁴ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. Cit., pp. 296-297.

⁹⁵ MIXÁN MASS, Florencio. *La prueba en el procedimiento penal*, p. 215.

⁹⁶ MIXÁN MASS, Florencio. *Categorías y actividad probatoria*, p. 173.

hecho determinado. No obstante, este principio y, sobre todo esta última afirmación, deben ser tomados con mucho cuidado.⁹⁷

Recordemos que estamos ante un derecho fundamental: el derecho a probar, y si bien el carácter limitado de este derecho permite al legislador establecer ciertas restricciones al mismo —por ejemplo, puede promulgar leyes que señalen limitaciones probatorias relativas a la no utilización, en una determinada vía procedimental, de ciertos medios de prueba—, su carácter fundamental lo convierte en un elemento esencial del ordenamiento jurídico con propia fuerza normativa. Por ello, resultará inconstitucional todo acto de poder —cualquiera sea su naturaleza— que lo lesione, por lo que se debe interpretar la ley en la forma más favorable a la maximización o viabilidad de su contenido.



En resumen

En suma, solamente la actividad probatoria que se concrete conforme a las exigencias del debido proceso tendrá consistencia y aptitud para alcanzar su finalidad; el órgano de prueba que reúna las condiciones apropiadas y que no se encuentre incurso en ninguna causal de incompatibilidad con el carácter constitucional será capaz de aportar normal y lícitamente el conocimiento que se busca por medio de él. De modo que el medio probatorio debe tener la aptitud jurídica y fáctica para constituir un nexo apropiado que traslade el significado de la fuente de prueba a la conciencia del operador congnoscente. La falta de idoneidad de la prueba erosiona la validez de la actividad procesal y, por tanto, deteriora la consistencia de la actividad probatoria.

4.8.5 Principio de la comunidad y/o unidad de la prueba

Según este principio, las pruebas se valoran en su conjunto, bien sea que se hayan practicado a petición de alguno de los sujetos procesales o por disposición oficiosa del juez.

Dentro de la vigencia de la *sana crítica* y en el marco de un proceso guiado por los principios inquisitivo en la etapa de la investigación y de la oficiosidad que busca la verdad real, es obvio que las pruebas sean patrimonio del proceso que tengan mérito a favor o en contra de quien las haya solicitado y que constituyan un solo haz para ser sometidas al proceso lógico de análisis y síntesis.

Durante la actividad probatoria, se incorporan en el proceso una pluralidad y diversidad de medios probatorios, lo que, para los fines de la valoración ("*apreciación*"), deben ser consideradas como una totalidad, como un solo

⁹⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynalldo y PRIORI POSADA, Giovanni. Ob. Cit., p. 85.

conjunto de lo diverso y múltiple. O sea, no se puede prescindir arbitrariamente de apreciar alguno de los componentes de ese conjunto unitario y complejo.⁹⁸

Continúa señalando **MIXÁN MASS** que, mediante el conocimiento acucioso y la apreciación crítica de la prueba, primero de modo singularizado (uno por uno) y, luego, de manera sistemática (relacionando unas con otras, contrastando lo contrastable), se descubren significaciones coincidentes total o parcialmente o incompatibles o ambiguas, útiles o inútiles, pertinentes o impertinentes, se identifican medios probatorios legítimos a los que carecen de legitimidad, etc.⁹⁹

La operación cognoscitiva aquí mencionada permite aglutinar los medios de prueba en clases y subclases, inferir las significaciones probatorias que permitan la síntesis de la significación probatoria que permita afirmar razonadamente (con auxilio de la Lógica) haber descubierto la verdad buscada o, por el contrario, la falsedad o el error, total o parcialmente, conclusión fáctica que, a su vez, determinará el sentido de la solución jurídica del caso.

4.8.6 Principio de licitud o legalidad de los medios probatorios

Según este principio, no pueden admitirse al proceso aquellos medios probatorios obtenidos en violación del ordenamiento jurídico.

ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ dice que son pruebas legalmente producidas las que han sido ordenadas o decretadas mediante auto proferido por autoridad competente y que además, han sido recogidas, practicadas y aseguradas conforme a las disposiciones que regulan, en particular, la recolección, práctica y aseguramiento de la respectiva prueba.¹⁰⁰

Por tanto, es ilegal y no puede apreciarse la prueba que no fue previamente decretada, o que se recogió o practicó sin observancia de las disposiciones legales que regulan la actividad procesal. Tampoco pueden apreciarse pruebas ilegalmente admitidas, como cuando se admite alguna por un medio probatorio distinto a los mencionados en la ley.

De lo que se trata es que la prueba se incorpore al proceso mediante la exigencia de una "*formalidad procesal*", que consiste tanto en el deber de observar como en el correlativo derecho de exigir el cumplimiento de los presupuestos, requisitos y modos procesales previstos jurídicamente para garantizar la validez de la actividad procesal y, en especial, la actividad probatoria.

⁹⁸ MIXÁN MASS, Florencio. *Categorías y actividad probatoria*, p. 185.

⁹⁹ Loc. Cit.

¹⁰⁰ ORTIZ RODRÍGUEZ, Alfonso citado por LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. *Tratado de derecho procesal penal*. Bogotá: Temis, Año 1982, t. I, p. 295.



Tenga en cuenta

Vale decir, implica el deber y el derecho de adecuar el comportamiento, tanto durante la investigación como en el acto de juzgamiento y de valoración de la prueba, a las prescripciones jurídicas válidas para la correcta concreción de la función fiscal y jurisdiccional, respectivamente, mediante la aplicación eficiente y eficaz del derecho en sus tres dimensiones: fáctica, normativa y axiológica.

4.8.7 Principio de la presunción de inocencia

El Estado democrático ha enarbolado la presunción de inocencia convirtiéndola actualmente en uno de los principios cardinales del sistema procesal. Además, su positivización como garantía del proceso y derecho fundamental nos lleva a explicarla en una triple consideración, de principio, garantía y derecho.

De modo que la presunción de inocencia se constituye en un principio y garantía que actúa como límite al poder persecutorio del Estado, además de ser un derecho fundamental, de exigir ser considerado inocente, mientras una sentencia judicial declare lo contrario.¹⁰¹

MIXÁN MASS nos dice que es una presunción *juris tantum*. Subsiste un tanto de probabilidad: quien es procesado es aún inocente mientras no se pruebe lo contrario mediante procedimiento que concluya con una condena definitiva.¹⁰²

La presunción de inocencia exige la necesidad de una *mínima actividad probatoria* para desvirtuar la presunción de inocencia. Esta actividad debe ser producida con las garantías procesales que, de alguna manera, puede entenderse de cargo, actividad probatoria que debe producirse en juicio.

La doctrina de la prueba mínima tiene su origen en la sentencia del Tribunal Constitucional de España en la sentencia n.º 31/1981, donde se declara que:

¹⁰¹ QUISPE FARFÁN, Fanny Soledad. *El derecho a la presunción de inocencia*. Lima: Palestra, 2001, p. 15.

¹⁰² MIXÁN MASS, Florencio. *Categorías y actividad probatoria*, p. 145.

“El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el artículo 741 de la LECrim, supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero, para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso la concurrencia de una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que, de alguna forma, puede entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la concurrencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el artículo 741 de la LECrim son las pruebas practicadas en el juicio; luego, el Tribunal penal solo queda vinculado a los alegado y probado dentro de él”.

La doctrina de la prueba mínima y legítima es asumida por la jurisprudencia nacional en algunas resoluciones; por ejemplo, en la sentencia expedida en el proceso 3218-97, del 7 de setiembre de 1998, donde se señala: *“que dicha presunción de inocencia exige para ser desvirtuada la exigencia de una mínima y suficiente actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales, es decir, con estricto respeto a los derechos fundamentales, que resulten racionalmente de cargo y de las que se pueda deducir la culpabilidad del acusado”*.¹⁰³

4.8.8 Principio del *in dubio pro reo*

Este principio impone que, en los casos en que, fruto de la actividad probatoria, el operador judicial no haya logrado convicción respecto de la culpabilidad del imputado, pero tampoco de su inocencia, deberá expedir una sentencia absolutoria.

Tanto el principio de la presunción de inocencia como el de *in dubio pro reo* son manifestaciones del principio general del *favor rei*. Ambas instituciones jurídicas tienen significaciones distintas pero no son excluyentes.

SÁNCHEZ VELARDE explica que el principio de inocencia constitucional crea a favor del ciudadano el derecho subjetivo a ser considerado inocente, mientras que el *in dubio pro reo* constituye principio general del derecho, que se dirige al juzgador como norma de interpretación para que, a pesar de haberse realizado actividad probatoria y existiendo duda en el ánimo del juez sobre la existencia de culpabilidad del acusado, este declare la absolución.¹⁰⁴

¹⁰³ URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad y ley de contumacia* En revista de Sociología Jurídica, n° 3. Lima, 1998, p. 122.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. Lima: Idemsa, 1994, p. 102.

4.9 La confesión

El término "confesión" proviene o deriva del latín *confessio*, que significa declaración que alguien hace de lo que sabe en forma espontánea.



Idea importante

La **confesión** es el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva ya deducida en su contra. En tal caso, se la suele denominar *simple*, en tanto que se la llama *calificada* si se le añade circunstancias capaces de excluir la responsabilidad penal (maté, pero en defensa propia) o atenuada (maté, pero violentamente emocionado). En esta última hipótesis, es posible, si se acredita (por elementos objetivos independientes) la inexistencia de la disculpa, aceptar el reconocimiento de participación en el hecho y valorarlo como prueba de cargo.

105

La confesión puede ser la común o la sincera. Cada uno tiene sus propias cualidades y características.



Idea importante

La confesión simple: para ser tal, debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado.

Ahora bien, solo tendrá valor probatorio cuando:

- Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción.
- Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas.
- Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado.

Si la confesión, adicionalmente, es *sincera* y *espontánea*, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, el juez, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal.

¹⁰⁵ CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba*, p. 159.

La jurisprudencia, en este tema, es abundante. Así, señala que “se entiende por confesión la declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias; en rigor, la confesión sincera importa la admisión del imputado de haber cometido una conducta penalmente típica, aun cuando contenga alegaciones encaminadas a atenuar o a excluir la pena; de allí que el confeso se haga acreedor no de una atenuante por un menor injusto o una menor culpabilidad, sino a un beneficio que opera como reducción de la penalidad y que se justifica por la ayuda que aquel ofrece, con su confesión debidamente sustentada, a la eficiencia de la administración de justicia” (R.N. N°3421-2004-Lima).

Así también, *“si es de apreciar de lo actuado que el procesado ha reconocido su culpabilidad en los hechos que se le imputan a nivel policial, instrucción y juicio oral, narrando la forma y circunstancias en que se produjo el evento delictivo, se encuentra incurso en la atenuante procesal de confesión sincera”* (R.N. N°3694-2002-Callao).

De igual modo, existe jurisprudencia al respecto para no aceptar la confesión sincera; así, *“las diferentes versiones brindadas por el encausado en la secuela del proceso no pueden ser consideradas como confesión sincera, ya que este incurre en una serie de contradicciones, negando los cargos en un lugar y aceptándolos en otro, por lo que estos últimos, a lo sumo, pueden ser considerados como mera admisión o adjudicación de cargos que no surten los efectos de una confesión sincera para reducir la pena por debajo del mínimo legal”* (R.N. N°2681-97-Lima).

De otro lado, se ha dejado constancia de que la aplicación de los beneficios de la confesión sincera no es obligatoria por parte del juzgador, al señalarse que *“el beneficio de la confesión sincera para los efectos de la disminución de la pena por debajo del mínimo legal, concordante con el artículo cuarenta y seis del Código Penal, que señala que la determinación de la pena es potestativo del juzgador, de acuerdo a las circunstancias de la perpetración del evento antijurídico, que, en cuanto a la calificación de la confesión, es necesario que esta sea sincera, como lo exige la ley, vale decir, que sea espontánea, veraz y uniforme y que demuestre arrepentimiento”* (R.N. N°3737-2002-Cusco).

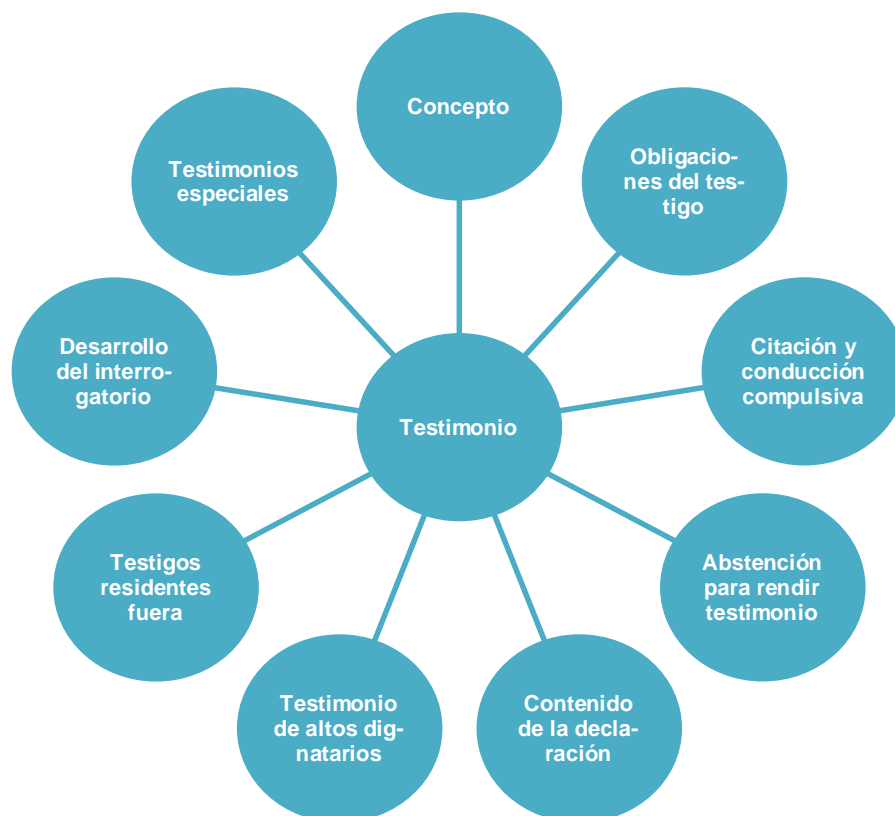
Sin embargo, otra jurisprudencia ha señalado su diferencia con el arrepentimiento, cuando se expresa que *“el Colegiado, al graduar la pena de manera indebida, ha considerado la atenuante de orden procesal de la confesión sincera, en razón que el encausado durante la secuela del proceso ha variado su versión de manera reiterada, sin favorecer al esclarecimiento de los hechos. La confesión sincera debe darse antes de que el inculpado haya sido descubierto; y no debe confundirse con el arrepentimiento o remordimiento, que no están reconocidos por la ley como factores de disminución de la pena. En el presente caso, no hay confesión sincera desde el punto de vista jurídico porque no hay evidencia del aporte del conocimiento de nuevos hechos a los ya descubiertos”* (R.N. N°3408-2002-Lima).

Otro fallo supremo ha señalado respecto a inaplicar la confesión sincera cuando obra prueba suficiente. Así, *“la facultad de atenuación de la pena a mérito de la confesión sincera solo es posible de ejercitarse si la prueba de cargo es de carácter indiciario y no cuando las pruebas son de tal magnitud que llevan a la plena certeza de la culpabilidad del encausado, siendo irrelevante que sea o no confeso”* (R.N. N°1742-2003-Cañete), pero también se inaplica cuando existe flagrancia: *“de ningún modo se justifica la reducción de*

la pena por debajo del mínimo legal sustentada en un criterio humanitario, arrepentimiento, discriminación en los penales por su condición de extranjero y el beneficio premial que contiene el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, si el agente fue hallado en flagrante delito y durante el proceso ha ofrecido versiones contradictorias, circunstancias que evidentemente lo descalificaban para acceder al beneficio procesal por confesión sincera" (R. N. N°3494-2003-Cono Norte-Lima).

Finalmente, se ha hecho un deslinde con la reparación civil, al establecer que "la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil —que no es una pena—, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal, que la naturaleza de la acción civil *ex delicto* es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan" (R. N. N°948-2005-Junín).

4.10 El testimonio



4.10.1 Concepto

Testimonio es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos.¹⁰⁶

Toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la ley.

Si para valorar el testimonio es necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias y, en especial, la realización de las pericias que correspondan. Esta última prueba podrá ser ordenada de oficio por el juez.

La valoración de las declaraciones testificales se realiza por el juez o tribunal que ha presenciado directa y personalmente tales declaraciones, viendo y oyendo a cada uno de los testigos comparecidos ante su presencia. Deben ser valoradas las circunstancias personales y las características de cada testigo, así como la manera de expresarse y narrar lo que presenció, y también si sus manifestaciones son verosímiles, y, en todo caso, han de confrontarse esas manifestaciones con las que, eventualmente, haya podido realizar con anterioridad durante la fase de la instrucción de la causa.¹⁰⁷

4.10.2 Obligaciones del testigo

Es regla general que toda persona citada como testigo tiene el deber de concurrir, salvo las excepciones legales correspondientes, y de responder con la verdad a las preguntas que se le hagan. De allí que la comparecencia del testigo constituirá siempre suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida simultáneamente para dar cumplimiento a obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza, y no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo circunstancia alguna.

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

Sin embargo, el testigo policía, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado no puede ser obligado a revelar los nombres de sus informantes. Si los

¹⁰⁶ *Ib.*, 94.

¹⁰⁷ CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, t. I, pp.141 y ss.

informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas.

4.10.3 Citación y conducción compulsiva

La citación del testigo se efectuará de conformidad con el artículo 129° del CPP 2004, esto es, podrán ser citados por medio de la policía, o por personal de la fiscalía o del juez. Cuando se trata de funcionarios públicos o de dependientes, el superior jerárquico o el empleador, según el caso, están en la obligación de facilitar, bajo responsabilidad, la concurrencia del testigo en el día y hora en que es citado.

El testigo también podrá presentarse espontáneamente, lo que se hará constar. Si el testigo no se presenta a la primera citación, se lo hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública.

4.10.4 Abstención para rendir testimonio

Podrán abstenerse de rendir testimonio el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él. Se extiende esta facultad, en la misma medida, a los parientes por adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes, aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial. Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte. Esto implica que necesariamente la persona testigo tiene que presentarse, pero no ocurre lo mismo con respecto a su declaración, ya que puede no rendir su declaración o decidir si hacerlo, en cuyo caso se procede a recibir su declaración.

Sin embargo, si están obligados a **abstenerse de declarar**, con las precisiones que se detallarán, quienes, según la ley, deban guardar secreto profesional o de Estado:

- a. Los **vinculados por el secreto profesional** no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre ellos, se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por ley expresa. Sin embargo, estas personas, con excepción de ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.
- b. Los **funcionarios y servidores públicos**, si conocen de un secreto de Estado, esto es, de una información clasificada como secreta o reservada, tienen la obligación de comunicarlo a la autoridad que los cite. En estos casos, se suspenderá la diligencia y se solicitará información al ministro del sector con el fin de que, en el plazo de quince días, precise si, en efecto, la información requerida se encuentra dentro de los alcances de las excepciones establecidas en el texto único ordenado de la ley de la materia.

Cuando la información requerida al testigo no se encuentra inculpa en las excepciones previstas en la ley de la materia, se dispondrá la continuación de la declaración. Si la información ha sido clasificada como secreta o reservada, el juez, de oficio o a solicitud de parte, en tanto considere imprescindible la información, requerirá la información por escrito e inclusive podrá citar a declarar al o los funcionarios públicos que correspondan, incluso al testigo inicialmente emplazado, para los esclarecimientos correspondientes.

4.10.5 Contenido de la declaración

La declaración del testigo versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba.

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

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

4.10.6 Testimonio de altos dignatarios



Las siguientes personas **declararán, a su elección, en su domicilio o en su despacho:**

- a. Presidente de la República.
- b. Presidente del Consejo de Ministros.
- c. Congresistas, ministros de Estado.
- d. Magistrados del Tribunal Constitucional
- e. Vocales de la Corte Suprema.
- f. Fiscal de la Nación, fiscales supremos.
- g. Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.
- h. Jurado Nacional de Elecciones.
- i. Consejo Supremo de Justicia Militar.
- j. Comandantes Generales de los Institutos Armados.
- k. Director General de la Policía Nacional.
- l. Presidente del Banco Central de Reserva.
- m. Superintendencia de Banca y Seguros.
- n. Contralor General de la República.
- o. Presidentes de la Regiones, cardenales.
- p. Arzobispos.
- q. Obispos.
- r. Autoridades superiores de otros cultos religiosos.
- s. Y demás personas que la ley señale.

El juez podrá disponer se reciba su testimonio por escrito, cursando el pliego interrogatorio correspondiente, el cual se elaborará a instancia de las partes.

Se procederá en la forma ordinaria, salvo el caso de los presidentes de los poderes del Estado y del Presidente del Consejo de Ministros, cuando el juez considere indispensable su comparecencia para ejecutar un acto de reconocimiento, de confrontación o por otra necesidad.

4.10.7 Testimonio de miembros del cuerpo diplomático

Y cuando se trata de los miembros del cuerpo diplomático o consular acreditados en el Perú, se les recibirá su testimonio, si están llamados a prestarlo, mediante informe escrito. Para tal efecto, se les enviará, por conducto del Ministro de Relaciones Exteriores, el texto del interrogatorio que será absuelto bajo juramento o promesa de decir la verdad. De igual manera se procederá si el agente diplomático o consular culminó su misión y se encuentra en el extranjero.

4.10.8 Testigos residentes fuera del lugar o en el extranjero



Cuando el testigo no reside en el lugar o cerca de donde debe prestar testimonio, siempre que resulte imposible conseguir su traslado al despacho judicial, se podrá disponer su declaración por exhorto.

De ser posible, y con preferencia, podrá utilizarse el medio tecnológico más apropiado, como la videoconferencia o filmación de su declaración, a la que podrán asistir o intervenir, según el caso, el fiscal y los abogados de las partes.

Sin embargo, si el testigo se halla en el extranjero, se procederá conforme a lo dispuesto por las normas sobre cooperación judicial internacional. En estos casos, de ser posible, se utilizará el método de videoconferencia o el de filmación de la declaración, con intervención —si corresponde— del cónsul o de otro funcionario especialmente habilitado al efecto.

4.10.9 Desarrollo del interrogatorio

Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento, y prestará juramento o promesa de honor de decir la verdad, según sus creencias.

No se exige juramento o promesa de honor cuando declaran las personas comprendidas en el artículo 166°.1, y los menores de edad, los que presentan alguna anomalía psíquica o alteraciones en la percepción que no puedan tener un real alcance de su testimonio o de sus efectos.

Los testigos serán examinados por separado. Se dictarán las medidas necesarias para evitar que se establezca comunicación entre ellos.

Acto seguido, se preguntará al testigo su nombre, apellido, nacionalidad, edad, religión si la tuviera, profesión u ocupación, estado civil, domicilio y sus relaciones con el imputado, agraviado o cualquier otra persona interesada en la causa. Si teme por su integridad, podrá indicar su domicilio en forma reservada, lo que se hará constar en el acta. En este último caso, se dispondrá la prohibición de la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella. La Fiscalía de la Nación y el órgano de gobierno del Poder Judicial dictarán las medidas reglamentarias correspondientes para garantizar la eficacia de esta norma.

A continuación, se le invitará a que relate ordenadamente los hechos que conozca y la actuación de las personas que le conste tenga relación con el delito investigado; asimismo, se le interrogará sobre toda circunstancia útil para valorar su testimonio. Se procura la claridad y objetividad del testigo por medio de preguntas oportunas y observaciones precisas.

No son admisibles las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. El fiscal o el juez, según la etapa procesal que corresponda, las rechazará, de oficio o a pedido de algún sujeto procesal.

4.10.10 Testimonios especiales

Cuando el testigo sea mudo, sordo o sordo-mudo, o cuando no hable el castellano, se procede en la misma forma que el interrogatorio del imputado.

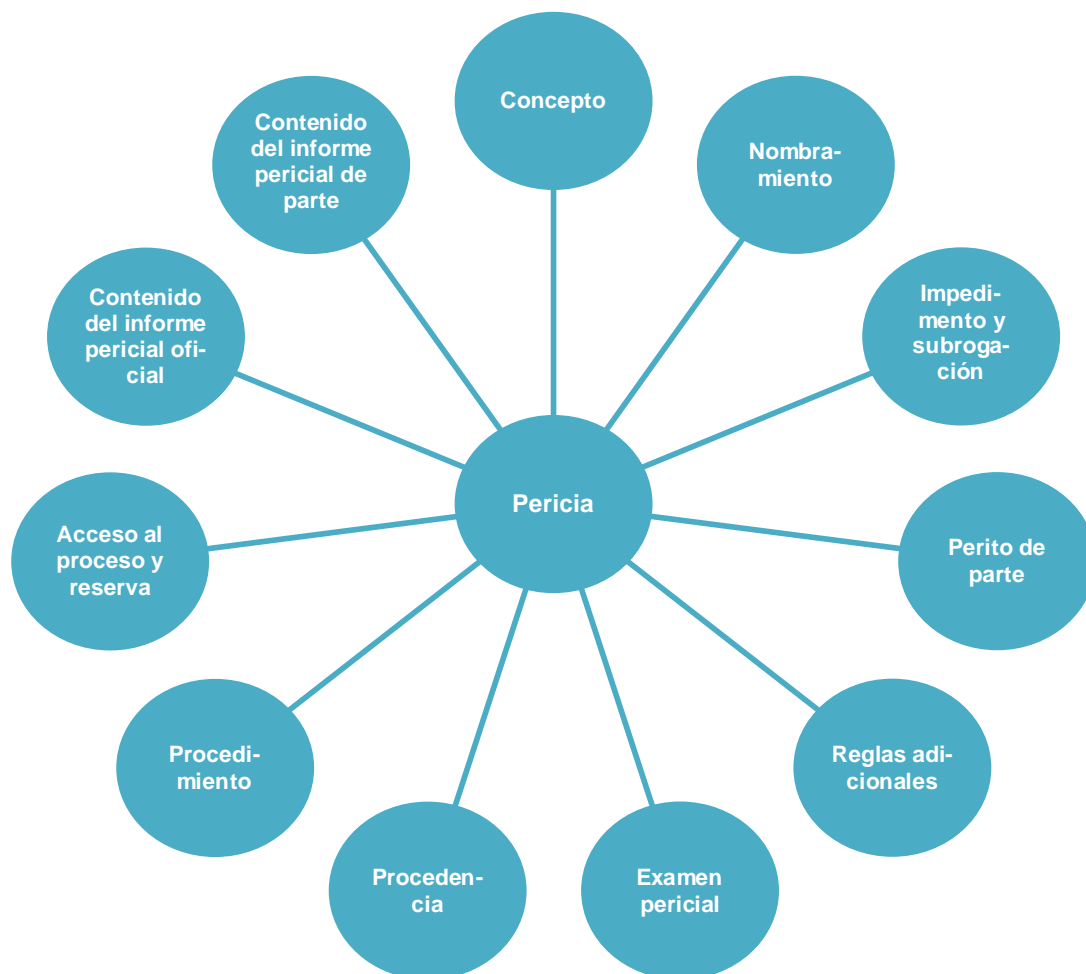
El testigo enfermo o imposible de comparecer será examinado en el lugar donde se encuentra. En caso de peligro de muerte o de viaje inminente, si no es posible aplicar las reglas de prueba anticipada, se le tomará declaración de inmediato.

Cuando deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. Si el testimonio no se actuó bajo las reglas de la prueba anticipada, el juez adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad emocional del testigo y dispondrá la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Igualmente, permitirá la asistencia de un familiar del testigo.

Cuando se requiere que el testigo reconozca a una persona o cosa, debe describirla antes de serle presentada. Luego relatará, con la mayor aproximación posible, el lugar, el tiempo, el estado y demás circunstancias en que se hallaba la persona o cosa cuando se realizó el hecho.

Para la declaración del agraviado, rigen las mismas reglas prescritas para los testigos.

4.11 La pericia



4.11.1 Concepto

La prueba pericial es necesaria cuando se requieren conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados para determinar un hecho dentro del debate procesal, o auxiliar al juez a entender la evidencia presentada. El apoyo al juzgador se centra exclusivamente en la materia especializada, sin sustituir sus facultades y competencias jurisdiccionales. Si el testigo lego declara sobre su conocimiento personal por haber percibido, observado o experimentado, el perito no está limitado al conocimiento personal, y su opinión puede ir más allá de las percepciones, y versar sobre las causas o consecuencias de los hechos, la interpretación de las acciones de otras personas, y emitir conclusiones sobre los diversos eventos, con el único propósito de servir al litigio judicial específico.¹⁰⁸

4.11.2 Procedencia

La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

- Se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15° del Código Penal.
- Esta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado.
- No regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica. En este caso, regirán las reglas de la prueba testimonial.

4.11.3 Nombramiento

El juez competente, y, durante la investigación preparatoria, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria en los casos de prueba anticipada, nombrará un perito. Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente.

En su defecto, lo hará entre los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, se podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas. A estos efectos, se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes.

¹⁰⁸ REYES MEDINA, César y César Augusto SOLANILLA. *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*. Bogotá: USAID, 2005, p. 39.

La labor pericial se encomendará, sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional, al Instituto de Medicina Legal y al Sistema Nacional de Control, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que prestarán su auxilio gratuitamente. También podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias a tal fin, con conocimiento de las partes.

4.11.4 Procedimiento de designación y obligaciones del perito

El perito designado, conforme al numeral 1 del artículo 173°, tiene la obligación de ejercer el cargo, salvo que esté incurso en alguna causal de impedimento. Prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia, oportunidad en que expresará si le asiste algún impedimento. Será advertido de que incurre en responsabilidad penal, si falta a la verdad.

La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia, y fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando al perito y a las partes. Los honorarios de los peritos, fuera de los supuestos de gratuidad, se fijarán con arreglo a la tabla de honorarios aprobada por decreto supremo y a propuesta de una comisión interinstitucional presidida y nombrada por el Ministerio de Justicia.

4.11.5 Impedimento y subrogación del perito

No podrá ser nombrado perito el que se encuentra incurso en las mismas causales previstas en los numerales 1 y 2 'a' del artículo 165°. Tampoco lo será quien haya sido nombrado perito de parte en el mismo proceso o en proceso conexo, quien está suspendido o inhabilitado en el ejercicio de su profesión, y quien haya sido testigo del hecho objeto de la causa.

El perito se excusará en los casos previstos en el numeral anterior. Las partes pueden tacharlo por esos motivos. En tales casos, acreditado el motivo del impedimento, será subrogado.

La tacha no impide la presentación del informe pericial.

El perito será subrogado, previo apercibimiento, si demostrase negligencia en el desempeño de la función.

4.11.6 Acceso al proceso y reserva

El perito tiene acceso al expediente y demás evidencias que estén a disposición judicial con el fin de recabar las informaciones que estimen convenientes para el cumplimiento de su cometido. Indicarán la fecha en que iniciará las operaciones periciales y su continuación.

El perito deberá guardar reserva, bajo responsabilidad, de cuanto conozca con motivo de su actuación.

4.11.7 Perito de parte

Producido el nombramiento del perito, los sujetos procesales, dentro del quinto día de notificados u otro plazo que acuerde el juez, pueden designar, cada uno por su cuenta, los peritos que consideren necesarios.

El perito de parte está facultado a presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica les aconseje.

Las operaciones periciales deben esperar la designación del perito de parte, salvo que sean sumamente urgentes o en extremo simples.

4.11.8 Contenido del informe pericial oficial

El informe de los peritos oficiales contendrá:

- El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria.
- La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje.
- La exposición detallada de lo que se ha comprobado con relación al encargo.
- La motivación o fundamentación del examen técnico.
- La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen.
- Las conclusiones.
- La fecha, sello y firma.

El informe pericial no puede contener juicios con respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso.

4.11.9 Contenido del informe pericial de parte

El perito de parte, que discrepe con las conclusiones del informe pericial oficial, puede presentar su propio informe, que se ajustará a las prescripciones del artículo 178°, sin perjuicio de hacer el análisis crítico que le merezca la pericia oficial.

4.11.10 Reglas adicionales

El informe pericial oficial será único. Si se trata de varios peritos oficiales y si discrepan, cada uno presentará su propio informe pericial. El plazo para la presentación del informe pericial será fijado por el fiscal o el juez, según el caso. Las observaciones al informe pericial oficial podrán presentarse en el plazo de cinco días, luego de la comunicación a las partes.

Cuando exista un informe pericial de parte con conclusión discrepante, se pondrá en conocimiento del perito oficial para que, en el término de cinco días, se pronuncien sobre su mérito.

Cuando el informe pericial oficial resultare insuficiente, se podrá ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo.

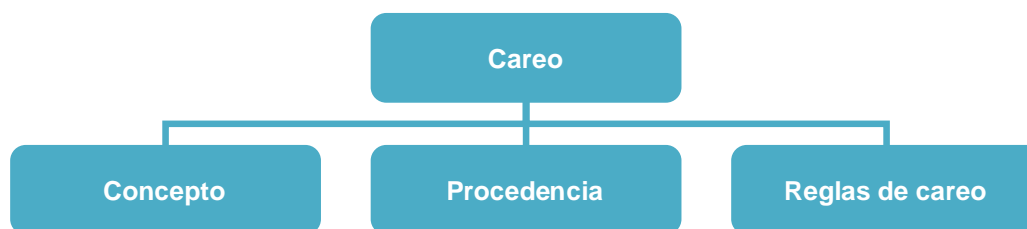
4.11.11 Examen pericial

El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene. Tratándose de dictámenes periciales emitidos por una entidad especializada, el interrogatorio podrá entenderse con el perito designado por la entidad.

En el caso de informes periciales oficiales discrepantes, se promoverá, de oficio inclusive, en el curso del acto oral un debate pericial.

En el caso del artículo 180°.2, es obligatorio abrir el debate entre el perito oficial y el de parte.

4.12 El careo



a. Concepto

Esta diligencia es la que se conocía como la de confrontación, vale decir, que, en cuanto haya serias discrepancias entre lo dicho por uno con el otro y sean necesarias para esclarecer los hechos, el juez penal dispondrá que ambos se confronten frente a frente con el fin de que el juzgador aprecie con mayor objetividad las reacciones de cada uno y la solidez con la que asevera o reafirma su inicial versión.

Bien dice **Fernando UGAZ ZEGARRA** que el careo consiste en colocar “cara a cara” a dos o más personas que han prestado declaraciones significativamente contradictorias sobre hechos relevantes para que debatan y encontrar así una mayor aproximación a la verdad.¹⁰⁹

b. Procedencia

Procede 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.

De igual manera, procede el careo entre agraviados o entre testigos o entre estos con los primeros.

No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente.

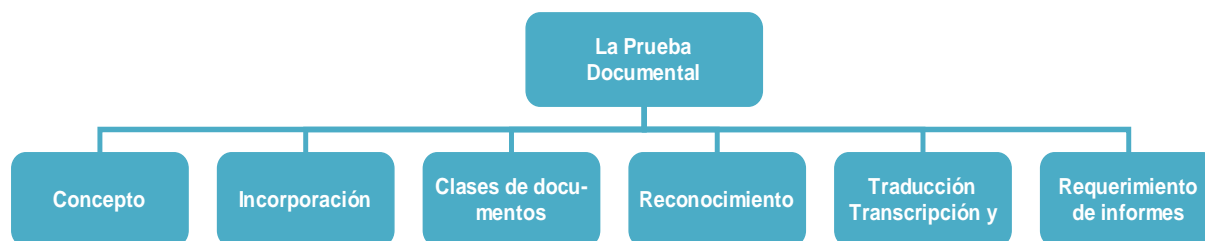
c. Reglas del careo

El juez hará referencia a las declaraciones de los sometidos a careo, les preguntará si las confirman o las modifican, y los invitará, si fuere necesario, a referirse reciprocamente a sus versiones.

¹⁰⁹ UGAZ ZEGARRA, Fernando. “La prueba en el nuevo Código Procesal Penal”. En: Material lecturas del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima, 2009, p. 314.

Acto seguido, el Ministerio Público y los demás sujetos procesales podrán interrogar a los sometidos a careo exclusivamente sobre los puntos materia de contradicción y que determinaron la procedencia de la diligencia.

4.13 La prueba documental



a. Concepto

Documento es todo objeto representativo de hechos, fenómenos, relaciones, manifestaciones y, en general, de circunstancias que trasciendan en las relaciones jurídicas. Como consecuencia de esta definición, con la cualidad de representativo, se sobreentiende que el objeto-documento debe tener unas características que le permitan una duración en el tiempo, una permanencia o persistencia superior a la duración de la circunstancia representada. Finalmente, como este documento debe servir de prueba, se considera que, para cumplir tal finalidad, ha de ser de fácil movilización en la circulación jurídica.¹¹⁰

b. Incorporación

Se podrá incorporar al proceso todo documento que pueda servir como medio de prueba. Quien lo tenga en su poder está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento, salvo dispensa, prohibición legal o necesidad de previa orden judicial.

El fiscal, durante la etapa de investigación preparatoria, podrá solicitar directamente al tenedor del documento su presentación o exhibición voluntaria, y, en caso de negativa, solicitar al juez la orden de incautación correspondiente.

Los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser llevados al proceso ni utilizados en modo alguno, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado.

c. Clases de documentos

Son documentos los manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones

¹¹⁰ ARENAS SALAZAR, Jorge. *Pruebas penales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005, pp. 434 y ss.

magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces, y otros similares.

d. Reconocimiento

Cuando sea necesario, se ordenará el reconocimiento del documento, por su autor o por quien resulte identificado según su voz, imagen, huella, señal u otro medio, así como por aquel que efectuó el registro. Podrán ser llamados a reconocerlo personas distintas, en calidad de testigos, si están en condiciones de hacerlo.

También podrá acudir a la prueba pericial cuando corresponda establecer la autenticidad de un documento.

e. Traducción, transcripción y visualización de documentos

Todo documento redactado en idioma distinto del castellano será traducido por un traductor oficial.

Cuando el documento consista en una cinta magnetofónica, el juez o el fiscal en la investigación preparatoria dispondrán, de ser el caso, su transcripción en un acta, con intervención de las partes.

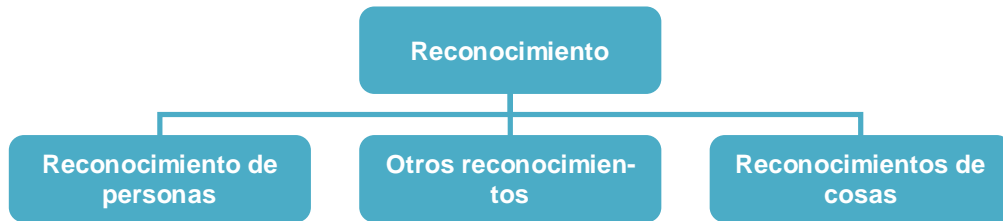
Cuando el documento consista en una cinta de vídeo, el juez o el fiscal, en la investigación preparatoria, ordenarán su visualización y su transcripción en un acta, con intervención de las partes.

Cuando la transcripción de la cinta magnetofónica o cinta de vídeo, por su extensión, demande un tiempo considerable, el acta podrá levantarse en el plazo de tres días de realizada la respectiva diligencia, previo traslado de esta por el plazo de dos días para las observaciones que correspondan. Vencido el plazo sin haberse formulado observaciones, el acta será aprobada inmediatamente; de igual manera, el juez o el fiscal resolverán las observaciones formuladas al acta, y dispondrá lo conveniente.

f. Requerimiento de informes

El juez o el fiscal, durante la investigación preparatoria, podrá requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. El incumplimiento de ese requerimiento, el retardo en su producción, la falsedad del informe o el ocultamiento de datos serán corregidos con multa, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente, y de la diligencia de inspección o revisión y de incautación si fuera el caso.

4.14 El reconocimiento



a. Reconocimientos de personas

En algunos casos, será necesario individualizar a una persona, por lo que se ordenará su reconocimiento. Quien lo realiza (agraviado o víctima), previamente describirá a la persona aludida. Acto seguido, se le pondrá a la vista junto con otras de aspecto exterior semejantes. En presencia de todas ellas, y/o desde un punto de donde no pueda ser visto, se le preguntará si se encuentra entre las personas que observa aquella a quien se hubiere referido en sus declaraciones y, en caso afirmativo, cuál de ellas es.

Cuando el imputado no pudiere ser traído, se podrá utilizar su fotografía (colección en álbum) u otros registros (fichas del RENIEC), observando las mismas reglas análogamente.

Durante la investigación preparatoria, deberá presenciar el acto el defensor del imputado o, en su defecto, el juez de la investigación preparatoria, en cuyo caso se considerará la diligencia un acto de prueba anticipada.

Cuando varias personas deban reconocer a una sola, cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí. Si una persona debe reconocer a varias, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto, siempre que no perjudique el fin de esclarecimiento o el derecho de defensa.

Si fuere necesario identificar a otras personas distintas del imputado, se procederá, en lo posible, según las reglas anteriores.

b. Otros reconocimientos

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

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

c. Reconocimiento de cosas

Las cosas que deben ser objeto del reconocimiento serán exhibidas en la misma forma que los documentos.

Antes de su reconocimiento, se invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa. En lo demás, regirán análogamente las reglas previstas en el artículo 189°.

4.15 La inspección judicial y la reconstrucción



4.15.1 Objeto

Las diligencias de inspección judicial y reconstrucción son ordenadas por el juez o por el fiscal durante la investigación preparatoria.

La inspección tiene por objeto comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares (escena del hecho o escena del crimen) y cosas o en las personas.

La inspección judicial es la observación, el examen o el reconocimiento de algo de interés en un proceso que hace el funcionario judicial en forma personal y directa dentro de una diligencia procesal legalmente regulada. El proceso de conocimiento que cumple el funcionario judicial en la inspección judicial no lo exime del examen crítico que siempre debe hacer de todos y cada uno de los medios de prueba. Sin embargo, a diferencia de los demás, en este caso, es el examen posterior a una verificación directa, personal, sensorial, sobre aquello que interesa al proceso. La finalidad y riqueza de este medio de prueba reside en el soporte cognoscitivo sensorial, que le permite al funcionario judicial un mayor grado de probabilidad de llegar a conclusiones verdaderas sobre los asuntos sometidos a su decisión.

111

La reconstrucción del hecho tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas. No se obligará al imputado a intervenir en el acto, que deberá practicarse con la mayor reserva posible.

La reconstrucción, por su parte, es un acto procesal que consiste en la reproducción material y simulada de un hecho pasado, en las condiciones en que se afirma o se presume que ha ocurrido, con el fin de comprobar si se lo efectuó o pudo efectuar de un modo determinado.

¹¹¹ Ib., p. 253.

4.15.2 Adecuación

La inspección, en cuanto al tiempo, modo y forma, se adecua a la naturaleza del hecho investigado y a las circunstancias en que ocurrió.

La inspección se realizará de manera minuciosa, y comprenderá la escena de los hechos y todo lo que pueda constituir prueba material de delito.

4.15.3 Participación de testigos y peritos

Ambas diligencias deben realizarse, de preferencia, con la participación de testigos y peritos.

Asimismo, se dispondrá que se levanten planos o croquis del lugar y se tome fotografías, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa.

En los delitos contra la libertad sexual, no se exigirá la concurrencia de los agraviados menores de edad, o de las víctimas que pueden ser afectadas psicológicamente con su participación.