JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

La motivación de la valoración de la prueba en materia penal

3

Colección: Derecho & Tribunales

Directores:
Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas
José Luis Castillo Alva

GRIJLEY

CASTILLO ALVA & ABOGADOS
ESTUDIO PENAL

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2013, **La motivación de la valoración de la prueba en materia penal**
© 2013, José Luis Castillo Alva
© 2013, Estudio penal Castillo Alva & Abogados
© 2013, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
Oficina principal y distribución
Jr. Azángaro 1075 - Of. 207
T: (51-1) 337-5252
info@grijley.com

Composición e Impresión: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2013-08691
ISBN: 978-9972-04-425-0

Tiraje: 1,000 ejemplares

RED COMERCIAL:

Grijle Import S.A.
Jr. Azángaro 1077 - Lima 01
Ts: (054) 321 0258 • 427 1881
mentejuridica@hotmail.com
grijle_import@yahoo.com

Grijley Arequipa
Calle Santa Marta Nº 304 - Of. 103
T: (054) 288379 • C: (054) 959296700
RPM: #959296700
arequipa@grijley.com

Grijley Trujillo
Jr. Pizarro Nº 540
T: (044) 243898 • C: (044) 965038145
RPM: #965038145
trujillo@grijley.com
grijleycomercial@hotmail.com

Grijley Huancayo
Calle Nemesio Ráez Nº 545 - El Tambo
T: (064) 244523
huancayo@grijley.com

PRÓLOGO

Las transformaciones y revoluciones científicas de los últimos 200 años no han sido receptadas por el mundo jurídico del *Civil Law*, sino hasta las últimas dos décadas del siglo XX. Si bien los avances científicos y tecnológicos han servido para el desarrollo de la investigación criminal, el flujo de sus bondades no fue incorporada en la formación y valoración de la prueba en el proceso penal, al punto que hasta no hace mucho, en nuestros tribunales se sustentaba la decisión sobre los hechos en el llamado "criterio de conciencia", sin que tal decisión se justificara racionalmente, e incluso algunos llegaron a sostener que se podía resolver "con la prueba", "sin la prueba" y hasta "contra la prueba".

Decidir sobre los hechos no solo exige un conocimiento de las reglas jurídicas sobre la prueba, sino también de reglas extrajurídicas como la lógica y las máximas de la experiencia. La prueba no solo puede ser abordada desde la dogmática procesal, con un enfoque en gran medida centrado en la descripción de las reglas jurídicas, sino también desde diversos ámbitos de estudio. Uno de esos ámbitos es la epistemología jurídica, que a decir de Laudan trata de aportar elementos para reducir o aminorar la probabilidad de un juicio erróneo o para distribuir los riesgos, es decir, que se orientan al control de los errores. De ahí la importancia del estudio del estándar de prueba, indispensable para evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerar probada una proposición fáctica.

En 1980, Twining escribió un artículo titulado "Los hechos en serio", parafraseando la obra de Dworkin "Los derechos en serio", que en su tiempo fue considerada una crítica demoledora y poco diplomática a los cursos tradicionales de Derecho probatorio. Dicho artículo fue posteriormente reformulado y presentado en el 2005 bajo el título "De nuevo, los hechos en serio", en el que mostraba su preocupación por la poca atención que recibían las cuestiones de hecho por la teoría jurídica; por ello, postuló la necesidad de que el tema de la prueba se considere parte importante de lo que implica entender el Derecho y, por ende, la renovación de la enseñanza del derecho.

El abogado y brillante jurista, José Luis Castillo Alva, de algún modo tomando en cuenta la preocupación de Twining sobre la poca atención que recibía la prueba de la teoría, ha elaborado una obra que se engarza dentro de la corriente de la teoría del Derecho que estudia la prueba –en especial la penal– desde una perspectiva jurídica distinta a la procesal, complementando el análisis de las reglas jurídicas con fundamentos epistemológicos y iusfilosóficos. No solo aborda los aspectos problemáticos de la prueba que se han mencionado anteriormente, sino que va más allá y postula una fundamentación teórica anclada en la epistemología jurídica, el razonamiento jurídico y el Derecho constitucional, a la vez que sintetiza la exigencia filosófica habermasiana de concordar verdad y justificación, a efectos de dotar de legitimidad y racionalidad a la decisión sobre los hechos, en la medida en que considera un acto de poder tal decisión.

El rigor, la claridad y la frondosa fundamentación teórica con la que ha trabajado Castillo Alva, es producto de su larga experiencia en la investigación y su vasta bibliografía publicada. Pese a su juventud, son ya catorce las obras que han visto la luz y llegado a manos de sus lectores, en su mayor parte de la especialidad penal, que por la calidad de su contenido han sido objeto de citas en las más emblemáticas sentencias dictadas en el Perú en la última década, e incluso su obra *El razonamiento jurídico* ha sido citada por la jurisprudencia extranjera. Sin embargo, en los últimos años, el autor ha dado un giro a su labor intelectual orientándose a la investigación de temas de

gran calado jurídico, particularmente dentro de la teoría del Derecho, como el estudio de los precedentes, el razonamiento jurídico; ahora con *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, se evidencia una madurez en su obra académica, que lo coloca sin duda alguna en la vanguardia de los juristas de habla hispana, de modo tal que ha colocado una valla muy alta para todos los que nos dedicamos al estudio de la prueba penal.

Considero que la obra que se presenta constituye un aporte científico que trasciende al derecho nacional peruano, que me permito calificar de teórica y no meramente exegética o dogmática –sin que por ello se deje de lado el Derecho probatorio–, pues se abordan y adoptan posturas sobre los diversos problemas epistemológicos, procesales y constitucionales relativos a la racionalidad de la valoración de la prueba, la necesidad de prueba, la verdad, la legitimidad en el control de la actividad probatoria y la justificación de la decisión acerca de los hechos a través de la motivación de la valoración de la prueba y de la declaración de los hechos probados.

El autor sintetiza su pensamiento al sostener que la sentencia al ser un acto de poder, debe obtener una adecuada legitimidad y autoridad democrática en la determinación de la ley aplicable que solo es posible si es que se determinan y reconstruyen los hechos conforme efectivamente sucedieron, y si la actividad adquisitiva y valorativa de la prueba se apoya en criterios de racionalidad cognoscitiva y en una adecuada justificación de dicha ponderación.

Pensamiento que luego desarrolla a lo largo de la obra, es así que fundamenta la racionalidad del sistema de libre convencimiento en la consideración de la verdad como meramente probable y que, por tanto, la certidumbre de lo fáctico nunca es totalmente objetiva. Coincido en gran parte con el autor, efectivamente hoy con el avance de la epistemología, ya no se puede sostener la idea de una certeza absoluta o la certeza moral de la que tanto hablaban los antiguos procesalistas, al punto que el filósofo Putnam sostiene que un enunciado puede ser racionalmente aceptable en un tiempo y no ser verdadero. Empero, antes que utilizar el término *probable*, prefiero emplear los concep-

tos de grado de confirmación o corroboración o muy alto grado de confirmación o corroboración, tal como lo señalan Hempel y Popper.

En cuanto a que la libertad de valoración se entiende como una ausencia de regulación legal en la ponderación de la prueba, pero que no equivale a una total falta de criterios y parámetros racionales de valoración. Tal aseveración, en la actualidad, depende en puridad de lo que entendamos como "ausencia de regulación legal", si consideramos que tal concepto se refiere a la llamada prueba legal positiva, entonces en efecto, hay ausencia de regulación legal sobre la valoración que realiza el juez, pero si concebimos que el concepto de prueba legal abarca también a la llamada "prueba legal negativa", ya no podremos sostener que hay ausencia de regulación. Y, por lo tanto, el juez estará en la obligación de observar las reglas impuestas legalmente, además de los criterios y parámetros racionales de valoración.

Es sumamente destacable que el autor refleje una descripción de la realidad sobre la valoración de la prueba que realizan los jueces. En efecto, al ser el sistema de valoración un sistema de poder, ocurre que no pocas veces se decide contra la prueba, lo que termina poniendo en peligro los derechos fundamentales y las garantías de la administración de justicia.

Según el autor, si bien exigir que se valore la prueba de manera racional constituye un notable avance en la adopción de una metodología que permita acceder a resultados plausibles, dicha tarea se queda a medio camino si no se asume de manera complementaria y como reflejo de racionalidad el deber de motivar las resoluciones judiciales en el contexto de la ponderación de la prueba. Ambos procesos, valoración racional y motivación sobre la valoración de la prueba y declaración de hechos probados, constituyen elementos de la racionalidad de la decisión jurídica, que no son otros que los siguientes: a) la intersubjetividad, b) método, c) posibilidad de obtener resultados más o menos predecibles, y d) existencia de reglas, criterios o pautas reconocidas que permitan controlar eficazmente la racionalidad del discurso. Para Segura Ortega, el control se proyecta sobre dos aspec-

tos: por una parte, la corrección del discurso; y por otra, la exigencia de fundamentar y justificar los diferentes pasos que se van produciendo a lo largo de dicho discurso.

El autor adopta el modelo racionalista de valoración de la prueba y, con ello, todas sus consecuencias. En tal sentido, la verdad que se obtiene en el proceso es solo una verdad aproximativa, probable y nunca una verdad absoluta; incluso las pruebas de ADN, pese al altísimo grado de confianza y reconocimiento científico que se predica no permiten llegar a certezas y a verdades absolutas, sino a una verdad solo probable. Para Castillo Alva, una visión racional de la valoración de la prueba permite compatibilizar y enlazar dicha ponderación con la vigencia del derecho de prueba, de indiscutible raigambre constitucional. Considera también, que el modelo racional de valoración de la prueba supone la libertad del juez en el uso y la ponderación del material probatorio, pero orientada a criterios objetivos de racionalidad como las leyes de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. En tal sentido, el juez no debe realizar valoraciones unilaterales ni omitir la valoración de prueba esencial o relevante.

Acorde con su concepción racionalista, el autor estima que la valoración racional de la prueba asentada en el libre convencimiento es absolutamente compatible con la garantía de motivar las resoluciones judiciales. La mejor muestra de racionalidad en la ponderación de la prueba viene dado por la motivación del material fáctico y de las pruebas en la sentencia. Según Castillo Alva, la exigencia de motivación de las decisiones judiciales pretende hacer prevalecer el derecho como acto de razón y de reflexión, por encima a la de un puro acto de voluntad y de poder. Se trata de un instrumento que busca evitar la arbitrariedad del poder. La motivación de las resoluciones judiciales es una garantía para la plena vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y una prevención contra las decisiones caprichosas y arbitrarias de los jueces, en especial en lo que se refiere al ámbito fáctico y la valoración de las pruebas en la decisión judicial.

Como corolario de la adopción de un modelo racionalista de la valoración de la prueba, el autor abandona esta valoración como con-

vicción del juez, criterio psicológico que otorgaba al juez un irracional señorío sobre la prueba. Castillo Alva se suma a la crítica contra la tradicional concepción de entender tanto la finalidad de la prueba, la valoración de la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales en clave puramente psicológica, intimista o como un proceso mental. Si bien el conocimiento judicial debe tener reflejo en la conciencia del sujeto (juez), no debe confundirse con los estados anímicos y la pura subjetividad. El abandono de la concepción psicológica de la valoración tiene efectos prácticos en lo relativo al *in dubio pro reo,* pues la existencia de una duda debe trascender la esfera de lo íntimo y lo estrictamente individual para convertirse en un asunto capaz de ser generalizado y que pueda ser controlado intersubjetivamente.

Coherente con el modelo adoptado, en la obra se predica que sin prueba no puede haber una decisión judicial racional. Una cosa es que el juez deba valorar la prueba con una libertad razonada y otra muy distinta que el juez sea libre de la prueba o pueda escapar de ella. Una sentencia que condene sin pruebas o en contra de las pruebas presentadas por la defensa y que no desmienta las hipótesis propuestas resulta inadmisible y contraria a las bases de un Estado de Derecho. La prueba, en ese sentido, desarrolla una función de garantía en la realización de un proceso justo al eliminar la arbitrariedad judicial y controlar la actividad de los jueces. Solo se amparan –por ser constitucionalmente legítimo y respetuoso de los derechos fundamentales– las resoluciones que se fundan en prueba suficiente y válida, más allá de toda duda razonable. Por otro lado, las pruebas no solo deben ser variadas y plurales, sino que deben tener cierta entidad y poseer una calidad tanto epistemológica como jurídica.

Uno de los argumentos de mayor calado que se esgrimen en la obra se refiere a la búsqueda de la verdad no solo como motor del proceso y el centro de la legitimidad democrática de la jurisdicción, sino también que representa un valor que interesa conservar a la sociedad y a cualquier modelo de Estado como base de su legitimación, en la medida en que –como afirma Letizia Gianformaggio– la solución de los conflictos basada en la reconstrucción verdadera de hechos a los que se aplican criterios razonables e imparciales favorece la igual

libertad de los ciudadanos frente al poder. La no búsqueda de la verdad en el proceso penal no solo priva de un sustento racional, político y epistemológico al mismo, sino que termina por configurar un sistema legal de injusticia, dado que la verdad está ligada históricamente y de manera profunda a la idea misma de justicia.

Pero no basta que los enunciados declarados como verdaderos se basen en la prueba disponible y que se encuentren confirmados de manera adecuada, es necesario también que haya una justificación razonable de la prueba disponible, de su contenido, de la relación que tiene de manera directa o indirecta con los hechos, como deben fundamentarse también las inferencias probatorias que permiten arribar a determinados grados de confirmación. La verdad sin justificación, simplemente no es verdad. En ese sentido, el autor puntualiza que lo que dota de legitimidad democrática a la decisión judicial no tanto es el resultado (justo o injusto) como la expresión de argumentos de por qué se llega a dicha conclusión.

Para Castillo Alva, la motivación adecuada (o suficiente) de los hechos supone la determinación de que concurre y existe una justificación de cada enunciado relativo a las circunstancias que constituyen los hechos principales y secundarios. Ello implica lo siguiente: i) Cada enunciado que se presenta como verdadero debe ser confirmado y justificado por las pruebas y por las inferencias que permiten llegar a dicha conclusión; ii) De igual manera los enunciados que se consideran falsos deben estar confirmados y justificados por las pruebas y las inferencias probatorias correspondientes que escoltan dicha posición. Ha de quedar claro que la prueba y la justificación no solo se predica de los enunciados verdaderos, sino también de los enunciados falsos; iii) Los enunciados fácticos que solo han alcanzado un grado de confirmación débil, insuficientes para que los mismos sean considerados como enunciados verdaderos, como también los enunciados que no han alcanzado ningún grado de confirmación deben ser adecuadamente explicitados.

En lo relativo a la motivación completa y exhaustiva en la valoración de la prueba, el autor sostiene que el juez no puede alegar que ha

realizado una valoración racional y acabada de toda la prueba actuada en juicio y que ha deliberado sobre ella minuciosamente si es que no se documenta ni existe de manera efectiva una justificación que la sustente. El mandato de justificación exhaustiva de los medios de prueba no es un deber que se entiende cumplido en los casos en que el magistrado valora la prueba en su fuero interno, en su subjetividad, en su esfera íntima, sino cuando da cuenta a través de razones objetivas y buenos argumentos acerca del resultado y las condiciones logradas sobre el material probatorio. La motivación de la valoración de la prueba para que sea completa requiere que cada medio de prueba que se admite y se actúe se enlace con el hecho o el conjunto de hechos que se pretende acreditar. Una de las consecuencias directas e inmediatas del principio de exhaustividad es que se deben fundamentar y justificar todas las pruebas admitidas y actuadas en el proceso, sin excepción alguna. Por otro lado, solo hay motivación completa cuando se fundamenta de manera suficiente las inferencias probatorias que vertebran y dan sentido al resultado probatorio obtenido.

Se afirma en el presente libro que no solo existe el deber de motivar las pruebas que determinan la decisión, sino que se establece la obligación de fijar los argumentos por los que se desestima la prueba contraria, que no abonan las conclusiones a las que finalmente llega el juez. No solo deben motivarse las pruebas justificatorias de la decisión, sino también las pruebas que marcan una resistencia o una oposición al criterio asumido. En ese sentido, deben haberse refutado o desechado las hipótesis alternativas distintas sustentadas en pruebas; la hipótesis debe haber sido sometida al requisito del control de la no refutación con el fin de garantizar su credibilidad; no solo deben valorarse las pruebas ofrecidas por una de las partes, sino también las pruebas presentadas por los demás sujetos procesales; deben motivarse las razones por las que no se acogen las hipótesis alternativas y sus pruebas. Por último, el juez no ha de realizar una motivación apologética en la que al valorar una prueba de pronto guarde silencio por otra prueba que aporta o lleva a un resultado probatorio distinto al que este quiere llegar. Hacerlo supone contravenir el mandato constitucional de imparcialidad judicial.

No solo existe la obligación de motivar una sentencia condenatoria, sino también la valoración de la prueba respecto de una sentencia absolutoria. En la sentencia absolutoria se debe dar cuenta tanto de las razones que sirven para exculpar de responsabilidad penal como de la valoración que se le asigna a la prueba de cargo. La duda razonable no se presume ni debe llevar a pensar que exonera al juez del deber de motivar las resoluciones judiciales. Pues como afirma Igartua Salaverría solo una duda razonada acredita ser una duda razonable.

Es importante el desarrollo que se realiza sobre las patologías de la motivación con relación a la prueba y particularmente de los errores y sesgos cognitivos en la valoración de la prueba. En cuanto a los sesgos cognitivos se puntualiza que el juez por más esfuerzo que realice por ser objetivo se encuentra condicionado por diversas circunstancias sociales, políticas, personales, emocionales, creencias y por valores éticos; de tal modo que en la esfera de aplicación del derecho, el juez no se puede liberar del todo de la influencia de su apreciación personal y su contexto. El problema, a juicio del autor, no es la existencia misma de los sesgos cognitivos, sino que el juez o tribunal considere que se encuentra libre y exento de dichos sesgos y de esta manera no implemente ninguna tarea y mecanismo de control necesario y pertinente para neutralizarlo. Refiere que justamente, uno de los mecanismos y técnicas que permite el control de los sesgos y errores cognitivos es la motivación de las resoluciones judiciales.

Los temas y las posiciones asumidas por el autor constituyen un gran aporte a la teoría jurídica peruana, han sido correctamente tratados y argumentados con solvencia, así como se encuentran respaldados por fuentes bibliográficas y jurisprudenciales que revelan una amplia experiencia del investigador. Por ello, estoy seguro de que *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, se constituirá en fuente de lectura obligada de los entendidos, sustento de muchas decisiones en materia probatoria y fundamento de la motivación de sendas resoluciones judiciales.

Algunas veces nos toca prologar el libro que hubiésemos querido escribir, este es mi caso, pues desde hace algunos años atrás he de-

dicado gran parte de mi actividad académica al estudio de la prueba penal, y por ello soy consciente de que la elección del tema de la obra ha sido sencillamente importante, porque llena un vacío de la teoría sobre la prueba, a la vez que su tratamiento ha sido magníficamente argumentado. Por todo ello, me siento orgulloso de la gran amistad que me une con José Luis Castillo Alva y de haber contribuido con un granito de arena en su última producción intelectual, fruto de horas de diálogo abierto sobre la teoría del Derecho, la argumentación y la prueba. Doy por descontado el éxito que sin lugar a dudas le deparará esta nueva aventura editorial, el que será compartido con sus seres queridos, dentro de los que nos consideramos sus sinceros amigos, como una ampliación de su familia.

Pablo Talavera Elguera

Lima, 6 de junio de 2013

PRÓLOGO

Constituye para mí un honor, que agradezco profundamente, elaborar este prólogo que me solicita el profesor José Luis Castillo Alva, docente, abogado e investigador en el campo del Derecho Penal, cuya labor es digna de merecimiento y reconocimiento por la profundidad de sus hallazgos, su concreción sistemática y la claridad conceptual de la que hace gala en sus trabajos.

El profesor Castillo Alva pertenece a una generación de penalistas del Perú que han sabido conectar la tradición del país con el estudio y la recepción de la dogmática más avanzada y asentada, lo que se materializa en obras como la presente, que no puede ser considerada una más, sino como el trabajo de referencia en la materia de la que todos podemos obtener resultados útiles para nuestra labor intelectual y práctica. Analizar la motivación de la sentencia y la valoración de la prueba no es tarea fácil, en tanto el desarrollo alcanzado por la doctrina y la ingente jurisprudencia generada por una obligación que ha alcanzado rango constitucional, ha dado lugar a un campo amplio de reflexión que, además de exigir fuertes contenidos teóricos, debe conectarse con una práctica general y particular, en tanto los deberes de fundamentación no se quedan en disposiciones aplicables a toda resolución, sino que derivan en exigencias específicas apropiadas a las distintas pruebas posibles y a la naturaleza misma del medio ejecutado.

La motivación de la sentencia y la valoración fundamentada de la prueba, racional y precisa, es una conquista del Estado de derecho y

una conquista irrenunciable que cada vez alcanza más exigencias, tantas como la necesidad de limitar su poder, el del Estado y en este punto el de los tribunales, a los que le viene vedada toda actuación arbitraria. La libre valoración de la prueba, frente a la tasada propia de los procesos inquisitivos, aunque no ilógica, ni absurda, se impuso cuando el jurado vino a implantarse en la justicia posterior a la Revolución Francesa. Los jurados no podían ser sometidos a reglas legales, las cuales desconocían; la íntima convicción era el método apropiado de razonamiento de los ciudadanos legos que emitían su decisión en forma de veredicto inmotivado. Empero, una vez instaurados los tribunales técnicos y permanentes, esa libérrima apreciación resultaba contraria a las exigencias de una justicia democrática y fruto u origen de resoluciones producto de la simple voluntad o creencia subjetiva del juzgador. La exigencia de motivación es, pues, consustancial a un sistema en el que los tribunales están constituidos por técnicos en derecho y cuyas resoluciones no pueden ser consecuencia de otra cosa que de una actividad racional y lógica, y en la que, aunque parezca contradictorio con su origen, cabe el establecimiento de ciertas reglas legales, casi tasadas en relación con determinados medios, ya que tales reglas impuestas legal y jurisprudencialmente, no son equiparables a las antiguas de prueba tasada, aunque sin duda alguna respondan también a máximas de la experiencia. Normas, tales como las referidas a la declaración del imputado, las que se refieren a los coimputados, los peritos, la limitación de medios probatorios, etc., son fruto de la necesidad de garantizar la igualdad y de evitar la arbitrariedad judicial.

Manifiesta el prof. Castillo que la prueba tasada implicó en el pasado una cierta desconfianza en los jueces. Tal vez, pero la realidad es que la libertad absoluta, omnímoda y libérrima en que se incurrió durante décadas no contribuyó en absoluto a imponer ese sistema, sino que ha generado una vuelta a los criterios legales. La apreciación en conciencia no era apropiada para un sistema judicial de tribunales estables y permanentes, de técnicos en derecho, sino una proyección indebida de la que solo era predicable la ciudadanía, de la cual emanan

todos los poderes. Porque, más allá de reflexiones casi acuñadas que repetimos mecánicamente, no siempre el legislador de otros tiempos erró en sus consideraciones. Y la historia demuestra que ciertas tendencias vuelven, mejoradas, pero claramente manifestando que las reticencias no eran absolutamente fundadas.

Y así, junto a normas que limitan los medios de prueba, otras que excluyen las ilícitas y las que regulan las condiciones que debe reunir un medio para ser tal y contemplado, existen hoy criterios de valoración generales, que se desarrollan científicamente alrededor del estándar de la racionalidad y otros particulares que son objetivos y que, se califiquen como se quieran calificar, son tasados y deudores, en cierta medida, de las mismas características que los viejos cánones de prueba tasada.

Porque, esta es la realidad presente. De la prueba tasada se pasó a la íntima convicción, de ahí a la libertad de apreciación sin motivación aunque trasladada a tribunales técnicos y últimamente, tras las necesidades impuestas por un cada vez más exigente derecho a la presunción de inocencia, a una renovada tasación valorativa representada por normas de racionalidad que imponen consecuencias ineludibles y que constituyen garantías de acierto y de seguridad jurídica. Todo poder del Estado está sujeto a límites y el Poder Judicial, superior a los demás pues a todos controla, debe estarlo a mayores exigencias.

La motivación, de este modo, cumple con funciones políticas y jurídicas. Políticas son las que limitan, como se ha dicho, un poder que en democracia no debe "vencer", pues deriva del pueblo, sino "convencer"; de igual modo son políticas, porque responden a la necesidad de que los ciudadanos confíen en su justicia en tanto se les impone renunciar a la autotutela. Jurídicas, importantes y prácticas, las de evitar la arbitrariedad, las de impedir el error judicial, las de garantizar la igualdad mediante el sometimiento a reglas generales comunes y las de permitir el derecho al recurso que, sin una adecuada fundamentación, deviene imposible.

Independencia e imparcialidad judiciales, sí, pero sometidas a la ley y a los criterios racionales que deben inspirar la actividad jurisdiccional para evitar la arbitrariedad. Y, sin duda alguna, la libertad de apreciación sin motivación autoriza un uso desmedido de la independencia judicial y eleva al Poder Judicial más allá de su sentido constitucional democrático.

Pues bien, el prof. Castillo Alva, en el trabajo que nos presenta ha captado sin duda alguna, la importancia de la motivación en todas sus facetas, desarrollando todas ellas, lo que eleva la categoría de su obra, profundizando en el análisis de la exigencia legal y jurisprudencial en cada medio probatorio y en sus manifestaciones genéricas. No es un prólogo un resumen de la obra, sino un comentario sobre su contenido general, no obstante lo cual conviene realizar algunos comentarios que señalen a los logros y conclusiones relevantes

Acierta el prof. Castillo Alva al diferenciar entre un criterio normativo racional que ha venido a sustituir al meramente subjetivo basado en la convicción personal. No basta con que un juez adquiera la convicción que le lleve a la certeza, aunque dicha convicción sea necesaria para la condena, si la decisión no se fundamenta en valoraciones que, objetiva y racionalmente, lógica y con carácter general, permitan concluir la misma consideración. La certeza judicial es un aspecto meramente sicológico de la decisión que implica ausencia de duda. Pero la valoración racional y la motivación actúan como correctores de la elevación de la creencia subjetiva en elemento concluyente de la decisión judicial. Todo debe quedar sometido a una fiscalización objetiva, incluso los criterios de racionalidad.

En el capítulo segundo, central en lo que se refiere a los aspectos generales que marcan su posición, el prof. Castillo Alva destaca un elemento objetivo que constituye parte del derecho a la presunción de inocencia y que supuso en España, desde 1981, el punto de partida de un nuevo entendimiento de la labor judicial al punto de la valoración de la prueba: la exigencia de que dicha apreciación y toda condena se

base en auténticas pruebas. La convicción solo puede formarse sobre la base de pruebas en sentido estricto, no sobre elementos que carecen de dicha cualidad; estar practicadas con todas las garantías; no ser ilícitas; y ser, objetivamente de cargo. La libertad se limita por la ley y subordina toda apreciación subjetiva, aunque sea racional, a que los elementos de cargo sean pruebas en sentido procesal y su valoración no esté prohibida. Y aquí, la ley y la jurisprudencia han avanzado en un camino que, hasta mediados de los años ochenta, dejaba un amplio e intolerable espacio a la discrecionalidad judicial y un campo abierto a que la prueba derivara de la actividad policial inicial, sin respetar las garantías de un proceso que en realidad no existía. El juicio oral era una simple pantomima.

Que, posteriormente, esa garantía de objetividad y limitación de los medios probatorios haya sido completado con exigencias de racionalidad, supone un avance considerable que ha trastornado lo que hasta hace poco era un sistema judicial poco compatible con un Estado democrático. Mucho ha costado ese paso, incluso importantes reticencias por quien estas palabras escribe que, no obstante, se ha convencido de la necesidad de que la racionalidad, aunque sea compleja de expresar, se imponga como criterio limitador de la libertad de apreciación. Se trata, como hace el prof. Castillo, de indagar en sus manifestaciones objetivas, de positivizar sus exigencias, de establecer cánones que no se conviertan a su vez en otras indicaciones estrictamente subjetivas. Y, en este punto, cabe afirmar que los filósofos del Derecho han aportado un saber que debe reconocerse sin ambigüedad y que esta obra recoge con maestría.

El capítulo tercero es, con seguridad, uno de los mayores logros del trabajo. En este se desarrolla con acierto indudable, el alcance del deber de motivación, los elementos a los que debe alcanzar y cómo debe hacerse, llegando incluso a efectuar una reflexión acerca de la influencia de los medios de comunicación social y su indeseable trascendencia en la independencia judicial. Este capítulo de notable

carga técnica y práctica, debe ser leído con atención, pues constituye un apartado notable que contribuirá al desarrollo jurídico procesal del país y que, de ser seguido, fortalecerá la resolución de las controversias mediante decisiones fundadas que eviten la arbitrariedad judicial. Y debe ligarse a los siguientes capítulos, cuarto y quinto, en los que desarrolla la forma en que deben valorarse y fundarse los hechos probados, desde consideraciones generales y particulares, atendiendo a cada clase de medio y, especialmente, a su naturaleza directa o indiciaria. Un trabajo minucioso digno de encomio, reflexivo y técnico altamente valorable.

Asimismo, desde luego, el capítulo sexto es de una especial relevancia, en tanto el trabajo que se realiza sobre los defectos de motivación, sus consecuencias y remedios, no puede dejar de ser leído con toda atención, máxime cuando es frecuente en las resoluciones judiciales el uso de fórmulas abiertas, genéricas, que esconden falta de motivación y que no deben ser admitidas en tanto sustituyen, mecánicamente, la ausencia de valoración sustituyéndola por la convicción personal aunque disfrazada de objetividad.

Me siento profundamente orgulloso de que el prof. Castillo Alva me haya pedido este breve comentario, porque la obra que se presenta alcanza plenamente sus objetivos y revela un esfuerzo y una madurez intelectual que solo puede ser fruto de una integral formación jurídica procesal. El trabajo será, sin duda alguna, de referencia en la materia y sus frutos no se harán esperar, máxime cuando el NCPP va haciendo camino y superponiéndose a una práctica inquisitiva centenaria que todavía deja y tiene algunos reflejos en tribunales que, aplicando el ACPP o el nuevo, no han profundizado o asumido que el nuevo proceso penal no significa un mero cambio de modelo procedimental, sino que constituye un paradigma diferente que debe enfrentarse abandonando toda reminiscencia anterior, inapropiada para el presente y el futuro.

Obras como la del prof. Castillo Alva son la mejor ayuda para el cambio procesal, para avanzar hacia un modelo respetuoso con los derechos fundamentales y, a la vez, eficaz, pues, eficacia es

respeto de tales derechos que son la única garantía de acierto, de determinación de una verdad que es la única alternativa a la resolución real de los conflictos.

En Alicante, a veintinueve de mayo de dos mil trece

José María Asencio Mellado
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante
España

ABREVIATURAS

ACPP	Antiguo Código de Procedimientos Penales
ADH	Anuario de Derechos Humanos
ADP	Anuario de Derecho Penal
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AIJC	Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPC	Código Procesal Civil
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
RD	Revista de Derecho
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
REP	Revista de Estudios Políticos
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales

RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales
R.N.	Recurso de Nulidad
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSE	Tribunal Supremo Español

Capítulo Primero

LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA. EL ABANDONO DEL CRITERIO PSICOLÓGICO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

I) REGULACIÓN LEGAL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. El NCPP regula la valoración de la prueba disponiendo que: "*En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados*"(1) (art. 158).

El artículo 394, inc. 3, del CPP prescribe: "*La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta,*

---

(1) El mismo artículo regula otros supuestos de valoración de la prueba: "2. *En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.*

3. La prueba por indicios requiere:

a) Que el indicio esté probado;

b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;

c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes".

con indicación del razonamiento que la justifique"; asimismo se establece que la sentencia debe recoger: "*La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado*" (art. 394, inc. 2); y, además: "*Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo*" (art. 394, inc. 4). En el caso de sentencia absolutoria y respecto a la valoración de la prueba deberá fundamentar que: "*los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal*".

La ley procesal penal peruana exige como reglas de la votación y la deliberación que: "*El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio*" (art. 393.1), y que: "*El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos*" (art. 393. 2).

El NCPP prescribe que solo pueden ser valoradas las pruebas que han sido ingresadas legítimamente al proceso penal y que respetán los derechos fundamentales. La incorporación de elementos de convicción con infracción de las garantías constitucionales o de los derechos humanos genera la ineficacia de la prueba y la imposibilidad de su valoración. Al respecto, el art. VIII del Título Preliminar del CPP establece que: "*1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona*". En semejante sentido se prescribe que: "*El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona*" (art. 159).

2. El NCPP disciplina las reglas de la prueba de manera detallada. Es posible distinguir las reglas generales de valoración y las reglas específicas de valoración de la prueba(2). Las reglas generales establecen la necesidad de que el juez: "*deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados*" (art. 158, art. 393.2). Por su parte, las reglas específicas regulan la valoración de un singular y concreto medio de prueba. Así, por ejemplo, se establecen los requisitos para la valoración de la prueba de indicios (art. 158.3), de la confesión (art. 160), del testigo indirecto o el testigo de referencia (art. 166.2). También el Código regula casos de insuficiencia probatoria autónoma respecto a determinadas clases de prueba que para que tengan valor deben estar corroboradas por otros elementos de convicción, al precisar que: "*En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria*" (art. 158.2).

El Antiguo –y aún vigente– Código de Procedimientos Penales (en adelante ACPP) se inclinaba, tanto en sus orígenes como a través de sus sucesivas reformas, por el sistema de la libre valoración de la prueba, asumiendo como regla la pauta decimonónica del criterio de conciencia (art. 283(3)). En cambio, el NCPP sigue la línea del sistema de la libre valoración de la prueba, pero, además, adopta el modelo de la ***valoración racional*** de la prueba que se caracteriza por asumir una serie de normas generales y específicas que disciplinan dicha valoración, compatibilizándola con la vigencia de los derechos fundamentales y los principios constitucionales básicos como el principio de la presunción de inocencia(4).

(2) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, Lima, GTZ, 2009, p. 109.

(3) Artículo 283.- "*Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia*".

(4) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 109.

Por su parte, el NCPP ha optado por una regulación minuciosa de la motivación de las resoluciones judiciales, en particular de la sentencia, tanto en lo referido a la fundamentación de los hechos como en la fundamentación del derecho. La justificación de los hechos se inicia con la fijación de los sucesos y circunstancias que son materia de acusación y con las pretensiones penales y civiles fijadas por las partes, y culmina con la obligación de una fundamentación que requiere determinadas características esenciales como la claridad, la completud del discurso justificativo y el respeto a las leyes de la lógica de cada uno de los hechos y circunstancias que la sustentan. No solo se deben probar los hechos y circunstancias que se dan por acreditadas, sino también fundamentar los hechos y circunstancias que asimismo no se dan por probadas, haciendo mención de cada una de las pruebas, valorándolas de manera individual y conjunta; así como se debe fundamentar el razonamiento probatorio (las inferencias deductivas o inductivas) que se utilizan.

La sentencia no solo debe recoger una descripción clara y completa de los hechos materia de imputación, es necesario también que se fundamente de manera rigurosa el razonamiento probatorio que ha llevado al juzgador a decidir de una determinada manera y no de otra, señalando las reglas de la experiencia en las que se ha basado, el valor que ha asignado a las pruebas(5), entre otros aspectos(6). La valoración

(5) Véase, ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, Lima, INPECC, 2008, p. 64.

(6) **Exp. N° 00728-2008-PHC/TC**; caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares: "si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho de que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y es que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, no se puede establecer la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación. Ello aquí significa dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias, si se quiere que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional".

de la prueba no es una operación al margen de la justificación o fundamentación de las resoluciones judiciales, aunque metodológica y conceptualmente puedan distinguirse(7). Por el contrario, se trata de actividades notablemente conectadas entre sí y en las que no es posible entender una sin la otra; de allí que legislaciones tan importantes como el Código Procesal italiano en su art. 192, 1, referido a la valoración de la prueba, prescriba que: "*Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*".

La sentencia, además de un acto de poder (*potestas*), debe obtener una adecuada legitimidad y autoridad democrática en la determinación de la ley aplicable que solo es posible si es que se determinan y reconstruyen los hechos conforme efectivamente sucedieron, y si la actividad adquisitiva y valorativa de la prueba se apoya en criterios de racionalidad cognoscitiva y en una adecuada justificación de dicha ponderación(8).

A semejanza de otras legislaciones, el NCPP peruano distingue entre las reglas concernientes a la deliberación y votación de las sentencias de los requisitos estructurales y de validez de la sentencia en cuanto a la justificación de la misma a través de sus diversos enunciados (fácticos o normativos). La deliberación y votación es previa, pero a la vez un paso necesario, para la fundamentación de las resoluciones judiciales, sobre todo en los casos de los órganos jurisdiccionales o administrativos de carácter colegiado. En efecto, si se tratara de órganos unipersonales, las reglas de la deliberación y votación pierden su sentido, pues un solo juez no está obligado a deliberar consigo mismo, así tampoco a votar en determinado sentido. Al órgano jurisdiccional unipersonal solo se le exige que justifique las decisiones que adopta.

---

(7) Destaca este aspecto: NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 197; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima, Ara Editores, 2001, p. 328.

(8) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005, pp. 114 y 139.

La regulación de las reglas de la deliberación y la votación condicionan de modo directo la validez de la justificación, ya que expresamente la ley prescribe que el juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio (art. 393.1). No es legítima la deliberación, votación y justificación que se basan en medios de prueba que no han sido ofrecidos, actuados en el proceso penal y en concreto en el juicio. Creemos que desde el punto de vista sistemático y metodológico la correcta ubicación de esta disposición debiera haber sido la disposición que regula la valoración de la prueba (art. 158).

II) LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

1. En el derecho comparado, la regulación de la valoración de la prueba es variada y muy disímil entre sí. No tiene un tratamiento homogéneo ni se comparten directrices generales ni existen aspectos comunes para destacar.

La mayor parte de legislaciones solo hacen referencia somera y superficial a la valoración de la prueba y a su justificación. No realizan una regulación exhaustiva ni un tratamiento riguroso que permita establecer que desde el punto de vista legislativo se exige una justificación completa.

Un ejemplo de ello lo representa la legislación española que en el art. 142, 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que las sentencias se redactarán con sujeción a las reglas siguientes: "*Se consignarán en resultandos numerados los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados*". Asimismo, se destaca que: "*El juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados, y siempre que haga uso del libre arbitrio que para la calificación de la falta o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá expresar si ha*

tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquel obligue a tener en cuenta" (art. 973.1).

También puede citarse aquí el caso del Código Procesal Penal argentino que en su artículo 399 dentro de los requisitos de la sentencia establece: "*la exposición sucinta de los motivos de hecho y de derecho en que se fundamente*"(9), y en su art. 398 prescribe: "*El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas*".

El Código Procesal brasileño establece en su art. 157 que: "*el juez formará su convicción en la libre apreciación de la prueba*", y en su art. 381 prescribe que la sentencia contendrá: "*a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão*". El Código Federal de Procedimientos Penales de México en su art. 286 prescribe que: "*Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena*".

El Código Procesal de Colombia regula la valoración de la prueba o de los elementos de convicción en diversas disposiciones. El art. 273 establece que: "*La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe*", y el art. 380 dispone que: "*Los medios de prueba, los elementos materiales*

(9) "**Art. 399.-** La sentencia contendrá: la fecha y el lugar en que se dicta; la mención del tribunal que la pronuncia; el nombre y apellido del fiscal y de las otras partes; las condiciones personales del imputado o los datos que sirvan para identificarlo; la enunciación del hecho y las circunstancias que hayan sido materia de acusación; la exposición sucinta de los motivos de hecho y de derecho en que se fundamente; las disposiciones legales que se apliquen; la parte dispositiva y la firma de los jueces y del secretario. Pero si uno de los jueces no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación, esto se hará constar y aquella valdrá sin esa firma".

probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo".

2. Por su parte, otras legislaciones procesales de América Latina regulan de manera minuciosa la valoración de la prueba, tal como ocurre con el Código Procesal chileno que en su artículo 297 prescribe que: "*Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*"(10). Expresamente dicho Código establece la obligación de que: "*El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancia que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia*". Asimismo, el art. 342, c del CPP chileno establece como requisito de la sentencia: "*La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297*".

El Código Procesal de Costa Rica establece en su art. 142 la necesidad de que las sentencias y autos posean una fundamentación clara y precisa, y que en ella se expresen, los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones. Dicha disposición prescribe que en las sentencias y autos se fundamentará acerca de "*la indicación del valor otorgado a los medios de prueba*". De manera adecuada dicha disposición prescribe que: "*La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios,*

(10) Ampliamente, ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, Vol. XIX, N° 2, diciembre 2006, pp. 10, 12 y ss.

afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba. No existe fundamentación cuando se hayan inobservado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo". El CPP costarricense regula como presupuestos de la valoración de la prueba que: "*En la resolución, el tribunal deberá consignar, una breve y sucinta descripción del contenido de la prueba oral, antes de proceder a su valoración*" (art. 143), y expresamente regula la valoración de la prueba en su art. 184 al prescribir que: "*El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial*".

III) LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA. LA PRUEBA LEGAL Y EL LIBRE CONVENCIMIENTO

La historia del derecho de las pruebas, en casi todos los ordenamientos jurídicos, se puede resumir en los intentos del legislador y la doctrina tendientes a limitar y prevenir la arbitrariedad del juez en la apreciación de los hechos y de las pruebas(11). La evolución del derecho probatorio está marcado por las relaciones constantes y tensas entre la regulación exhaustiva del fenómeno probatorio y el campo, amplio y flexible, de la no regulación de las pruebas en las que se deja librada a la discrecionalidad del juzgador la valoración de la prueba.

El tratamiento legal exhaustivo de la prueba, en especial la de su valoración, se manifiesta a través de una serie de factores. En primer lugar, la regulación jurídica de la admisibilidad de los medios de prueba que por lo común buscan evitar los errores en la valoración de la prueba, excluyéndolos a priori. En segundo lugar, la regulación en

(11) Véase, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos* (Trad. de Jordi Ferrer Beltrán), Madrid, Trotta, 3ª ed., 2009, p. 420; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 37.

el procedimiento de formación de la prueba que se dirige a lograr niveles adecuados de confianza y aceptación de las pruebas. En tercer lugar, los casos de prueba legal que excluyen la valoración del juez y buscan imponer una racionalidad proveniente por lo común del legislador ordinario(12).

Pese a ello, es posible también establecer otra clase de controles de carácter racional más allá de las regulaciones legales específicas con el mismo objetivo que los criterios glosados: el de evitar la arbitrariedad en la valoración de la prueba y que consiste en el respeto a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

Históricamente, se identifican dos grandes sistemas respecto a la valoración racional de la prueba(13): i) El modelo de la prueba legal o de la prueba tasada; y ii) El modelo del libre convencimiento o de la íntima convicción.

A) El sistema de la prueba legal

1. El modelo de la ***prueba tasada*** o de la ***prueba legal*** repara en la existencia de determinadas reglas de valoración previstas en la ley o en otra disposición jurídica que fijan al juez cuándo y en qué medida debe considerarse un enunciado fáctico como probado, al margen de si se encuentra convencido del mismo(14). La prueba de un hecho

(12) Al respecto, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, cit., p. 421.

(13) Ampliamente, GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, Lima, Palestra Editores, 2005, p. 74; GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2ª ed., 2005, p. 376; ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, cit., pp. 8 y ss.; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 32; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 114.

(14) Véase, GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 376; de la misma autora, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 3ª ed., 2010, p. 141; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en*

deriva directamente de una norma jurídica y una vez constatada su concurrencia se pasa a deducir una determinada conclusión o resultado probatorio(15). El caso concreto no es tenido en cuenta, pues la tasación resulta previa e independiente a él(16). Bajo la formulación general y abstracta, propia de las disposiciones legales, se determina el valor jurídico que debe atribuirse a cada clase de prueba(17).

El sistema de la prueba legal tiene una estrecha relación con la figura de un juez vinculado a un determinado poder (ejecutivo) y a una concepción autoritaria, no dialógica, del proceso en la que se concibe claramente la posibilidad de llegar a una verdad absoluta y no solo probable de los hechos(18).

El legislador establece una serie de reglas obligatorias mediante las cuales se limitan o restringen los medios de prueba que pueden ser utilizados para formar una decisión. Se trata aquí de fijar un sistema de *numerus clausus* de los elementos de prueba, estableciendo el peso y el valor que el juez debe asignar a cada medio de prueba(19). Asimismo,

---

el Nuevo Proceso Penal, p. 105; DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 146.

(15) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel y otros), Madrid, Trotta, 1995, pp. 135 y 136: "El esquema lógico y epistemológico es sin embargo el mismo; el de la deducción de la conclusión judicial como necesaria [y no como probable] a partir de la prueba practicada y de la norma que le confiere a esta valor probatorio o inmediatamente expresivo del hecho probado"; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 135; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 141.

(16) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 114.

(17) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 387.

(18) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 135; del mismo autor, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, 1992, p. 277; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 141.

(19) Véase, ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 8; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos*

se determinan las condiciones y los requisitos que se necesitan para que cada prueba pueda alcanzar su valor absoluto o parcial(20). Al juez se le prohíbe llegar a una determinada conclusión y considerar un hecho como verdadero si es que no se verifica primero un mínimo de pruebas(21).

Desde la perspectiva gnoseológica, el sistema de la prueba legal manifiesta una teoría del conocimiento basada en abstracciones y apriorismos propios del pensamiento escolástico y del pensamiento aristotélico-tomista(22).

2. Las reglas procesales que se consagran no siempre son reglas empíricas o racionales, ya que en ocasiones se trata más bien de reglas paraempíricas [v. gr. presunción de paternidad dentro del matrimonio], reglas no empíricas [v. gr. reglas sobre la presunción de la muerte] o, incluso, pueden llegar a ser reglas contraempíricas [v. gr. evidencia basada en la brujería o las ordalías](23).

La doctrina distingue entre ***prueba legal positiva*** y ***prueba legal negativa***. Las pruebas legales positivas son aquellas en las que se acredita su concurrencia, la ley prescribe que el juez debe dar por probada la hipótesis acusatoria, aunque ello contravenga su propia convicción; mientras que las pruebas legales negativas son aquellas en cuya ausencia la ley prescribe que el juez no debe considerar probada la hipótesis acusatoria, pese a que ello contravenga también su libre convicción(24).

---

en el derecho. Bases argumentales de la prueba, p. 141; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 106.

(20) Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 74.

(21) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 146.

(22) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 78.

(23) Ibídem, p. 32.

(24) Por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 148.

La presencia de las primeras hace obligatoria la condena; mientras que las segundas se encargan de mantener la obligación de absolución.

3. Se reconoce que en el desarrollo del sistema de la prueba legal es posible diferenciar dos grandes etapas:

La *primera etapa* se caracterizaba por la existencia de un procedimiento rudimentario en la que se sometía al acusado a la demostración de la culpabilidad o inocencia, utilizando medios irracionales como las pruebas de fuego, del agua, el duelo, y que respondían a la cultura y el pensamiento de la época marcado por la magia, superstición y la mística. Se creía que como consecuencia del uso de ciertas pruebas era posible obtener la verdad debido a la intervención de fuerzas sobrenaturales y en especial de la divinidad a quien se le atribuía el poder de descubrir al culpable y posibilitar de esta manera el hallazgo incondicional de la verdad.

Se trató esta etapa de la implantación de un sistema anclado en supersticiones y creencias míticas ajenas por completo a la dinámica de los hechos y a la realidad, y que dependían del azar y la concatenación de ciertas circunstancias. Se acudía a factores externos a los que se les asignaba valor y excesiva importancia; v. gr. las ordalías.

Su expansión respondió al hecho de que en la Alta Edad Media no existía un Estado fuerte que fuera capaz de imponerse a los súbditos y que reconociera la posibilidad de solucionar los conflictos de manera heterocompositiva, por lo que la administración de justicia se dejó muchas veces en manos de los particulares y en el mejor de los casos se permitió la intervención de los señores feudales o de la autoridad que representaba a su majestad.

La *segunda etapa* transcurrió en la Baja Edad Media y duró hasta el advenimiento del Estado absoluto. Aquí se estableció una serie de criterios apriorísticos de admisión y valoración de la prueba. En buena cuenta se trató de un criterio formalista, rígido y particularmente complejo que asignaba un determinado valor a cada medio de prueba y a cada situación probatoria(25). Para alcanzar una condena se exigía

(25) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 388.

determinada clase de prueba y dentro de esta clase de prueba se fijaba, además, ciertos requisitos; v. gr. se exigía por lo menos dos testigos, y la declaración testimonial de un conde o de un varón equivalía al de ocho burgueses.

En dicha época, las pruebas se sometían a una triple división: *probatio nulla, probatio plena y probatio semiplena*(26).

4. Las ventajas de este sistema frente al anterior residía en que abandonaba en gran medida el puro azar y casualidad y las normas basadas en el capricho y la superstición(27); v. gr. la tortura se consideró un método privilegiado debido a que la confesión del imputado era mejor que el empleo de ciertos mecanismos mágicos. Las reglas de valoración de la prueba se obtenían de las reglas de la razón, de la lógica y de la observación de un conjunto de casos [experiencia] que arrojaba ciertas pautas generales. Incluso, se trató de adoptar principios reputados como científicos en aquella época(28).

En contra de lo que usualmente se piensa, la configuración del modelo de la prueba legal no constituye un modelo semejante al sistema de pruebas mágicas, vinculadas a criterios religiosos o un sistema probatorio cuyas bases son absolutamente irracionales. Por el contrario, en sus orígenes dicho sistema es tributario del razonamiento y elaboración doctrinal efectuada por los juristas medievales y renacentistas de gran prestigio. La prueba legal es un producto y el resultado del profundo y largo desarrollo alcanzado por la doctrina y los estudiosos de las pruebas que reflejaban la cultura y los valores de una época. En pocas ocasiones en la historia de las ideas jurídicas es

(26) Al respecto, ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 10.

(27) De modo distinto: FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 135, sostiene que pese a la aparente racionalidad de esta prueba la idea que lo preside es la misma que fundamentan las pruebas irracionales de tipo mágico o arcaico.

(28) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 78.

posible detectar e identificar una influencia tan marcada y directa de la doctrina jurídica (*opinio doctorum*) en la legislación y en particular en el nacimiento de disposiciones jurídicas que regulan de manera profusa y milimétrica el fenómeno probatorio(29). Las reglas legales en dicha época solo reflejaban el intento de recoger, ordenar y sistematizar los criterios doctrinales vigentes y las diversas propuestas que se planteaban acerca de la valoración de la prueba. No es que la ley creara un ambiente de racionalidad determinado, sino que la racionalidad de la época condicionó y determinó el contenido de la ley, situación que explica su aceptación social y su vigencia por un tiempo relativamente largo.

Uno de los aspectos positivos que más se enfatiza y reconoce al sistema de prueba legal es que se trata de una metodología formal que busca racionalizar y limitar la valoración de la prueba y de manera más amplia el juicio de hecho, reduciendo en forma amplia y favorable la libertad del juez. Se combate de manera drástica el peligro de arbitrariedad y, con ello, al menos teóricamente, la posibilidad de los errores judiciales(30).

La regulación de la prueba es el reflejo y reproducción del ambiente social de la época que manifestaba una particular visión del derecho, la verdad y la justicia(31). En dicho tiempo, la búsqueda de la verdad tenía como aliados insustituibles el manejo de la lógica tomista y la inclinación al uso de los criterios clasificatorios. Asimismo, la influencia del contexto sociocultural en la ponderación de la prueba se demuestra, por ejemplo, en el hecho de que la valoración del testimonio de la mujer y de los siervos poseía un valor minúsculo, lo cual reflejaba el papel que se le asignaba a cada uno de ellos en dicha sociedad.

---

(29) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 389.

(30) Ibídem, p. 388.

(31) Ibídem, p. 389: "el sistema de prueba legal es esencialmente el producto típico y casi exclusivo de una cultura jurídica formalista, analítica y categorizante, amante de las sutilezas y de las complicaciones clasificatorias; únicamente como reflejo, y en mucha menor medida, es un fenómeno legislativo".

Desde el punto de vista *político*, la instauración del sistema tasado de pruebas refleja una clara desconfianza en los jueces(32), de tal manera que se busca limitar en extremo los poderes discrecionales(33), imponiendo un sistema de reglas probatorias y de valoración de la prueba a las que no podía rehuir sin que su actividad quede completamente deslegitimada. Se considera preferible un sistema cerrado de reglas que la autorización de la arbitrariedad judicial. Una de las características de la época era el profundo desprestigio en la actividad judicial, en especial la que se expresaba en la ponderación de la prueba, lo que conducía a la necesidad de limitar al máximo los criterios discrecionales del juzgador a la hora de examinar el material fáctico.

5. Por otro lado, la irrupción en el escenario histórico del fenómeno de la codificación trajo consigo la incorporación a nivel del derecho positivo del conjunto de reglas que dan pie a la regulación normativa de la prueba legal. No se trató, por tanto, de un desarrollo aislado, particular y focalizado, sino de un fenómeno globalizador que se caracterizó por la sistematización de la normatividad dispersa en determinadas regulaciones sectoriales y específicas que recogían el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de épocas pasadas sobre determinadas materias. Como señala Taruffo: "*las reglas de prueba legal ya no son reglas racionales formuladas por los juristas: son exclusivamente reglas legales fijadas por el legislador*"(34).

La codificación trajo cambios notables en el tratamiento de las pruebas legales. Mientras en el derecho común, en el caso concreto se dejaba al juez el poder de efectuar el cálculo que asumía la modalidad de suma fraccionada algebraica en la que se tomaban en cuenta las pruebas positivas y negativas, sumando y restando cada uno de los resultados, en el caso de la prueba legal codificada se eliminan las fracciones y se llega a resultados probatorios vinculantes, seguros e incontestables. Ya

(32) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 61 y 70, nota 17.

(33) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 77.

(34) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 391.

no se produce una prueba más o menos grande de verdad en la que se suman y restan ciertas fracciones, sino hay sumas y resultados globales que permiten acceder a una verdad total, completa y cerrada en la que no se toman en cuenta los posibles valores negativos de las pruebas de signo contrario. No se efectúa cálculo alguno, ya que el juicio de los hechos se encuentra determinado de manera anticipada(35).

Hay acuerdo en sostener que las pruebas mágicas y las pruebas legales son en realidad pruebas formales en cuanto excluyen y dejan de lado la libre valoración del juez que lo sustituye, según FERRAJOLI, por un juicio infalible y superior: divino en el primer caso y legal en el segundo(36).

Pese a los esfuerzos de reducir los errores judiciales y la arbitrariedad judicial el sistema de la prueba tasada no alcanzó su finalidad, sino que supuso un claro fracaso, debido a que no tomó en cuenta las particularidades del proceso penal y la enorme complejidad y variedad de los hechos delictivos como de las pruebas que se utilizan para probarlas. Asimismo, en no pocas ocasiones con este sistema se llegó a situaciones de impunidad escandalosas(37), pues si es que no se lograba contar, por ejemplo, con el número de testigos requeridos se tenía que absolver al culpable pese a que mediaban en su contra una serie de otras pruebas(38). Por otro lado, el sistema de prueba tasada privilegió una clase determinada de pruebas para la configuración de la culpabilidad del imputado como son las pruebas directas, dejando

(35) Ibídem, p. 392: "esta prueba legal desarrolla al máximo su función simplificadora porque, esencialmente, elimina el problema del juicio sobre los hechos; en cambio la prueba legal del derecho común no lo eliminaba, sino que reducía los márgenes de variabilidad subjetiva".

(36) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 136.

(37) Cfr. MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Madrid, Revista de Legislación, p. 14: "someter la prueba a condiciones demasiado absolutas, sería subyugar la convicción inteligente del juez, y obligarle a que absolviera con frecuencia a verdaderos culpables".

(38) Véase, ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 12.

de lado la prueba indiciaria que representa una de las pruebas más importantes en la acreditación de la responsabilidad penal.

El sistema de prueba legal nunca llegó a consolidarse como un modelo cerrado, absoluto, inmutable, fijo y definitivo, ya que como toda regulación positiva albergaba sus propias lagunas, deficiencias y problemas de cobertura, amén de las contradicciones internas que podían registrarse. Paradójicamente, el contar con un conjunto de disposiciones exhaustivas, minuciosas y excesivamente preocupadas del detalle generaba en el sistema espacios de libertad para que el juez pueda acudir a su criterio a fin de suplir los problemas de la regulación legal(39).

El sistema de prueba legal posee de esta manera una serie de desventajas, sobre todo en cuanto al estándar probatorio fijado en la solución de los casos que conducía a dictar sentencias de absolución de instancia, antes que pronunciamientos sobre el fondo. La sentencia de absolución de instancia se caracterizaba por dejar abierto el juicio hasta el momento que se presenten nuevas pruebas a favor o en contra del reo(40). Otras de las desventajas es que a la jurisdicción penal se la convertía en una función mecánica y automática al momento de declarar los hechos probados y en que la valoración del legislador sustituía por completo a la valoración del juez a quien se le otorgaba un margen mínimo de libertad. Los fallos más que buscar la verdad solo revestían una apariencia formal produciéndose un claro distanciamiento entre la justicia y la decisión, debido a la estricta y severa formalidad de las pruebas(41).

---

(39) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 394.

(40) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 107.

(41) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 141: "la prueba legal desdibuja claramente el objetivo de búsqueda de la verdad propio de un modelo cognoscitivista, pues, garantizando los distintos medios de prueba resultados todos probables, es muy posible que en el caso concreto el grado de probabilidad alcanzado por una determinada prueba resulte insuficiente para fundar la decisión, por más que el legislador le haya atribuido un valor específico".

La motivación de las resoluciones judiciales si bien podía cumplir alguna función y se le reconocía alguna importancia no era un trabajo argumentativo ni una ponderación meticulosa de los medios de prueba, sino que se limitaba a ser un índice y un listado de la prueba recogida en el proceso(42).

B) El sistema del libre convencimiento

1. El sistema del libre convencimiento viene a ser una respuesta y evolución del modelo de la prueba tasada. Su importancia es tal que hoy en día constituye un principio fundamental en todas las legislaciones procesales(43) y que, incluso, en algunos países tiene raigambre constitucional.

A diferencia del sistema anterior, el modelo de la prueba libre o de la libre convicción implica la ausencia de reglas legales que configuren previamente y de manera anticipada el valor probatorio de las pruebas. La eficacia de la evidencia se supedita a criterios flexibles, discrecionales y a la vigencia de la racionalidad objetiva en la valoración de los elementos de convicción(44).

---

(42) Por todos, IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 2.

(43) Por todos, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 398; del mismo autor, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*; en: *La Prova nel Processo Civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II, 1999, p. 423: "Desde hace tiempo, como es sabido, el tema de la valoración de las pruebas está dominado por un principio de orden generalísimo, conocido como principio 'del libre convicción' o de la 'libre valoración de las pruebas'. El art. 115 del Cod. proc. civ. no hace más que ajustarse a la tendencia que ve en este principio el eje del derecho de las pruebas en los ordenamientos modernos, y que se es desde hace tiempo afirmada en todos los sistemas procesales del civil law".

(44) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 141: "en un modelo cognoscitivista las únicas valoraciones legales admisibles serían aquellas que constituyan un reflejo de medios de prueba científicamente contrastados y de fiabilidad prácticamente absoluta"; TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, pp. 387 y 401: "en cierto sentido la prueba legal pretende precisamente impedir al juez que use los criterios de

El *principio del libre convencimiento* excluye que pueda darse por probado lo que a criterio del juzgador aún no goza de un grado de verosimilitud [probabilidad] aceptable o convincente(45). En este sistema no se establece límite alguno respecto a los medios probatorios a emplear por lo que no se trata de un criterio *numerus clausus*; como tampoco se establece una regla probatoria que sustituya la convicción del juez(46).

Sus bases ideológicas y políticas son el respeto al principio de independencia judicial, el desarrollo de la libertad como base del sistema jurídico, la confianza en la racionalidad funcional del juez, la búsqueda objetiva e independiente de la verdad y el reconocimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales.

El sistema del libre convencimiento es tributario de la consideración de la verdad como meramente probable y que, por tanto, la certidumbre de lo fáctico nunca es totalmente objetiva(47). Se trata en buena cuenta del empleo y aplicación de la metodología inductiva

---

discrecionalidad racional, imponiéndole otros que en mayor o menor medida distinguen al juicio del hecho que se daría según los cánones de la aproximación a la realidad. Por esta razón, el sistema de la prueba legal es irracional, más exactamente, es *contra-racional* porque excluye los criterios racionales de valoración de la prueba".

(45) Véase, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 33; GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 376; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 108.

(46) Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 74; ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 14; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 33; del mismo autor, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, 2001, p. 464; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 108.

(47) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 138; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 141.

en la adquisición del conocimiento y la obtención de las pruebas(48). Como el juez no tiene conocimiento directo de los hechos, la única manera con que puede tomar contacto con ellos, es través de las pruebas (testimonio, pericia, documentos, etc.) que no permiten llegar a una certeza absoluta, sino solo a una certidumbre relativa. Se parte por considerar que ninguna ley está en condiciones de lograr el conocimiento exacto y completamente fidedigno de los hechos.

Este planteamiento empieza por reconocer la libertad de fuentes y medios de prueba en la investigación del delito como única posibilidad de lograr la finalidad del proceso penal, incorporando paulatinamente y de manera abierta a diversos medios de prueba que surgen al compás de la evolución y el desarrollo de la sociedad(49), v. gr. audio, video, pruebas de ADN, etc.

2. La libre convicción no es un método de valoración alternativo o que sustituya al sistema de la prueba legal; por el contrario, se trata de un principio metodológico [negativo] que implica el rechazo de las pruebas legales como criterios idóneos y suficientes para determinar una decisión(50). De una racionalidad positiva caracterizada

(48) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 136, 168 y 169: "Por eso, el conocimiento judicial pertenece a la clase del conocimiento probable, ya que la conclusión no se deriva con necesidad lógica de las premisas"; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 142.

(49) Cfr. ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 17.

(50) Por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 138; GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 376; de la misma autora, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 142; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 45; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 108; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, pp. 154 y 33, quien lo compara como un negativo fotográfico; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 14. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha entendido en la sentencia del R.N. N° 116-2011 de 18 de agosto del 2011 que: "Es de acotar

por la existencia de reglas jurídicas que señalan el valor y peso de las pruebas, se pasa a una *racionalidad negativa*, cuya particularidad más importante es la ausencia de reglas alrededor de la valoración del material fáctico. La denominada racionalidad negativa, propia del modelo del libre convencimiento, debe ser correctamente entendida, en el sentido de falta de criterios legales (formales) en la regulación del fenómeno probatorio de la ponderación de la prueba(51). Este criterio no señala cómo valorar las pruebas actuadas y qué principios o parámetros emplear. De allí que se imponga como tarea y reto la necesidad de construir criterios racionales de valoración de la prueba que puedan ser sometidos a controles(52).

La racionalidad de la que parte supone el abandono de la metodología formal, de las jerarquías conceptuales y de las clasificaciones minuciosas para asumir en su lugar una racionalidad moderna, libre de vínculos formales –que lo único que hacen es limitar el conocimiento de los hechos y la búsqueda adecuada de la verdad– y en la que se toman en cuenta criterios como la lógica de la probabilidad, el conocimiento científico basado en puntos de vista empíricos, debidamente comprobable y en el sentido común que permite adaptarse a las más diversas circunstancias y a los problemas fácticos más sugerentes y

---

que la característica más importante en el sistema de libre convicción –regulado en el artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales– es la libertad en el examen de las pruebas, por lo que el Juez no está obligado por ningún tipo de pauta legal para otorgar mayor valor a alguna prueba sobre otras, pues esta se alcanzará de la concordancia que guarden con el resto del material probatorio que se incorporó legalmente al proceso".

(51) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 396: "No hay una nueva racionalidad, entendida como cuerpo orgánico de principios racionales generalmente aceptados que venga a llenar el espacio que deja libre la caída de la racionalidad medieval y del siglo XVIII, y este fenómeno negativo es particularmente evidente en la materia de las pruebas civiles. No se da, pues, un paso desde un conjunto de criterios racionales a otro conjunto distinto de criterios racionales de valoración de la prueba porque este último simplemente no existe y no es elaborado".

(52) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 108.

difíciles(53). Con todo, las ideas que presiden el modelo de la libre convicción son muchas veces heterogéneas, variadas y actúan como si fueran un cajón de sastre en el que se recogen diversos puntos de vista que no poseen un denominador común y menos una metodología unitaria. Tras los términos de *"prudente apreciación"*, *"certeza moral"*, *"arbitrio racional"*, *"sana crítica"*, entre otras fórmulas no existe una referencia clara y unívoca a los criterios racionales de valoración de la prueba y su empleo frecuente solo refleja la carencia de criterios racionales adecuados, claros y mínimamente definidos(54). Se trata en buena cuenta de una fórmula de estilo, sin contenido preciso.

Se parte del principio de que en la valoración de la prueba lo decisivo es la libertad del juez, exenta y ajena a cualquier sujeción y mandato legal que estableciera de una u otra forma los criterios configuradores. La libertad se entiende como ausencia de regulación legal en la ponderación de la prueba, pero no equivale a una total falta de criterios y parámetros racionales de valoración(55). El hecho de que se prescinda de la ley para regular el fenómeno gnoseológico de valoración de la prueba, no quiere decir que no se cumpla con algún criterio plausible y razonable, aunque sea mínimo, a la hora de enjuiciar críticamente la prueba. La flexibilidad de la fórmula del libre convencimiento permite tener en cuenta las diversas situaciones culturales que se producen en tiempos y lugares distintos, adaptándolos a criterios sociales y culturales diversos, a las características del sistema jurídico, al modelo procesal y al tipo concreto de proceso(56).

(53) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 395.

(54) Ibídem, p. 396.

(55) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 136: "el principio rector en este sistema es que en la valoración de la prueba es insustituible el criterio libre del juzgador: libre en el sentido de no susceptible de vinculación legal en su actividad gnoseológica"; TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 427.

(56) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 397.

El principio del libre convencimiento supone en buena cuenta: "*i) La no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos en la ley; ii) La presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su falsedad; iii) La carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho de defensa de refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena; iv) La cuestionabilidad de cualquier prueba, que siempre justifica la duda como hábito profesional del juez y, conforme, a ello permite la absolución*"(57).

3. El modelo de la prueba libre no ha tenido un desarrollo lineal, idéntico y homogéneo en todos los ordenamientos jurídicos como tampoco se puede sostener que sus efectos se despliegan con igual intensidad tanto en el interior del proceso civil como en el seno del proceso penal. Como cualquier principio configurador está sujeto al contexto cultural y social en el que se aplica, al tipo de legislación al que obedece como al contexto ideológico, propio de su recepción. Por ejemplo, en el proceso civil de algunos países pese a que se declara y reconoce el modelo del libre convencimiento se encuentran gran cantidad de disposiciones que son el reflejo inveterado e histórico del sistema de prueba legal(58), situación que es sustancialmente distinta en el campo del proceso penal en el que por la vigencia del principio de presunción de inocencia no se encuentran por lo regular pruebas que supongan una valoración legal.

Una de las razones decisivas que determinó la vigencia del sistema de la libre valoración de la prueba viene dada por la incorporación en Europa en el siglo XIX de la institución del jurado(59). Ello se debió a que los jueces legos o ciudadanos comunes no conocían ni

(57) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 139.

(58) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 395; del mismo autor, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 425.

(59) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 465.

estaban preparados para resolver los distintos casos penales según las complejas reglas probatorias propias del sistema de la prueba tasada(60). Jurado y prueba legal eran prácticamente elementos inconciliables entre sí debido a que esta última volvía innecesaria la existencia del jurado; del mismo modo que el jurado requería de la libertad suficiente para asegurar una decisión ajustada al pensamiento de las personas del pueblo, ajenas a los artilugios y compleja clasificación de las reglas probatorias.

La aparición del jurado permitió que el proceso de convencimiento judicial abandone el secretismo, la mediación y la escritura, y se alcen en su lugar los principios de inmediación, contradicción y publicidad como métodos más seguros en la averiguación de los hechos y el descubrimiento de la verdad(61). El momento estelar de la generación de la certeza era el juicio oral y no más la etapa del sumario.

Otra de las razones que determinó la aparición del sistema de libre valoración reside en que en Europa del Siglo XVIII se incorporó paulatinamente el método filosófico-científico experimental elaborado en el siglo anterior y por el cual se postulaba que el conocimiento de la verdad se obtenía de la observación directa y crítica de los hechos, descartándose aquellas afirmaciones o *"verdades"* que no tenían asiento empírico o no era posible su corroboración(62). De la exigencia de verificación directa surgió la necesidad de que el examen y el análisis de las pruebas se funde en el principio de inmediación. El carácter secreto, mediato y escrito de las pruebas fue reemplazado por la publicidad, inmediatez y oralidad de las mismas(63).

---

(60) Véase, ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 32.

(61) Ibídem, p. 34.

(62) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 80.

(63) Cfr. VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 354; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 80.

a) La íntima convicción

1. En un *primer momento* de desarrollo, el sistema de libre valoración de la prueba se entendió como una actividad privada, que reflejaba una función soberana del juez que carecía de límites y control, la cual no estaba sujeta a las reglas de la lógica o la racionalidad(64). Se sostenía que la convicción judicial podía surgir no solo de la prueba de autos, sino también fuera de ella e, incluso, contra la misma(65). Este criterio de valoración de la prueba no creía necesario realizar una motivación fáctica de los hechos probados, ya que los procesos mentales y las ponderaciones subjetivas del juez, cargadas de emociones, golpes de vista e intuiciones, eran difícilmente objetivables y sujetas a control externo. Se echa de menos la existencia de una regla o de una metodología acerca del valor de las pruebas. Las conclusiones de la prueba no requieren motivación y se expresan según el entendimiento y particular comprensión del juez. La labor judicial se entendía de manera próxima y semejante a la actividad desarrollada por el jurado.

La única garantía en la correcta valoración de las pruebas fue la confianza en la moralidad del juez y en la garantía de imparcialidad que eran promovidas en gran medida por el principio de inmediación, a través del cual la calidad y los resultados del juicio en materia de prueba quedaba (se suponía) asegurada. Durante un muy buen tiempo se estimó que la inmediación era un método infalible de conocimiento que permitía una valoración de la prueba libre de errores(66).

La Corte Suprema de Justicia del Perú hasta tiempo reciente había precisado dentro de su doctrina que: "*la valoración de la prueba se hace con criterio de conciencia, la misma que supone la plena libertad en el proceso de convencimiento del juez respecto de las afirmaciones*

(64) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 136; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 108.

(65) Véase, COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 3ª ed., 1958, p. 274. De modo crítico: ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 38.

(66) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 213.

de las partes, las pruebas actuadas en un proceso, tanto las aportadas por las partes como las adquiridas directamente por el juez"(67).

Incluso, en el derecho comparado el TSE aconsejaba la no motivación de la sentencia en cuanto a hechos se refiere(68) y reconocía que el juez no estaba supeditado a las reglas científicas ni a moldes preconcebidos y que a la hora de sopesar las pruebas no tiene más freno que su soberana facultad valorativa(69).

2. Las críticas que se dirigen a esta perspectiva son de distinto tipo.

Desde el punto de vista ideológico, se le reprocha el llegar a ribetes exagerados de arbitrariedad judicial al conceder al juez poderes absolutos sobre la ponderación de la prueba sin más límite que su propia conciencia, liquidando garantías mínimas del debido proceso.

Desde el punto de vista epistemológico, se objeta la ausencia de una teoría del conocimiento en la fundamentación de la valoración de la prueba por parte del juez al que se le permite llegar a una convicción sin exigirle un control del razonamiento probatorio o una explicitación racional del mismo(70). Se comprueba la ausencia de reglas en la ponderación de la prueba, sea de tipo lógico, científico o

(67) Véase, la Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el **R.N. N° 3506-2007** de 21 de enero del 2008.

(68) Al respecto, ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 40; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 137.

(69) Véanse, las sentencias citadas por IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 68; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, pp. 75 y 76; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 136.

(70) Ampliamente, GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 77: "la concepción epistemológica subyacente a esta doctrina viene a decir que el método más fiable para conocer los hechos consistiría en procurar que el sujeto cognoscente llegue a estar convencido de los mismos sea como sea el razonamiento al que llegue a ese convencimiento"; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 143.

valorativo. Con razón, FERRAJOLI sostiene que esta comprensión del libre convencimiento: "*se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales*"(71). Se está ante una versión impregnada de irracionalismo que no se asienta en una base filosófica o en un criterio sólido de pensamiento, sino en un expediente pragmático caracterizado por evitar el ejercicio de cualquier forma de racionalidad que permita el control del juicio de hecho(72). Desde la perspectiva científica, la decisión en conciencia sobre las pruebas constituye un grave peligro contra la búsqueda de la verdad como fin del proceso penal, que actúa como ideal regulativo(73), toda vez que el juez puede buscar más la "verdad" que le interesa legitimar y sustentar que la verdad objetiva. En un sistema penal democrático, el juez debe buscar la verdad, la misma que no siempre coincide ni es igual a su "*verdad*"(74), la cual puede estar distorsionada, incompleta o puede que no se base en criterios objetivos o en las pruebas del proceso.

Desde el punto de vista constitucional, se reprocha que el sistema de libre convencimiento (a secas) es incompatible con la vigencia y respeto de los derechos fundamentales como con elementales principios

(71) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 139. También, FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 62.

(72) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 399: "el irracionalismo en la valoración de la prueba no es, pues, la única alternativa a la prueba legal y, al contrario, esta no es el único remedio contra los riesgos ínsitos en el subjetivismo de la íntima convicción del juez".

(73) Véase, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 465; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 141; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, pp. 1 y 12; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 72; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2005, p. 71; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal penal*, p. 816.

(74) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 143; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 117.

jurídicos reconocidos implícita o explícitamente por la Constitución o el contenido del debido proceso; v. gr. la presunción de inocencia o el deber de motivar las resoluciones judiciales(75).

El libre convencimiento del juez a secas, sin mayores exigencias y requisitos, termina colisionando con el principio de proscripción de la arbitrariedad en la medida en que autoriza y entrega un cheque en blanco al juez para que bajo la protección de su conciencia y personal convicción haga en la práctica lo que quiera y le venga en gana. Fallar en conciencia, en un convencimiento libre y puro es la concesión al juez y al Tribunal de un poder omnímodo y no sujeto a control alguno para que resuelva conforme a su leal –y no siempre correcto– entender. Se concede al juez la facultad omnímoda de decidir según su criterio, sin ningún parámetro de racionalidad identificable, pero que siempre tiene en su defensa la excusa de haber valorado la prueba según el libre convencimiento. Se trata en el mejor de los casos de una forma de racionalidad subjetiva, personal; no de una racionalidad general. Queda claro que aquí no se aplica un criterio determinado de racionalidad, sino que la valoración de la prueba y la decisión sobre los hechos la sustrae de cualquier esquema de racionalidad, ya sea lógica, científica o de sentido común para dar pie a una discrecionalidad judicial incontrolada(76).

Se destaca que el modelo del libre convencimiento a veces no dota ni provee de contenidos racionales adecuados y específicos a la valoración de la prueba, aun cuando se trata de criterios relativos y variables, tal como ocurre en muchos ordenamientos, incluso tomados como referencia por su capacidad de rendimiento en la vigencia del modelo(77). Y cuando ello ocurre, los criterios se infieren a partir de

(75) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 115.

(76) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 398: "la libertad de convicción resulta entonces sinónima de discrecionalidad incontrolada, y la falta de criterios racionales abre el camino al subjetivismo de la intuición irracional como instrumento para la formulación del juicio de hecho".

(77) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 143.

la ideología general dominante, de alguna concepción de racionalidad discutible o de una corriente epistémica de dudoso valor.

En buena cuenta, el modelo no evolucionado de la libre convicción otorga al juez un poder, con el blindaje de su conciencia interior, para que falle y decida la solución de los casos sin prueba e, incluso, en contra de la prueba actuada y que consta en el proceso(78). Más que un sistema de valoración de la prueba es un sistema de poder sobre y a veces en contra de la prueba que termina poniendo en peligro los derechos fundamentales y las garantías de la administración de justicia(79).

Este modelo parte por presumir la buena fe y la honestidad intelectual del juez como de la creencia de que el principio de libertad en la valoración de la prueba genera efectos positivos y se encuentra libre de errores; de otro modo, no se llega a entender cómo exonera de necesarios filtros y controles a la tarea de valoración racional de la prueba. La buena fe o la confianza en la racionalidad del juez no debe ni puede llevar a considerar que esta tarea se tenga que llevar al margen de la necesaria documentación y justificación de por qué el juez asigna un determinado valor o no a las pruebas aportadas al proceso(80). Si bien exigir que se

(78) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 116: "de qué serviría el derecho fundamental al juez predeterminado por ley (art. 24 CE), si estuviéramos ante un juez que una cuestión tan trascendente como la de la valoración de la prueba no la resolviese conforme a ley sino a su personal conciencia. En otras palabras, el juez ha de ser libre, pero no *de la* prueba"; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 22.

(79) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 141.

(80) Cfr. TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 428: "El principio de libre convicción desvincula al juez de las reglas de prueba legal, pero no lo exime del respeto de los criterios de racionalidad, sensatez, coherencia y corrección lógica. En otros términos, que la evaluación de las pruebas sea 'libre' no implica necesariamente que esta sea subjetiva y arbitraria"; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 466.

valore la prueba de manera racional constituye un notable avance en la adopción de una metodología que permita acceder a resultados plausibles, dicha tarea se queda a medio camino, si no se asume de manera complementaria y como reflejo de racionalidad el deber de motivar las resoluciones judiciales en el contexto de la ponderación de la prueba(81). La valoración de la prueba es aún *"irracional"* o, por lo menos no tan racional, si es que no va acompañada de la exigencia de fundamentar dicha valoración, utilizando criterios plausibles y buenos argumentos.

b) La sana crítica

1. Posteriormente, y luego de las críticas que se dirigieron en contra del sistema de la libre convicción, se arribó a un modelo evolucionado que se conoce con el nombre de la ***libre valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica***(82) ***y de las leyes de la lógica***. Este modelo es compatible con la obligación constitucional

(81) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 116: "a estas alturas del saber jurídico, hay que exigir mucho más que la simple conciencia o convicción de los jueces. Hay que exigir un discurso razonado, objetivo y verificable, en el que no tienen cabida afirmaciones apodícticas, sino conclusiones racionales y derivadas de las pruebas practicadas en juicio (...). El juez v. gr. puede creer más a un solo testigo que a otros diez que digan lo contrario de forma unánime, pero esto habrá de ser fundamentado y basarse en criterios racionales. No puede ser que porque el juez lo crea en 'conciencia', ello haya de ser asumido jurídicamente y soportado por el reo resignadamente. Y es que, permitir al juez decidir en conciencia, constituiría desde luego un cuerpo extraño al sistema penal y procesal español".

(82) Véase, ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, pp. 38 y ss.; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 108; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, pp. 317 y ss.; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 79, quien critica la denominación debido a que se trata de referencias sumamente vagas y muy difíciles de concretar; DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 147.

de motivar los hechos y las pruebas en el proceso penal, en la medida en que busca que se expresen las razones y argumentos de por qué se ha valorado la prueba de una manera y no de otra con el propósito que las partes desarrollen un control interno de la fundamentación de la sentencia, así como que la sociedad conozca a plenitud las razones del fallo y pueda aprobar o criticar dicha resolución(83).

El juez, en la valoración de la prueba, no goza de una libertad absoluta ni cuenta con una autorización para que valore los medios de prueba de manera arbitraria, caprichosa o como se le antoje. Su libertad debe ser conforme y compatible con la razón y ha de respetar las leyes científicas y las máximas de la experiencia(84).

Con razón, se afirma que la libertad en la apreciación de la prueba significa una apreciación de la prueba no arbitraria(85). Sin embargo, no basta con señalar que el sistema de la sana crítica se opone y resiente a la valoración caprichosa, subjetiva y arbitraria, sino también a métodos de valoración basados en afirmaciones como la que sostiene que el juez es soberano en la ponderación de la prueba, que se debe respetar las razones del juzgador en la medida en que se toman en conciencia

(83) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 108; ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 40.

(84) Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Enunciados valorativos en el derecho: Una aproximación analítica a la axiología jurídica", en: *Sentido y Hecho en el derecho* (Trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría), México, Fontamara, 1ª reimpr., 2003, p. 31; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 75; GÖSSEL, Karl-Heinz, "Sobre la Valoración probatoria, Apreciación de la prueba y reglas de la prueba" (Trad. de Ezequiel Malarino), en: *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 273; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 108; DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 147.

(85) Por todos, GÖSSEL, Karl-Heinz, *Sobre la Valoración probatoria, Apreciación de la prueba y reglas de la prueba*, p. 272: "el juez debe lograr su convencimiento basado en la apreciación de la prueba: ***libre de arbitrariedad y de consideraciones ajenas al caso***".

o que excluye cualquier sujeción a cualquier otro criterio que no sea el del propio Tribunal que juzga(86).

2. La valoración de la prueba está sometida a determinadas reglas, directivas racionales y condicionamientos que hacen que dicha actividad no sea tan libre o abierta como a veces se piensa y lleva en ocasiones el engañoso ropaje del denominado "*libre convencimiento*"(87). En efecto, dicha valoración está sujeta a los criterios de racionalidad, propios de un determinado contexto histórico, y a la justificación que se brinde en la ponderación analítica y global de la prueba(88). La ponderación de la prueba en el campo del derecho es una clara muestra de una forma determinada de racionalidad distinta a la racionalidad deductiva de la demostración matemática. Se trata aquí de una racionalidad de las argumentaciones lógicas, de los conocimientos empíricos, de las decisiones discrecionales basadas en "***buenas razones***", y que esta racionalidad basa y justifica innumerables opciones y decisiones también importantísimas en la vida social(89).

En los diversos sistemas jurídicos existen a grandes rasgos dos tipos de reglas de la evidencia: ***las reglas empíricas*** y ***las reglas jurídicas***. Las primeras se basan en regularidades empíricas que son fijadas por las

(86) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 115: "precisamente para que la valoración no sea ni arbitraria ni caprichosa las máximas de la experiencia transcienden el propio Tribunal que juzga".

(87) Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Enunciados valorativos en el derecho: Una aproximación analítica a la axiología jurídica", en: *Sentido y Hecho en el derecho*, p. 31: "Estas reglas justifican su decisión: esta no es estrictamente una libre valoración, ya que la decisión ha de justificarse por medio de estas reglas".

(88) Véase, ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2010, pp. 119 y ss.; DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 147.

(89) Por todos, TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 428.

ciencias naturales, por las ciencias sociales o por la experiencia común. Las segundas aparecen formuladas en las normas jurídicas precisando qué debe aceptarse como probado, si se determinan algunos hechos(90).

3. Las consecuencias de la adopción del modelo racionalista de valoración de la prueba son diversas.

En primer lugar, la concepción racional de la valoración de la prueba permite configurar el juicio de hecho orientado a buscar –y lograr hasta donde sea posible– la ***verdad de los hechos***(91), con las limitaciones y condicionamientos propios del proceso. La verdad que se obtiene en el proceso es solo una verdad aproximativa, probable y nunca una verdad absoluta(92). Lo verdadero –como señala

(90) Véase, WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Enunciados valorativos en el derecho: Una aproximación analítica a la axiología jurídica", en: *Sentido y Hecho en el derecho*, p. 31.

(91) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 400; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 141.

(92) Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Trad. de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1980, p. 302; LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, 2005, p. 110: "Fuera de las matemáticas y de la lógica formal, no tratamos con la certeza ni con relaciones deductivas entre premisas y conclusiones. En vez de eso, encaramos la incertidumbre y las inferencias falibles. Es parte de la naturaleza ampliativa de las reglas de la inferencia la posibilidad de conducir a conclusiones erróneas"; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 50: "la verdad de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva, sino contingente no absoluta sino relativa al estado de conocimientos y llevadas a cabo en orden a las cosas de las que se habla"; GARBOLINO, Paolo, *La logica del probabile e la prova giuridica*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II, 1999, p. 448; FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), Bogotá, Temis, 2008, p. 219; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, pp. 141 y 144; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 104; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 91: "Nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que este

COMANDUCCI– "*solo puede querer decir lo más probable en el estado de conocimiento actual*"(93). La información que se obtiene en el proceso es una información incompleta, tanto por las limitaciones intrínsecas de sus medios como por la fiabilidad de sus resultados. El proceso judicial constituye un instrumento que solo permite alcanzar conclusiones relativas, de tal modo que las decisiones sobre los hechos tienen un valor, repetimos, aproximativo. La decisión que se adopta en el proceso sobre la prueba de los hechos se caracteriza por su producción en un *contexto de incertidumbre*(94) que objetivamente condiciona los resultados del mismo.

Incluso, las pruebas que en la práctica cotidiana de los Tribunales aparecen como las más seguras, fiables y hasta contundentes, tal como la prueba de ADN, las huellas digitales o la prueba videográfica, difícilmente pueden sustentar por sí mismas y de manera autónoma una sentencia condenatoria si es que no van enlazadas y complementadas por otros medios probatorios que refuercen su significado(95).

---

sea, permitirá tener certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis. No es posible obtener una conclusión general [positiva] válida o justificada a partir de casos individuales"; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 121; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, Lima, Palestra Editores, 2009, p. 116; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, p. 34; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 125.

(93) COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo* (Trad. de Pablo Larrañaga), México, Fontamara, 2ª ed., 2004, p. 110. También, FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 232.

(94) Por todos, FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, pp. 24, 26 y 93, quien cita a MAX BLACK: "Cualquiera que aspire a la racionalidad debe guiarse ante la incertidumbre por probabilidades"; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 25.

(95) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 229.

Dichas pruebas, pese al altísimo grado de confianza y reconocimiento científico que se predica, no permiten llegar a certezas y a verdades absolutas, sino a una verdad solo probable(96).

Si la inferencia probatoria solo ofrece conclusiones o resultados probables no es posible que desde el punto de vista epistémico se le exija al juez algo más de lo que el razonamiento inductivo de carácter científico puede alcanzar, ya que de otro modo se estaría generando una brecha insalvable entre el conocimiento [lógico y/o científico] y las posibilidades humanas [muy limitadas] del juez(97). Al respecto, se remarca, en un símil, que las teorías científicas, pese a que sean compartidas y se ratifiquen luego de controles estrictos, nunca se califican como verdaderas en la medida en que no se puede excluir la posibilidad de que alberguen proposiciones falsas. Como sostiene FERRAJOLI: *"sabemos por experiencia que toda teoría científica está destinada a ser superada antes o después por otra teoría en contradicción con algunas de sus tesis que, por ello, serán abandonadas un día como falsas"*(98).

En un Estado de Derecho solo se les puede exigir a los magistrados, como a todas las personas, lo que el conocimiento con base en la ciencia y la razón puede alcanzar en un momento histórico dado(99). No se les debe exigir más, pero tampoco menos. Los juicios que se emiten en los procesos pese a que son definitivos y adquieren la ca-

(96) Ibídem, p. 232: "por más evidente que sean las pruebas, puede decirse que algo es verdadero solo en el sentido de lo más probable al estado actual del conocimiento".

(97) Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, p. 110; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 26.

(98) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 50.

(99) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 121; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 104: "Tampoco la ciencia opera con verdades sobre las que tengamos certeza absoluta: ya hemos dicho que el conocimiento científico descansa, en última instancia, en razonamientos inductivos, por lo que siempre pueden estar equivocados".

lidad de cosa juzgada no son a veces absolutamente fiables, ciertos o excluyen cualquier margen de error(100).

En segundo lugar, una visión racional de la valoración de la prueba permite compatibilizar y enlazar dicha ponderación con la vigencia del *derecho de prueba*, de indiscutible raigambre constitucional. En realidad, solo la valoración racional de la prueba permite dimensionar y obtener la mayor capacidad de rendimiento al derecho de prueba, por encima del modelo de la prueba legal y de la concepción irracional del libre convencimiento(101).

El derecho a la prueba es el derecho del ciudadano a demostrar la verdad de sus afirmaciones que son el contenido de su pretensión(102). La persona tiene derecho a probar que los hechos que alega se han producido y a los que, una vez probados, el ordenamiento jurídico les asigna determinadas consecuencias jurídicas. Se lo define como el derecho de las partes de producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal. El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y a la defensa(103).

---

(100) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 240.

(101) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 401: "Parece claro que ante una valoración irracional de las pruebas por parte del juez, no sirve de mucho establecer el derecho de las partes a someterle todas las pruebas de las que disponen y que pueden servir para fundar la decisión sobre el hecho. Al juez irracional las partes le presentan solicitudes o estímulos, no elementos de juicio, y a falta de criterios de referencia no pueden conjeturar (y mucho menos saber) lo que sirve para influenciar las reacciones subjetivas del juez"; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, pp. 82,87, 102 y 359.

(102) Ampliamente, FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 54.

(103) Por todos, TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II,

Se ha reconocido que el derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva(104). En este

p. 429: "El derecho a la prueba implica que las partes puedan servirse en juicio de todos los medios de prueba de que disponen para mostrar la legitimidad de las respectivas posiciones (...) el derecho a la prueba se realiza mejor en un sistema en el cual todas las pruebas pertinentes sean admitidas, y se interpreta de manera taxativa y restrictiva las reglas de exclusión"; del mismo autor, "Investigación judicial y producción de la prueba por las partes", en: *RV*, Vol. 15, N° 2, dic. 2003, pp. 205 y ss.: "en realidad, sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas". También, COMOGLIO, Luigi, *Poteri delle parti e ruolo del giudice nella fase istruttoria del processo civile ordinario*, en: *La Prova nel Processo Civile*; Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. I, 1999, p. 193, para quien: "el derecho de prueba es el derecho de actuar en juicio probando el hecho que fundamenta la propia pretensión o se entiende también como el derecho de reaccionar y de defenderse de la alegación o de la actividad probatoria realizada por la contraparte deduciendo prueba que sea favorable o contestando la prueba contraria".

El TC peruano en las sentencias de los **Exp. N° 00268-2012-PHC/TC**, caso: José Arecio Calle Llontop; **Exp. N° 03562-2009-PHC/TC**, caso: Gerardo Raúl Widauski Kleimberg; **Exp. N° 04657-2007-PA/TC**, caso: Samuel Espinoza Granados ha precisado que: "Se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido está determinado por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia".

(104) **Exp. N° 6712-2005-HC/TC**, caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana: "Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso"; **Exp. N° 00862-2008-PHC/TC**, caso: Freddy Fernando Salas Valenzuela; **Exp. N° 03651-2010-PHC/TC**, caso: Paulina Fernández Huamán

sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos(105) o que los argumentos planteados son correctos(106).

Asimismo, se reconoce que parte del contenido esencial del derecho fundamental a la prueba consiste en el derecho del procesado a presentar estas, pero también a controvertir las mismas, así como a que el órgano jurisdiccional resuelva dichas contradicciones (v. gr. tachas(107), objeciones, nulidades). En la medida en que este derecho también implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional se pronuncie en torno a las controversias probatorias propuestas por el procesado, debe examinarse de manera escrupulosa si dicho derecho se ha respetado en el caso concreto(108).

La doctrina cuando alude al derecho a la prueba y en particular al derecho a la valoración de la prueba deriva dos consecuencias importantes. La primera se refiere a que todas las pruebas admitidas y

---

a favor de Casely José Fernández Huamán; **Exp. N° 02684-2011-PA/TC**, caso: Pershing Julio del Carpio Castañeda; **Exp. N ° 06065-2009-PHC/TC**, caso: Pablo Contreras Calderón; **Exp. N° 03875-2008-PHC/TC**, caso: Giovanni Michele Messina; **Exp. N° 01634-2009-PHC/TC**, caso: Magno Nicanor Laura Delgado.

(105) **Exp. 4831-2005-PHC/TC**, caso: Rubén Silvio Curse Castro.

(106) **Exp. N° 01557-2012-PHC/TC**, caso: Hugo Enrique Ninahuanca Sosa y otros; **Exp. N° 02684-2011-PA/TC**, caso: Pershing Julio del Carpio Castañeda; **Exp. N° 06065-2009-PHC/TC**, caso: Pablo Contreras Calderón; **Exp. N° 00862-2008-PHC/TC**, caso: Freddy Fernando Salas Valenzuela; **Exp. N° 03651-2010-PHC/TC**, caso: Paulina Fernández Huamán a favor de Casely José Fernández Huamán; **Exp. N° 6712-2005-HC/TC**, caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana: "si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio".

(107) **Exp. N° 10490-2006-PA/TC**, caso: Elisa Monsalve Romero.

(108) **Exp. N° 1014-2007-PHC/TC**, caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz.

actuadas en el proceso deben ser valoradas a efectos de justificar una determinada decisión. La segunda supone que la valoración que se haga de las pruebas deba ser racional(109), es decir, que la ponderación sea compatible con las reglas de racionalidad imperantes. Por ello, se afirma que se puede también hablar de un derecho de las partes a la valoración de las pruebas por parte del juez, puesto que el derecho a la prueba valdría muy poco si el juez fuera libre de no tomar en cuenta las pruebas deducidas por las partes(110). Como señala Igartua Salaverría: "carecería de toda lógica obligar al juez a recibir determinadas pruebas si luego se le autoriza a ignorar en la motivación (el único lugar donde el justiciable puede comprobar si aquéllas han sido tenidas en cuenta convenientemente)"(111).

Sin embargo, el derecho a la prueba no equivale a asegurar y/o proteger un determinado resultado probatorio al que una de las partes pretende llegar. Valorar la prueba actuada no condiciona ni supedita que el resultado o la conclusión a la que se llegue debe tener un sentido determinado. El derecho a que se valore la prueba solo implica a que la prueba actuada se valore o se toma en cuenta y no importa que dicha prueba determine el sentido del resultado probatorio ni que se alcance la finalidad que la parte que la invoca le asigna. Es posible, por tanto, que se cumpla con valorar la prueba actuada, pero la conclusión probatoria a la que se arribe sea absolutamente contraria a la finalidad que la parte le atribuye; bien porque su peso probatorio es sumamente

(109) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 56.

(110) Por todos, TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*; Vol. II, p. 430.

(111) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Dos usos desviados de la 'presunción de inocencia'", en: *ADH*, Nueva Época, 2006, Vol. 7, T. I, p. 422; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 10: "el derecho de las partes a presentar pruebas en un proceso público y contradictorio se vuelve ilusorio si es que no comprende la exigibilidad de una respuesta justificada del juez, en la que se dé cuenta que las pruebas aportadas han sido tomadas en consideración y valoradas racionalmente".

débil o porque se encuentra desvirtuada por otras pruebas actuadas en el proceso, que terminan por enervarla o desmentirla.

En tercer lugar, el modelo racional de valoración de la prueba supone la *libertad del juez* en el uso y la ponderación del material probatorio. Sin embargo, esta libertad no debe entenderse en términos abiertos, ilimitada o como si no estuviera sometida a control alguno. Se trata más bien de una libertad vinculada u orientada a criterios objetivos de racionalidad como son las leyes de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia(112). El hecho de que el juez sea libre no significa que no tenga que obedecer y seguir parámetro alguno. La libertad en la valoración no debe entenderse y menos significar arbitrariedad en la valoración(113). El juez no debe realizar valoraciones unilaterales, otorgando peso y valor a aquella prueba que le permite acceder a la conclusión, previa y particular, a la que quiere llegar. Tampoco debe omitir la valoración de prueba esencial o relevante para la solución justa del caso que de ponderarse objetivamente le llevaría a una conclusión probatoria y a una decisión distinta a la que finalmente arribó.

En este ámbito se debe conservar la distinción elemental, pero necesaria entre *discrecionalidad y arbitrariedad*(114). Mientras la se-

(112) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 144: "un modelo cognoscitivista lleva implícita la exigencia de suministrar reglas o criterios científicos de valoración de la prueba, o sea, reglas o criterios racionales de determinación de la verdad de los hechos de la causa".

(113) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 402; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 144.

(114) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 196; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en: *Isegoría*, julio-diciembre 2006, N° 35, p. 152; RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 15ª ed., 2001, p. 217; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima, Palestra Editores, 2006, pp. 95 y 97, para quien el poder discrecional es "un poder funcional, es decir, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para lo que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la ley y al derecho". Luego

gunda se encuentra proscrita en un Estado de Derecho, la primera goza de reconocimiento y protección constitucional y legal. La discrecionalidad que encuentra legitimidad constitucional es la que se realiza sin vulnerar las reglas del ordenamiento jurídico(115). Se trata de una discrecionalidad jurídicamente vinculada o sujeta a la ley y a la Constitución(116).

El problema de la discrecionalidad no es su existencia(117), sino sus límites(118). Mientras lo arbitrario carece de justificación, es algo que no tiene sustento, base objetiva ni se apoya en principio, norma o regla alguna(119); lo discrecional posee como ámbito legítimo todo

---

señala que "todo poder público es un poder funcional como poder otorgado en consideración a intereses ajenos a los de su titular; es un poder, por tanto, obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta cumplida de este (p. 144)". El mismo autor en otra obra señala que: "Todo poder público, es, por definición, un poder fiduciario, funcional que se otorga a un órgano o autoridad no en su propio interés, sino en consideración a los intereses de otros y, en general, a los intereses de la comunidad en su conjunto, a la que aquel órgano o autoridad debe dar cuenta, por lo tanto de un modo o de otro" (Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, p. 121); ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 255; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 160 y 246: "La discrecionalidad a diferencia de la arbitrariedad es un proceder racional que permite al juez fundamentar su decisión utilizando como criterios de racionalidad tanto los recibidos por las leyes como los que no están expresamente recogidos en las disposiciones legales".

(115) Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en: *Isegoría*, N° 35, p. 151.

(116) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, p. 111.

(117) Sin embargo, hay corrientes del pensamiento jurídico que la rechazan o la niegan, véase el recuento efectuado por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en: *Isegoría*, N° 35, pp. 153-168.

(118) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, Madrid, Ariel, 2000, p. 361; BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 105.

(119) Cfr. RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, p. 216.

aquello que tiene fundamentación racional(120), aunque la misma pueda ser discutible, no genere consenso o sea pasible de merecer críticas por desechar o no adoptar soluciones mejores(121).

En cuarto lugar, la valoración racional de la prueba asentada en el libre convencimiento es absolutamente compatible con la garantía de ***motivar las resoluciones judiciales***. La coronación y el desarrollo final del proceso de valoración racional de la prueba lo constituye la posibilidad de fundamentar dicha valoración(122). La mejor muestra de racionalidad –aunque no sea la única– en la ponderación de la prueba viene dada por la motivación del material fáctico y de las pruebas en la sentencia. Por ello, se alude a veces al ***libre convencimiento motivado***.

Los criterios de racionalidad no se presuponen, ni se consideran implícitos, sino que deben acreditarse y justificarse de manera adecuada en cada caso concreto(123). La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado(124). La libertad en la valoración de la prueba solo

(120) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 162.

(121) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, pp. 144 y 227; ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, p. 256.

(122) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 403: "Si se parte de la convicción racionalista de la convicción del juez, la obligación de motivar asume un significado muy preciso, consistente en hacer que el juez, justificando mediante argumentaciones racionales sus propias elecciones, las someta al control externo que pueda efectuarse sobre la motivación. En efecto, si se concibe la valoración de las pruebas en términos racionales, tiene sentido exigir que el juez enuncie los criterios que ha adoptado para valorar las pruebas y, sobre esta base, justifique el juicio de hecho"; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 14; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 324.

(123) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 137.

(124) **Exp. 4831-2005-PHC/TC**, caso: Rubén Silvio Curse Castro; **Exp. N° 05291-2009-PA/TC**, caso: Luijomar S.A.; **Exp. N° 01536-2008-PA/TC**, caso: Waldimir

encuentra legitimidad y cobertura constitucional cuando su ejercicio va acompañado de manera proporcional y adecuada del cumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales(125). Discrecionalidad sin motivación es arbitrariedad.

La exigencia de motivación de las decisiones judiciales pretende hacer prevalecer el derecho como acto de razón y de reflexión, por encima a la de un puro acto de voluntad y de poder. Se trata de un instrumento que busca evitar la arbitrariedad del poder(126). La motivación de las resoluciones judiciales es una garantía para la plena vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y una prevención contra las decisiones caprichosas y arbitrarias de los jueces, en especial en lo que se refiere al ámbito fáctico y la valoración de las pruebas en la decisión judicial(127).

Leder Ibazeta Valdiviezgo; **Exp. N° 03500-2008-PHC/TC**, caso: D.D.S.T.; **Exp. N° 01207-2011-PA/TC**, caso: Centro Comercial Señor de los Milagros S.A.; **Exp. N° 1014-2007-PHC/TC**, caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz; **Exp. N° 02601-2009-PHC/TC**, caso: Mario Fernando Ramírez Daz; **Exp. N° 01557-2012-PHC/TC**, caso: Hugo Enrique Ninahuanca Sosa y otros; **Exp. N° 00862-2008-PHC/TC**, caso: Freddy Fernando Salas Valenzuela; **Exp. N° 03651-2010-PHC/TC**, caso: Paulina Fernández Huamán a favor de Casely José Fernández Huamán; **Exp. N° 05066-2009-PHC/TC**, caso: Erminio Vega Mendoza; **Exp. N° 06065-2009-PHC/TC**, caso: Pablo Contreras Calderón; **Exp. N° 03875-2008-PHC/TC**, caso: Giovanni Michele Messina; **Exp. N° 00288-2012-PHC/TC**, caso: Edmundo Wilfredo Milla Uceda.

(125) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 247.

(126) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 3ª ed., 2010, p. 171.

(127) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 108, quien remarca que con la garantía de la motivación: "se resguarda a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces, que no podrán así dejarse arrastrar por impresiones puramente subjetivas ni decidir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente".

En el modelo de la sana crítica hay plena compatibilidad y relación recíproca con el deber de motivar las resoluciones judiciales(128). La relación entre el libre convencimiento de la prueba y el deber de motivar puede plantearse como lo expone IGARTUA SALAVERRÍA en el sentido de que: "*Mientras que el libre convencimiento implicaba un conocimiento solipsista y casi inexpresable, motivar significa un saber compatible y comunicable; mientras que el libre convencimiento exaltaba la individualidad del juzgador, la motivación se orienta a la colectividad que rodea al juez y al proceso; y mientras que el libre convencimiento rotaba sobre la libertad del juez para autoconvencerse, la motivación gira en torno a la obligación del juez de ser convincente*"(129). Por ello, debe quedar claro que el modelo irracional del libre convencimiento (v. gr. criterio de conciencia, íntima convicción) en buena cuenta es incompatible con la garantía de fundamentar las resoluciones judiciales, en la medida en que no tiene sentido imponer al juez la obligación

(128) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 117: "ha de exigirse, antes bien, plena motivación sobre qué pruebas soportan cada afirmación de unos hechos. Todo ello ha de poder ser comprobado, ya sea por la instancia superior, por el Tribunal Constitucional o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Desde luego que resulta diáfano que este deber no puede quedar cegado y sustituido por afirmaciones asertóricas irreconciliables con el Estado de Derecho y propias del decisionismo jurisdiccional: los hechos de una sentencia, apoyados en la solitaria base de la conciencia del juez, colocarían a la parte discrepante en una auténtica postración defensiva. Si la conciencia bastase, sería suficiente y no lo es, con la mera afirmación de la prueba articulada, más la simple convicción del juzgador".

(129) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 42; MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret* 2/2011, p. 27: "El sometimiento a reglas de la valoración probatoria –incluso con el sistema de la íntima convicción– permite que esta actividad judicial, inicialmente efectuada en el marco de la subjetividad, trascienda a un plano objetivo, en el que sea susceptible de control y crítica en cuanto a su racionalidad y coherencia (lo que permitirá, en su caso, apreciar y corregir las decisiones sesgadas). Ahora bien, el paso de lo subjetivo a la objetivo sólo es posible cuando la valoración probatoria se exterioriza en la sentencia a través de la motivación".

de justificar racionalmente un juicio, si dicha valoración se considera íntima, privada, intangible y soberana(130). En pocas palabras, si se parte por considerar que la valoración de la prueba es irracional no tiene sentido que se le obligue al juez a motivar algo irracional.

El TC peruano ha sentado la doctrina que de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba, uno de los más importantes es que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia del juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables(131). Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso(132). Igual posición ha sido reiterada al sostener la violación al derecho de prueba por haber omitido valorar en forma adecuada un determinado medio de prueba a pesar de la trascendencia del mismo en el sentido del fallo(133).

De lo expuesto, queda claro el avanzado nivel de desarrollo en cuanto a la elaboración científica sobre la valoración de la prueba que hace inadecuado y fundamentalmente erróneo considerar que la concepción racional de la valoración y justificación de las pruebas es una especie de ingenua ilusión o una meta difícil de alcanzar(134). Por

(130) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 403: "Desde esta perspectiva, las funciones de la motivación y de la respectiva obligación resultan escasamente significativas y sustancialmente superfluas".

(131) **Exp. N° 03562-2009-PHC/TC**, caso: Gerardo Raúl Widauski Kleimberg.

(132) **Exp. 4831-2005-PHC/TC**, caso: Rubén Silvio Curse Castro; **Exp. N° 1014-2007-PHC/TC**, caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz.

(133) **Exp. N° 03736-2010-PA/TC**, caso: César Augusto Elías García.

(134) Cfr. TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 428.

el contrario, la valoración justificada de las pruebas es un programa que debe ser difundido y cubierto ampliamente sobre la base de los criterios epistemológicos adecuados, mostrando su armonía y compatibilidad con los valores y principios básicos del orden jurídico en juego y destacando en todo momento su máximo significado en la protección de la libertad y los derechos fundamentales que se ven amenazados por valoraciones arbitrarias (no motivadas) de las pruebas.

IV) UNA EVOLUCIÓN INCOMPLETA: EL ABANDONO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA COMO CONVICCIÓN DEL JUEZ (CRITERIO PSICOLÓGICO) POR UNA CONCEPCIÓN RACIONAL DE LOS HECHOS PROBADOS (CRITERIO NORMATIVO)

1. Una concepción acerca de la finalidad de la prueba y en especial del objetivo que persigue alcanzar la valoración de la prueba y que es prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia, tanto peruana(135) como extranjera, es aquella que repara en la necesidad de lograr el convencimiento del juez o, utilizando giros alternos pero semejantes, persigue lograr la certeza o la convicción judicial. Se pretende que el juez de carne y hueso que es ante quien se realiza el ofrecimiento y actuación de la prueba y finalmente valora los medios de prueba, se encuentre efectivamente convencido al momento de fallar. El juez actúa y valora la prueba para decidir y determinar los hechos planteados por las partes en el proceso; sin embargo, para llegar a dicha decisión es necesario primero que el juez se encuentre convencido, que haya obtenido la certeza subjetiva o que haya logrado la convicción suficiente en un determinado sentido. Sin convencimiento subjetivo no es posible hablar de una determinación de hechos probados. Se trata en buena cuenta de la adopción de un modelo subjetivista de prueba(136).

---

(135) Véase, BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, pp. 292, 324.

(136) Se muestra crítica en el derecho chileno con esta práctica: ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 18: "al

Si el fin último del proceso penal es llegar a la verdad material y objetiva –que se define como la *representación correcta en el pensamiento de una realidad*– la declaración de responsabilidad penal debe basarse en lo más cercano a ella: el juez o el tribunal debe estar convencido [certeza], luego del acopio y valoración de la prueba, de la culpabilidad del interviniente en el hecho. El proceso cognoscitivo al que arribe el magistrado a partir del análisis de los hechos y de las pruebas debe ser de **certeza**, en el sentido de convencimiento (objetivo-subjetivo(137)) de haber alcanzado la verdad. La duda y la misma probabilidad no justifica la expedición de una sentencia condenatoria. Este punto de vista parte por considerar que la prueba es la concreta actividad procesal dirigida a lograr la convicción del juez y/o el tribunal acerca de la verosimilitud de las afirmaciones sobre los hechos que realizan las partes en el proceso(138).

Incluso, si se reconoce que una de las finalidades del proceso es alcanzar la verdad (material o formal) el logro de tan noble como deseado objetivo solo puede darse si el juez está convencido internamente de que los hechos que declara han ocurrido de una determinada manera y no de otra. Si el juez no está convencido, no solo no hay

---

mismo tiempo sigue vigente, de modo soterrado, en la misma doctrina y en nuestra práctica judicial, una noción subjetivista de la prueba, que entiende que el objetivo fundamental de la actividad probatoria es la de lograr la convicción del tribunal y que vincula conceptualmente la prueba de un hecho con la adquisición por parte del tribunal del estado mental consistente en la creencia en la ocurrencia de ese hecho".

(137) Cfr. BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales* (Trad. de Conrado Finzi), Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 121, quien afirma: "Si queda una duda, si falta la convicción de que el acusado había cometido el hecho (componente subjetiva) o la probabilidad lindante con la seguridad (componente objetiva) el tribunal deberá absolver".

(138) Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 302; ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, Lima, INPECC, 2008, p. 1; MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, p. 61: "la prueba no es en el fondo otra cosa que querer la demostración de la verdad y el convencimiento del juez, quien para sentenciar necesita adquirir plena certeza".

verdad que valga, sino que la prueba de tal o cual sentido (incriminatoria o de descargo) carece de relevancia. El juez no solo es el gran destinatario de la prueba, sino el señor de la prueba que puede disponer de ella como le parezca alegando, contra cualquier consideración racional que las conclusiones le convencen o no, según su personal y libérrimo criterio. Las pruebas pueden existir o no en el proceso, pero solo valen si el juez lo acepta y está convencido.

El convencimiento o convicción del juzgador no solo importa al momento de dictar en sede penal una sentencia condenatoria, sino también a la hora de fijar las diversas medidas cautelares(139).

En esta línea, se requiere la confirmación de una certeza personal, subjetiva e individual a la que llega cada magistrado, luego de analizar la prueba y los hechos de cada caso(140). La certeza se origina cuando considera que otras posibles explicaciones son tan improbables que no les asigna importancia práctica alguna(141). Dicha certeza es condición necesaria y suficiente para el dictado de una condena penal. En estos casos, se afirma que "*la convicción toma el nombre de certeza desde el momento que rechaza victoriosamente todos los motivos contrarios o desde el momento que estos no pueden destruir el conjunto imponente de los motivos afirmativos*"(142). La exigencia de certeza personal se reclama debido a que garantiza que la constatación de los hechos en el proceso penal sea ***correcta***, evitando así condenas a inocentes, ya que

(139) La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia en el A.V. 034-2003- "A" de 18 de diciembre del 2003 ha precisado que "la comparecencia es una medida cautelar que presupone una mínima limitación de la libertad personal y por lo tanto su aplicación corresponde a la convicción del Juzgador, luego de evaluar los recaudos que sustentan la denuncia correspondiente".

(140) Véase, ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal* (Trad. de Gabriela Córdoba y Daniel R. Pastor), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 104.

(141) Véase, FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio de 2011, p. 15: "Si una condena dependiera de que el juez considerara la culpabilidad del acusado como 'altamente probable', los presupuestos para su dictado disminuirían sin que se hubiera obtenido algo a favor de la objetividad de la valoración probatoria".

(142) MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, p. 68.

de otro modo no se puede exigir al juez que condene al acusado(143); además porque solo de esa manera se fomenta el efecto preventivo general de la sentencia.

La certeza personal se basa en la naturaleza individual de la valoración de la prueba que es, en esencia, un conocimiento que se funda en los sentimientos o de modo más preciso en un conocimiento intuitivo. La intuición es una forma no empírica de conocimiento cuya característica principal es que el sujeto no se encuentra en condiciones de fundamentar (conceptualmente) su conocimiento. La certeza personal del juez es el resultado de un proceso intuitivo de conocimiento que se funda por completo (o en parte) en percepciones y experiencias del juez de las que incluso él mismo no tiene un concepto formado(144). Todo ello supone en buena cuenta reconocer que no existe un juicio objetivo sobre el resultado de las pruebas recogidas y que una condena no puede depender de un resultado probatorio objetivo en el sentido que sea conceptualmente controlable por completo(145).

Las dudas que solo son posibles plantearlas teóricamente no afectan el estado de certeza a la que llega el magistrado. Lo mismo ocurre si dicha duda afecta a los aspectos marginales y/o accidentales del hecho, como tampoco posee relevancia jurídica el temor al error judicial que siente el magistrado de imponer una condena, pese a estar convencido acerca de la culpabilidad del sujeto. En todo caso se recuerda que la existencia de un error y las dudas que puede albergar una persona, entre ellas el juez, no impiden que las personas alcancen certeza en la valoración de un caso concreto(146).

---

(143) Cfr. FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio 2011, p. 6.

(144) Ampliamente, FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio 2011, pp. 7 y ss.

(145) Ibídem, p. 15.

(146) Ibídem, p. 14: "Para el dictado de una condena sólo interesa la obtención de certeza en la valoración del caso concreto y no algo así como la certeza de estar en general a salvo de errores cuando se valora la prueba –que solo la podría tener una persona ingenua–".

Cercano a este punto de vista es el que considera que si bien no basta la pura o la plena certeza personal, es necesario exigir que además el juzgador se encuentre convencido de que los hechos que declara probados corresponde a lo que realmente ocurrió(147). No es suficiente la mera probabilidad rayana con la certeza o la verdad probable, sino que es indispensable que haya el convencimiento del juez de que tal suceso ocurrió de una manera y no de otra. Se considera que el convencimiento judicial tiene importancia, siempre que se lo conecte con dos ideas esenciales como es su racionalidad y su correspondencia con la realidad de los hechos enjuiciados(148).

En el ámbito del derecho positivo, la legislación procesal de muchos países de nuestra órbita cultural considera como finalidad de la prueba y de la valoración de esta la obtención del ***convencimiento judicial***. Sin ir muy lejos, el Código Procesal Civil peruano prescribe que la finalidad de los medios probatorios es producir certeza en el juez (art. 188(149)) y se alude a la convicción judicial cuando se regula los casos de la prueba de oficio (art. 194(150)) y la presunción judicial (art. 291(151)).

---

(147) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 28, 33 y 35; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, p. 1367.

(148) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, p. 33: "Por tanto, no es suficiente que la conclusión se derive racionalmente de la prueba practicada, sino que es necesario que dicha conclusión sea verdadera, teniendo en cuenta, por supuesto, que en todo caso se tratará de una verdad aproximativa o probabilística".

(149) "Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones".

(150) "Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes".

(151) "El razonamiento lógico-crítico del juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados".

El ACPP prescribía de manera categórica que los hechos y pruebas debían ser apreciados con criterio de conciencia (art. 283). El NCPP utiliza en diversas disposiciones para referirse a la evidencia, o prueba en sentido amplio, la denominación de "*elementos de convicción*" (art. VI del TP; art. 8.1; 8.2; 54.1; 65.1; 87.1; 116.2; 122.5; 136.1,e; 135.3.a; 160.2.a; 203.1; 208.3; 230.1; 230.5; 253.2; 254.2.b.; 255.1; 268.1.a; 283; 293.1.a; 294.2; 303.3; 311.3; 321.1; 335.2; 337.2; 344.2.d; art. 349.1.c; 394.5; 446.1; 468.1, entre otros) con lo que no abandona aún, al menos en su terminología, el criterio psicologista para referirse a la finalidad de la prueba.

2. En el Perú tanto la jurisprudencia constitucional como la jurisprudencia penal ordinaria, se inclinan por la adopción de un criterio subjetivo en la valoración de la prueba en la medida en que se considera que la finalidad de la prueba es obtener y lograr el convencimiento del juez en el caso concreto.

El TC peruano ha precisado que la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado. Ningún medio probatorio tiene la calidad de prueba plena capaz de producir en el juzgador una total convicción respecto del delito instruido, así como de la culpabilidad atribuida al agente, que lo obligue a emitir un fallo(152). La responsabilidad penal que se atribuye al inculpado dentro de un proceso penal, en tanto que comporta la adopción de medidas que implican una restricción de la libertad individual, se construye sobre la base de la actuación de los medios probatorios que a su seno hayan ingresado, y que además generen en el juzgador la convicción de la realización de los hechos investigados, así como de la participación del inculpado en ellos(153).

La jurisprudencia constitucional ha conectado el ejercicio del derecho de prueba con la finalidad de generar la convicción en el juzgador.

(152) **Exp. N° 2101-2005-HC/TC**, caso: Luis Zevallos Chávez y otros; **Exp. N° 1218-2007-PHC/TC**, caso: Víctor Nelson Calderón Bernaola.

(153) **Exp. N° 1218-2007-PHC/TC**, caso: Víctor Nelson Calderón Bernaola.

Al respecto, se ha señalado que una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos o que los argumentos planteados son correctos(154). Como ha recordado el TC su importancia radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza(155).

En la jurisprudencia ordinaria es común la afirmación de que *"solo puede emitirse una sentencia condenatoria cuando el despliegue de una actividad probatoria suficiente y eficiente genere en el Juzgador certeza plena de la responsabilidad penal del procesado"*(156).

La Corte Suprema de Justicia del Perú en su jurisprudencia ha precisado que: *"para los efectos de imponer una sentencia condenatoria, es preciso que el Juzgador tenga plena certeza respecto a la responsabilidad penal del encausado, la cual sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que establezca en él convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocente que tiene todo procesado; siendo el caso que aun existiendo una actividad probatoria tendente a acreditar la responsabilidad penal del procesado, si esta no logra generar en el Juzgador certeza; sino por el contrario, una duda razonable respecto a ello, esta situación le es favorable al reo en estricta aplicación del principio universal del 'in dubio pro reo', principio constitucional adoptado por nuestro sistema jurídico"*(157). El convencimiento

(154) Véase, cita 105 y 106.

(155) **Exp. N° 05412-2011-PA/TC**, caso: Pedro Pablo Gonzales Barahona.

(156) Véase, la Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Transitoria en el **R.N. N° 1409-2011** de 23 de septiembre del 2011.

(157) Véase, la Ejecutoria Suprema dictada por la Primera Sala Penal Transitoria en el **R.N. N° 923-05** de 14 de junio del 2005; **R.N. N° 3953-2004** de 05 de abril del 2005. La misma posición se sostiene en la sentencia de la Sala Penal Transitoria del **R.N. N° 1206-2011** de 10 de agosto del 2011; del **R.N. N° 03-2011** de 08 de julio del 2011; del **R.N. N° 940-2011** de 02 de agosto del 2011 en las que se señala que "para efectos de emitir una sentencia condenatoria es preciso que el Juzgador tenga plena certeza de la responsabilidad penal del procesado, la

o la convicción judicial se produce como consecuencia de la prueba actuada en el proceso, la cual debe tener la condición de suficiente. La máxima instancia de la justicia ordinaria del Perú ha enlazado la convicción judicial con la exigencia de la prueba suficiente al sostener que: "*conforme a lo previsto por el literal 'e' del inciso vigésimo cuarto del artículo segundo de la Constitución Política, toda persona es considerada inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad, que sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita arribar a la convicción de culpabilidad*"(158).

En otras ocasiones se alude de manera indistinta a la certeza y a la convicción judicial como si se tratara de una misma fórmula(159) o, por lo menos, de términos complementarios, al precisar que: "*las pruebas antes citadas han creado convicción y certeza sobre los hechos y subsecuentemente sobre la responsabilidad penal de la recurrente*"(160). Para aludir también a los criterios subjetivos de valoración en caso de sentencias condenatorias se emplean construcciones como que los "*medios probatorios plurales y convergentes que acrediten en forma indubitable y fehaciente la responsabilidad penal del procesado*"(161).

---

cual solo puede ser generada por una actuación probatoria que establezca en él, convicción de culpabilidad, de lo contrario no será posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo imputado".

(158) Véase, las Ejecutorias Supremas dictadas por la Sala Penal Permanente en el R.N. N° 1322-2005 de 23 de junio del 2005; R.N. N° 08-2005 de 13 de abril del 2005; R.N. N° 614-2003 de 06 de mayo del 2004 R.N. N° 534-2004 de 02 de junio del 2004.

(159) Véase, la Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Permanente en el R.N. N° 3118-2009 de 27 de mayo del 2010; el R.N. N° 3121-2008 de 18 de enero del 2010; R.N. N° 292-2009 de 08 de marzo del 2010. También la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria en el R.N. N° 2696-2009 de 26 de enero del 2010; R.N. N° 2507-2009 de 29 de enero del 2010; R.N. N° 3617-2010 de 15 de abril del 2011. La Ejecutoria Suprema de la Primera Sala Penal Transitoria en el R.N. N° 551-2008 de 05 de mayo del 2008.

(160) Véase, la Ejecutoria Suprema dictada por la Primera Sala Penal Transitoria en el Exp. N° 2973- 2004 de 18 de enero del 2005.

(161) Véase, las Ejecutorias Supremas dictadas por la Primera Sala Penal Transitoria en el Exp. N° R.N. N° 3859-2004 de 18 de enero del 2005; R.N. N° 3171-2004 de 20 de enero del 2005.

El criterio psicológico o subjetivo en la valoración de la prueba es expuesto de manera paradigmática por la Corte Suprema del Perú al sostener que: "*la prueba es un medio u objeto que proporciona al Juzgador el convencimiento de la existencia de un hecho. Desde el punto de vista objetivo sirve para acreditar un hecho desconocido; y, desde un punto de vista subjetivo, es la convicción o certeza que tal medio u objeto produce en la mente del Juez; sin la existencia de la prueba no es posible dictar resolución judicial alguna que afecte el entorno jurídico de las partes, sobre todo del imputado*"(162).

En otras ocasiones se sostiene que para condenar se requiere convicción absoluta(163), certeza plena(164) o que los hechos se deben demostrar con certeza excluyente de toda duda que es el único convencimiento que legitima dictar una sentencia condenatoria contra un ciudadano(165).

3. En la doctrina, tanto de la argumentación jurídica y la teoría del derecho, se critica cada vez de manera más insistente la tradicional concepción de entender tanto la finalidad de la prueba, la valoración de la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales en clave puramente psicológica, intimista o como un proceso mental.

---

(162) Véase, la Ejecutoria Suprema dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria en el R.N. N° 2978 - 03 de 16 de febrero del 2005 y la Ejecutoria emitida por la Sala Penal Permanente en el R.N. N° 212-2010 de 20 de junio del 2010.

(163) Véase, la Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Permanente en el R.N. N° 511-2009 de 16 de marzo del 2010: "las pruebas actuadas resultan insuficientes para arribar a una convicción absoluta respecto a la culpabilidad del acusado, por lo que en autos no aparece enervada la presunción de inocencia, prevista en el artículo segundo, inciso veinticuatro, literal 'e' de la Constitución Política del Estado"; R.N. N° 1117-2009 de 09 de marzo del 2010; R.N. N° 3552-2009 de 25 de mayo del 2010; R.N. N° 2977 -2009 de 18 de mayo del 2010; R.N. N° 2674 - 2009 de 15 de julio del 2010; R.N. N° 534 - 2009 de 17 de marzo del 2010.

(164) Véase, la Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Transitoria en el R.N. N° 1409-2011 de 23 de septiembre del 2011; el R.N. N° 2693-2009 de 11 de marzo del 2010.

(165) Véase la Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el R.N. N° 4185-2005.

Se rechaza expresamente que la decisión del juez se formule en términos de certeza absoluta, de seguridad y de irrefutable solidez sobre la participación en el hecho incriminado(166), remarcando que se trata más bien de un juicio de probabilidad (verdad probable(167)) que ha de ser tomado en términos de verosimilitud(168) en el sentido de alta probabilidad o de probabilidad lindante con la seguridad. Se afirma que las conclusiones del razonamiento probatorio [inferencia probatoria] no puede ser la de una certeza lógica, sino solo probable en términos de grado de credibilidad o aceptabilidad(169). Un hecho punible no puede acreditarse y, por tanto, no puede justificarse con la firmeza propia de la lógica o las matemáticas o, incluso, con la relativa

(166) Véase, la sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el **R.N. N° 116- 2011** de 18 de agosto del 2011.

(167) Cfr. PASTORE, Baldassare, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso de filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, p. 73; COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, p. 110: "no se puede hablar de certeza en un campo como el del juicio penal. Ciertamente, se puede hablar de verdad analítica dentro de los sistemas formalizados, como la lógica o la matemática, y quizá también en lo que se refiere a proposiciones empíricas singulares observables (como sostiene el positivismo lógico), pero no me parece que pueda hablarse ni de verdad histórica ni de verdad judicial"; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 283; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, pp. 27 y 92; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, p. 34; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 125; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 375.

(168) Así, ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 2: "Se trata, pues, de un juicio de probabilidad, de mayor o menos acercamiento entre la afirmación y el hecho acaecido [...] la convicción judicial sobre la base de prueba emanará de un juicio de verosimilitud de la afirmación en relación con el hecho que constituye el fundamento".

(169) Por todos, GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, pp. 71 y ss.

seguridad de las ciencias naturales (Grünwald)(170). La probabilidad supone la existencia de un margen de incertidumbre y, por ello, la posibilidad de elegir entre opciones y que en la toma de las decisiones judiciales aparece como una forma de poder que a veces no es controlado y, según algunos, nunca será del todo controlable(171).

Se considera que no es necesario que en la valoración de la prueba haya un convencimiento subjetivo del juez, debido a que la capacidad de convicción o los criterios de valoración subjetivos pueden variar de una persona a otra, incluso, frente a supuestos semejantes respecto al mismo caudal probatorio, de tal manera que se termina vulnerando el principio de igualdad y de seguridad jurídica(172). La convicción y la duda como estados psicológicos no necesariamente pueden fundarse en la prueba actuada en el proceso y como se trata de criterios psicológicos variables y sumamente cambiantes de una persona a otra es posible que la convicción que surge de un sujeto a otro genere dudas del mismo modo que las dudas de uno sean las certezas de otro(173).

En un Estado Constitucional, los ciudadanos y las partes en el proceso tienen el derecho a conocer las razones fácticas como jurídicas, de por qué se les encuentra responsables de la comisión de un delito y se establece una determinada consecuencia jurídica, privando o, por lo menos, limitando el ejercicio de algunos de los derechos fundamentales. No basta que el ciudadano y la sociedad reciba la frase lacónica que una decisión judicial se adopta de una u otra manera por la sencilla razón de que el juez se encuentra convencido o que ha llegado a un grado de certeza subjetiva en la determinación de los hechos probados. Lo que el juez crea o se encuentre convencido

(170) Véase, FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio 2011, p. 2.

(171) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 283.

(172) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 124.

(173) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Dos usos desviados de la 'presunción de inocencia'", en: *ADH*, Nueva Época, Vol. 7, T. I, p. 424.

de que ha ocurrido en la realidad no legitima en un ordenamiento jurídico racional y democrático a que se decida sobre la libertad y los bienes de una persona. El convencimiento interno no puede suplir la ausencia, la falta o la insuficiencia de prueba ni puede permitirse preferir las cuestiones subjetivas sobre los criterios objetivos y racionales. Al ciudadano no le interesa el estado psicológico del juez, o si él se encuentra o no convencido de los hechos que declara o no probados(174). Lo que le es relevante y lo que el ordenamiento jurídico pretende es que el juez fundamente y brinde buenas razones acerca de por qué elige una determinada hipótesis en desmedro de otra y cuáles son los elementos de confirmación –se entiende aceptables y suficientes– que determinan dicha decisión.

Si bien el conocimiento judicial –como toda forma de conocimiento– debe tener reflejo en la conciencia del sujeto (juez) no debe confundirse dicho conocimiento objetivo con los estados anímicos y la pura subjetividad(175). No todo conocimiento objetivo tiene un correlato equivalente, seguro y definitivo en la conciencia del sujeto que conoce(176). Los criterios de racionalidad intersubjetivos no siempre coinciden ni son idénticos con los parámetros de cognición que desarrolla una persona concreta. Así como lo que una persona cree

(174) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 466: "y ¿qué aprovecharía una motivación si su finalidad se limitara a que el condenado se entere del convencimiento del juzgador y, si este le parece disparatado, que se aguante?".

(175) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 20; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 467: "Se trata de planos heterogéneos –psicológico uno (al que pertenece el 'convencimiento') y racional el otro (el que se ocupa de analizar si los hechos han sido probados de verdad)–, que además no marchan en paralelo necesariamente".

(176) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 2005, pp. 28, 34, 80, 83 y ss.; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 139.

no significa que dicha creencia tenga un correlato en la realidad, no siempre que el juez está convencido de una proposición sobre los hechos significa que la decisión que adopte pase a ser automáticamente una reconstrucción verdadera de los hechos ocurridos. Como señala Laudan: "imagínese que les dijésemos a los matemáticos que, de ahora en adelante, contarán con una prueba legítima de un teorema tan pronto como estén convencidos de la verdad de dicho teorema. O, supóngase que les decimos a los epistemólogos que si están sumamente seguros de una conexión causal entre A y B, entonces tienen una prueba de ello. Propuestas como estas respecto de la prueba serían objeto de risa"(177).

Desde la filosofía de la ciencia, Lakatos apunta lo siguiente: "la historia del pensamiento muestra que muchas personas han sido convencidos creyentes de nociones absurdas. Si el valor de la creencia fuera un distintivo del conocimiento tendríamos que considerar como parte de ese conocimiento a muchas historias sobre demonios, ángeles, diablos, cielos e infiernos. Por otra parte, los científicos son muy escépticos incluso con respecto a sus mejores teorías. La de Newton es la teoría más poderosa que la ciencia ha producido nunca, pero el mismo Newton nunca creyó que los cuerpos se atrajeran entre sí a distancia. Por tanto, ningún grado de convencimiento con relación a ciertas creencias las convierte en conocimiento"(178).

---

(177) LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, p. 104: "Uno no debería decirle a cualquier juzgador de los hechos: Usted ha proporcionado una prueba de A cuando está firmemente convencido de A. (Ni tampoco: Usted tiene una prueba de A con tal que su confianza subjetiva sea más alta que X). Al contrario lo que le decimos es: Usted no está autorizado para estar totalmente convencido de A a menos que y hasta que usted tenga una prueba de A, añadiendo para completar la propuesta que sus firmes convicciones acerca de A no cuentan en absoluto como si no tuviese una prueba de A".

(178) LAKATOS, Imre, *Escritos Filosóficos 1. La metodología de los programas de investigación científica* (Trad. de Juan Carlos Zapatero), Madrid, Alianza Editorial, 2ª ed., 1ª reimpr., 2010, p. 9.

La noción subjetivista de prueba termina equiparando dos situaciones que se pueden y deben distinguir: una cosa es que un enunciado se tenga por probado por un sujeto concreto (juez) y otra muy distinta es que efectivamente el enunciado esté probado(179). Se pasa por alto que más allá del derecho y dentro de la epistemología y el desarrollo de las diversas ciencias los estándares de prueba nunca son formulados en términos estrictamente subjetivos como la creencia del investigador, la convicción del científico, sino que se basan en relaciones lógicas que deben existir entre la evidencia disponible y las hipótesis planteadas como requisito para que estas se den por acreditadas(180). Al considerar que la convicción o la creencia del juez es condición suficiente para que una determinada premisa se estime probada no solo se incurre en una concepción subjetivista, sino que se le despoja de la posibilidad de un control externo que es requisito esencial de racionalidad(181).

Por otro lado, el juez puede estar absolutamente convencido de que una persona ha cometido un delito; sin embargo, el ordenamiento jurídico a través de un conjunto de normas constitucionales y legales excluye del acervo probatorio aquellas pruebas que se han obtenido con violación del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Asimismo, la convicción que puede llegar el juez con base en intuiciones, o cualquier otro criterio, es posible que se asuma al margen de la prueba actuada en el proceso e, incluso, puede ir en contra de los resultados de cada medio de prueba. La convicción del juez sobre los hechos no proviene a veces de la prueba, sino de otros factores y elementos jurídicos o extrajurídicos, irracionales o arracionales. En pocas

(179) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Prueba y verdad en el derecho*, p. 34; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 21.

(180) LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, p. 105: "Fuera del derecho, la confianza racional en una conjetura sigue a su prueba, nunca la precede. Pero, dentro del derecho, tal confianza precede, certifica, e incluso constituye, la prueba".

(181) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Prueba y verdad en el derecho*, p. 34.

palabras, el convencimiento del juez sobre la ocurrencia de los hechos puede tener como fuente directa a los medios de prueba actuados en el proceso, pero también otros factores diversos e incontrolados.

Debe tomarse en cuenta que en el proceso judicial se sostiene que una hipótesis es verdadera y se corresponde con la realidad cuando ha sido probada y tal condición se alcanza cuando la inferencia probatoria logra un alto grado de probabilidad(182). Como señala González Lagier: "*Los jueces no crean ninguna verdad, sino que declaran que han decidido aceptar como [probablemente] verdadera [correspondiente] una determinada reconstrucción de los hechos*"(183). La probabilidad que se genera por cualquier inferencia probatoria inductiva [abducción o inducción generalizadora] no produce una certeza absoluta acerca de si la conclusión o resultado de dicha inferencia se corresponde con la realidad. Sin embargo, el hecho de que no sea posible verificar del todo una determinada hipótesis no implica que no se pueda preferir racionalmente una hipótesis siempre que tenga una corroboración adecuada(184).

De modo tajante se sostiene que la certeza absoluta no puede predicarse como requisito indispensable de la decisión judicial(185), ni se puede hacer depender su legitimidad o aceptación del hecho de que el juez se encuentre absolutamente seguro del resultado alcanzado,

(182) Por todos, GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 101; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 139: "la actividad probatoria, como fundada, pues, la inferencia inductiva, produce conocimiento probable. Llevado a cabo con todo el rigor que cabe exigir, puede hablarse de conocimiento dotado del máximo de probabilidad".

(183) GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 103.

(184) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 92.

(185) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 225: "las pruebas nunca pueden –sea cual fuere el modelo de juicio– garantizar resultados de absoluta certeza, de verdad objetiva".

más aun si se trata de una sentencia condenatoria(186). No obstante, se reconoce que muchas sentencias en la práctica presentan y exponen los hechos y el convencimiento judicial como absolutamente seguro y con resultados únicos(187).

El punto de vista que sostiene que la finalidad de la prueba tiende a lograr el convencimiento del juez está muy cercano de la afirmación de que el grado de dicho convencimiento se formula en términos absolutos, universales y de modo incondicional como si se hubiera descubierto la verdad de manera irrebatible y se hubiera alcanzado una certeza lógica(188). Una postura semejante coincide con la noción demostrativa de la prueba que considera a la prueba como un instrumento de conocimiento de una verdad incontrovertible, definitiva y que posee como referencias históricas a los sistemas inquisitivos continentales y a la consagración del silogismo como forma exclusiva del razonamiento jurídico(189). En realidad, el hecho de que determinadas premisas sean ciertas y se respeten las reglas formales del pensamiento no quiere decir que la verdad que se alcance sea absoluta y totalmente fiable(190).

El abandono y crítica de los criterios psicológicos en la valoración de la prueba también se expresa a nivel del *in dubio pro reo* que, como instituto procesal, ha venido siendo entendido estrechamente vinculado a la existencia de una duda razonable en la convicción judicial de los hechos y que manda que la situación de incertidumbre

(186) Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, p. 110; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 71; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Prueba y verdad en el derecho*, p. 83.

(187) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 225.

(188) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 121.

(189) Por todos, GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 173.

(190) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 138.

(duda) se resuelve a favor del imputado. Se considera que la existencia de una duda –por supuesto, no de cualquier duda, sino de una duda de entidad– debe trascender la esfera de lo íntimo y lo estrictamente individual para convertirse en un asunto capaz de ser generalizado y que pueda ser controlado intersubjetivamente(191).

4. Los criterios de racionalidad no pueden descansar en meros procesos mentales o en puros criterios subjetivos, en creencias y estados de convicción que no pueden ser revelados ni sometidos a una fiscalización objetiva.

Al ciudadano, y a la población en general, no le interesan los motivos que tuvo el juez para dictar una sentencia (v. gr. sus estados de ánimo, dolencias, problemas personales, etc.), sino las razones y los argumentos que sustentan la sentencia(192). En un Estado Constitucio-

(191) Cfr. LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, p. 104, para quien un estándar de prueba apropiado: "no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el estándar de prueba nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada"; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Dos usos desviados de la 'presunción de inocencia'", en: *ADH*, Nueva Época, Vol. 7, T. I, p. 424; BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, "Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", en: *Revista Jurídica Mario Alario* D' Filippo, Ejemplar 4, Vol. 2, N° 2, Segundo Semestre de 2010, p. 19, quien refiriéndose al estándar de prueba señala que: "En primer lugar, no debe tratarse de un estándar subjetivo, esto es, no debe ir referido a estados mentales del juzgador —como su 'pleno convencimiento', su 'ausencia de duda'...—, algo simplemente incompatible con la concepción racionalista de la prueba y que nos retrotraería a la concepción persuasiva de la 'libre valoración'; y, claro está, no sólo no ha de ser subjetivo de manera expresa, sino que tampoco debe acabar siéndolo de un modo encubierto".

(192) Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, p. 144; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 157: "El juez, ni debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión (de los que con frecuencia ni él mismo es consciente), la ley no se lo exige ni tendría utilidad alguna para las partes"; luego señala: "En cualquier caso –y más aún interviniendo factores subconscientes– la explicación sincera y real de la causa eficiente será dificilísima cuando no imposible y por ello no se exige. El juez no debe quebrarse la cabeza ni la conciencia buscando y explicitando esa

nal, lo importante no es qué siente el juez, sino qué dice y cuáles son las razones de su decisión. La ley no le exige al juez revelar los motivos o las causas internas de su decisión, ya que dichos motivos en la medida en que no se expresen en argumentos jurídicos racionales y en criterios normativos carecen de relevancia jurídica; además, que los motivos no aportan nada a las exigencias de racionalidad objetiva que requieren las partes(193). Nadie discute que el juez es un ser humano que siente, vive y despliega en cada faceta y a lo largo de su vida una serie de emociones. Sin embargo, una cosa es la consideración del juez como persona y como una unidad psíquica y otra muy distinta es tomar en cuenta la alta y delicada función estatal que desempeña (administrar justicia) y que le obliga a apartarse de sus particulares sentimientos y emociones para resolver los conflictos jurídicos con base en las pruebas actuadas y los criterios aportados por las normas jurídicas(194).

El ordenamiento jurídico le exige al juez que respete la prueba y vaya, incluso, de ser necesario, en contra de sus propias creencias y el convencimiento que haya podido alcanzar(195). El juez solo debe vincularse a los hechos y a los resultados probatorios logrados a partir de la prueba admitida y actuada en el proceso.

---

causa, ya que puede prescindir de ella para atenerse únicamente a la justificación legal" (p. 160); TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, Lima, GTZ, 2010, p. 11.

(193) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 42; NIETO GARCÍA, Alejandro, *El arbitrio judicial*, p. 157; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, p. 12; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, pp. 156 y 240.

(194) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 155.

(195) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 22: "Las dificultades antes expuestas sugieren que es necesario abandonar la noción subjetivista de prueba y sustituirla por una noción que haga posible hablar de la justificación de la decisión judicial sobre la prueba y que permita dar cuenta de su falibilidad y de su carácter relacional respecto de los elementos de juicio aportados al proceso".

Los motivos, en tanto pertenecen a lo arcano y a la esfera íntima del juez, no pueden ser controlados ni conocidos realmente. Las virtudes humanas de la sinceridad y la honestidad moral no pueden por sí mismas justificar una decisión judicial racional. En efecto, aun cuando se imponga el deber al juez de explicitar los motivos reales de la decisión, dicha regulación sería ineficaz e incontrolable en cuanto que nunca se podrán saber los motivos reales y las causas que tuvo el juez para adoptar una u otra decisión, salvo que se quiera aplicar el detector de mentiras a la expedición de cada sentencia.

Por todo ello, es que un sector de la doctrina plantea sustituir la denominación de convencimiento del juez por la simple declaración racional de los hechos probados(196).

(196) Por todos, IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 467.

Capítulo Segundo
REQUISITOS DE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

I) LA NECESIDAD DE LA PRUEBA PARA FUNDAR UNA DECISIÓN JUDICIAL RACIONAL

1. Entre la declaración de culpabilidad o inocencia por la comisión o no de un hecho y la declaración de hechos probados debe haber una actividad probatoria que lo determine y sustente(1). Sin prueba no puede haber una decisión judicial racional(2). Por esta razón, se sostiene que un proceso no se puede hacer sin pruebas(3). Una cosa es que el juez deba valorar la prueba con una libertad razonada y otra muy distinta que el juez esté libre de la prueba o pueda escapar de ella(4). Una sentencia judicial que condene sin pruebas o en contra de las pruebas presentadas por la defensa (o cualquier otra parte) y que

---

(1) Cfr. FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio 2011, p. 3.

(2) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 143.

(3) Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, México, 6ª ed., 2002, p. 53.

(4) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 279.

no desmienta las hipótesis propuestas resulta inadmisible y contraria a las bases de un Estado de Derecho(5).

No es posible efectuar un juicio de valor sobre una prueba inexistente(6) como tampoco es posible derivar de una situación probatoria hipotética que no se dio efectivamente una valoración completamente confiable(7). La declaracion de hechos probados debe fundarse en una situación objetiva, en una actividad externa racionalmente producida y controlada como es la prueba.

La decisión judicial que resuelve un problema fáctico y que no se basa en la prueba [producida], sino en otras consideraciones extrajurídicas [valoraciones morales, emotivas, políticas, etc.] constituye una decisión arbitraria, porque no responde a los hechos acreditados en el juicio, de tal manera que no es posible hablar en estas condiciones de un debido proceso o la realización de un juicio justo. La prueba desarrolla aquí una función de garantía en la realización de un proceso justo al eliminar la arbitrariedad judicial y controlar la actividad de los jueces(8). Toda posición que prescinda de las pruebas termina incurriendo en el llamado ***decisionismo procesal*** que es "*el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad*

(5) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 153; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 22.

(6) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 40.

(7) Cfr. FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio 2011, p. 18: "no se puede determinar de manera confiable cuáles serían las consecuencias para su convicción si él hubiera observado indicios que efectivamente no observó, ni tampoco puede determinar cuáles serían las consecuencias si él no hubiera observado indicios que efectivamente observó".

(8) Cfr. ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 3. En el mismo sentido, IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 42: "La presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas".

de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas de prevención y defensa social" (9).

Por ello, es posible sostener que así como tiene vigencia el principio constitucional de vinculación del juez a la ley y al derecho (art. 146) puede predicarse la existencia de un principio de similar rango por el cual el juez está vinculado a los hechos y a las pruebas del proceso; de tal manera que se incurre no solo en infracción constitucional cuando se viola el derecho o la ley, sino también cuando el juez falla sin pruebas o hechos o en contra de las pruebas o los hechos (10).

2. En un Estado Constitucional lo que se promueve y se requiere para condenar no son puros estados subjetivos de certeza o convencimientos plenos, sino que la decisión judicial se base en un respeto y una vinculación a hechos externos y la prueba que los acredita (11). Solo se ampara, por ser constitucionalmente legítimo y respetuoso de los derechos fundamentales, las resoluciones que se fundan en prueba suficiente y válida, más allá de toda duda razonable. No se protege el estado subjetivo de certeza creado al margen de la prueba o en contra de ella. Como sostiene ROXIN: *"El acusado también debe ser protegido de los errores de valoración del juez en la formación de la convicción"* (12); a la vez que el juez en respeto a la valoración racional de la prueba

(9) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 43.

(10) Cfr. MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret* 2/2011, p. 26: "En un hipotético conflicto entre la convicción en conciencia del juzgador de que el acusado es culpable y una valoración de la prueba que no pueda conducir a la fijación de la culpabilidad del mismo, ha de prevalecer esta última, no siendo posible la condena".

(11) Cfr. FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio 2011, p. 3; ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, p. 103: "Se debe postular que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado".

(12) Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, p. 103: "Por ello, es exigible que el proceso de formación de la sentencia también pueda ser controlado posteriormente por otros jueces".

debe llegar a una conclusión, incluso, en contra de su convicción(13) que puede fundarse en meras intuiciones. Por lo tanto, no es legítimo sustentar una sentencia condenatoria en meras conjeturas, suposiciones o hechos posibles que no se encuentran debidamente acreditados.

La necesidad de la prueba en el proceso penal se distingue del principio de titularidad de carga de la prueba que constituye un axioma dirigido a establecer a quién le corresponde probar una determinada alegación o hipótesis, por lo que constituye una regla de reparto funcional en el ofrecimiento y actuación de las pruebas(14).

3. La pruebas no solo deben ser variadas y plurales, sino deben tener cierta entidad y poseer una calidad tanto epistemológica como jurídica(15). Solo las pruebas válidas y de calidad están en condiciones de confirmar una hipótesis y acreditar la realización de un hecho delictivo. Para enervar la presunción de inocencia no solo basta que haya prueba de cargo y que la prueba de cargo sea de cierta entidad; es necesario, además, que la prueba sea suficiente y la decisión de los hechos vaya más allá de una duda razonable(16).

---

(13) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (Trad. de Daniela Accatino Scagliotti), Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 247; GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 414. El TC peruano en la sentencia del **Exp. N° 00728-2008-PHC**, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares: "Y todo ello a fin de que las partes conozcan los verdaderos motivos de la decisión judicial, lejos de una simple exteriorización formal de esta, siendo obligación de quien la adopta el emplear ciertos parámetros de racionalidad, incluso de conciencia autocrítica, pues, tal como señala la doctrina procesal penal, no es lo mismo resolver conforme a una *corazonada* que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados, sobre todo en un sistema procesal como el nuestro, que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, ***regla que tantas veces obliga a resolver incluso contra la propia convicción moral***" (las negritas son nuestras).

(14) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 152.

(15) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005, p. 113.

(16) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 472.

En un Estado Constitucional no basta que exista un mayor grado de confirmación de una hipótesis sobre otra para que se considere probado un hecho, pues para que haya condena se requiere no solo que la probabilidad de la hipótesis de la acusación supere la probabilidad de la hipótesis de la defensa(17), sino que dicha probabilidad debe excluir una duda esencial respecto a la inocencia. Como señala IGARTUA SALAVERRÍA: "*Para desvirtuar la presunción de inocencia, no es bastante que la hipótesis acusatoria alcance un grado de probabilidad simplemente superior al de la defensa; la superioridad ha de alcanzar una magnitud aplastante, por exigencias del guión garantista*".(18) La culpabilidad de una persona no debe predicarse automáticamente, y menos expedir una sentencia condenatoria, si se verifica que solo hay un mayor grado de confirmación de la hipótesis de culpabilidad sobre la hipótesis de inocencia. Aquí se requiere confirmar la hipótesis más allá de una duda razonable. Por lo tanto, es posible mantener la verdad menos confirmada [v. gr. hipótesis de inocencia] si es que no se cumple con el estándar de prueba exigido. La razón de esta mayor exigencia reside en el argumento jurídico-político de que debe haber una mayor protección a la libertad de los ciudadanos respecto a la tutela de otros intereses.

4. Pese a ello, se reconoce que al juez no se le puede obligar, a través de una serie de prescripciones, bajo qué condiciones o criterios debe llegar a una determinada consecuencia o decisión determinada; de igual manera no es posible impedir que obtenga determinadas conclusiones de ciertos hechos o acontecimientos(19). Justamente, ese es el sentido del principio del libre convencimiento del juez.

Sin embargo, dicha libertad que tiene el juez no es una libertad absoluta ni un campo ilimitado al momento de valorar la prueba. Por el contrario, se trata de una libertad razonada y razonable sometida a

(17) Como señala COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, p. 111.

(18) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 170.

(19) Véase, ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, p. 103.

parámetros de control y de fiscalización objetivos, tanto por las partes como por los órganos superiores de la administración de justicia. La libertad razonada en la valoración de la prueba, como característica central en esta última, debe diferenciarse de la arbitrariedad subjetiva del juez que pondera las pruebas a su antojo(20). La libertad en la valoración de la prueba no implica la ausencia de una metodología en la averiguación y ponderación de los hechos, la ausencia de diálogo o contradictorio entre las partes o la falta de cualquier motivación en la justificación de la decisión(21).

Si bien se le reconoce al magistrado un poder de decidir se le impone un control objetivo, de carácter *ex post* en donde se deberá tomar en cuenta que su decisión responda a criterios de valoración razonable de la prueba y que obedezca a una ponderación adecuada, integral y motivada de todos los elementos de convicción producidos en juicio.

II) LOS CRITERIOS RACIONALES DE CONTROL EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. La valoración de la prueba es el juicio de aceptabilidad de los medios probatorios aportados al proceso a fin de determinar su eficacia y peso. Se trata de una de las etapas más importantes de la actividad probatoria en el proceso, pero que no es ni la única ni la última(22). Como se reconoce, la actividad probatoria posee tres fases o momentos que se pueden diferenciar desde el punto de vista lógico: i) La conformación y acopio del conjunto de elementos de juicio pertinentes relacionados con los enunciados fácticos que conforman el objeto del proceso y que son relevantes para la decisión final; ii) La valoración de los medios probatorios producidos en el proceso que pasa tanto por una ponderación individual y conjunta de la prueba

(20) Por todos, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 420.

(21) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 87.

(22) Ampliamente, BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, pp. 79, 135, 253 y 289.

acopiada y reunida; iii) La decisión final de los hechos probados que es la culminación del proceso de acopio de pruebas y de ponderación racional de cada una de estas(23).

La utilidad de la valoración de la prueba reside en que aquí se evalúa la plausibilidad de la prueba y se otorga un determinado peso a las actuadas con el fin de contribuir a la decisión del juzgador. Esta etapa constituye el núcleo mismo del razonamiento probatorio al ponderar un conjunto de elementos de juicio que acreditan a una determinada hipótesis o a su posición contraria(24).

La racionalidad en la valoración de las pruebas exige la elaboración de una serie de criterios de control y fiscalización del razonamiento del juez y que se expresa de manera cardinal en la motivación de los hechos y el material probatorio(25).

Según un calificado sector doctrinal, la función de racionalidad en la valoración de la prueba se explica de dos formas. Desde el punto de vista *ex ante*, el juez debe controlar el análisis sobre las pruebas mediante criterios racionales, tanto de manera individual como de modo conjunta. Desde la perspectiva *ex post*, el razonamiento del juez puede ser controlado luego por otros sujetos con el uso de criterios racionales a través de la motivación del juicio del hecho(26).

2. La determinación de un catálogo de los criterios de racionalidad en la valoración de la prueba no es posible que sea elaborado de manera cerrada y pormenorizada, al margen del contexto cultural

(23) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 91; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 105.

(24) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 375; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, pp. 46 y 56.

(25) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 377: "El objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis"; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 57; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 181.

(26) Por todos, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 422.

y los valores imperantes en cada época(27). Dichos criterios no son invariables para todos los sistemas jurídicos(28). Por el contrario, el concepto de racionalidad está supeditado a una serie de factores de la más diversa índole como la idea filosófica de la que se parta, la ideología imperante y el desarrollo social(29). Igual ocurre con la propia noción de racionalidad que representa un concepto complejo, de varias aristas y de distintos significados.

El concepto de racionalidad no es absoluto, cerrado y definitivo. Más que parámetros positivos que deben comprobarse en cada caso concreto, se trata de pautas cuya ausencia hace tal vez imposible que se pueda hablar de valoración racional(30). La racionalidad en la ponderación de la prueba está formada por una serie de reglas y principios de carácter lógico y/o valorativo que brindan una guía respecto a cómo debe resolverse un problema acerca de los hechos probados.

3. La libertad del juez en la valoración de la prueba no es una libertad absoluta, sino más bien es una discrecionalidad guiada que en todo momento debe respetar la realidad que se reconstruye a través de los medios de prueba. La libertad absoluta carece de controles y es equivalente a la arbitrariedad del juzgador; mientras que la libertad guiada se caracteriza por la existencia de controles objetivos y de criterios que dotan de racionalidad la valoración de la prueba.

Por otro lado, la valoración de la prueba si bien es fundamental y necesaria en la etapa decisoria, se desarrolla y realiza de modo progresivo a lo largo del proceso(31). Es posible distinguir entre una

(27) Cfr. ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 7; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, pp. 76 y 195.

(28) Ampliamente, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 422.

(29) Véase, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 422.

(30) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 177; TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 422; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 154.

(31) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 105.

valoración progresiva o *in itinere* de la prueba y una valoración final o decisional acerca de la misma. La primera se realiza conforme se ofrecen y actúan los distintos medios de prueba y permiten contar con una idea sobre la calidad y entidad del acervo probatorio recabado con el objetivo de verificar si existe o no cobertura adecuada respecto a cada una de las hipótesis formuladas y las circunstancias que las conforman; de tal modo que, por ejemplo, se posibilita que el juez pueda ordenar si es necesario la práctica de prueba de oficio. Aquí se detectan insuficiencias en el conjunto de pruebas recogidas, ya sea en su calidad o suficiencia. La valoración final de la prueba se produce una vez que se ha cerrado de manera definitiva y completa el acopio de los diversos medios de prueba, siendo su finalidad el determinar el grado de corroboración de las hipótesis planteadas en relación con los medios de prueba disponibles(32).

El conjunto de enunciados fácticos (objeto del proceso) desde su presentación e introducción, progresiva y paulatinamente se va depurando a lo largo del proceso hasta alcanzar una representación definitiva a nivel de la sentencia(33). La fijación del hecho no siempre se logra con su sola introducción al proceso o con la primera valoración y subsunción en las normas jurídicas pertinentes, pues como señala LARENZ: "*Una interpretación primero evidente, puede mostrarse incorrecta tras un conocimiento más próximo de las circunstancias*"(34). Se trata de un ir y venir y de una configuración paulatina en la que influye de manera directa la actividad probatoria que se produce en el procedimiento concreto(35).

(32) Al respecto, FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 91.

(33) Cfr. RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 362; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 105.

(34) LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 280.

(35) Ibídem, p. 273: "El relato originario, el hecho-bruto, será en parte abreviado y en parte completado hasta que el hecho definitivo contenga, no solo aquellos sino todos los elementos del suceso real que son importantes en relación con las normas jurídica y posiblemente aplicables".

III) LA EXCLUSIÓN DE MÉTODOS IRRACIONALES

1. El juez debe considerar cierto un estado de cosas o un hecho determinado como consecuencia de la valoración de la prueba actuada. La decisión a la que arribe no debe producirse con base en la intuición, en una corazonada, en el subjetivismo o en un especial parecer acerca de los hechos o la persona que presuntamente lo ha cometido.

La **intuición**, que proviene del latín ***intueri*** que significa "*mirar hacia dentro*" o "*contemplar*", es un concepto que describe el conocimiento que es directo e inmediato, sin intervención de la **deducción** o del **razonamiento** y que es considerado **evidente**. El razonamiento, respuestas y soluciones que se alcanzan con la intuición se logran con poco esfuerzo, se producen de manera inmediata y normalmente se prescinde de la deliberación y de una verificación mayor(36). La intuición no sigue ningún criterio racional, ya que se trata de una cuestión netamente subjetiva que no permite seleccionar ni controlar los medios de prueba(37). La intuición muchas veces no ayuda ni a la selección de hechos ni a elegir los criterios relevantes de la decisión y menos a la valoración de la prueba(38). No garantiza el alcanzar la verdad (ni la falsedad), aunque por ser un mecanismo arracional tiende a encubrir el razonamiento empleado que posibilita llegar a una determinada conclusión. El hecho de que abra un camino, brinde una pista no quiere decir que asegure un resultado racional, confiable que

(36) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 206.

(37) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 230: "El hecho de que nadie intuya un detalle de un acontecimiento (como el peinado de la señora que ha atropellado al peatón) no demuestra que ese detalle sea importante".

(38) Cfr. GARBOLINO, Paolo, *La logica del probabile e la prova giuridica*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 447: "Es cada vez más evidente, en efecto, la insuficiencia del razonamiento intuitivo, que recurre a mecanismos naturales de inferencia y a reglas del sentido común propios de la 'cultura media' de una colectividad: la literatura en el ámbito de la psicología cognitiva experimental nos ofrece un amplio repertorio de las falacias lógicas en las cuales incurre el razonamiento intuitivo".

respete los estándares y valores que un ordenamiento jurídico debe atender. La formación de la decisión del magistrado no debe basarse en otros criterios que no sean las pruebas y la acreditación objetiva de los hechos investigados.

El juez, muchas veces, se ve inclinado a seguir su intuición desde el punto de vista empírico debido a que sobrevalora su experiencia, su sentido de justicia, se trata de un caso límite, el contexto de incertidumbre es bastante alto y porque, además, la información probatoria en el proceso es deficiente y poco explícita; de tal manera que lejos de resolver el problema planteado sobre la base de los principios que rigen su actividad (v. gr. *non liquet* y en especial las reglas de la carga de la prueba y el estándar probatorio específico que forman parte de la presunción de inocencia) decide solucionar el conflicto sobre la base de sus impresiones personales y sus particulares puntos de vista(39). El decidir jurídicamente respecto a los hechos, desde y sobre la base de la intuición, supone en buena cuenta caer en el más puro y lamentable irracionalismo jurídico, llamado también ***sofisma irracionalista***(40), que se contrapone y tiene efectos tan perniciosos, mayores que el sofisma logicista. El sostener que la actividad del juez en cuanto a la valoración de las pruebas es una actividad intuitiva implica en buena cuenta reconocer que es una actividad incapaz de

(39) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, p. 206.

(40) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil* (Trad. de Lorenzo Córdova Vianello), México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. 80, 81, 120 y 121: "el ponerse a criticar no a las doctrinas lógicas del juicio, sino el sofisma logicista, implica la elección de un objetivo falso y cómodo: falso porque no es cierto que dichas doctrinas caigan frecuentemente en el sofisma mencionado; cómodo porque es más fácil proponer una concepción irracional sin tomar en consideración a las doctrinas racionalistas más dignas de ser tomadas en cuenta. En esencia, en su parte crítica, el sofisma irracionalista falla en la medida en que parte de una imagen de la lógica que no puede ser atendible para excluir totalmente su posible aplicación al razonamiento del juez. Debe además observarse en particular que ese carácter de no atendible se desprende del hecho de tomar en cuenta solo ciertos tipos o sectores de la lógica (específicamente los de la lógica formal, deductiva y reflexiva)".

ser explicada y analizada racionalmente. El uso de la intuición en la valoración de la prueba debe ser cuando no excluida, limitada al máximo en este ámbito(41).

La exigencia en este ámbito es que la valoración de la prueba sea efectuada excluyendo el empleo de métodos irracionales que no encuentran respaldo científico, en la cultura y el contexto social(42). Por ejemplo, si el juez para determinar los hechos y la prueba se considera iluminado por alguna divinidad o estima que su fallo es guiado por una entidad sobrenatural, al margen del resultado [negativo o positivo] a la que llegue estará empleando criterios irracionales(43). La decisión judicial de los hechos no puede ser considerado como resultado de una especie de adivinación (v. gr. vuelo de los pájaros, las vísceras de los animales, la intensidad y forma del viento, la aparición o no de nubes, etc.) o como el resultado de la suerte o el azar(44). La justicia

(41) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, p. 207: "si bien la intuición es un mecanismo extraordinariamente eficaz para tomar decisiones rápidas en la vida cotidiana, su uso no puede extenderse a algo que ni tiene por qué ser rápido, ni mucho menos irreflexivo, como una sentencia". Luego señala: "Un juez no puede juzgar según lo que cree intuitivamente que ha sucedido, sino sobre lo que existen elementos de prueba y que demuestran que ha sucedido, valorando debidamente dichos elementos. Y en caso de no existir dichos elementos, al no ser posible la valoración, no queda otro remedio que acudir a la carga de la prueba en el proceso civil, o a la presunción de inocencia, en su caso, en el proceso penal" (p. 208).

(42) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, pp. 411 y ss.; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 155; TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 423.

(43) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 195.

(44) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 314: "Obviamente, cualquiera puede proponer que los jueces decidan según los criterios más diversos (por ejemplo, tirando los dados o, como sucedió, una vez, interpretando la voluntad del *Führer*); otra cosa es certificar si esto es coherente con los fundamentos del sistema jurisdiccional, que normalmente impone a los jueces decidir sobre la base de las pruebas"; mismo autor, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 220.

de la decisión no depende del sorteo, de una apuesta, del lanzamiento de los dados o de la lectura de la hoja de coca(45).

Igual ocurre en aquellos casos en los que la valoración de la prueba se basa en puras corazonadas, convencimientos o certezas espirituales al margen del tejido probatorio existente en el proceso(46). El realismo jurídico tosco llega a la convicción de los hechos sobre la base de meras intuiciones no fundamentadas que son actos de simulación de la justicia en la medida en que no explican ni razonan el sustento de la decisión(47). Con razón se denuncia un círculo vicioso: *"la apreciación de los hechos no puede motivarse y, en consecuencia, no puede impugnarse; y como no puede impugnarse, es inútil motivar"*(48).

La decisión alcanzada sin base probatoria alguna constituye un claro ejemplo de decisión arbitraria e irracional al no respaldar sus conclusiones en datos y elementos objetivos provenientes de la realidad. No se puede razonar si es que solo existe un examen de conciencia y no hay prueba en el proceso que permita una valoración.

---

(45) Véase, el caso del magistrado del Tribunal Constitucional boliviano **Gualberto Cusi** que en el año 2012 en declaraciones difundidas por la prensa señaló que la lectura de la hoja de coca le ayudó, en al menos dos oportunidades, a clarificar los procesos que estaban a su cargo. Textualmente el magistrado señaló: *"La coca me ha ayudado más de reflexión, porque la coca no sólo es de lectura sino que te permite, quizás, encontrarte contigo mismo. Me ha ayudado en al menos dos casos, tampoco lo he aplicado más (en los procesos). Me ha ayudado a reflexionar"*. Frente a las críticas provenientes de los medios de comunicación y de diversos sectores del Estado boliviano el magistrado declaró que se sentía víctima de discriminación y racismo y que: *"Para mí fue como volver a los tiempos de Jesucristo. Yo me sentía crucificado. ¿Cómo en estos tiempos, cuando somos un Estado Plurinacional, existen estas conductas medio perversas?"*.

(46) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 423; del mismo autor, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 220; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, Lima, Ara-Ubijus, 2ª ed., 2005, p. 371; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, Lima, Jurista Editores, 2012, p. 171.

(47) Cfr. BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en: *Doxa*, N° 8, 1990, p. 83.

(48) NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 181.

Si bien en el proceso de convencimiento judicial acerca de las pruebas actuadas hay una serie de percepciones, sentimientos, emociones, subjetividades e intuiciones, ello no quiere decir que porque existen y se encuentran presentes no puedan ser fiscalizadas racionalmente o constituyan zonas opacas al control racional(49). Queda claro que en la motivación de los hechos y las pruebas es donde existe mayor ámbito para el arbitrio judicial(50); no obstante, dicho contexto no está libre de controles inherentes al deber de motivar (art. 139, inc. 5). Por el contrario, el reto es identificar estos elementos, racionalizarlos, dotarles de significado y justificar su peso dentro del razonamiento y motivación probatoria. Se debe dar cuenta aquí de los medios de prueba utilizados y de todas las inferencias inductivas llevadas a cabo por el juez(51).

2. El hecho de que el juez tenga conciencia o falle con criterio de conciencia [art. 283 del C. de PP] no significa que esté autorizado para decidir solo con base en su íntima convicción, personal y subjetivo convencimiento, no transferible ni explicitado ni susceptible de control alguno(52), ya que de ser así lo que se estaría afirmando es que el juicio sobre los hechos y las pruebas es un puro acto de poder, de autoritarismo y de verticalidad que aparece como irrefu-

(49) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, pp. 410 y 416: "La motivación asume pues una tarea depuradora sobre la actividad cognoscitiva que reclama del juez unas reconsideraciones de sus iniciales convicciones a la luz de los argumentos racionales, que son los únicos que ineludiblemente ha de emplear para fundar su decisión"; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 158.

(50) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 181; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 134 y 208.

(51) Por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 155; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 218.

(52) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 35; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 177; de la misma autora, *La Argumentación Jurídica*, p. 377: "La valoración no puede entenderse como una convicción, íntima, incomunicable, intransferible, y por ello incontrolable y arbitraria, pues es obvio que la íntima convicción por sí misma no puede probar nada".

table(53), el cual no está sometido a alguna forma de control racional y se encuentra al margen del deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales(54). Tampoco se trata de una operación secreta(55) o reservada en la que el juez solo deba dar cuenta de ella a su conciencia moral o a su particular intimidad; menos tiene el carácter de momento místico en el que el juez tiene una particular inspiración en la valoración de las pruebas(56).

Justamente, lo que es íntimo o un acto de conciencia, como es el convencimiento subjetivo sobre las pruebas actuadas (ut supra), si es que no se justifica de manera pormenorizada, no se cumple con la obligación constitucional básica de motivar las resoluciones judiciales [art. 139, inc. 5] y atenta contra el debido proceso y la tutela judicial efectiva [art. 139, inc. 3]. Un juicio de estas características, como apunta FERRAJOLI, se convierte en un ***juicio sin verdad*** en el que no se encuentran aserciones verdaderas o falsas, sino meros juicios de valor(57). La determinación de la verdad de los hechos debe ser el resultado de un procedimiento racional, previamente regulado, que se gesta y desarrolla conforme a reglas y principios; de acuerdo a un método que permita someter a un control racional sus conclusiones, condiciones de las que depende su validez(58).

El famoso criterio libre en la formación y valoración de la prueba en su expresión, de *"fallo en conciencia"* no posee valor autónomo en sí mismo, ni tiene prédica legal al margen y en contra de las disposiciones

(53) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 43.

(54) Cfr. ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 64: "Se trata, pues, no tanto de vencer, de obligar en virtud de una autoridad indiscutible, sino de convencer al justiciable, de obtener su obediencia mediante actos sobre su inteligencia; en definitiva de hallar el refrendo democrático fruto de la confianza de los particulares en los órganos integrantes del Poder Judicial".

(55) Ibídem, p. 34.

(56) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 212.

(57) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 43.

(58) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 220.

constitucionales. Su existencia y configuración debe interpretarse conforme a la Constitución(59), la Convención Americana de Derechos Humanos y el conjunto de preceptos que refuerzan la vigencia de los derechos fundamentales y los principios constitucionales como la presunción de inocencia.

Un juez puede estar íntimamente convencido de la culpabilidad de un imputado, pero nada quita que ese convencimiento solo sea subjetivo, se funde en intuiciones, corazonadas o impresiones y no se base en la prueba debido a que una ponderación racional de la misma solo conduce, por ejemplo, a declarar su marcada insuficiencia para condenar. En este sentido, lo que corresponde al juez de un Estado Constitucional es el de absolver ya que lo único que legitima la expedición de una sentencia condenatoria de un ciudadano es la decisión basada en pruebas objetivas, las mismas que deben ser suficientes y deben ir más allá de toda duda racional(60). No basta el convencimiento como puro estado subjetivo o de creencia personal. En sentido inverso, un juez puede estar convencido de la inocencia de una persona con base en intuiciones, corazonadas o porque los antecedentes de ella no la hacen proclive al delito, pero puede ocurrir que toda la prueba actuada no solo sea de carácter incriminatoria, sino que la misma se presenta como suficiente más allá de toda duda razonable; en estos casos lo que legítimamente corresponde realizar es dictar la sentencia condenatoria, pese al convencimiento subjetivo acerca de la inocencia.

IV) SOLO SE PUEDE VALORAR LA PRUEBA ADMITIDA, ACTUADA Y SOMETIDA AL CONTRADICTORIO Y A TODAS LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

La valoración racional de la prueba requiere de una serie de presupuestos como condición de su utilización en el proceso y sobre todo en la determinación de los hechos probados en el juicio. La prueba debe

(59) Al respecto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 113.

(60) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, pp. 43 y ss.

ingresar de manera válida al proceso: se ofrece, se admite mediante auto motivado y se actúa con las garantías a partir del contradictorio entre las partes. Se debe cumplir, además, con un conjunto de condiciones mínimas del debido proceso (publicidad, oralidad, concentración).

1. La regla que rige en este ámbito es que solo puede valorarse toda prueba que se ***propone*** y ***admite*** como consecuencia de una decisión motivada del juez(61) (art. 155). La admisión y su posterior actuación determinan las condiciones y requisitos para la valoración obligatoria de la prueba. La prueba no admitida o admitida, pero no actuada, en los casos en que la ley establezca el procedimiento de su actuación (v. gr. la prueba documental de video se incorpora al proceso a través de la visualización y su transcripción en un acta, con intervención de las partes, tal como lo establece el art. 187.3) impiden la valoración por el órgano jurisdiccional. En cambio, la prueba admitida y actuada debe obligatoriamente valorarse, aun cuando el resultado probatorio de la misma sea nulo o simplemente carezca de eficacia, al tratarse de prueba inútil.

La sentencia, como decisión final del proceso, debe acoger todo lo que fue objeto y materia del juicio sin dejar de dar respuesta a las cuestiones y a las pruebas introducidas oportunamente en el mismo. Como señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles: "*si no existiese la obligación para el juzgador de tener en cuenta todos los elementos probatorios del plenario, el derecho concedido a las partes de traer al proceso tales elementos, es decir, los que consideren que interesan a sus pretensiones y sean pertinentes, quedarían sin contenido*"(62).

El principio de prueba que se admite y se ***actúa*** debe obligatoriamente ser valorado, debe interpretarse sistemáticamente con la disposición que prescribe que: "*El Juez Penal no podrá utilizar para*

(61) Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, pp. 291 y 293.

(62) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 77. En la doctrina peruana, BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 325.

la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio" (art. 393.1). Esta última regla supone que el juez no puede valorar, imponiéndose un límite legal infranqueable, un medio de prueba que no ha sido incorporado al juicio o que habiéndolo sido carece de validez o que no ha seguido el procedimiento legítimo de incorporación.

De esta manera, quedan consagrados por mandato legal inconmovible dos reglas en la valoración de la prueba: i) No se puede utilizar en la deliberación y valoración prueba distinta a las que se han incorporado de manera legítima en el juicio. Ello genera como consecuencia que aun cuando exista una prueba eficaz o que por sí sola acredita la tesis de la defensa o de la fiscalía, la misma no podrá ponderarse si es que no ha sido incorporada oportunamente, respetando el debido procedimiento probatorio; ii) Una vez que la prueba ha sido incorporada legítimamente, solo se puede valorar la prueba admitida, que se ha actuado en juicio oral. La consecuencia que se extrae en este ámbito es que si la prueba no ha sido admitida (v. gr. porque no fue ofrecida formalmente) o no se ha actuado, sencillamente no puede valorarse.

2. Otra condición importante es que la prueba que se debe valorar en la sentencia es aquella prueba sobre la que se ha ejercido el contradictorio (oponiéndose a ella, rebatiéndola o restándole eficacia) o, por lo menos, que se ha tenido la oportunidad de defenderse.

La valoración y fundamentación de la prueba debe basarse en principio en la prueba introducida en el proceso y especialmente la que se debate y contradice en el juicio oral, sin que sea legítimo omitir la valoración de la prueba ***debatida***(63). Creemos, que la disposición que prescribe que: *"El juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio"* (art. 393.1) debe ser interpretada de la mano del ejercicio del derecho

(63) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 137.

de defensa y la posibilidad de que sobre dicha prueba se haya efectuado el respectivo debate contradictorio en el juicio oral. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: "*La resolución judicial se emite apreciando lo actuado durante la audiencia y no sobre instrumentales no examinadas en el debate –el artículo trescientos noventa y tres del Código Procesal Penal prescribe al juez penal no basar su decisión final en pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio–, pues de esa manera se permite a las partes el control sobre la producción de la prueba –sobre el que argumentarán lo pertinente–, el resguardo de la inviolabilidad de la defensa en juicio y a los juzgadores una mayor virtualidad probatoria por las características que presenta el procedimiento oral*"(64).

El control de la valoración racional de la prueba se caracteriza no solo por el respeto de una serie de pautas objetivas que el juez debe tomar en cuenta al momento de resolver, sino que también tiene que ver con su generación y producción dentro del proceso y en donde las partes desempeñan un papel central(65). Aquí el contradictorio ejerce un rol esencial. Desde el punto de vista constitucional solo puede ser considerada como prueba aquel elemento que es contradicho en el juicio o cuya validez o eficacia tiene la posibilidad de ser cuestionada en el proceso. La contradicción o la posibilidad de contradicción es un elemento constitutivo y esencial de la noción de prueba. Sin debate, ni contradicción no puede hablarse de prueba constitucionalmente legítima.

Se destaca que el principio de contradicción desarrolla una función de control en la medida en que busca influir en el juez en la valoración de las pruebas. Como señala TARUFFO el principio de contradicción es "*una garantía procedimental previa a la decisión, es decir, como posibilidad para las partes de intervenir y defenderse preventivamente*

(64) La **Casación 48-2010** de 17 de septiembre del 2010: "*Por tanto, no es posible como lo propone el actor civil presentar pruebas después del debate oral, pues limitaría a la otra parte para poder contrarrestar el medio de prueba y afectaría su derecho de defensa*".

(65) Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, p. 428.

sobre todos los aspectos de la controversia que resultan de alguna manera relevantes para la decisión"(66).

En tal sentido, las partes pueden controlar *ex ante* la valoración de las pruebas sosteniendo argumentaciones sobre el peso y eficacia que se les puede asignar a las pruebas. Dicha actuación puede producirse de manera previa, explicando y justificando cada una de las hipótesis. Las partes dirigen e influyen la valoración probatoria del juez, en tanto que la encauzan racionalmente y evitan que se incurra en subjetivismo incontrolado. Con razón, TARUFFO afirma: *"el juez necesita la racionalidad de las partes para ser, a su vez, racional en la valoración de la prueba"*(67).

La contradicción respecto al valor individual de cada una de las pruebas y su valoración conjunta actúa como criterio de control de los poderes discrecionales del juez, permitiendo que se elaboren posiciones defensivas al respecto. La contradicción puede manifestarse, ya sea al momento de la admisión de la prueba, en su actuación o al momento de la valoración de la prueba con las correspondientes alegaciones de las partes(68).

La Corte IDH, de manera reiterada, ha sentado la doctrina de que un debido proceso o un proceso justo supone la garantía elemental de defenderse de las imputaciones formuladas y la posibilidad de contradecir las pruebas que pesan en contra del imputado. Por ejemplo, en el caso **Castillo Petruzzi versus Perú** (sentencia de 30 de mayo de 1999) ha precisado que contraviene la Convención Americana de Derechos Humanos la legislación aplicada al caso que imposibilitaba el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación del Ministerio Público. Por una parte, se llegó a prohibir el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que habían participado en las diligencias de investigación. Por otro lado, la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que de-

(66) TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 431.

(67) Ibídem, p. 434.

(68) Ibídem, p. 433.

clara el inculpado, hace que aquel no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial(69) (F.J. 153). Asimismo, en la mencionada sentencia se consideró violatorio a la Convención el hecho de que un inculpado fuera condenado en última instancia con base en una prueba nueva, que el abogado defensor no conocía ni pudo contradecir (F.J. 141).

La Corte IDH en el caso **Ivcher Bronstein contra Perú** (sentencia de 06 de febrero del 2001) estableció que se infringe el debido proceso y en especial el derecho a contradecir en atención de que no se le ofreció a una persona la oportunidad de aportar documentación y testigos que acreditaran su posición en un asunto(70). Ya antes la Corte IDH en el caso **Tribunal Constitucional versus Perú** (sentencia de 31

(69) En dicha sentencia la Corte IDH señaló, además, que: "La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y solo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada" (F.J. 141).

(70) En la citada sentencia la Corte IDH precisó que: "106. En el caso concreto, existen suficientes elementos para afirmar que durante las actuaciones administrativas que se realizaron para elaborar el Informe N° 003-97-IN/05010, la Dirección General de Migraciones y Naturalización no informó al señor Ivcher que su expediente de nacionalización no se hallaba en los archivos de la institución, ni le requirió que presentara copias con el fin de reconstruirlo; no le comunicó los cargos de que se le acusaba, esto es, haber adulterado dicho expediente e incumplido el requisito de renuncia a su nacionalidad israelí, y, por último, tampoco le permitió presentar testigos que acreditaran su posición. 107. No obstante lo anterior, dicha Dirección emitió la 'resolución directoral' que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher. De tal forma culminó un proceso que, como se ha señalado, se llevó a cabo con la presencia exclusiva de las autoridades públicas, en especial de la Dirección General de Migraciones y Naturalización, y durante el cual se impidió al señor Ivcher intervenir con pleno conocimiento, en todas las etapas, a pesar de ser la persona cuyos derechos estaban siendo determinados".

de enero del 2001) había sostenido que: "*a los magistrados inculpados no se les permitió contrainterrogar a los testigos en cuyos testimonios se habían basado los congresistas para iniciar el procedimiento de acusación constitucional y concluir con la consecuente destitución*". La Comisión IDH en el caso **Salinas Sedó y otros versus Perú** (Informe N 27/94; Caso 11.084-Perú de 30 de noviembre de 1994) ha precisado que el Estado Peruano violó la convención debido a que: "*la Sala de Guerra denegó a los acusados la solicitud de prueba de inspección ocular, así como las pruebas testimoniales esenciales para su adecuada defensa porque las consideró 'innecesarias'*, y también en atención a que las "*pruebas periciales (grafológicas) se tomaron antes de la instructiva sin la presencia de los abogados defensores*".

La jurisprudencia constitucional peruana ha establecido que el hecho de que se haya analizado, en la sentencia, un medio probatorio que no ha sido materia de discusión al interior del proceso y que este haya sido determinante para dilucidar la controversia jurídica, constituye una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, en la medida en que se impide a una de las partes cuestionar la validez e idoneidad del medio probatorio aportado por la otra(71). Al respecto, vale recordar que el derecho de defensa es un derecho fundamental que conforma el ámbito del debido proceso, y es un presupuesto para reconocer la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, en cualquier proceso o procedimiento(72).

La jurisprudencia sienta, de este modo, la posición que la sentencia en cuanto al juicio de hecho y la motivación fáctica debe formarse única y exclusivamente sobre la base de la prueba admitida y actuada en el proceso, pero fundamentalmente a partir exclusivamente de la prueba que se ha conocido, debatido y contradicho de manera adecuada

(71) **Exp. N.° 10490-2006-PA/TC**, caso: Elisa Monsalve Romero.

(72) **Exp. N° 04224-2009-PA/TC**, caso: Angelina María Huamaní Vargas.

y con todas las garantías para las partes. No basta que la prueba exista, que se encuentre en algún lado, o que haya sido incorporada de cualquier forma al proceso. Es necesario que se haya tenido la oportunidad de controvertir, de rebatir su contenido o eficacia o de contradecirla en el tiempo y momento oportuno. El derecho a la prueba se encuentra conectado de modo indisoluble al derecho a contradecir dentro del proceso(73). Sin contradictorio no hay prueba válida, por más que el elemento de convicción se encuentre en el proceso y no se cuestione su constitucionalidad.

Por tanto, existe una indiscutible conexión entre el derecho de defensa, la valoración de la prueba y el deber de motivar las resoluciones judiciales en la medida en que solo se debe valorar y justificar la prueba que ha sido puesta en conocimiento de la defensa en el momento procesal oportuno y dicha prueba ha tenido la posibilidad de ser contradicha y debatida; de tal manera que si la decisión judicial se basa en una prueba obtenida fuera del juicio, se trata de una prueba no conocida por la defensa o que habiéndola puesto en conocimiento no se ha tenido ni la oportunidad ni la ocasión de contradecirla de manera válida y oportuna, se habrá afectado de manera grave e intensa el derecho de defensa(74).

---

(73) **Exp. N° 1230-2002-HC/TC**, caso: César Humberto Tineo Cabrera: "La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución. En virtud de él se garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Por ello, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedido, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos".

(74) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 137: "la sentencia debe basarse únicamente en los actos de debate, es decir, los producidos en él o los que se introducen por intermedio de la lectura (oralización) del documento que los contiene. No constituye, por ello, motivación legítima, la que se funda en el conocimiento privado del juez o en los actos procesales o pre-procesales que no fueran incorporados al debate por su lectura".

V) LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA DE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

1. El reconocimiento de la prueba prohibida es una conquista de la civilización y un claro ejemplo de la protección a los derechos fundamentales como una muestra de respeto a la dignidad de la persona humana. Constituye "*un principio jurídico fácilmente constatable en las constituciones y leyes de todos los países civilizados*(75)", que refleja el grado de evolución jurídico-política de una nación(76).

Sus raíces se encuentran en la preocupación de la jurisprudencia, especialmente norteamericana, de garantizar cuotas mínimas del ejercicio de la libertad y de respeto a los derechos humanos(77). El reconocimiento legislativo del contenido y excepciones de la prueba prohibida es posterior.

2. La prueba prohibida comprende todas las limitaciones o restricciones jurídicas que se vinculan con la adquisición y valoración de la prueba. Las nociones de adquisición y valoración de la prueba se diferencian nítidamente(78). La adquisición de la prueba comprende la recepción y la obtención de la misma. Según una extendida clasificación, la **prohibición de adquisición de la prueba** se distingue entre prohibiciones de temas probatorios, prohibición de medios probatorios y la prohibición de métodos probatorios(79).

---

(75) Así, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 25.

(76) Cfr. EDWARDS, Carlos Enrique, *La Prueba Ilegal en el Proceso penal*, Córdoba, Lerner, 2000, p. 9.

(77) Véase, GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La Ineficacia de la Prueba Obtenida con violación de Derechos fundamentales*, Pamplona, Aranzadi, 2003, pp. 43 y 48; HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus derivadas en el Proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 33; EDWARDS, Carlos Enrique, *La Prueba Ilegal en el Proceso penal*, p. 23.

(78) Véase, SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Lima, Grijley, 2ª ed., Vol. II, 2003, pp. 871 y ss.

(79) Véase, ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, p. 191.

Por su parte, la prohibición de la valoración de la prueba importa prohibir la utilización del resultado probatorio en el momento de su ponderación. Proscribe la utilización de pruebas existentes [recibidas o actuadas] en el razonamiento que funda una decisión. La prohibición de valoración no excluye la percepción de un hecho ni una determinada conclusión sobre una situación jurídica. Solo prohíbe tomar como fundamento de la decisión hechos o elementos cuestionados en cuanto a su legitimidad por haber vulnerado derechos fundamentales o una regla probatoria esencial(80).

3. El art. 2, inc. 10, de la Constitución Política del Estado establece que: "*Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial*".

Por su lado, las pruebas (directas o indirectas) prohibidas por ley procesal son los siguientes: i) Las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (art. 159 y art. VIII del TPCPP). El TC ha recogido en este ámbito el principio de la constitucionalidad de la actividad probatoria(81); ii) Los métodos o técnicas probatorias que puedan influir sobre la libertad de autodeterminación de la persona o

(80) Cfr. STRUENSEE, Eberhard, "La Prueba Prohibida", en: *RPCP*, N° 4, p. 669.

(81) Este principio, según el TC peruano, implica "la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba" (véase, la STC del **Exp. N° 1014-2007-PHC/TC**, caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz).

para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos, aun cuando el interesado preste su consentimiento (art. 157.3).

La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable(82). La prueba ilícita, adulterada o fraguada y su eventual cuestionamiento constituye un asunto constitucionalmente relevante(83).

El TC peruano ha precisado, como un requisito esencial de la actividad probatoria, que el medio de prueba debe contar con la exigencia de licitud en tanto que no *"pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico"*, pues se trata de *"supuestos de prueba prohibida"*(84). En este sentido, se ha postulado que el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho(85).

4. La regulación de las llamadas *"reglas de exclusión probatoria"* tiene en nuestro ordenamiento jurídico un *origen* y *alcance* constitucional(86). El establecimiento de una sanción expresa por la obtención de la prueba con violación de los derechos fundamentales constituye una *garantía* para la vigencia de los mismos, pues como dice FERRAJOLI: *"todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto"*(87). La violación del art. 2, inc. 10, de

(82) **Exp. N° 2053-2003-HC/TC**, caso: Edmi Lastra Quiñones.

(83) **Exp. N° 03715-2009-PA/TC**, caso: Premium Foods S.A.C.

(84) **Exp. 06712-2005-PHC/TC**, caso: Magaly Medina Vela.

(85) **Exp. N° 2333-2004-HC/TC**, caso: Natalia Foronda Crespo y otras.

(86) En el caso español, véase: GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La Ineficacia de la Prueba Obtenida con violación de Derechos fundamentales*, p. 43.

(87) FERRAJOLI, Luigi, "Garantías" (Trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), en: *Jueces para la Democracia*, julio/2000, N° 38, p. 39. También, SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, p. 870.

la Constitución convierte a la prueba en ilegítima, inconstitucional y contraria a las normas jurídicas que presiden un Estado de Derecho.

La Constitución no ha reducido su mandato a establecer una sanción a la interceptación de las comunicaciones, sino que ha agregado y de manera expresa que "*los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal*"(88). Por tanto, se ha prescrito una consecuencia al acto que no cumpla o viole el precepto constitucional: **la ineficacia e inutilidad** de los documentos y el contenido de la conversación; o, en general, de todos los actos que se encuentren en conexión directa con la afectación del derecho fundamental.

El legislador asignó de manera expresa, clara e inequívoca una sanción a quien obtenga determinados medios de prueba o elementos de convicción con la infracción de los derechos humanos. Esta inutilidad o ineficacia de la prueba inconstitucional posee ribetes sumamente amplios y extensos, pues dicha prueba no puede valorar ni desplegar efectos en alguna instancia, ya sea pública o privada; menos puede pretender ser utilizada –como indica BERNALES BALLESTEROS– en un procedimiento o resolución judicial(89).

(88) Véase, la STC recaída en el **Exp. N° 1058-2004-AA/**, caso: Rafael Francisco García Mendoza: "La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio".

(89) Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, p. 142.

Incluso, se plantea que **la información así obtenida se tome como si no existiera**(90).

Con ello, resulta inobjetable que la Constitución no se ha limitado a fijar la competencia funcional del órgano encargado de afectar lícitamente un derecho fundamental, sino que ha impuesto una sanción cuando esto ocurra, que no es otra que la ineficacia probatoria de la prueba ilícitamente obtenida.

Se considera que este párrafo de la Constitución constituye una norma razonable, que no enmienda los efectos de hecho de la violación producida(91). La validez –o ineficacia en términos constitucionales– de la prueba obtenida con violación del secreto en las comunicaciones se define en términos generales y amplios, sin conocer restricción alguna(92). Dicha disposición constituye un precepto de un especial valor y sentido constitucional en la protección, garantía y afianzamiento de los derechos fundamentales, pues no solo remarca la necesidad de que la prueba se obtenga con respeto y sujeción a los derechos derivados de la dignidad de la persona humana, sino que impone una ***ineficacia constitucional expresa*** de cumplimiento obligatorio por los poderes públicos, en especial, por el Poder Judicial.

Si bien durante mucho tiempo ha existido en la doctrina y jurisprudencia la idea de que las normas contenidas en la Constitución Política del Estado no representan más que un programa dirigido al legislador, esta idea no puede ser de recibo en los Estados –como el Perú– en los que se ha optado por constituciones normativas. En tanto que *"la Constitución es, ciertamente, una fuente del Derecho y en ese sentido puede ser definida también como una categoría que incorpora al ordenamiento normas jurídicas"*(93).

---

(90) Por todos, BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, p. 142.

(91) Cfr. RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, T. I, p. 283.

(92) Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, p. 142.

(93) Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 30.

Las normas constitucionales que consagran derechos o garantías con naturaleza procesal penal [expresa o tácita] son directamente aplicables [*self-executing*], tienen valor jurídico directamente vinculante [conocido también en la doctrina como *fuerza vinculante directa, valor directamente normativo, eficacia directa* (94)]. No solo pueden, sino que deben ser aplicadas en el proceso penal, así el legislador no las haya desarrollado en normas legales [la inexistencia de normas legales al respecto no puede impedir su aplicación(95)], e, incluso, por la especial jerarquía del texto constitucional, con preferencia a estas últimas.

La naturaleza ejecutiva y la autoperatividad de los derechos fundamentales no requieren de una norma legal de segundo orden(96) [ley, reglamento, etc.], para hacerlo efectivo, mas aún si la Constitución establece claramente la ineficacia legal de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales.

La norma constitucional consagrada en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución puede aplicarse a otros casos de prueba ilegal [v. gr. allanamiento de domicilio, registro personal, intimidad, etc.], más allá de la violación al derecho fundamental del secreto en las comunicaciones, amparándose en la aplicación analógica de la ley en material penal en la medida en que resulta más favorable al ciudadano; sobre todo si la Constitución consagra expresamente la sanción de ineficacia para la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental.

---

(94) Por todos, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal en el Estado de Derecho*, Lima, Palestra Editores, 1999, p. 19; PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 24; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del Derecho procesal [hacia una teoría y ley procesal generales]*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 58; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal*, p. 10; LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al Derecho constitucional*, p. 113; OROZCO ABAD, I. y GÓMEZ ALBARELLO, J., *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, p. 113; VITALE, G., *Estado constitucional de Derecho y Derecho penal*, p. 74.

(95) Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, *Las Garantías constitucionales del proceso*, p. 25; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del Derecho procesal*, p. 58.

(96) Cfr. EDWARDS, Carlos Enrique, *La Prueba Ilegal en el Proceso penal*, p. 18.

Constituiría una injustificada e innecesaria restricción para el efecto irradiante de los derechos fundamentales y las garantías que los protegen, sostener que desde el punto de vista constitucional la única modalidad de prueba ilegal que determina la ineficacia de la valoración de la prueba son los casos de violación del secreto en las comunicaciones y no otras formas típicas de prueba ilegal y que según el caso pueden albergar un grado máximo de lesividad. Una interpretación según la Constitución y en coherencia con el respeto a la dignidad de la persona humana debe asumir que la ineficacia legal establecida en el art. 2, inc. 10, de la Constitución comprende a toda forma de prueba ilegal que se ha obtenido con violación al núcleo esencial de los derechos humanos.

VI) LA DETERMINACIÓN VERDADERA DE LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS COMO CONDICIÓN NECESARIA (NO SUFICIENTE) DE UNA DECISIÓN JUSTA

1. Una decisión es justa en cuanto responda a una determinación verdadera de los hechos(97). En el sistema jurídico propio de un Estado Constitucional, la reconstrucción de los hechos no es un fin en sí mismo, sino que constituye el fundamento para la manifestación

(97) Cfr. LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, p. 96: "el objetivo principal de un juicio penal es averiguar la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito"; UBERTIS, Giulio, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, en: *Criminalia*, Annuario di scienze penalistiche, Edizioni ETS, 2009, pp. 323 y 324; PASTORE, Baldassare, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso de filosofia del diritto*, p. 85; TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 325; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 114; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 354: "sería injusto que se aplicase una consecuencia jurídica sin haberse probado los hechos que exige la norma"; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 78; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, pp. 324 y 292: "ninguna decisión es justa si está fundada sobre una apreciación errada de los hechos".

de una decisión justa. No puede emplearse una calificación semejante si la reconstrucción de los hechos es errónea o poco seria(98).

Sin embargo, no basta la sola referencia a la verdad, a la que se ha buscado de manera leal, transparente y que dicha averiguación ha sido presidida por la garantía de imparcialidad. La verdad, en el marco del derecho y del proceso, no puede predicarse de manera general y sin una determinada base concreta o empírica; ella está conectada a determinada clase de enunciados. Sin embargo, la sola existencia de enunciados respecto a ciertos hechos no los hace automáticamente verdaderos. Para que ello ocurra –es decir, para que un enunciado se tenga como verdadero– es necesario que haya sido confirmado por las pruebas disponibles en el proceso, alcanzando determinado estándar probatorio. Si es que no existen pruebas disponibles o, si habiéndolas, no logran cubrir un grado determinado de confirmación y no es posible sostener que un enunciado es verdadero (o falso); por lo que dicho enunciado no puede considerarse como fundamento válido para sustentar la decisión final.

La búsqueda de la verdad no solo constituye el motor del proceso y el centro de la legitimidad democrática de la jurisdicción. Representa un valor que interesa conservar a la sociedad y a cualquier modelo de Estado como base de su legitimación(99). Como señala Letizia GIANFORMAGGIO: "La solución de los conflictos basada en la

(98) Cfr. UBERTIS, Giulio, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole ubbio)*, en: *Criminalia*, Annuario di scienze penalistiche, p. 324; PASTORE, Baldassare, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso de filosofia del diritto*, p. 85: "la reconstrucción verdadera del hecho objeto de la controversia sirve, por lo tanto, para producir una decisión justa, no pudiendo reputarse como tal un acto emanado sobre una base factual errónea o inatendible".

(99) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), Bogotá, Temis, 2008, p. 220: "el fin de la búsqueda de la verdad motiva tanto las investigaciones del científico como las intuiciones del brujo"; PASTORE, Baldassare, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso de filosofia del diritto*, p. 85.

reconstrucción verdadera de los hechos a los que se aplican criterios razonables e imparciales favorece la igual libertad de los ciudadanos frente al poder"(100).

El juez debe atender a la averiguación y descubrimiento de la verdad como fundamento jurídico-político de la sentencia(101). Si el juez no busca la verdad o buscándola desprecia los medios racionales y legítimos que permiten reconstruirla de modo confiable [las pruebas], la sentencia devendrá en ilegítima(102), implantándose un modelo penal puramente decisionista en el que se renuncia a toda forma de control racional(103). Como apunta Jordi FERRER: "*Solo si el proceso judicial cumple con la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho*

(100) GIANFORMAGGIO, Letizia, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II, 1999, p. 478.

(101) Cfr. DE ARAUJO CINTRA, Antonio – PELLEGRINI GRINOVER, Ada – DINAMARCA, Candido, *Teoria Geral do Processo*, Sao Paolo, Malheiros, 10ª ed., 1994, p. 64; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 114; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 79.

(102) Cfr. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal* (Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Barcelona, Bosch, 1984, p. 182.

(103) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Barcelona, Trotta, 1997, pp. 47 y 69: "La función judicial, y particularmente la penal, difiere de las demás funciones del Estado porque es una actividad cognoscitiva, donde las elecciones y decisiones vienen justificadas por criterios pragmáticos y subjetivos pero siempre referidos, como en cualquier otra forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva"; GIANFORMAGGIO, Letizia, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 480; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 27: "Una justicia sin verdad propicia un sistema de arbitrariedad en el que no caben garantías sustanciales ni procesales"; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 96; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 19 quien considera que la averiguación de la verdad es un objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 79.

tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios"(104).

La no búsqueda de la verdad en el proceso penal no solo priva de un sustento racional, político y epistemológico al mismo, sino que termina por configurar un sistema legal de injusticia, dado que la verdad está ligada históricamente y de manera profunda a la idea misma de justicia. Basta observar que no puede haber sentencia justa que se levante sobre hechos falsos(105), en una valoración arbitraria de las pruebas(106) o que no haya cubierto los aspectos relevantes del supuesto de hecho, materia del proceso(107). Sin verdad no hay forma de justicia posible. Como señala FERRAJOLI: "*Si una justicia penal completamente con verdad constituye una utopía, una justicia penal completamente sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad*" (108).

La creación de un cuerpo de funcionarios especializados [Ministerio Público y Poder Judicial], la configuración de la independencia y autonomía de los mismos, los recursos invertidos, la logística que se pone en movimiento y los costos [sociales, económicos y personales]

(104) FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 30: "Solo podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten, si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho".

(105) Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 105.

(106) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 26.

(107) Cfr. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, p. 182, quien sostiene lo siguiente "A un caso erróneamente construido solo puede seguir una sentencia injusta, pues esta habrá resuelto un caso distinto al que realmente subyace en la misma".

(108) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 45. De modo semejante: GIANFORMAGGIO, Letizia, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 481, para que: "El proceso pueda desempeñar su función dentro de un sistema jurídico moderno y garantista, la decisión que constituye el acto final debe basarse –amén sobre una regla de decisión atribuible al derecho vigente– en una aserción fáctica verdadera".

solo tiene sentido jurídico-político si la investigación y juzgamiento del delito persigue la verdad en cuanto a la determinación del hecho y los sujetos que lo cometieron(109).

2. La valoración de la prueba, a través de la garantía de motivar las resoluciones judiciales, consiste en verificar los enunciados fácticos o evaluar su correspondencia con los hechos que describen sobre la base de la prueba disponible(110). La libre ponderación de la prueba no quiere decir que el juez sea totalmente libre en la construcción de la verdad de los hechos, que pueda valorar de la manera que mejor estime conveniente o como quiera la prueba actuada en el proceso, que pueda llegar a cualquier resultado probatorio, a cualquier decisión o a cualquier solución de la controversia. La valoración de la prueba debe estar presidida y regirse según criterios de racionalidad, tanto común como científica, debidamente aceptadas dentro de la comunidad, pero en especial debe encontrarse debidamente justificada tanto en la valoración individual como en la valoración conjunta.

Si bien los enunciados para que sean verdaderos deben basarse en la prueba disponible y que se encuentren confirmados de manera adecuada es necesario también que haya una justificación razonable de la prueba disponible, de su contenido, de la relación que tiene de manera directa o indirecta con los hechos como deben fundamentarse también las inferencias probatorias que permiten arribar a determinados grados de confirmación(111). La verdad sin justificación, simplemente no es verdad. La justificación no solo permite llegar a una verdad racional,

(109) Cfr. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, p. 183.

(110) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 175: "el principio valorativo de la libre convicción no tiene sentido si no se conecta a su vez con la exigencia de la motivación, de explicitación de las razones que apoyan la verificación de esos enunciados, pues en otro caso la libre valoración se convertiría en valoración libre, discrecional subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonaría el cognocitivismo para entrar en el campo del más puro decisionismo judicial".

(111) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 269; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 218.

sino que posibilita controlar *ex post* si dicha verdad se ha alcanzado de manera adecuada respetando las reglas y convenciones probatorias, como el contenido nuclear del debido proceso. La verdad en el proceso de un Estado Constitucional no es una verdad revelada, intuida en el que hay un pleno convencimiento subjetivo (ut supra). Se trata más bien de una verdad que se conecta a la determinación de los hechos probados a modo de reconstrucción fundamentada de los enunciados fácticos o en pocas palabras de una **verdad justificada.**

3. Desde el punto de vista objetivo y racional, una sentencia condenatoria o absolutoria es material e intrínsecamente ***justa*** si es que de la prueba actuada se deriva con precisión y razonabilidad la conclusión alcanzada por el juez. En un Estado Constitucional, la justicia o no de una sentencia depende básicamente de la calidad de las razones y argumentos tanto fácticos, probatorios y jurídicos que se presentan y que justifican una determinada decisión. La justicia, al menos como valor constitucional controlable, depende de la motivación de la prueba y de su articulación razonada. Como señala Senese: *"el juez profesional no tiene otra forma para rendir cuenta de su propia convicción que la motivación de la sentencia, la cual debería demostrar que este no se ha formado una convicción cualquiera, sino, por el contrario una convicción basada en los elementos de prueba adquiridos en el proceso"*(112).

Lo racional y razonable de la valoración de la prueba no tanto se predica de si el resultado o conclusión a la que llega es justo, plausible o se justifica intrínsecamente, sino si se ha fundamentado dicho proceso de valoración de manera expresa, pues lo que dota de legitimidad democrática a la decisión judicial no tanto es el resultado [justo o injusto] como la expresión de argumentos de por qué se llega a dicha conclusión. Es posible que la decisión a la que se arriba sea justa desde el punto de vista material, pero si no hay motivación de la concreta valoración de la prueba el conocimiento de dicho acto de justicia se

(112) SENESE, Salvatore, "La Motivación de la 'verdad fáctica'", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), pp. 338 y ss.

torna inaccesible, incontrolable y, por tanto, irracional(113). La falta de valoración de las pruebas desencadena de manera inmediata una falta de motivación de las resoluciones judiciales.

La valoración de la prueba ya no es más una función soberana del juez, una tarea inatacable que carece de límite y control que no se encuentra sujeta a las reglas de la lógica o la racionalidad. En un Estado Constitucional, la decisión judicial no puede generarse al margen de la prueba actuada (o en contra de ella). Por ello, es que se propone acudir a los modelos de las ciencias empíricas, de la metodología general de la ciencia y de las leyes de la lógica(114).

La motivación de la valoración de la prueba debe precisar las razones por las cuales el juez considera que ciertos enunciados sobre los hechos están probados con base en criterios objetivos y racionalmente controlables. El juez debe dar cuenta por medio de argumentos y razones qué pruebas ha utilizado, individualizándolas, debe precisar el contenido de las mismas, la vinculación con los enunciados fácticos, el peso que asigna a las pruebas y el grado de confirmación de los mismos. Con la fundamentación de los hechos probados, el juez no busca convencer, empleando a tal efecto un discurso retórico-persuasivo, a un grupo de personas o a un sector de la población. Dicho punto de vista históricamente tiene como referencia los sistemas del *Common Law* y las corrientes antiformalistas (irracionalistas) del razonamiento jurídico(115). La misión constitucional del

(113) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 412: "Si la racionalidad de la decisión probatoria ha de ser controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre convicción del juez. Sostener lo contrario sería dar pábulo a la idea de justicia del cadí, de poder jurisdiccional puramente potestativo, arbitrario e incontrolable; contrario, en fin a un sistema probatorio que se quiera cognocitivista, fundado no en el poder sino en el saber, un saber **solo probable, pero precisamente por ello refutable y controlable**".

(114) Véase, ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 38; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 155.

(115) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 174.

juez no es persuadir ni generar convicciones o estados mentales de certeza en las personas, ya sean las partes en el proceso o la población en general, de que los hechos por él declarados como probados son verdaderos. Su labor es mucho más simple y a la vez más compleja, pues debe aportar razones, buenas razones, respecto a cómo mediante la prueba disponible y las inferencias probatorias pertinentes da por acreditado determinados enunciados fácticos, permitiendo con ello un control intersubjetivo de validez y de fiabilidad(116).

La motivación adecuada (o suficiente) de los hechos supone la determinación de que concurre y existe una justificación de cada enunciado relativo a las circunstancias que constituyen los hechos principales y secundarios. Ello implica: i) Cada enunciado que se presenta como verdadero debe ser confirmado y justificado por las pruebas y por las inferencias que permiten llegar a dicha conclusión; ii) De igual manera los enunciados que se consideran falsos deben estar confirmados y justificados por las pruebas y las inferencias probatorias correspondientes que escoltan dicha posición. Ha de quedar claro que la prueba y la justificación no solo se predica de los enunciados verdaderos, sino también de los enunciados falsos; iii) Los enunciados fácticos que solo han alcanzando un grado de confirmación débil, insuficientes para que los mismos sean considerados como enunciados verdaderos, como también los enunciados que no han alcanzado ningún grado de confirmación deben ser adecuadamente explicitados. El juez debe justificar de manera adecuada por qué considera que determinados enunciados fácticos no han obtenido un grado de confirmación fuerte, de tal modo que debe fundamentar su decisión en las pruebas que ha valorado y las inferencias que derivan de las mismas(117).

---

(116) Por todos, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 218; TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 269; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 170.

(117) Ampliamente, TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 271; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 218.

4. Por otro lado, la decisión justa depende también, junto a la determinación de los hechos probados, de que se respeten las garantías constitucionales y procesales básicas. La determinación de los hechos probados es un presupuesto básico de una decisión racional justa, pero pese a ser una condición necesaria no es todavía una condición suficiente de la misma(118).

En efecto, se requiere, además, que la decisión adoptada sea consecuencia del ***resultado final del procedimiento*** en el que se han cumplido ***las garantías constitucionales y procesales***(119). Se trata del empleo adecuado de un procedimiento válido y rodeado de garantías para llegar a una decisión. Solo un proceso justo en donde se respete el derecho de defensa, el contradictorio o se garantice la imparcialidad del juzgador es posible alcanzar una decisión justa. Como ha señalado la Corte IDH en el caso **Ivcher Bronstein contra Perú** (sentencia de 06 de febrero del 2001): *"la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana"*.

Finalmente, la decisión justa debe ser el resultado de una ***correcta interpretación*** tendiente a aplicar las normas pertinentes al caso concreto. No puede haber una decisión justa si la solución del caso se sustenta en la elección errónea de la norma aplicable. Igual ocurre si la decisión interpretativa a la que se llega parte de una interpretación errada o inválida de la norma. Sin embargo, la insuficiencia y limitación de este criterio se advierte cuando pese a que se ha elegido la aplicación de una norma pertinente y se ha asumido la interpretación más razonable la comprobación de los hechos es errada por fundarse

(118) Cfr. LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, 2005, p. 96.

(119) Ampliamente, TARUFFO, Michele, "Ideas para una teoría de la decisión justa", en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Bogotá, Temis, 2006, p. 205.

en una prueba inexistente, ilícita o porque no ha tomado en cuenta la prueba que demuestra más bien la hipótesis contraria(120).

La interpretación que se propone de la norma debe dirigirse a su aplicación en un caso concreto, la cual debe cumplir con dos requisitos como son los de coherencia interna y el de universalidad. La coherencia interna de la decisión se refiere a la subsunción del hecho en la ley que no es otra cosa que la correspondencia entre un hecho y los supuestos descritos en la norma. La norma no solo tiene que ser interpretada, sino que debe aplicarse a un supuesto fáctico concreto que el juez ha considerado como demostrado a través de la prueba actuada. Por su parte, la universalidad plantea la distinción entre la decisión particularista que se refiere al caso concreto y la decisión según reglas, y que se refiere a que el juez cuando resuelve un caso formula una regla que pretende hacerla extensiva a otros casos siempre y cuando exista semejanza; no limitándose su decisión a un hecho específico y aislado, pues solo así se logra realizar el principio de igualdad y la racionalidad de la administración de justicia. Aquí el juez establece la conexión entre su decisión y las normas de derecho positivo en atención de que la regla específica se deriva de la interpretación de una norma general(121).

(120) Ibídem, p. 204.

(121) TARUFFO, Michele, "Legalidad y Justificación de la creación judicial del derecho", en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, p. 188.

Capítulo Tercero
LA MOTIVACIÓN COMPLETA (EXHAUSTIVA) DE LA PRUEBA

I) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

1. El deber jurídico de motivar los hechos probados no solo es un deber legal, sino de modo claro e inequívoco constituye, sobre todo, una obligación de rango constitucional. El art. 139, inc. 5, de la Constitución consagra como una garantía y un principio de la administración de justicia: "*La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con precisión expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho que la sustenta*".

El cumplimiento del deber de motivación supone que las resoluciones judiciales debe documentarse (especialmente por escrito) como expresión de la función de garantía que reviste la declaración de la voluntad del Estado(1). Sin embargo, no todo acto escrito implica que se ha cumplido con la obligación de motivar. Lo escrito no significa que se haya motivado. Motivar es más que un acto estatal escrito y que una pura declaración de voluntad(2), en la medida en

(1) Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo [PG]*, Madrid, Tecnos, 13ª ed., Vol. I, p. 620.

(2) Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 1999, Vol. I, p. 404; PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 7ª ed., 2000, p. 494.

que constituye más bien el resultado de un procedimiento (debido proceso) y una decisión racional, basado en hechos, medios de prueba y la aplicación del derecho. La concepción que considera prevaleciente el factor de voluntad de la motivación de las resoluciones judiciales y le otorga mayor importancia que el elemento racional representa un rezago autoritario, propio de los Estados autocráticos(3).

La obligación de la motivación que expresa la Constitución es una condición de validez de cualquier resolución judicial, bien se trate de auto o sentencia. Por mandato constitucional no solo las sentencias se motivan, sino toda resolución judicial. Las resoluciones judiciales pueden presentarse en la forma de resoluciones de impulso del proceso (decretos), resoluciones en las que se deciden cuestiones jurídicas relevantes en el proceso (autos) o resoluciones que ponen fin al mismo (sentencias). Al respecto, el art. 120 del CPC prescribe que: "*Los actos procesales a través de los cuales se impulsa o decide al interior del proceso o se pone fin a este, pueden ser decretos, autos y sentencias*". La Constitución establece que solo los decretos se exceptúan del deber general de motivar las resoluciones judiciales. Los decretos se caracterizan por impulsar el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite (art. 121 del CPC).

La regulación constitucional establece que la motivación de las resoluciones judiciales deberá contener por lo menos la referencia de la ley aplicable al caso concreto y debe registrar también los fundamentos de hecho que sustentan la decisión. Tanto la motivación de los hechos, como la motivación del derecho aplicable al caso concreto, componen la estructura indispensable del deber constitucional de justificar las resoluciones judiciales. Si bien ambos tienen importancia metodológica autónoma queda claro que vertebran en una complementariedad necesaria el deber de motivar las resoluciones judiciales. La motivación de los hechos siendo importante es en sí insuficiente, si es que no va acompañada de la motivación del derecho aplicable al caso concreto. No se cumple con el mandato constitucional si es que

(3) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 387.

solo se motiva los hechos y no el derecho como también si solo se motiva la aplicación del derecho y no la motivación de los hechos. La garantía constitucional (y convencional) al debido proceso no solo está presidida por la relación "juez-ley", sino también por el desarrollo de la relación "juez-hechos". Tan importante como el respeto y la vinculación del juez a la ley es el respeto del juez a los hechos y a las pruebas(4).

En todo caso, la importancia y trascendencia de la obligación de motivar los hechos probados es resaltado en la Ley fundamental peruana desde que se sostiene que la aplicación de la ley debe contener los fundamentos de hecho que lo sustenta; que no es otra cosa que la justificación de los enunciados fácticos y de los enunciados probatorios (hechos probados). Desde el punto de vista lógico, no puede haber aplicación del derecho (Constitución, Tratado, ley, jurisprudencia, etc.) sin que previamente se hayan delimitado y determinado los hechos que las partes alegan en su amparo(5). La aplicación del derecho supone la previa determinación de un marco fáctico que es el objeto de las pretensiones de las partes que intervienen en un procedimiento. Como señala literalmente la Constitución peruana los fundamentos de hechos ***sustentan*** y dan sentido a la aplicación de la ley(6). Ha de quedar también claro que una manipulación de los hechos o de las pruebas puede conducir de manera inmediata e irremediable a una errónea selección y aplicación de la norma legal pertinente(7).

---

(4) Cfr. IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 7.

(5) Semejante en el derecho italiano: SENESE, Salvatore, "La Motivación de la 'verdad fáctica'", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 340.

(6) Cfr. GIANFORMAGGIO, Letizia, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 480, para quien la decisión del juez: "tiene como condiciones previas, y por lo tanto como credenciales, una norma (regla de decisión) y una aserción factual. Sobre ellos debe poder ejercer, y ejercerse, el control. La regla debe ser justa, y la aserción factual cierta".

(7) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 124.

La valoración racional de la prueba y la determinación de los hechos solo se conocen y son accesibles a los ciudadanos a través de la justificación de las resoluciones judiciales(8). Sin motivación de la valoración de la prueba no puede decirse que dicha valoración sea "racional".

Hasta hace poco tiempo el centro de discusión en materia de la fundamentación de las resoluciones judiciales descansaba sobre el juicio de derecho (v. gr. problemas de validez, problemas interpretativos, lagunas, etc.). Sin embargo, en épocas recientes el debate se ha trasladado con especial atención a la motivación del juicio de hecho y a la valoración de las pruebas, toda vez que el posible arbitrio del juez se anida tanto en la interpretación de la norma como en la reconstrucción de los hechos(9). La garantía de la legalidad de la decisión no basta con el respeto a la norma (constitucional y legal). Es necesario también el respeto a los hechos y a las pruebas actuadas en el proceso.

2. La consagración constitucional del deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 139, inc. 5) constituye una regulación prescriptiva que va más allá de una simple declaración formal o de representar un enunciado carente de contenido y vigencia. Se trata más bien de una disposición de incidencia directa que repercute en todos los sectores del ordenamiento jurídico peruano y que refleja la necesidad de adaptar y adecuar la legislación ordinaria a los preceptos constitucionales.

La relevancia de la prescripción constitucional de motivar las resoluciones judiciales dentro del ordenamiento jurídico peruano se explica en por lo menos seis sentidos: i) Determina la ilegitimidad constitucional de cualquier norma del orden jurídico que pudiera declarar prescindible el deber de motivar las resoluciones judiciales o simplemente excluyera de motivación a determinados tipos de decisiones

(8) Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 326.

(9) Por todos, IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, pp. 3 y 9: "en tiempos modernos la motivación de los hechos posee la misma centralidad en el discurso jurídico que hace dos siglos tenía la motivación del derecho".

(v. gr. autos y sentencias); ii) Permite una interpretación sistemática integradora de cualquier norma del orden jurídico, de carácter pre o post constitucional, que no estableciera de manera adecuada el deber de motivar las resoluciones judiciales; facilitando que el precepto en la determinación de su sentido y significado pueda tomar como base la regulación constitucional(10); iii) Posibilita que todas las normas de procedimiento de los distintos órdenes y especialidades se configuren y realicen a partir del sentido del precepto constitucional. La regulación constitucional del deber de motivar las resoluciones judiciales no puede ser ignorada por el legislador ordinario; iv) El juez, o el funcionario administrativo, al momento de decidir debe tomar como obligada referencia el texto constitucional que regula el deber de motivar las resoluciones judiciales a manera de norma de normas y que despliega una eficacia directa en su actividad; v) La configuración de un sistema de nulidades a nivel procesal debe tomar en cuenta las prescripciones constitucionales y la violación nuclear a las garantías del sistema de justicia como un requisito de legitimidad y validez. Las nulidades no solo deben tener sustento en la ley (principio de taxatividad), sino también en la Constitución. De allí que sea necesario establecer como causal de nulidad obligatoria la violación de una garantía constitucional básica como es el deber de motivar las resoluciones judiciales; vi) La Constitución no se opone ni tiene prohibida la instauración de un sistema de jurados. En la medida en que la justicia emana del pueblo es posible que pueda incorporarse una regulación de los jurados, bien para una clase específica de procesos o una clase de infracciones. Sin embargo, la adopción de un sistema semejante debe preservar las garantías constitucionales de la administración de justicia, entre las que se cuenta el deber de motivar las resoluciones judiciales. En dicha línea, lo único que prohibiría el texto constitucional son los casos de veredictos inmotivados.

La regulación del deber de motivar las resoluciones judiciales no debe contemplarse desde la perspectiva de una disposición procesal y ordinaria cualquiera, como si se tratara de una forma de rito, no más

(10) Véase, TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 346.

importante que otra norma procesal. La obligación de fundamentar las resoluciones judiciales es una garantía nuclear del sistema procesal de rango constitucional (y convencional) que legitima el proceso y la jurisdicción y cuya violación genera un vicio insubsanable que afecta la validez de la decisión.

El deber de motivar las resoluciones judiciales no se vincula únicamente con la facultad de impugnación y el derecho al recurso, como si fuera un derecho que se ejercita en los niveles más bajos de la administración de justicia. En realidad, la obligación de fundamentar se predica aun en los casos de decisiones inimpugnables como, por ejemplo, las sentencias de la Corte Suprema (recurso de nulidad o sentencias de casación) o las decisiones del Tribunal Constitucional. Por tanto, no es conforme a la Constitución una norma que excluyese del cumplimiento del deber de motivar al caso de las decisiones judiciales no impugnables(11).

Por otro lado, la posibilidad de que los tribunales superiores conozcan la impugnación no siempre es compatible ni desarrolla los alcances del deber general constitucional de motivar las resoluciones judiciales; y lo dicho se da en un doble sentido: i) El deber de motivar las resoluciones judiciales se presenta sea o no impugnable la resolución judicial e, incluso, al margen de si hay o no legalmente el recurso; ii) El derecho a presentar el recurso no siempre coincide o es un desarrollo del deber general de motivar las resoluciones judiciales, ya que responde la más de las veces a una determinada estrategia procesal. En tal sentido, se puede sostener que la función de que los tribunales de alzada conozcan la impugnación es compatible también con un sistema legal en donde no se reconozca la obligación de motivar las resoluciones judiciales y dicha facultad se expresa en supuestos excepcionales, v. gr. si se manifiesta la voluntad de impugnar o si las partes así lo solicitan. Por esta razón, es que se admite en la mayor parte de ordenamientos que el deber de motivar las resoluciones ju-

(11) Cfr. IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 5.

diciales se desarrolla y aplica incluso ante aquellas resoluciones que no son susceptibles de recurso(12).

3. La fundamentación constitucional de los hechos probados es una tarea *posible* y *necesaria*(13). Posible en la medida en que como actividad constituye una tarea que se puede alcanzar, no sin trabajo, aportando las razones y criterios que se han empleado en la solución de la controversia fáctica y la decisión judicial. No es algo subjetivo, inescrutable o que suponga un esfuerzo por encima de la capacidad humana. Se trata de una actividad racional que debe ofrecer y consolidar los esquemas, la metodología y los elementos que se utilizan para llegar a una determinada conclusión. El que la motivación de los hechos sea posible no quiere decir que sea una tarea sencilla y que dicha labor se emprenda acudiendo a criterios ingenuos, superficiales, basados solo en la experiencia, el sentido común o en la buena fe del órgano decisor. En realidad, dicha labor es una tarea compleja, que requiere el dominio de una serie de técnicas, de criterios heurísticos, de una adecuada preparación jurídica en temas constitucionales (v. gr. principios y reglas constitucionales), de derecho material y procesales sumamente delicados.

Asimismo, la motivación de los hechos probados es una tarea necesaria toda vez que solo con la fundamentación de los hechos es posible conocer las razones de por qué se llegó a una determinada conclusión y se decidió el caso en tal o cual sentido. En buena cuenta se trata de objetivar y manifestar las razones y argumentos que el órgano jurisdiccional (o administrativo) ha tenido para adoptar una determinada decisión. La motivación de los hechos no es la única forma de racionalidad de las decisiones judiciales ni es el único mecanismo por el que se expresa la administración de justicia (v. gr. el caso de los países anglosajones). Se trata más bien del instrumento más eficaz que

(12) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 26.

(13) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 174 y ss.

garantiza el control racional y democrático de las decisiones judiciales. Sin la motivación de los hechos, la administración de justicia seguiría criterios propios de una lotería, dependería del azar, pasando a ser una justicia del cadí que resuelve de manera arbitraria los casos, al supeditar la solución del problema planteado de factores inescrutables y de difícil control. La motivación se configura como uno de los principios estructurales del proceso en general y en muchos ordenamientos pasa a constituir un principio constitucional expreso(14).

La fundamentación de los hechos, siendo una actividad posible y necesaria, no constituye una mera labor descriptiva, de recolección simple de datos o de un análisis superficial y vulgar de las pruebas que sustentan (o no) cada uno de los enunciados fácticos. En realidad, se trata de una actividad ***normativa*** compleja(15) que si bien parte y tiene como referencia elementos empíricos y de la realidad su ponderación final requiere que se tomen en cuenta criterios jurídicos y normativos esenciales. El solo hecho de que se ponderen y la actividad probatoria recaiga como objeto esencial en el proceso penal en la acreditación o no de cada uno de los elementos del injusto culpable hace que dicha operación se encuentre impregnada de criterios y valoraciones jurídicas como de reglas de primer orden(16). No bastan las simples percepciones del sujeto, las manifestaciones objetivas del mismo, la fijación de la serie causal de acontecimientos conectados entre sí. Es necesario que haya una determinación, ponderación y decisión jurídica de los acontecimientos materia del proceso.

---

(14) Cfr. IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 2.

(15) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 122: "una valoración de la prueba ayuna de criterios normativos, no puede tener cabida en el proceso penal. Estos criterios normativos no son otros que las máximas de la experiencia aseguradas jurídicamente".

(16) Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes, "El Recurso de casación y el derecho del condenado a someter a revisión crítica su condena", en: *Libro Homenaje a González-Cuéllar García*, Madrid, Colex, 2006, p. 1124.

II) ¿POR QUÉ LOS JUECES DEBEN DAR CUENTA DE LA PRUEBA Y DE LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS?

Los hechos no se le presentan al juez de manera directa, sino a través de la prueba. La regla es que el juez no está presente en el lugar y en el tiempo que han ocurrido los hechos, debido a lo cual su conocimiento no es directo, sino indirecto, mediato. Por esta razón, el conocimiento de los hechos solo se produce a través de ciertos medios que le ayudan a saber lo que realmente ocurrió(17). El juez utiliza los medios de prueba que reflejan percepciones de terceros(18). En efecto, el juez debe reconstruir el pasado que en su momento fue real y para lograr su objetivo debe utilizar los hechos del presente que de manera más o menos fiable son rastros de lo que ocurrió y que en el proceso reciben la denominación de pruebas(19).

---

(17) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 146; LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 301; ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 1; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 72; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 136 y 208; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 79; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad" en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 125; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 75; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 375; FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, Barcelona, julio 2011, p. 2, quien considera que la convicción a la que puede llegar el juez o Tribunal solo puede producirse mediante una "*conclusión mediante indicios*", debido a que el suceso fáctico que pertenece al pasado, ya no puede ser percibido de manera directa; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 373.

(18) Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 301; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 75.

(19) Cfr. UBERTIS, Giulio, *Profili epistemologici della prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 461: "Al respecto, aunque sea utilizada frecuentemente en el lenguaje común, resulta incorrecta, en cuanto tal, la expresión 'prueba de un hecho', ya que no se puede probar un 'hecho' a posteriori"; GIANFORMAGGIO, Letizia, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, en: *La Prova nel*

La única manera de que el juez pueda percibir de manera directa el hecho que se reputa delictivo es que se encuentre en el lugar de los hechos y que el delito se cometa en su presencia; empero en ese caso el juez dejaría de ser tal y solo asumiría la condición de testigo(20).

Un sector de la doctrina, con razón, afirma que las pruebas recogidas en un proceso casi nunca son pruebas directas, sino más bien indicios que deben ser enlazados unos a otros para tener consistencia y generar el respaldo de la hipótesis(21). Resulta forzado hablar de pruebas directas por lo que incluso se llega a sostener que la diferen-

---

Processo Civile, Vol. II, p. 481: "el hecho es lo que ha sido, y la correspondencia no se puede realizar completamente: sólo puede deducirse de la misma"; FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso pena", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 223.

(20) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 204; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 79.

(21) Cfr. IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 204: "toda prueba es indicio: sea porque toda prueba comporta una inferencia, sea porque el indicio puede derivar de cualquier medio de prueba (testimonio, pericia, confesión, llamada de correo, etc.)"; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 134; FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 223: "en el proceso las pruebas siempre son, en definitiva, indiciarias, se entiende con ese término que permiten concatenar un hecho con otro"; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 131, 138 y 218; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, pp. 196, 205 y 203: "Toda prueba –también la denominada prueba directa– es prueba de indicios. O si se prefiere, la prueba de indicios también es prueba directa, sólo que parece requerir más pasos argumentales. En la llamada prueba directa también hay, sin duda, un proceso deductivo desde lo que no son sino meros indicios hacia la prueba (...) Incluso en el caso de un –llamado– testigo directo del delito, estaremos ante indicios: su presencia en el plenario es un indicio de que estuvo en el lugar de los hechos"; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 79; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 153.

cia entre medios de prueba directos e indiciarios resulta artificial(22). Los juicios sobre el pasado no permiten constataciones directas ni verificaciones inmediatas completamente fiables(23).

En la línea expuesta, el TSE en las sentencias N° 1087/2009 de 30 de octubre, N° 387/2008 de 26 de junio(24) ha señalado que: "*Como es bien sabido, existen dos formas de obtener conocimiento sobre hechos, que son la constatación directa y la inferencia. Los tribunales, es obvio, no pueden valerse de la primera, pues los hechos sobre que versa el juicio pertenecen siempre al pasado, de ahí que solo quepa acceder a ellos mediante la prueba. Es decir, a través de lo constatado o percibido por otros o en virtud de la localización de algún rastro físico. En este sentido no hay prueba directa literalmente hablando, pues el contacto del que juzga con los hechos está siempre mediado por la intervención del tercero a quien se debe la aportación de datos o del objeto que dé cuenta de ellos o los contenga. De manera que los tribunales están siempre obligados a utilizar la inferencia como forma de acceso al conocimiento de lo sucedido en el caso objeto de su decisión*"(25).

---

(22) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 218: "No existen fuentes directas de prueba, en el sentido que ninguna prueba pone al juez en contacto directo con los hechos"; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, pp. 202 y ss.: "lo forzado que resulta hablar de una pretendida prueba directa, la cual debe ser rechazada tal como parece ser entendida, por impracticable, sumamente peligrosa para la presunción de inocencia y confusa".

(23) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), pp. 223 y ss.

(24) Véanse, también las sentencias de la Audiencia Nacional de España N° 34/2011, de 19 de septiembre, N° 037/2011 de 06 de julio.

(25) En dicha sentencia, además, se sostuvo que: "Por tanto, no puede ser más evidente que el recurso a la prueba llamada indiciaria (como si hubiera alguna que no lo fuera, cuando resulta que todos los datos probatorios son indicadores, pues remiten a otros) no determina ningún déficit en la calidad del conocimiento, obtenido, como todo el de fuente probatoria, mediante inducción. Y, en consecuencia, ya que no existe ningún problema en el plano del método, se tratará, únicamente de evaluar la calidad de su aplicación, la racionalidad en el tratamiento de los datos".

Las pruebas históricas (v. gr. documentos, testimonios) no son infalibles ni permiten de manera convincente y definitiva conocer los hechos de manera clara y precisa, ni constituyen siempre una fuente más confiable y creíble para llegar a la reconstrucción de los hechos(26), ya que una cosa es el hecho ocurrido y otra muy distinta es la declaración (o el registro) que se da sobre este hecho; además de tener presente que el juez debe dar mayor o menor crédito a la declarado sobre la base de una serie de complejas y variadas inferencias e intuiciones luego de analizar la personalidad del testigo, la calidad de sus percepciones, su memoria, la forma de su declaración, el lenguaje empleado, el interrogatorio y contrainterrogatorio al que someten las partes, entre otros factores. En la medida en que los hechos no se constatan de manera inmediata, sino que por tratarse de hechos pasados se debe utilizar una serie de medios para reconstruirlos siempre se necesita una serie de inferencias y razonamientos para pasar de algo que no se conoce a algo conocido(27).

(26) El TSE en la sentencia N° 1087/2009 de 30 de octubre del 2009 ha precisado que "tampoco cuando se trate de la prueba de testigos presenciales, el juzgador conocerá directamente ni puede renunciar a un atento ejercicio crítico del propio discurrir a partir de los elementos de convicción recibidos por ese medio (en relación con él, indirecto), ya que la psicología del testimonio ha aportado un amplio material de reflexión, con depurado soporte empírico, que obliga a estar en guardia frente a los riesgos de defectuosa percepción, lagunas de memoria e inevitable reelaboración de los datos que se produce en toda prestación de testimonio". En el caso de la declaración de las víctimas el TS español en la sentencia N° 1193/2010 de 24 de febrero del 2011 ha precisado que: "Esta Sala ha llamado la atención acerca de las cautelas que deben observarse al valorar las declaraciones de las víctimas, cautelas que tampoco deben descuidarse cuando se trata de simples testigos, dadas las observaciones realizadas por la psicología del testimonio. De ellas se desprende la conveniencia de disponer de alguna clase de corroboración cuando se dispone solo, o principalmente, de prueba testifical".

(27) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 158; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 218: "la inferencia no es una alternativa a la prueba, sino un medio de obtención de saber empírico, de utilización habitual e imprescindible en el desarrollo de la actividad probatoria".

Por esta razón, se hace indispensable que el órgano jurisdiccional deba dar cuenta de manera meticulosa a través de la motivación, cómo y de qué manera logra reconstruir los hechos pasados. La reconstrucción que el juez hace de los hechos para que sea racional debe basarse en la prueba actuada –no en otros elementos ajenos al proceso– y debe estar justificada. De allí que resulta indispensable establecer de manera adecuada las hipótesis fácticas que se dan por acreditadas, determinándose la respectiva clase de prueba, su contenido y el peso que se le asigna. Como señala Iacoviello: "el proceso penal no vive en un mundo de verdad autoevidente que se manifiesta en la audiencia pública: la verdad no se muestra, más bien se demuestra, esto es, se argumenta mediante razones"(28).

III) LA MOTIVACIÓN COMO JUSTIFICACIÓN RACIONAL

1. Desde el punto de vista normativo, el deber de motivar las resoluciones consiste en aportar razones tendientes a lograr que la decisión resulte aceptable, correcta(29) o bien fundada(30). Justificar una decisión implica efectuar: "*un razonamiento articulado que exprese los argumentos a partir de los cuales el juicio es válido, fiable, justo y*

(28) IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 9, la escenografía de la prueba no basta: el juez decide y elige, de tal manera que debe dar cuenta de ello.

(29) Cfr. ATIENZA, Manuel, "El Derecho como argumentación", en: *Isegoría*, N° 21, 1999, p. 39; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 76; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 277; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 37; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 170; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, pp. 345, 350 y 351. En la doctrina peruana: TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, p. 12; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 368.

(30) Cfr. GHIRARDI, Olsen, *Introducción al Razonamiento Forense*, Buenos Aires, Dunken, 2003, p. 12.

razonado(31)" o también se la entiende como "*un procedimiento argumentativo tendiente a aseverar que algo está dotado de cierto valor*"(32). Desde el punto de vista lógico, motivar supone construir un razonamiento, o una inferencia lógicamente válida, entre cuyas premisas existe una norma general, hechos y una determinada conclusión(33).

Si se parte de la premisa de que una decisión judicial debe estar fundada en derecho la primera exigencia que se deriva es que esta debe basarse en razones fácticas y jurídicas como apoyo y cobertura a la decisión que se adopta. No basta con la simple remisión a la idea de autoridad, al carisma del juzgador o a criterios que se dan por sobre entendido(34). Si es que no existe justificación no puede hablarse de que la decisión judicial se haya fundado en derecho. Por ello, decisión fundada en derecho quiere decir en su sentido más elemental decisión razonada, justificada o adecuadamente fundamentada. La decisión amparada en derecho no puede prescindir del deber de motivar, toda vez que no puede haber aplicación del derecho, al menos en nuestro sistema jurídico, sin justificación racional.

El requisito de justificación racional está lejos de ser una condición meramente formal, complementaria o poco relevante de las decisiones jurídicas –en especial las judiciales– pues su trascendencia ha llegado a ser de tal magnitud que hoy en día se la reconoce como requisito material del ejercicio de la jurisdicción(35) en el sentido de que no

(31) TARUFFO, Michele, "Decisiones Judiciales e inteligencia artificial", en: *Páginas sobre justicia civil* (Trad. de Maximiliano Aramburu Calle), Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 385; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 38.

(32) Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, p. 74; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, *La Motivación de las sentencias: genealogía y teoría*, p. 12.

(33) Cfr. BULYGIN, Eugenio, "Sentencia Judicial y Creación de Derecho", en: *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 356.

(34) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 139.

(35) Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, p. 257; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 142 y ss.

bastan las simples razones o el empleo de cualquier argumento para dar por satisfecha la aplicación del derecho, sino que se reclama que se aporten buenas razones y buenos argumentos(36). En un Estado democrático no pueden desligarse las ideas de jurisdicción y motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, la motivación de ser un elemento extraño a la jurisdicción se ha convertido en un principio que la define y que se encuentra en su misma estructura, tanto en su función jurídica (control de las partes y de los jueces de impugnación) como en su función política (control de la sociedad). Tal es su importancia que se ha dicho que no hay jurisdicción sin motivación(37).

2. La sentencia –y, en general, toda resolución judicial– es un acto de poder público que para que tenga legitimidad y sea compatible con los criterios democráticos en el ejercicio del poder debe ser racional y respetar los parámetros constitucionales y legales vigentes. El principal y más importante signo de la sentencia como acto de poder legítimo y constitucionalmente válido es que debe estar justificada de manera suficiente y adecuada(38). No todo acto de poder es legítimo ni toda sentencia es válida. Las decisiones del Poder judicial que inciden en los derechos de los ciudadanos para que sean legítimos deben estar debidamente justificados. Por ello, cabe entender la sentencia como un acto de estructura compleja compuesto por la parte dispositiva,

(36) Cfr. TARUFFO, Michele, "Legalidad y Justificación de la creación judicial del derecho", en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, p. 195; del mismo autor, "Decisiones Judiciales e inteligencia artificial", en: *Páginas sobre justicia civil*, p. 385; también, "El Control de la racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica", en: *Páginas sobre justicia civil*, p. 406; ATIENZA, Manuel, "El Derecho como argumentación", en: *Isegoría*, N° 21, p. 39; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, pp. 15 y 64; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, p. 252; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Interpretar, Argumentar y decidir", en: *Interpretación y aplicación de la ley penal*, ADP, Lima, 2005, p. 51; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 37.

(37) Cfr. IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 4.

(38) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 112 y ss.

que resumen el mandato y la orden concreta del juez, y la motivación, que no es otra cosa que el discurso argumentativo mediante el cual se precisan las razones de hecho y de derecho de la decisión.

Una decisión judicial sin fundamentación es el modelo de una sentencia arbitraria(39), pese a que el fallo sea depositario de una justicia intrínseca o, incluso, si se hubiera llegado a la misma conclusión en caso se hubiera fundamentado. La motivación de las resoluciones judiciales constituye expresión de la racionalidad en la toma de decisiones y en la determinación del contenido de los derechos fundamentales y en general de toda clase de derechos, al margen de si se trata de un derecho humano o un derecho de configuración legal.

La fundamentación de las resoluciones judiciales es un ejercicio de control de poder, ya que, por un lado, defiende a la colectividad del poder del juez y, por el otro, defiende al juez de su propio poder. La sociedad puede resultar afectada por las decisiones del juez de allí que se le exija sustentar las razones de las decisiones jurisdiccionales que adopta; del mismo modo que el juez a través de la motivación demuestra (o no) que gobierna sus propias ideas, sus pasiones y prejuicios(40).

Tanto desde el punto de vista práctico y teórico se reconoce que la justificación o el cumplimiento del deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales influye de modo particularmente relevante en el acogimiento de una determinada decisión y en el resultado del caso(41), tal como ocurre, por ejemplo, cuando determinadas decisiones

(39) Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, p. 277.

(40) Por todos, IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 1.

(41) BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en: *Doxa*, N° 8, p. 81; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 81; TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 268: "el juez que sabe que deberá motivar su decisión sobre los hechos y justificándola racionalmente tenderá evidentemente –si no es por otra razón, al menos para no desperdiciar energías– a aplicar ya en esta fase criterios

se presentan como injustificables o cuando la justificación no permite alcanzar cuotas adecuadas de racionalidad que la presenten como aceptable, situación que obliga a buscar no tanto otra justificación, sino sencilla y llanamente a cambiar de decisión, eligiendo una que permita una mayor racionalidad. La justificación de las resoluciones judiciales limita las facultades decisorias del juez actuando como un poderoso filtro a modo de autocontrol que, por un lado, se presenta como un mecanismo que condiciona la decisión a adoptar y, por el otro, está presente exigiendo que el juez elabore la resolución de manera completa y suficiente(42). En tal sentido, es posible encontrar casos –incluso, más de lo que se piensa– en el que se tiene que cambiar las conclusiones que se asumen previamente por la incapacidad o

racionales, alcanzando así una conclusión confirmada ya por buenas razones"; MACCORMICK, Neil, "La Argumentación Silogística. Una defensa matizada", en: *Doxa*, N° 30, 2007, p. 331; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, pp. 46, 132 y 134; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, pp. 180 y 202; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, pp. 158 y 159: "La justificación posterior suele actuar como un condicionante de la decisión, ya que el juez, sabiendo que luego está obligado a argumentar en Derecho, no se atreve a tomar decisiones que no puede justificar"; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 291; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, Lima, p. 12: "una decisión que no sea posible justificar no será una decisión conforme a derecho y, por lo tanto, no será adoptada por el juez"; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 373; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, p. 204.

(42) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 135; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 180: "por eso no resulta descabellado pensar que la exigencia de motivar retroactúe sobre el propio iter de adopción de la decisión reforzando su racionalidad, es decir, provocando la expulsión de los elementos de convicción no suceptibles de justificación, propiciando, en fin, que la adopción de la decisión se efectúe conforme a criterios aptos para ser comunicados en detrimento de la corazonada que resultará más difícil de justificar "; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 168; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 373.

dificultad extrema de encontrar razones satisfactorias que la apoyen(43). Por ejemplo, en la motivación de los hechos probados no es lo mismo resolver sobre la base de una corazonada o la intuición que sobre la base de criterios racionales que pueden justificarse; de igual forma como ocurre cuando el juez se ve obligado a ceder su propia idea (subjetiva) de los hechos para adoptar una posición acorde a las pruebas actuadas en el proceso(44), sin dejar de contar el caso frecuente en el que pese a la existencia de prueba de cargo se termina abandonando la posición incriminatoria debido a que la misma no pasa el filtro de la no refutación de la hipótesis alternativa de la defensa que se funda en contrapruebas sólidas(45). Se parte aquí de la premisa de que es más fácil tomar decisiones que luego se pueden justificar racionalmente; de tal modo que los jueces que constitucionalmente están obligados a motivar se encuentran más inclinados a decidir sobre criterios racionales(46). Como bien se anota: "*Parece sensato suponer que la obligación de motivar influye poderosamente a la hora de acotar el horizonte de las decisiones posibles, normalmente el juez no decide lo inmotivable*"(47). La justificación desarrolla en este

(43) Por todos, BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en: *Doxa*, N° 8, p. 81; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 291; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 81; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 202; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, pp. 132 y 134.

(44) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 291.

(45) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, p. 204, sin embargo, no participamos de la idea sostenida por este autor cuando considera que "por otra parte, cuanto más se rectifica mientras se redacta, más evidente que los hechos del proceso no hayan quedado demostrados", debido a que la rectificación puede deberse a problemas de justificación y no necesariamente a que los hechos no han quedado probados.

(46) Cfr. TARUFFO, Michele, "El Control de la racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica", en: *Páginas sobre justicia civil*, p. 407.

(47) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 81: "en el concreto proceso decisional el juez tiene presentes

ámbito un efecto discriminatorio y a la vez excluyente de aquellas opciones que no pueden sencillamente respaldarse o que si se opta por esa vía la fundamentación encontrará problemas muchas veces insuperables. Por ello es que se reconoce que el juez decide en el límite de lo que se puede justificar. La motivación marca la línea de la elección decisoria del juez: el juez no decide lo inmotivable(48).

La justificación de las decisiones judiciales permite la fiscalización de las mismas por las partes, por los tribunales superiores y por la población en general. La motivación representa el mecanismo y el procedimiento que legitima el poder, lo racionaliza y posibilita el control institucional y el control social de los actos estatales(49). Dicha justificación permite determinar si efectivamente la decisión es racional y supone la aplicación del derecho al caso concreto o si en la solución del caso han concurrido otros factores; v. gr. cuestiones subjetivas, emocionales o de otro orden. La legitimación del poder en un Estado Constitucional pasa necesariamente por la adopción de criterios democráticos en el ejercicio del mismo (elecciones periódicas, división de poderes, controles interorgánicos, etc.) y la posibilidad de que dicho poder se ejercite de manera racional. En el caso de la jurisdicción, el poder que detentan los jueces no se expresa a través de puras decisiones, como expresión de la mera voluntad estatal o en criterios abstractos de justicia, sino más bien implica el sustento de dichas decisiones en razones y argumentos que las justifiquen de manera racional. La aplicación de la ley no es más una tarea mecánica de simple subsunción y de calificación normativa automática. Para que el poder de los jueces encuentre respaldo y sea legítimo debe ir

---

las constricciones derivadas de la obligatoriedad de justificar la decisión que se vaya adoptar".

(48) Cfr. IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 8.

(49) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, Lima, Grijley, 2011, p. 88; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima, Palestra Editores, 2006, p. 142; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, p. 13; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 367.

acompañado de buenas razones, buenos argumentos que deben permitir alcanzar una justificación racional, plausible y suficiente.

Las razones que se brindan en la solución de un caso posibilitan identificar si dichas razones son jurídicas y si además de jurídicas son racionales. Como señala TARUFFO: "*Ningún sistema jurídico puede definirse como racional si no es capaz de producir decisiones judiciales que puedan definirse como racionales de alguna manera*"(50). Si las decisiones judiciales que se expiden están al margen del derecho y no son, además, racionales el ordenamiento jurídico no puede considerarse como racional por más que formalmente lo sea y cuente con diversos tipos de normas (v. gr. Constitución, leyes, reglamentos, etc.). Por ello, la racionalidad de las decisiones judiciales es una condición necesaria e indispensable, aunque no suficiente, para que un ordenamiento pueda considerarse como racional(51).

El derecho exige siempre justificación, reclama que se aporten razones en la toma de una decisión o en la ejecución de un acto, más aún si proviene de las autoridades judiciales y dichas decisiones arrastran limitaciones a los derechos fundamentales. Los jueces pueden optar por tal o cual decisión, pero el dar razones de la misma es su obligación y deber inderogable. Como señala Ramón Fernández: "*el mero porqué sí está constitucionalmente excluido,*

(50) TARUFFO, Michele, "El Control de la racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica", en: *Páginas sobre justicia civil*, p. 397; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 170, quien remarca que el abandono de la jurisprudencia mecánica y logicista supone apreciar en las diferentes corrientes: "la necesidad de acreditar la racionalidad de las decisiones, de acreditar, en fin, que el ejercicio más o menos discrecional del poder que representa la sentencia no es sin embargo un ejercicio arbitrario".

(51) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía de Derecho, N° 12, 1992, p. 257, quien recuerda correctamente que no siempre en la historia la imposición del deber de motivar ha respondido al interés de conferir mayor racionalidad –en el más amplio sentido de racionalidad democrática– al poder de los jueces; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 170.

como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto"(52). La mera decisión, la voluntad desnuda, la pura autorización para ejercitar un poder general no basta ni es suficiente para tolerar el empleo de la fuerza, de la coacción estatal y peor la limitación de un derecho fundamental.

En un Estado Constitucional, no basta para justificar un acto el invocar el imperio de la ley, la fuerza del derecho o la necesidad de realizar la justicia material. Es imprescindible dar razones y argumentos para justificar una determinada decisión y un acto estatal(53). El poder de una decisión judicial no proviene del dictado de una autoridad estatal (juez), del prestigio de una institución, el reconocimiento de quien lo dicta, ni de la coerción que puede efectuarse, sino de la aceptabilidad de las razones y los buenos argumentos que puedan fijarse(54). El único poder que se reconoce constitucionalmente y que adquiere legitimidad es el que se expresa a través de un debido procedimiento, se lo ejercite de manera racional, presenta buenas razones y justifica su ejercicio(55). Un poder no justificado en su actividad concreta, aunque goce de amparo legal genérico, no es un poder que se vincula a la Constitución y a la ley y, por tanto, deviene, en un poder arbitrario. El poder necesita juridificarse y la única manera

(52) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, pp. 142 y 143: "Dada una motivación, una razón de su elección, la que sea, esa razón debe ser plausible, congruente con los hechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la realidad de las cosas y (...) susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos", luego señala: "En el fondo, todo lo que el derecho pide son razones. Con ellas se conforma en cualquier caso, porque lo único que no tolera es la sinrazón" (p. 175).

(53) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 170.

(54) Cfr. ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 368.

(55) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 171; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 345.

posible es racionalizar su uso a través de decisiones y actos debida y suficientemente motivados.

El hecho que motivar encierre un cierto grado de dificultad y genere una determinada disposición de tiempo, recursos y capacidades por parte del órgano jurisdiccional, dicho pasivo (aparente) se compensa de manera más que adecuada con la mayor legitimidad social que alcanzan las resoluciones judiciales(56).

La fundamentación de las decisiones judiciales permite en una democracia realizar un control externo a la toma de las decisiones, toda vez que la existencia y la configuración de la independencia judicial no quiere decir que haya una falta de control y fiscalización a las decisiones de los tribunales. Como recuerda AARNIO: "*Los tribunales de justicia son una parte de la sociedad y de su orden democrático. Los tribunales también deben estar sometidos a un control social ejercido por la gente. El único medio para este control es la exigencia de que los tribunales realmente argumenten sus decisiones*"(57). La legitimidad del Poder Judicial no es algo que se predica en abstracto y que opera como una presunción *iuris tantum*. No hay una presunción de legitimidad y validez de las decisiones judiciales. Por el contrario, se trata de una característica que se debe renovar y demostrar en cada caso concreto en

(56) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 295, quien recuerda que "en la genealogía de todos los controles democráticos de los actos de poder, late el propósito de hacer su ejercicio racionalmente justificado, es decir, más difícil, pero también más legítimo"; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 153.

(57) AARNIO, Aulis, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en: *Doxa*, N° 8, 1990, p. 27. También, TARUFFO, Michele, "Legalidad y Justificación de la creación judicial del derecho", en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (Trad. de Beatriz Quintero), Bogotá, Temis, 2006, p. 195; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, p. 178: "las autoridades públicas tienen siempre la obligación de forma inexcusable a exponer las razones de su decisión para que el público pueda ver en cualquier caso por qué esa decisión ha sido tomada"; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 153.

la que el juez a través de cada una de sus resoluciones deberá acreditar (o negar) la legitimidad democrática del Poder Judicial(58).

La motivación de las decisiones judiciales desde el punto de vista jurídico político se relaciona también con el principio de división (y separación) de los poderes públicos en tanto refleja el respeto de la Constitución y la ley por parte del juez, garantizando al mismo tiempo, como recuerda IACOVIELLO, a los otros poderes del Poder Judicial y al Poder Judicial de los otros poderes(59).

Si algún sentido tiene el mandato constitucional de que el poder emana del pueblo (art. 45 de la Const.) y que: "*La potestad de administrar justicia emana del pueblo*" (art. 138 de la Const.) es que el corolario básico de dicho axioma que sustenta el Estado Democrático exige que toda autoridad, entre las que se cuenta la judicial brinde o aporte buenas razones y dé cuentas del ejercicio de dicho poder a los ciudadanos del país, en pocas palabras al pueblo, cuando adoptan decisiones en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de la jurisdicción. Sería lesivo al principio democrático que se prescriba que el poder emana del pueblo, en especial el de administrar justicia, y se vede la posibilidad de que el pueblo pueda conocer las razones que determinan a una autoridad (judicial) adoptar una decisión y que, además, no puede controlar el ejercicio racional y legítimo de dicho poder. Si no se pueden conocer las decisiones judiciales y más aún las razones que las respaldan sencillamente el ejercicio de dicho poder resulta y deviene en ilegítimo, amén de que no se puede fiscalizar ni controlar.

Lejanos están los tiempos en los que la decisión judicial era concebida como un mero y puro ejercicio de poder por parte de la autoridad encargada de dictarla y cuya característica principal era la ausencia del

(58) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, *La Motivación de las sentencias: genealogía y teoría*, Granada, Universidad de Granada – Departamento de Filosofía, 2005, p. 19: "Y dado que la legitimidad del Poder Judicial no se da por supuesta, el juez deberá ganarla (o, nuevamente, perderla) en cada sentencia, demostrando que ella se funda en las razones que la ley le proporciona".

(59) Cfr. IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione dellà sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 5.

deber de justificar su decisión. En aquella época se consideraba que era suficiente el estar investido del poder para declarar de manera escueta el derecho(60).

El hecho de que se exija una determinada justificación de las decisiones judiciales implica entre otras cosas: i) Descartar el determinismo metodológico que plantea que las decisiones jurídicas no necesitan justificación, ya que proceden de una autoridad legítima (v. gr. juez, otro funcionario público, etc.) o porque son la aplicación simple de normas generales. Esta posición deviene en inaceptable en un Estado Constitucional en el que de manera expresa se consagra el deber de motivar las resoluciones judiciales y dicha garantía se incorpora dentro del contenido del macroderecho a la tutela judicial efectiva; ii) Descartar también el decisionismo metodológico que sugiere que las decisiones jurídicas no se pueden justificar debido a que son puros actos de voluntad y de poder en los que poco o nada tiene que ver la razón(61). Las decisiones no están basadas en los meros impulsos del juez, en sus corazonadas o en sus intuiciones, ya que de ser así la dignidad de la justicia dependería de la subjetividad y del mero capricho del magistrado.

IV) MOTIVACIÓN Y EXPLICACIÓN

1. **Explicar** no es lo mismo que **justificar** debido a que la primera operación tiende a mostrar las causas que determinaron el arribar a una determinada decisión, señalando los condicionamientos, los factores de incidencia, como la prueba y la fundamentación normativa. La explicación es un procedimiento eminentemente descriptivo en términos de causas y efectos de los cuales difícilmente pueden inferirse

(60) Véase, GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Interpretar, Argumentar y decidir", en: *Interpretación y aplicación de la ley penal*, ADP, Lima, 2005, p. 51; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 258.

(61) De modo amplio: ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, Lima, Palestra Editores, 1ª reimpr., 2006, p. 35; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, p. 251.

enunciados referidos al deber ser o una prescripción. En cambio, la justificación es tanto la objetivación de las razones como la búsqueda de que las mismas sean atendibles, correctas o plausibles desde el punto de vista normativo en la solución de la controversia.

Justificar, por tanto, es dar buenas razones como fundamento de la decisión(62). La justificación racional de las decisiones judiciales es contraria a las decisiones arbitrarias, caprichosas que no se fundan en razones o que las razones empleadas son malas o deficientes(63). Como señala GARCÍA AMADO: "*cuando al juez se le exige que motive sus elecciones no se quiere decir meramente que diga qué lo llevó personalmente a una preferencia u otra, sino que dé razones que puedan discutir desde la común participación en ciertos valores y convicciones*"(64). La calificación de las razones como buenas, correctas o plausibles no deben serlas únicamente a los ojos del juez, sino que fundamentalmente dicha calidad se predica acerca de la posibilidad de que terceros evalúen *ex*

(62) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 15; TARUFFO, Michele, "Legalidad y Justificación de la creación judicial del derecho", en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, p. 195: "se ha vuelto una especie de lugar común la idea de que la justicia de la decisión signifique su aceptabilidad racional, fundamentada en buenas razones (...). Se tiende aun más a considerar que solamente en presencia de una motivación que explicite buenas razones de la decisión esta pueda considerarse aceptable"; del mismo autor, "Decisiones Judiciales e inteligencia artificial", en: *Páginas sobre justicia civil*, p. 385; también, "El Control de la racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica", en: *Páginas sobre justicia civil*, p. 406; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, pp. 252 y 277; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 238; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 39; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 370; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 170.

(63) Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, p. 277.

(64) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Interpretar, Argumentar y decidir", en: *Interpretación y aplicación de la ley penal*, ADP, p. 54.

post sus fundamentos(65). Por otro lado, la justificación no se sustenta en aportar y establecer una serie de razones formales que acompañan la decisión, sino más bien en aportar razones materiales sólidas y convincentes que permitan descartar la arbitrariedad(66).

Se trata de lograr y alcanzar cuotas de racionalidad objetivas y no de una mera racionalidad subjetiva. Cuando se afirma que la resolución debe ser racional no se pretende indicar que cualquier fundamento convierte a dicha resolución en un acto razonable y ajustado a los patrones constitucionales. Se requiere, además, que la decisión debe fundarse en derecho que no es otra cosa que apoyarse en normas jurídicas, en los hechos y en las pruebas que obran en el proceso. La motivación debe responder a las circunstancias, necesidades y exigencias del caso y debe aplicar el derecho pertinente(67).

La motivación de las resoluciones judiciales es una garantía para la plena vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y una prevención contra las decisiones caprichosas y arbitrarias de los jueces, en especial en lo que se refiere al ámbito fáctico y la valoración de las pruebas(68).

2. Justificar no solo es describir un determinado proceso o el camino que se transita para llegar a un determinado resultado o a una conclusión. Representa la búsqueda de racionalidad en la elección

(65) Cfr. TARUFFO, Michele, "El Control de la racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica", en: *Páginas sobre justicia civil*, p. 406.

(66) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 201.

(67) Cfr. BULYGIN, Eugenio, "Sentencia Judicial y Creación de Derecho", en: *Análisis Lógico y Derecho*, p. 356.

(68) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 108, quien remarca que con la garantía de la motivación: "se resguarda a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces, que no podrán así dejarse arrastrar por impresiones puramente subjetivas ni decidir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente".

de los argumentos que vertebran y sustentan una conclusión(69). Explicar es narrar lo que ha ocurrido en la realidad, qué ha pasado en los hechos y qué tuvo en cuenta el juez para llegar a una decisión; mientras que justificar más que detenerse en el aspecto puramente fenomenológico es cumplir con un mandato prescriptivo respecto a la optimización o la búsqueda de buenas razones y de argumentos convincentes que sustenten una conclusión(70). Si es que se confunde explicar con justificar se está trasladando un concepto que rige en un ámbito distinto, el de las ciencias sociales o desde las leyes científicas, al contexto jurídico(71).

Las causas explicativas reales que llevan a tomar una determinada decisión pueden ser desconocidas, incluso, por el juez en cuanto puede obedecer a criterios inconscientes. Por su lado, la justificación de la decisión debe ser buscada a partir de los elementos fácticos aportados por las partes, los medios probatorios disponibles y la finalidad de las normas jurídicas. Mientras que la explicación de los factores que influyen en una decisión puede reposar en elementos irracionales, la justificación debe fundarse en la búsqueda de razones plausibles y correctas (racionales) que sustenten de manera adecuada una decisión(72). La explicación responde a la pregunta de por qué se

(69) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, pp. 291 y ss.

(70) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 64.

(71) Cfr. RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Santiago de Compostela, Servicios de Publicaciones de la Universidad Santiago de Compostela, 2003, p. 85.

(72) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 155: "las decisiones se justifican cuando son racionales, pero pueden explicarse tanto si son racionales como no lo son. Una condena severa puede explicarse por la presión social o mediática a la que está sometida el juez (e incluso por algo aparentemente tan trivial como un dolor de muelas). Desveladas tales causas, podrá explicarse la decisión, pero es notorio que esta no quedará justificada por aquellas. Un acceso de mal humor podrá explicar (psicológicamente) una condena severa, pero no justificarla"; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 370.

ha tomado una determinada decisión; mientras que la justificación responde a la pregunta de por qué se ha debido tomar la decisión o por qué una determinada decisión se considera correcta(73). Tal como advierte Bayón Mohíno: "*confundir razones en el sentido explicativo y razones en el sentido justificativo supone desconocer una distinción fundamental que conduce a graves dificultades*"(74).

Como anota REDONDO: "*Toda explicación tiene un propósito descriptivo mientras que toda justificación tiene un propósito evaluativo o normativo. El aspecto interno, esto es, la intención de explicar, presupone el interés cognoscitivo de hacer inteligible la acción. En contraste la intención de justificar presupone el interés práctico de evaluarla o aprobarla*"(75). Con razón, se afirma que: "*Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas*"(76). La exigencia de motivación y justificación significa que las decisiones jurídicas de aplicación del derecho no son evidentes ni arbitrarias(77).

Si se asume que el deber de motivar las resoluciones judiciales estriba en reproducir o explicitar el razonamiento, en sentido amplio del juez, prácticamente el valor constitucional que se le asigna a la obligación de motivar sería nulo o de escaso valor, pues dicho deber se cumpliría con una buena y tal vez brillante descripción de un mal razonamiento(78). Los razonamientos errados o sencillamente malos

(73) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, pp. 154 y ss.

(74) BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 43.

(75) REDONDO, María Cristina, *La Noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, 1996, p. 79.

(76) ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, p. 32; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, p. 12.

(77) Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Justificación de las Decisiones Jurídicas", en: *Sentido y Hecho en el derecho*, p. 45.

(78) Por todos, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 63.

también pueden explicarse (...) y bien. No podría controlarse el contenido de las resoluciones judiciales, pues bastaría examinar si existen razones o argumentos, aun cuando estos sean errados, contrarios a la ley o materialmente injustos para que toda justificación sea válida y respaldada por el ordenamiento jurídico. Basta alegar que se ha fijado tal o cual razonamiento, erróneo o insuficiente, para entender que la motivación no solo existe, sino que tiene legitimidad constitucional. Ello supondría, en pocas palabras, sostener que el deber de motivar tiene un sentido formal y eminentemente descriptivo en el que no se le exige al juez razonar bien, sino solo exponer las razones de su decisión; de tal manera que tendría carta de naturaleza las malas o las peores razones siempre que se enuncien y expongan de la mejor manera.

Lo que permite el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales es abrir las puertas del control no tanto de lo que el juez ha pensado, sino de la racionalidad y validez de los argumentos que sustentan su decisión. El control de la motivación no radica en el examen de cómo se llegó a una determinada decisión ni acerca de la justicia de la misma, sino que se dirige hacia la validez y consistencia de las premisas y las razones de las que se sirve el juez para ser aceptable su decisión(79). En efecto, en un Estado Constitucional más importante que la justicia intrínseca de una decisión es que se aporte una serie de razones o argumentos que la sustenten. Lo correcto de un fallo no tanto es que encierre la verdad, sino que el mismo se encuentre mejor y más convincentemente fundamentado(80).

V) LAS FUNCIONES DEL DEBER DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La motivación de las resoluciones judiciales cumple dos grandes funciones en el ordenamiento jurídico. Por un lado, es un instrumento técnico-procesal (*función endoprocesal*) y, por el otro, es a su vez una

(79) Por todos, TARUFFO, Michele, "El Control de la racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica", en: *Páginas sobre justicia civil*, p. 408.

(80) Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Interpretar, Argumentar y decidir", en: *Interpretación y aplicación de la ley penal*, ADP, pp. 51 y ss.

garantía político-institucional (*función extraprocesal*)(81). Efectivamente, se distinguen dos funciones del deber de motivar las resoluciones judiciales: i) El facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes tienen la condición de partes en el proceso, a la vez que constituye un control riguroso de las instancias judiciales superiores cuando se emplean los recursos pertinentes(82); ii) La de ser un factor de racionalidad en el desempeño del ejercicio de las funciones jurisdiccionales, pues garantiza que la solución brindada a la controversia sea consecuencia de una aplicación racional del ordenamiento, y no el fruto de la arbitrariedad en el ejercicio del poder de la administración de justicia(83).

Solo en épocas recientes la motivación se ha consolidado como un elemento estructural y como un requisito de validez de la sentencia. En ese desarrollo no siempre lineal y después de una larga marcha de afianzamiento se ha generado una tensión dialéctica entre la consideración del "*juez-parte*" al interno del proceso y la relación "*juez-*

(81) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 623; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 23; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, pp. 128 y ss.; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 142; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, p. 277; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 164; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 178; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 371; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, p. 15; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales* p. 156; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 196; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, pp. 347 y ss.

(82) **Exp. N° 458-2001-HC/TC**; caso: Leoncio Silva Quispe.

(83) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 386, que señala que la motivación presupone la posibilidad de controlar, de una manera amplia y externa, las modalidades del ejercicio del poder que se le confiere al juez; del mismo autor, "El Control de la racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica", en: *Páginas sobre justicia civil*, p. 398; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 348.

sociedad" fuera del proceso que influye directamente en la concepción de la motivación de las resoluciones judiciales.

La jurisprudencia constitucional peruana en algunos de sus fallos trata de realizar una síntesis de la función endoprocesal y la función extraprocesal del deber de motivación de las resoluciones al considerar que: "*La doctrina ha convenido en que la motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales es la explicación detallada que hace el juez de las razones de su decisión final, explicación que va dirigida a las partes, al juez de grado superior (que eventualmente conocerá en impugnación la decisión del inferior jerárquico) y al pueblo, que se convierte en juez de sus jueces*"(84). Pese al esfuerzo realizado y al desarrollo puntual de algunas afirmaciones en la sentencia citada no se logra advertir que se destaquen la relación y sobre todo las perspectivas distintas que pueden obtenerse de la función endoprocesal y la función extraprocesal de la motivación.

También la motivación de la valoración de la prueba como obligación constitucional tiene un fundamento endoprocesal y un fundamento jurídico político (extraprocesal)(85).

---

(84) **Exp. N.º 9598-2005-PHC/TC**; caso: Jaime Mur Campoverde.

(85) El TSE en la sentencia **154/2011** de 16 de marzo del 2011 ha señalado que "el deber de motivación opera en un doble sentido. *Ad intra o intra-processum* cuyos destinatarios son, de un lado, los partes procesales, pero también, en un segundo lugar, el Tribunal que pueda, de un lado, conocer del asunto vía recurso, dado el carácter de garantía fundamental que tiene la doble instancia que exige que la culpabilidad y la pena impuesta sea examinada por un segundo Tribunal, de acuerdo con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, cumpliendo la actual casación esta finalidad, pero también tiene un valor *ad extra,* o *extra-processum*, y cuya destinataria es la sociedad en general que tras la lectura de la sentencia puede conocer y comprender –independientemente de que los comparta o no– los argumentos y las valoraciones efectuadas por el Tribunal para arribar a la sentencia condenatoria, lo que, sin duda contribuye al fortalecimiento de la credibilidad en el sistema de justicia que constituye el principal, y último reducto de la autoridad y de la confianza en el Estado –en el Estado de Derecho– por parte de la ciudadanía".

a) La función endoprocesal de la motivación

La *función endoprocesal* exige que las partes intervinientes en el proceso puedan conocer las razones de por qué a una prueba se le reconoce un determinado valor (o se le niega eficacia probatoria) sobre la base del examen individualizado de las pruebas y cuál es el razonamiento que a partir de las inferencias y valoración global de las pruebas se da por probado (o improbado) un determinado enunciado fáctico, ya sea que se refiera a un hecho principal o a un hecho secundario. Las partes tienen el derecho a saber por qué las pruebas –más aún si son aportadas por ellas– valen o tienen un determinado peso y de ser contraria la respuesta tienen derecho a saber por qué las pruebas se desestiman o carecen de eficacia probatoria. Asimismo, tienen derecho a conocer las razones y los argumentos basados en las pruebas recogidas y actuadas en el proceso que sustentan que un hecho se dé o no por probado de manera suficiente. Solo así se garantiza adecuadamente el derecho fundamental a la defensa en juicio y el derecho al recurso, ya que sin motivación de los hechos probados la persona no solo no puede impugnar, sino que se le priva de conocer las razones fácticas del fallo dictado en su contra(86).

Por esta función, la motivación de las resoluciones judiciales trata de convencer a las partes y a su defensa acerca de la justicia, corrección y bondad de la decisión; así como que la decisión se ha adoptado de acuerdo a las reglas sustantivas y procesales del ordenamiento jurídico. La única vía que tienen las partes para poder saber si sus argumentos y pruebas han sido tomados en cuenta y se ha aplicado el derecho de manera correcta es informándose a través de la resolución acerca de las razones que las respaldan y las pruebas que se han asumido como ciertas(87).

---

(86) Cfr. RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 346: "el justiciable tiene el derecho a conocer exactamente por qué la sentencia obra en su contra, pues este conocimiento le permite fundamentar la impugnación de la decisión y solicitar su anulación o corrección. Tiene derecho a conocer qué se da o se tiene por probado en su contra".

(87) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 167. El TSE en la sentencia 154/2011 de 16 de marzo del 2011 ha señalado

El fundamento dialéctico de la obligación de *motivar* impide que se ignore o sencillamente no se atienda a los argumentos de las partes(88); más aun si son ellas las que traen el objeto del proceso y el marco de discusión dentro del mismo(89). Se considera que las decisiones judiciales cumplen diversas funciones, entre ellas: "*tratar a un ser racional racionalmente, explicándoles por medio de razones por qué se ha llegado a una decisión que afecta negativamente sus intereses*"(90). Dentro de esta especial información al vencido, ocupa un lugar central el señalar y precisar cuáles han sido las razones por las que se rechaza o no se otorga el peso suficiente a las pruebas presentadas por dicha parte o que sencillamente le favorecen. La obligación de motivar las resoluciones judiciales adquiere un sentido particular como un deber especial de explicar al condenado de por qué se afectan sus derechos fundamentales o por qué no se acepta su pretensión(91).

---

que "la fundamentación actúa como medio de incrementar la credibilidad de la Justicia en la medida que con ella se trata de convencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada, con lo que se avanza en la obtención y ensanchamiento de los procesos de convicción social, definitivo fundamento del cumplimiento de la Ley y del respeto a las resoluciones judiciales, con preferencia a esquemas puramente coactivos".

(88) Cfr. MACCORMICK, Neil, "Retórica y Estado de Derecho", en: *Isegoría*, N° 21, p. 18: "Una parte vital de la garantía de la libertad en la concepción dominante del Estado de Derecho consiste en que debe darse a todas las personas la oportunidad de exponer la refutación en términos claros y con la asistencia jurídica adecuada(...)". Luego más adelante señala: "La idea de Estado de Derecho que aquí ha sido sugerida insiste en el derecho de defensa a cuestionar y refutar la argumentación presentada contra ella. No hay seguridad contra un Estado arbitrario sin que tales cuestionamientos sean libremente permitidos y sujetos a aplicación por órganos del Estado separados y distintos de aquellos órganos que acusan".

(89) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 54.

(90) ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Lima, Palestra Editores, 2007, p. 299.

(91) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 120: "*la hipótesis derrotada reclama un trato tanto o más deferente que la hipótesis triunfadora, ya que es sobre todo la parte perdedora la que necesita una motivación*".

La motivación de la valoración de la prueba es una exigencia derivada del principio de presunción de inocencia que permite el control del juicio fáctico por parte del Tribunal superior(92).

Una de las principales ventajas de la consagración del deber de motivar las resoluciones judiciales es el hecho que permite el control interno del razonamiento judicial por parte del Tribunal de alzada o de revisión(93), el cual puede conocer las razones en las que se apoya el fallo de la instancia inferior y sobre esta base bien puede confirmar dicha decisión o bien puede invalidarla por insuficiente, por contradictoria o por no responder a las cuestiones planteadas por las partes. La motivación de las resoluciones judiciales facilita que el juez superior pueda analizar los agravios de la impugnación y los vicios que se denuncian y aparentemente se han cometido al fundamentar la decisión(94). Con

(92) El TSE en la **Sentencia N° 1579/2003** de 21 de noviembre ha precisado que "el art. 24,2 CE, al consagrar la presunción de inocencia como regla de juicio, obliga al juzgador a realizar un análisis racional y explícito del resultado de la actividad probatoria, dotado de la transparencia necesaria para que pueda ser examinado críticamente y para que, si mediase una impugnación, otro tribunal pudiera enjuiciar la corrección del correspondiente discurso. Esto es, comprobar si tiene o no apoyo en una apreciación tendencialmente objetiva de *toda* la prueba, tanto la de cargo como la de descargo, si se han tomado en consideración todos los elementos de juicio relevantes, justificando los descartes y también la opción de atribuir valor convictivo a los que se aceptan, si no se ha prescindido de forma arbitraria de datos que podrían ser de importancia en el plano explicativo, y si, en fin, todo ese material ha sido ponderado con equilibrio y conforme a máximas de experiencia de validez acreditada".

(93) Véase, BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en: *Doxa*, N° 8, p. 77.

(94) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 166. El TSE en la sentencia **154/2011** de 16 de marzo del 2011 ha precisado que "la fundamentación sirve para controlar la actividad judicial de los órganos de instancia por parte del Tribunal Superior cuando conocen del asunto a través del sistema de recursos, ya sea a través de la apelación o de la Casación, pues tanto en uno como en otro caso esa falta de fundamentación atenta directamente contra el sistema de recursos en la medida que se priva a las partes a que su causa sea nuevamente examinada por un Tribunal distinto y superior al primero, examen que no se puede verificar en la apelación o casación si la sentencia carece de fundamentación, porque desde el respeto al art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento

ello, se busca alcanzar cuotas más elevadas de justicia, seguridad y predictibilidad de las resoluciones judiciales en la medida en que se posibilita por lo menos un doble análisis de las decisiones judiciales; situación que mejora y tiende al perfeccionamiento de la administración de justicia(95).

La Corte IDH en la Sentencia del 01 de julio del 2011 recaída en el Caso: **Chocrón Chocrón vs. Venezuela** ha señalado que "*si el acto de remoción de la señora Chocrón Chocrón se hubiese motivado, la presunta víctima podría haber preparado en mejor forma los recursos interpuestos para su defensa, sin el margen de error que las conjeturas producen*", y que "*en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona (a las partes) la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores*". En esta sentencia se analizaba el caso de una magistrada provisional venezolana que había sido removida del cargo debido a que unas observaciones que nunca le fueran informadas y que en la resolución de remoción no se justificaron ni se fundamentaron las mismas.

Solo cuando la resolución judicial se encuentra debidamente motivada es posible que el órgano jurisdiccional superior pueda detectar los vicios que afectan o invalidan la decisión que se fija y denuncian en el recurso. El ejercicio del derecho al recurso depende en buena cuenta de la fundamentación del fallo de instancia; de tal manera que una sentencia no motivada, ya sea en los hechos o en el derecho, en la práctica lo que hace es impedir y bloquear el derecho al recurso(96).

Civil, que supone dejar extramuros del control casacional la valoración de la prueba, la ausencia de razonamiento le impide a la Sala de Casación verificar la estructura racional del juicio sobre la prueba que haya efectuado el Tribunal de instancia, a fin de controlar la racionalidad de la argumentación tenida en cuenta para dictar sentencia condenatoria, control que le corresponde efectuar a la Sala de Casación en garantía de la interdicción de toda arbitrariedad –art. 9.3° Constitución Española, STS 1392/2000 de 19 de septiembre–".

(95) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 157.

(96) El TSE en la sentencia N° 123/2004, de 6 de febrero ha señalado que "el incumplimiento del deber de motivar crea una objetiva imposibilidad de

b) La función extraprocesal de la motivación

Por su parte, la *función extraprocesal* de la motivación de la prueba exige que la valoración de los hechos probados se justifique de manera suficiente para toda la población, como expresión del principio democrático y legitimidad de la función jurisdiccional(97). La motivación de la prueba permite alcanzar dos valores de indiscutibles como es la justicia y la verdad en tanto solo una ponderación racional de la prueba está en condiciones de garantizar una decisión justa y una decisión que se corresponda a una reconstrucción verdadera de los hechos(98). Asimismo, posibilita el control de la discrecionalidad del juez, tanto en lo que se refiere al examen individualizado y el examen general de la prueba, al obligar a que se fundamente la elección de la hipótesis fáctica que esté mejor probada, luego de cumplirse con el estándar de suficiencia probatoria(99).

La fundamentación de la valoración de la prueba permite que la sociedad advierta (y pueda controlar) la posible comisión de errores judiciales por parte del sistema de justicia, situación que a la postre

---

operar adecuadamente en esta instancia. Y es que, en efecto, el examen de una sentencia desde la óptica de la casación exige como presupuesto una decisión suficientemente razonada, tanto en lo que hace a la valoración de los datos probatorios como en su vertiente jurídica. De otro modo, este tribunal tendría que subrogarse en el papel de instancia y examinar el cuadro probatorio de primera mano, lo que, claramente, no cabe. Así las cosas, la denuncia de la infracción del principio a la presunción de inocencia que alegan los acusados podrá o no ser cierta, pero es algo que no puede saberse a través de la lectura de la sentencia, que es rigurosamente opaca al respecto. Por lo que la conclusión de que en la misma se ha incumplido el deber de motivar es francamente inobjetable. Y, siendo así, tampoco es posible formar juicio en esta instancia sobre la existencia o no de verdadera prueba de cargo que funde la condena".

(97) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 21.

(98) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 269; GIANFORMAGGIO, Letizia, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 481.

(99) Cfr. RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 354.

genera una prevención eficaz, un control y corrección oportuna a través del ejercicio del derecho al recurso.

El fundamento extraprocesal de la motivación constituye un principio jurídico-político que representa la posibilidad de control de una de las actividades estatales más importantes como es la actividad jurisdiccional, la cual puede ser fiscalizada no solo por las partes o los sujetos involucrados en un proceso, sino por la sociedad y la ciudadanía en general(100). Según se reconoce en la doctrina, el deber de motivar las resoluciones judiciales cumple no solo una función en el proceso y en especial con las partes involucradas, sino también cumple un rol dentro de la sociedad al aportar razones apropiadas en la solución de la controversia(101). Como señala IGARTUA: "*En nuestro régimen democrático la obligación de motivar se torna en un medio mediante el cual los sujetos u órganos investidos de poder jurisdiccional rinden cuenta de sus decisiones a la fuente de la que deriva su investidura*"(102).

(100) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 261; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 21.

(101) Cfr. BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en: *Doxa*, N° 8, p. 81: "Las razones y el razonamiento en la toma de la decisión judicial son tanto de utilidad social como de significación para las partes en disputa"; FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio 2011, p. 16: "en la medida que uno no pueda rendir cuentas a sí mismo o a los demás respecto de los fundamentos de su juicio, por buena que sea la intención, no podrá haber seguridad de que su juicio tiene un fundamento material"; FERRAJOLI, Luigi, "Justicia penal y democracia: El contexto extraprocesal" (Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez), en: *Jueces para la democracia*, Madrid, N° 4, 1988, p. 3; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 139; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 171; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 142; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 371; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 164.

(102) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 25.

Se trata de un control externo, de terceros, más allá de las partes involucradas en el proceso(103) (*control ultrapartes*). Por tanto, no estamos ante un puro control formal que es ejercido por los canales e instancias regulares del Poder Judicial o eventualmente de la administración. Es más bien un control externo, no formal, que permite que sea la comunidad la que vigile y fiscalice si existen o no razones en la solución de un caso y de si estas son buenas o correctas. En efecto, el fundamento último de la motivación de las resoluciones judiciales se encuentra en la legitimación democrática de la función estatal(104), entre ellas la judicial. El artículo 138 de la Constitución establece que: "*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial*". En orden a este precepto constitucional, el TC peruano ha señalado que: "*El que los jueces justifiquen las decisiones que toman en el ejercicio de la función jurisdiccional que les es delegada por el pueblo, conforme lo establece el artículo 138 de la Constitución*"(105).

El fundamento ***democrático*** de la motivación reside en respetar la voluntad general que se expresa en la ley y que refleja la representación del pueblo(106), situación que contrasta con el absolutismo y

(103) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 140.

(104) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 623, para quien la motivación: "puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial"; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 171; PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 494; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 142; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 371.

(105) Voto singular en la STC recaída en el **Exp. N° 1744-2005-PA/TC**; caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga de los magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda.

(106) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales* p. 159; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 171: "Por lo demás, qué duda cabe que la importancia de la motivación se ve reforzada en un Estado que se quiera democrático, pues la democracia se basa en la participación del pueblo en la adopción de decisiones colectivas, y es un error pensar que la decisión judicial tiene únicamente una dimensión privada, que interesa solamente a las partes directamente afectadas en

los regímenes autocráticos que hacían de la no motivación una *"regla de prestigio"*(107). Como afirma EMILIO DOLCINI: *"La motivación es el instrumento predispuesto por la ley para el control democrático de un poder cuyo titular es el pueblo"*(108). Justificar y razonar las decisiones judiciales significa dar cuenta pública del poder que se tiene para arbitrar sobre los bienes de las personas y los derechos fundamentales a la vez que importa una racionalización de dicho poder en la medida en que este se explica dentro de los parámetros de la propia justificación y no fuera de ella(109). Como señala BERGHOLTZ: *"Los jueces tienen que justificar su uso de poder, y la obligación de declarar las razones limita ese poder"*(110), ya que la justificación racional de la acción del Estado es necesaria para evitar que el Estado sea la máscara de una tiranía(111).

La democracia no solo quiere decir alternancia en el manejo político, sino gobierno del pueblo y el respeto al interés general por lo que las decisiones de las autoridades que ejercen el poder estatal –sobre

---

ella: la sentencia es también un acto público, colectivo, por cuanto representa el ejercicio de un poder que es público y que por tanto ha de ser no sólo interna, sino externamente controlado"; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 164.

(107) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, p. 558, quienes afirman que los fallos se sostenían "en la soberanía directa del monarca, el cual podía crear en cada caso una norma o una decisión específica, sin someterse a leyes previas".

(108) DOLCINI, Emilio, en: *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala], Padova, Cedam, 4ª ed., 2003, p. 516; ROMANO, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, Giuffre, 1990, T. II, p. 280.

(109) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 170, para quien la motivación: "constituye una exigencia del Estado de Derecho en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad".

(110) Cfr. BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en: *Doxa*, N° 8, p. 81: "Las razones constituyen una justificación del poder, y que el poder puede ser usado solo dentro de los límites de la justificación"; PIETRO SANCHÍS, Luis, *Interpretación Jurídica y Creación judicial del Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 240.

(111) Véase, MACCORMICK, Neil, "Retórica y Estado de Derecho", en: *Isegoría*, N° 21, p. 8.

todo las judiciales– deben respetar y reflejar la voluntad general que se expresa en la ley(112). Como señala COLOMER HERNÁNDEZ: "*La labor de juzgar en un sistema jurisdiccional democrático exige que la solución de las controversias se imponga como acto de convencimiento en lugar de como simple acto de vencimiento*"(113).

El deber de motivar las resoluciones judiciales patentiza la exigencia general y permanente de control de las decisiones judiciales respecto al poder del que gozan los órganos jurisdiccionales a la hora de administrar justicia. De esta manera, la obligación constitucional de fundamentar las decisiones judiciales es una manifestación del principio de control que constituye un elemento esencial e irrenunciable de un Estado de Derecho(114). En efecto, en el ámbito jurisdiccional, la mayor y mejor expresión del **principio de control** es la obligación de motivar las resoluciones judiciales(115).

---

(112) Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 494; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 373.

(113) COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 345.

(114) Por todos, GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, pp. 172 y 178; TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 354, quien alude aquí al *principio de controlabilidad*. De manera general sobre el principio de control: ARAGÓN REYES, MANUEL, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", en: *REDC*, Año 7, N° 19, 1987, pp. 15 y ss.

(115) El TC peruano ha destacado este aspecto en la sentencia del **Exp. N° 00654-2007-AA/TC**; caso: Ministerio de la Producción al destacar que: "En tanto garantía y principio de la función jurisdiccional constituye en cambio un valioso instrumento para el control público de las decisiones judiciales y, a la vez, un medio que presta legitimidad de ejercicio a los jueces. (...) mediante la motivación de sus resoluciones los jueces ponen de manifiesto ante la opinión pública, y no solo a las partes del proceso, la imparcialidad e independencia en su actuación jurisdiccional, puesto que, como este Colegiado ha sostenido". También la STC del **Exp. N° 3361-2004-AA/TC**; caso: Jaime Amado Álvarez Guillén ha señalado que la motivación constituye "un medio eficaz de control sobre la actividad del juzgador que permite la verificación pública de su convencimiento último".

La idea de control es un elemento inseparable de la democracia(116) y de la Constitución, más aún si a esta se la concibe como un instrumento de limitación del poder(117). El control no solo forma parte de un concepto político de Constitución, sino que constituye también un concepto jurídico. Las nociones de control y Constitución se encuentran indisolublemente entrelazadas(118). En un Estado Constitucional todos los medios de control –al margen de su clase y naturaleza– están destinados y responden a un solo objetivo: el fiscalizar la actividad del poder para evitar abusos(119). La legitimidad de la jurisdicción está vinculada a la existencia de controles organizativos, procesales, epistemológicos y sociales(120). Como señala ARAGÓN REYES: "*No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles*"(121). Los controles y los

(116) Cfr. HAYEK, Friedrich, "La Pérdida del ideal democrático", en: *Estudios Públicos*, p. 15; ARAGÓN REYES, Manuel, "La eficacia jurídica del principio democrático", en: *REDC*, Año 8, N° 24, septiembre-diciembre de 1988, p. 37: "También el principio democrático obliga a considerar el control como punto de conexión entre las garantías materiales y procesales de la democracia que la Constitución establece y, en consecuencia, entender que el control es elemento inseparable del concepto de Constitución". De manera general sobre la democracia: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías", en: *Isonomía*, N° 12, abril 2000, pp. 7 y ss.

(117) Cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia, "La Problemática de la Justicia Constitucional", en: *AICJ*, N° 5, 2001, p. 229.

(118) fr. ARAGÓN REYES, Manuel, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", en: *REDC*, pp. 16 y ss.

(119) Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional", en: *REDC*, Año 6, N° 17, mayo-agosto de 1986, pp. 85 y ss., quien citando a Ely, señala que "el control, como manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernantes por los gobernados a fin de garantizar que gobierne la mayoría y se evite, al mismo tiempo, la tiranía de esa mayoría".

(120) Por todos, SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la democracia*, N° 18, 1993, p. 4.

(121) ARAGÓN REYES, Manuel, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", en: *REDC*, pp. 36 y 52: "Cuando no hay control, no

límites al poder pueden ser controles institucionalizados (políticos y jurídicos) y controles no institucionalizados que por lo común son generales y difusos y que se manifiestan a través de la opinión pública e, incluso, por medios no públicos de presión(122).

VI) LA MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: ENTRE UN IRRACIONALISMO MODERADO Y UN COGNOSCITIVISMO CRÍTICO

En la doctrina, hay quienes parten de la concepción de que la valoración de la prueba solo se logra a través de un conocimiento intuitivo y consideran que la constatación de la situación de hecho en el proceso penal no se puede objetivar de manera completa, en especial por la naturaleza de la cosa. La decisión de condena que se dicta contra una persona se hace depender directamente de una valoración personal que no puede ser fundamentada de modo completo y acabado desde el punto de vista conceptual. De allí que se afirme que la valoración de la prueba no puede formularse en palabras sin que se pierdan partes del conocimiento adquirido y que la percepción del material probatorio en el debate del juicio no puede ser plasmada lingüísticamente en su totalidad(123). A ello se agrega que la experiencia

---

ocurre solo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su realización, ocurre, simplemente, que no hay Constitución".

(122) Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional", en: *REDC*, p. 95.

(123) Véase, FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio 2011, p. 9: "el debate proporciona una cantidad de expresiones verbales y no verbales tan grande que una parte de los factores relevantes para la valoración de la prueba no puede ser reproducida por el juez, porque solo la percibió de manera inconsciente. Y reproducir las impresiones percibidas conscientemente es posible también en forma limitada, porque con frecuencia la realidad es mucho más variada y tiene muchos más matices que los que ofrece la lengua para describirla. Esto vale sobre todo para la mímica, los gestos, la entonación y todas las demás formas no verbales de comunicación. Ya una expresión del rostro o un gesto apenas pueden ser expresados conceptualmente. Con más razón esto vale, naturalmente, respecto

que ingresa a la valoración de la prueba también es asequible solo de manera muy limitada debido a que las máximas empíricas solo pueden ser formuladas como relaciones de ideas transmisibles en palabras y el contenido de verdad de una expresión(124).

Con todo, ello no significa que la valoración de la prueba no pueda ser comunicada a otra persona y que el juez juzgue únicamente sobre la base de su intuición espontánea. La exigencia de objetivación de la valoración de la prueba se toma en cuenta obligando al juez a reflejar conceptualmente su apreciación intuitiva del resultado de la prueba recibida y que no es otra cosa que exigir que se busque formular en palabras las percepciones y experiencias en las que se basa la condena, al menos tanto como sea posible(125).

Sin embargo, la mejor doctrina se empeña en destacar que en la valoración y en la motivación de la prueba no deben entrar a tallar elementos o factores intuitivos, emocionales, inconscientes que no pueden ser objeto de racionalización y, por tanto, de motivación específica y concreta; ya que de no ser así se daría lugar a una concepción irracionalista de la decisión y en particular se asumiría una posición reñida con los preceptos constitucionales referidos a la motivación de los hechos y de las pruebas(126). Al respecto, TARUFFO recuerda que "*lo que no puede ser expresado y justificado a través de argumentos racionales no puede ser considerado como relevante a efec-*

---

a la impresión general –caracterizada por la conjunción de un sinnúmero de expresiones del rostro y de gestos– del comportamiento de una persona *(durante una declaración)*".

(124) FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio 2011, p. 10.

(125) Véase, FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio 2011, pp. 10 y 12.

(126) Cfr. GIANFORMAGGIO, Letizia, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 480: "El juez no es (necesariamente) el individuo especialmente dotado de particulares certezas interiores, que entiende –es decir siente– lo que es bueno o justo, y qué es cierto. El juez es el órgano individual o colectivo al que se le ha asignado el poder de decidir sobre una disputa, fundando la decisión sobre criterios objetivos".

tos de la decisión: lo que no se puede expresar, y por consiguiente no se puede justificar, simplemente no existe. En otras palabras el juez no puede fundamentar su decisión sobre los hechos invocando simplemente factores de los que no está en condiciones de hablar porque pertenecen a su impenetrable subjetividad"(127).

En términos simples y gráficos, se sugiere la máxima de que "***lo que no se puede motivar no existe***"(128), o mejor dicho: lo que no se puede justificar no debería entrar a tallar en la decisión del juez. Los jueces no deben introducir apreciaciones sobre los hechos que solo se basan en intuiciones, corazonadas, en conocimiento aprendido, pero superficial y no validado por experiencias más amplias (ut supra). Nadie niega que muchas veces la convicción judicial sobre los hechos se alimenta de intuiciones y elementos arracionales, pero una cosa es que se acepte la existencia de un factor que está presente en la vida de toda persona y otra muy distinta es que dicho factor genere un efecto expansivo, avasallador y monopólico en la toma de decisiones. A ello se agrega que el empleo, carente de fiscalización, de la intuición muchas veces se esconde y encubre en la elaboración de inferencias sumamente débiles o en la construcción de máximas de la experiencia discutibles que lo único que pretenden es maquillar determinadas conclusiones sobre la base de resultados probatorios sumamente discutibles(129).

El largo y tedioso proceso de racionalización de la actividad judicial debe basarse en criterios externos, objetivables, sujetos a control y adecuada verificación; no en aspectos internos, subjetivos y que la mayoría de veces resultan inefables. La exigencia de racionalidad exige que los jueces se decanten por decisiones justificadas y bien fundamentadas en especial en aquellos campos –como ocurre con la valoración

(127) TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 273.

(128) Véase, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, p. 207: "en realidad, lo que se está intentado decir, de una manera elegante, es que los jueces no introduzcan en la sentencia hechos sobre aquello que intuyan, sino solamente acerca de lo que resulte de la actividad probatoria".

(129) Ampliamente, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, p. 208.

de la prueba– en los que existe una permanente tentación de adoptar criterios subjetivos, no sujetos a control y que representan la línea imperceptiblemente delgada entre discrecionalidad y arbitrariedad.

VII) LA MOTIVACIÓN COMPLETA Y EXHAUSTIVA

1. Un sector de la doctrina distingue junto a la motivación suficiente la denominada ***motivación completa***. Incluso, hay textos legales que aluden de manera directa y abierta a la denominada motivación completa, tal como ocurre con el inc. 3, art. 394, que dispone como requisitos de la sentencia judicial: "*La **motivación clara, lógica y completa** de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas (...)*".

La motivación completa y exhaustiva, tal como se la entiende de manera mayoritaria, obliga a adoptar una justificación pormenorizada de la decisión asumida en el caso concreto(130). Se considera que la justificación de una decisión debe comprender la totalidad y el íntegro del objeto justificado(131) y que todas las decisiones parciales (o sectoriales) del fallo deben tener reflejo en la motivación de la resolución judicial(132). La exigencia alcanza a todas las cuestiones fundamentales y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El juez está obligado a ponderar y razonar todas y cada una de las cuestiones esenciales y básicas que determinan el fallo(133).

---

(130) Cfr. BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en: *Doxa*, N° 8, p. 77; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 28; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 169.

(131) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 346; SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, p. 736.

(132) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 144.

(133) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 121; SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, p. 736.

El NCPP del Perú prescribe una serie de requisitos que permiten, una vez se verifique su cumplimiento, establecer que se ha satisfecho la exigencia legal del deber de fundamentar de manera completa las resoluciones judiciales. Dichos requisitos inciden en exigir que toda sentencia, luego de la votación y deliberación, debe contener las siguientes cuestiones: i) Las relativas a toda cuestión incidental que se haya diferido para este momento; ii) Las relativas a la existencia del hecho y sus circunstancias; iii) Las relativas a la responsabilidad del acusado, las circunstancias modificatorias de la misma y su grado de participación en el hecho; iv) La calificación legal del hecho cometido; v) La individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella; vi) La reparación civil y consecuencias accesorias; y, vii) Cuando corresponda, lo relativo a las costas (art. 393.3).

Con ello, debe quedar claro que los requisitos de una adecuada fundamentación no quedan cumplidos cuando solo se motiva de manera concreta y específica un elemento constitutivo del injusto penal (v. gr. matar en el homicidio, la violencia o la grave amenaza en el robo), sino que se requiere que haya una motivación de las circunstancias agravantes (v. gr. lucro, alevosía, gran crueldad, etc., en el homicidio) o atenuantes (v. gr. emoción violenta, inimputabilidad disminuida) (ut infra). Asimismo, es necesario que se justifiquen los hechos principales como los hechos secundarios o dependientes por el cual el juez llega a inferir o razonar sobre el hecho principal(134). El error o el defecto de motivación de un hecho secundario será relevante o decisivo en tanto repercuta en la acreditación y justificación del hecho principal(135).

La amplitud del discurso justificatorio se encuentra condicionado por el número y la complejidad de las cuestiones controvertidas las que deberán merecer una respuesta adecuada y proporcional en la decisión

(134) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 183; DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 121.

(135) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 121.

de la controversia (ut supra). A mayor número de cuestiones controvertidas de carácter esencial mayor deberá ser la fundamentación de la causa. Ocurre a veces que el número de cuestiones controvertidas que se plantean no es amplio ni frondoso, pero reviste complejidad y dificultad por el tipo de problemas que se presentan, situación que requiere una especial atención y desarrollo en el discurso justificativo; v. gr. dificultad para la realización y valoración de una pericia compleja.

En suma, la motivación y la reconstrucción de los hechos que realiza el juez debe tomar en cuenta los siguientes elementos: i) Las alegaciones referidas a los hechos principales y secundarios realizadas por las partes; ii) Las informaciones que resulten de todas y cada una de las actuaciones procesales que sean relevantes para el esclarecimiento de los hechos; iii) Las pruebas ofrecidas y debidamente actuadas en el proceso con las garantías procesales, v. gr. prueba de testigos, pericias y documentos; iv) El caudal de conocimientos y nociones proporcionados por la experiencia y el sentido común(136).

No es una motivación completa o exhaustiva aquella que solo se pronuncia por un ámbito reducido o parcial del problema planteado o por una parcela limitada del objeto del proceso. La motivación completa equivale a la plenitud del discurso justificativo de la decisión(137), tanto en lo que respecta a la *quaestio factio* como la que se corresponde con la *quaestio iuris*(138). La resolución judicial que se motiva (auto o sentencia) ha de ser autosuficiente tanto desde el punto de vista lógico como argumentativo(139) en el sentido de que debe bastar por

(136) Por todos, TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 230.

(137) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 28; TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 381.

(138) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 164.

(139) SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, p. 736; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 165; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 116.

sí misma, de tal manera que se debe evitar que el lector se remita a las actas del proceso o a otras fuentes para entender el fallo(140); v. gr. repertorios jurisprudenciales o libros de derecho. La fundamentación de la resolución debe proporcionar todos los datos necesarios y adecuados para lograr una correcta interpretación del caso, de la materia controvertida y de la actividad jurisdiccional desarrollada(141). Esta clase de motivación no requiere una referencia adicional o una remisión a otro documento normativo. El auto o sentencia debe ser comprensible por sí misma, debe bastarse para justificar la decisión adoptada sin necesidad de acudir a otra fuente, ya sea fáctica, probatoria o jurídica(142).

2. La naturaleza exhaustiva o completa de la motivación impone tener en cuenta dos aspectos esenciales.

En primer lugar, una motivación o justificación completa debe ponderar internamente la adecuada fundamentación de los puntos decisorios; de tal manera que cada decisión que exista al interior de la resolución debe tener su reflejo en la correspondiente y específica motivación(143). No puede haber puntos resolutivos que no se en-

(140) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 28; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 145; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 59; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 165; SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, p. 736.

(141) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 59; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 165.

(142) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 145.

(143) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 381: "la decisión, entonces, es el parámetro de la motivación en la medida en la que es el contexto de las afirmaciones que deben justificarse, verificándose una hipótesis de motivación omitida cuando una de estas afirmaciones carece de un fundamento racional expreso en el contexto de la motivación misma"; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 98; SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, p. 736.

cuentren justificados ni debidamente fundamentados. La justificación deberá estar vinculada al interno de la decisión y, por tanto, a los puntos decisivos de la controversia, como los aspectos relevantes planteados por las partes como la ley aplicable y los hechos que componen la pretensión. No podría considerarse fundamentada una resolución que no resultara justificada en todos sus aspectos significativos y esenciales; de modo que, independientemente de las específicas previsiones de la ley ordinaria, se podría contemplar en este caso una violación al deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales (art. 139, inc. 5, de la Const.). Una sentencia posee una motivación incompleta cuando, por ejemplo, de cinco puntos resolutivos se encuentran motivados solo dos o tres de ellos.

En segundo lugar, es indispensable que, sobre la base del principio de congruencia, la justificación tenga relación con las pretensiones de las partes al delimitar el *thema decidendi* y deba responder la argumentación, al menos en sus aspectos esenciales, formuladas por cada uno de los sujetos procesales(144). Aquí no solo se requiere que exista una congruencia con cada una de las pretensiones o pedidos concretos de las partes, sino que además debe haber un desarrollo justificativo, ya sea para aceptar o para rechazar, del razonamiento y la argumentación formulada por cada uno de los sujetos procesales(145); más aún si se trata de las pruebas que se han incorporado al proceso de manera legítima, válida y oportuna. La falta de motivación y pronunciamiento respecto a una solicitud esencial de las partes invalida el discurso justificativo en su relación con el objeto de la decisión.

Con ello, queda claro que no basta con la respuesta a cada una de las pretensiones planteadas en el proceso. Es necesario que, además, se respete el principio de "***máxima discusión***" en el sentido que debe

(144) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 169; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 97; SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, p. 736.

(145) Cfr. NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, p. 171; SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, p. 736.

haber un análisis suficiente y adecuado de, por lo menos, las alegaciones esenciales de las partes. Si la motivación de la resolución solo toma en cuenta las pretensiones de las partes y no las alegaciones (probatorias) que las sustentan, no podrá hablarse en este caso de motivación completa.

3. El fundamento de la motivación completa reside en el respeto irrestricto al derecho de defensa –tanto en lo que tiene que ver con el derecho a alegar y probar como el derecho a contradecir los cargos– que posee como uno de sus contenidos esenciales el que las partes puedan influir en la decisión que se adopte en la solución de la controversia; a través de la aceptación de la pretensión o los argumentos que la respaldan o en el rechazo motivado de las pretensiones, de los argumentos y de las pruebas que las promueven. La expresión más importante del derecho de defensa reside en el poder configurar e influir en la decisión del órgano estatal con la aceptación de sus pretensiones o las razones que la sustentan, pues de otro modo el derecho de defensa sería un derecho estéril y completamente ineficaz respecto a lo que importa de manera real y última a cada una de las partes: el de influir en la decisión final.

En segundo lugar, la naturaleza democrática y dialógica del proceso conduce a que las partes no solo puedan discutir a lo largo del proceso cada una de sus posiciones fácticas o jurídicas, sino que dicha discusión, abierta, tolerante y sometida a determinadas reglas pueda verse reflejada en la decisión final (sentencia). La participación de los sujetos en el proceso posee un protagonismo central en cada una de sus etapas y fases, adquiriendo una especial connotación al momento de la fase decisoria que es cuando se resuelve la controversia. Constituiría una seria paradoja y uno de los peores sinsentidos del derecho si se permite la participación de las partes en condiciones de igualdad en las diversas etapas e instancias del proceso y prácticamente se le niega dicha facultad en la fase más importante del mismo como es el momento de dictar una sentencia.

Los argumentos que vierten los jueces no son argumentos al margen de los actores del proceso, que se explican por sí solos o que

se crean ad hoc sin ningún tipo de límite o control(146). En realidad, dichos argumentos coinciden de manera inevitable con otra clase de razonamientos y argumentos que son los expresados por las partes involucradas en un proceso, demandante y demandado en el proceso civil e imputado y Ministerio Público en el proceso penal, los cuales a través de sus exposiciones condicionan y determinan en uno u otro sentido la justificación que pueda desarrollar el juez(147).

Por otro lado, una de las razones que apoyan la motivación completa y exhaustiva es la función pedagógica que desempeña la motivación en el sentido que la fundamentación de los hechos y pruebas debe mostrar a las partes y a la ciudadanía por qué se ha tomado una decisión y no otra, por qué se han acogido las pretensiones de una de las partes y se han rechazado las de la otra y por qué se han tomado en cuenta unas pruebas en desmedro de otras. No puede haber función pedagógica alguna del deber de motivación de las resoluciones judiciales si es que no se demuestra a las partes las razones, especialmente hechos y pruebas, por las que han sido vencidas en juicio y por qué el ordenamiento jurídico no ampara su pretensión y la prueba promovida en defensa de sus intereses. Asimismo, la comunidad albergaría serias dudas de cómo se administra justicia y de la manera como se solucionan los conflictos si es que no se construye una sentencia y decisión judicial desde las pretensiones de las partes y desde la confirmación o refutación de los argumentos. La sociedad vería cómo quienes participan del drama de un proceso son ignorados en el marco de lo que se entiende (debe ser) una discusión racional, al vencido nunca se le daría explicaciones de por qué perdió el pleito y la administración de justicia de contenido formalmente democrático pasaría a ser una dictadura e instancia vertical en donde el juez impone sus decisiones sin discutirlas con las partes.

(146) Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, p. 736.

(147) Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, p. 90.

VIII) LA MOTIVACIÓN COMPLETA Y EXHAUSTIVA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. El juez no puede alegar que ha realizado una valoración racional y acabada de toda la prueba actuada en juicio y que ha deliberado sobre ella minuciosamente si es que no se documenta ni existe de manera efectiva una justificación que la sustente. El mandato de justificación exhaustiva de los medios de prueba no es un deber que se entiende cumplido en los casos en que el magistrado valora la prueba en su fuero interno, en su subjetividad, en su esfera íntima, sino cuando da cuenta a través de razones objetivas y buenos argumentos acerca del resultado y las conclusiones logradas sobre el material probatorio(148). El uso y el respeto de los criterios de racionalidad empírica en la valoración de la prueba debe ser debidamente controlado por los actores del proceso, los Tribunales superiores y la sociedad; dicha tarea solo se alcanza con una justificación de las resoluciones (judiciales o de otro orden), pues de otro modo no se entiende cómo se reclama el cumplimiento de los cánones empíricos si luego se renuncia a verificar su cumplimiento(149).

Se trata, por lo tanto, de un mandato de justificación objetiva o de un deber de objetivación y exteriorización de la fundamentación de los hechos y pruebas a nivel del proceso. De allí que solo se debe dar por cumplida la obligación constitucional de fundamentar los hechos probados cuando existe una valoración de la prueba de cada uno y de todos los medios de prueba y sus resultados en un específico documento. La valoración racional de la prueba y la justificación del ámbito fáctico de la decisión judicial si bien son tareas distintas e independientes, al menos en el plano conceptual y metodológico, deben coincidir necesariamente dando cuenta y aportando buenas razones y argumentos plausibles acerca de los resultados probatorios obtenidos (art. 158.1).

---

(148) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 145.

(149) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 466.

2. La motivación de la valoración de la prueba para que sea completa requiere que cada medio se prueba que se admite y se actúe se enlace con el hecho o el conjunto de hechos que pretende acreditarse(150). Cada hecho, o mejor dicho cada enunciado fáctico, ya sea primario o secundario, debe estar relacionado con una (o varias) pruebas que lo confirmen a la hora de la valoración de la prueba. Como señala correctamente TARUFFO: "*Sólo de este modo es posible establecer racionalmente qué hechos son probados y cuáles tienen deficiencias de prueba, sobre qué hechos hay una o más pruebas, y sobre qué hechos existen más pruebas convergentes y más pruebas contradictorias*"(151). No puede hablarse y menos haber motivación completa si pese a la ponderación de todos los elementos de prueba no se los conecta con los enunciados fácticos que han sido introducidos oportunamente en el proceso. Técnicamente una prueba no tiene valor referencial por sí misma o de manera autónoma si es que se no se la conecta, directa o indirectamente, con la hipótesis de las partes y en particular con los enunciados fácticos esenciales.

Una de las consecuencias directas e inmediatas del principio de exhaustividad es que se deben fundamentar y justificar todas las pruebas admitidas y actuadas en el proceso, sin excepción alguna(152), situación que se logra de manera adecuada a través de dos mecanismos: i) La motivación individualizada de los medios de prueba que requiere que se identifique la prueba, se determina si el concreto medio de prueba

(150) Cfr. TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 444: "cada prueba afecta (directamente o indirectamente) uno o algunos hechos específicos, y cualquier hecho debe ser objeto de una o más pruebas, es necesario que el juez formule correctamente y de manera adecuada la relación y relevancia entre cada prueba y un concreto hecho".

(151) TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 444: "Un análisis de este tipo es indispensable para llegar a un juicio sobre los hechos que sea racionalmente basado en las pruebas disponibles".

(152) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 171.

es fiable, se interprete su contenido, se establezca las inferencias que permiten alcanzar el resultado probatorio específico que acredita o no determinado enunciado fáctico, sea principal o secundario. Ello permite lograr un adecuado control de la motivación de las pruebas en la instancia superior y se posibilita a las partes que conozcan si se tienen en cuenta todos los hechos alegados y todas las pruebas propuestas, admitidas y actuadas; ii) La motivación global de los hechos por la cual los resultados probatorios individuales de cada prueba se articulan, se sopesan e integran de manera racional a fin de sustentar una narración lógica, coherente, plausible y aproximada de cómo los hechos ocurrieron en la realidad.

3. En la motivación de la valoración de la prueba se debe aplicar el principio de que toda prueba admitida y actuada en el proceso debe ser valorada racionalmente, precisando el ***resultado probatorio*** que se obtiene de cada medio de prueba a partir del empleo de una serie de inferencias y razonamientos(153).

No se cumple con el principio de exhaustividad si es que una prueba admitida y actuada –luego de la adquisición procesal correspondiente– no se valora de manera suficiente, obteniendo con base en las inferencias practicadas un determinado resultado probatorio. Sin embargo, la valoración del tejido probatorio de manera detallada exhaustiva, rigurosa y puntual no basta ni es suficiente, toda vez que es necesario que dicha actividad quede registrada en la motivación correspondiente de cada concreto medio de prueba.

La justificación de la valoración completa y exhaustiva se opone claramente a una ponderación global, genérica, indiferenciada, superficial, que escapa a cualquier análisis o control(154). Por ello, es posible afirmar que mientras mayor sea el control y la fiscalización

(153) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 145; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 354; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 50.

(154) fr. TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 444.

que se pueda realizar de la valoración de la prueba en cada uno de sus elementos aumenta la posibilidad de acercarse al modelo de motivación completa y exhaustiva. A la inversa, si el control de la valoración de la prueba es escaso o diminuto, más lejano se está de cumplir con el modelo de motivación completa.

4. Uno de los aspectos más importantes de la motivación completa y exhaustiva en la valoración de la prueba es que debe fijarse el *contenido específico y esencial* de cada medio de prueba actuado en el proceso a fin de permitir identificar qué es lo que realmente, por ejemplo, declaró el testigo, el contenido del documento o qué señaló como conclusión el perito tanto en el informe pericial, en su ratificación o en el debate pericial(155).

La única manera de satisfacer racionalmente la reconstrucción de los hechos pasados y lograr la verdad en el proceso penal –y, en general, en todo tipo de procesos– es accediendo al contenido material de las pruebas admitidas y actuadas, por lo menos, en sus aspectos esenciales. Si solo se hace referencia a determinado tipo de prueba y se establece un determinado resultado probatorio sin mencionar el contenido material de dicha prueba, sencillamente no se justifica de manera racional la decisión sobre los hechos. Es la precisión del contenido de cada una de las pruebas lo que permite advertir si existe o no la confirmación de alguna de las hipótesis planteadas al interior del proceso, de si se ha alcanzado algún estándar de decisión (v. gr. en el proceso civil la probabilidad preponderante y en el proceso penal la convicción más allá de la duda razonable) y en todo caso si la decisión final es racional, justa y se encuentra respaldada por el ordenamiento jurídico. Si es que no se conoce y se ignora el sentido de cada medio probatorio y su contenido, sencillamente nunca se podrá saber a ciencia cierta si la declaración de hechos probados realizada por el juez constituye un acto arbitrario o un acto racional.

(155) Cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, 2010 - diciembre, p. 14.

La fijación del contenido esencial de la prueba posibilita realizar las funciones endoprocesal y extraprocesal de la motivación. Por un lado, se informa a las partes del proceso cuáles son los medios de prueba y su significado objetivo que han permitido alcanzar determinados resultados probatorios y conclusiones sobre los hechos al interior del proceso. Si las partes han sido vencidas en juicio por lo menos tienen derecho a conocer qué pruebas les han favorecido y cuáles no, y a controlar si efectivamente la valoración realizada se corresponde con lo actuado dentro del proceso y si se ha sujetado de manera rigurosa al contenido real de cada medio de prueba. El derecho de prueba, además de exigir el derecho a admitir, actuar los medios probatorios pertinentes y a que se valoren los mismos de manera racional, reclama que previamente a esta operación necesaria y trascendental se debe establecer primero el contenido de cada medio de prueba (ut infra). Por otro lado, fijando el contenido de la prueba en la resolución judicial se posibilita un control por parte de la sociedad acerca de si la reconstrucción de los hechos se levanta sobre la prueba realmente actuada en el proceso y su correspondiente sentido. Los ciudadanos pueden de esta manera hacer un control oportuno, adecuado y eficaz de los resultados probatorios y de las respectivas conclusiones sobre los hechos, previniendo los posibles errores en la valoración de la prueba. Mediante la determinación del contenido de cada medio de prueba se logra controlar y denunciar oportunamente la llamada patología de la tergiversación de la prueba que consiste, en sentido estricto, en adulterar, ya sea adicionando o suprimiendo, el contenido real del medio de prueba que se actuó en el proceso.

El principio de exhaustividad en la justificación de la valoración de la prueba no solo exige que se fundamente de manera adecuada el resultado probatorio específico de cada medio de prueba y el resultado probatorio que acredita o no cada enunciado fáctico, sino también la totalidad de enunciados que componen la pretensión de los sujetos procesales. Aquí se alude, con razón, a la exhaustividad de justificación del resultado probatorio.

5. Asimismo, el mandato de justificación completa requiere, además, que se dé cuenta a través de buenas razones y argumentos plau-

sibles del conjunto, tipo y contenido de *inferencias y razonamientos* que sustentan y justifican cada uno de los resultados probatorios que se alcanzan(156). Solo hay motivación completa cuando se fundamentan de manera suficiente las inferencias probatorias que vertebran y dan sentido al resultado probatorio obtenido.

La obligación de motivación completa y exhaustiva de los medios de prueba posee una doble manifestación. Por un lado, se exige que cada uno de los enunciados fácticos que se dan o no por probados en el proceso se sustenten y respondan a los medios de prueba disponibles (*vinculación del juez a la prueba y sus resultados*) y, por otro lado, se reclama que se acredite y justifique suficientemente el contenido de cada medio de prueba con los resultados que de él se alcanzan a partir de las inferencias y razonamientos que la conectan y relacionan (*vinculación del juez a las inferencias probatorias*).

El tipo de razonamiento con el que se prueban los hechos se conoce con el nombre de *inferencia probatoria*(157). Los datos probatorios por sí solos no tienen mayor significado si es que no se utiliza determinada clase de razonamientos o inferencias(158). Se trata de respetar aquí las reglas de la lógica como los procedimientos que lo componen; de tal manera que hay una valoración irracional si es que no existen dichas inferencias o si estas no son válidas por respetar determinadas reglas y principios lógicos(159). El control ju-

(156) Cfr. RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 355: "es ineludible un análisis que consiste en la valoración individualizada de todas las pruebas practicadas, la cual debe incluir los criterios de valoración utilizado, las inferencias correspondientes y el resultado de la valoración".

(157) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 320; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, pp. 53 y 54; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 203; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 271; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 50.

(158) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 125; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 50.

(159) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 424.

dicial que se realiza de la valoración y de la motivación de la prueba debe ocuparse de comprobar si la hipótesis elegida es apoyada por razonamientos no viciados(160).

Como se ha señalado, las pruebas, ya sea de manera individual o conjunta, arrojan y conducen a determinados resultados probatorios y a ciertas conclusiones sobre los hechos; empero, entre la valoración de la prueba y la determinación de los hechos como verdaderos o falsos, como probados o no probados, hay una serie, variada y plural, de inferencias de las que debe darse cuenta de manera puntual y precisa en el razonamiento y justificación de las resoluciones judiciales, sobre todo en lo que atañe a la fundamentación de los hechos probados(161). La valoración de las pruebas supone el uso de un razonamiento complejo que necesita esquemas adecuados de argumentación y que reclama el empleo de reglas de inferencias entre proposiciones relativas a hechos(162). El paso a una determinada conclusión o resultado es válido si la premisa de la que se parte es correcta(163). Las narraciones procesales no deben preferir la sencillez del discurso y la claridad expositiva a la necesidad racional de que se puedan establecer de manera adecuada las inferencias probatorias(164).

---

(160) Cfr. GIANFORMAGGIO, Letizia, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 490.

(161) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 137.

(162) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 369; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 54.

(163) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 424; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 209.

(164) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 225, las inferencias probatorias "constituyen el soporte indispensable para remontarse desde las pruebas a la imputación para reconstruir el evento específico".

Sin embargo, es posible constatar que normalmente en la valoración de la prueba existe un razonamiento o inferencia que no siempre es explícita ni se encuentra formulada de manera impecable según las reglas de la lógica, ello se debe a que la importancia de su empleo no se ha destacado de manera suficiente ni existe una experiencia cultural sumamente extendida en este ámbito(165).

Las inferencias probatorias tienen un distinto grado de fiabilidad y de confianza en los resultados que alcanzan, según se trate de una determinada clase de prueba o de cierta clase de razonamientos, ya sean complejos o simples.

Las inferencias que permiten alcanzar las leyes científicas de validez universal (v. gr. Ley de la Gravedad) son conclusiones a las que se atribuye certeza deductiva, siguiendo el modelo *nomológico-deductivo*. En otras ocasiones, las inferencias probatorias que se basan en generalizaciones no universales, pero caracterizadas por un alto grado de probabilidad que se confirma a través de la frecuencia estadística del suceso, permiten alcanzar una certeza práctica (distinta a la certeza deductiva), sobre la base de la aplicación de un modelo *cuasi nomológico-deductivo*. En otras ocasiones, las inferencias probatorias se basan en meras generalizaciones que no poseen un alto grado de probabilidad sino que se fundan en la normalidad o regularidad de ciertos acontecimientos o conductas que no tienen el carácter universal o cuasi universal. Las conclusiones vía inferencias que se obtienen no tienen carácter deductivo y son de un grado variable de fiabilidad que debe analizarse según las particularidades del caso concreto. Los llamados casos de normalidad, frecuencia o regularidad tienen amplios márgenes de incertidumbre y error en la medida en que no solo responden a criterios pragmáticos, no controlables, sino también a juicios de valor. El grado de confirmación de estas inferencias es escaso y relativamente bajo. Por último, las inferencias que se logran alcanzar también se fundan en generalizaciones espurias o *pseudo reglas* que

(165) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 126.

carecen de fundamento en la realidad empírica. Se trata de conclusiones en las que se expresan más que juicios objetivos, fiables, seguros distintos prejuicios del más diverso signo como los vinculados a la raza, al género, a la religión a la tendencia sexual que se encuentran difundidos en determinados ambientes sociales. Aquí se está ante pseudo conocimientos que no tienen un asiento empírico-objetivo y que no cuentan con un grado mínimo de confianza(166).

IX) LA OBLIGACIÓN DE QUE EN MATERIA PENAL SE PRUEBE Y JUSTIFIQUE CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DEL INJUSTO CULPABLE

1. En el campo penal la motivación completa y exhaustiva viene dada por la debida acreditación y justificación de todos y cada uno de los elementos del injusto penal, la culpabilidad y la individualización de la consecuencia jurídica.

En cuanto al injusto penal debe probarse de modo adecuado tanto la tipicidad, la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad del sujeto. Todo elemento del injusto penal, sea objetivo o subjetivo, debe ser materia de acreditación y justificación suficiente a nivel del proceso penal(167). El TSE ha señalado que: *"por lo que se refiere al objeto de la prueba así aportada, se abarquen todos los elementos esenciales del tipo delictivo, tanto los objetivos como los subjetivos"*(168). En efecto, la acreditación de todos y cada uno de los elementos del injusto culpable de cada delito en particular (v. gr. robo, homicidio,

(166) Por todos, TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, pp. 238 y ss.

(167) Cfr. MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale* [PG], Milano, Giuffre, 2004, p. 18; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Casación por infracción de la ley y motivación de la sentencia", en: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pp. 90 y ss.; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Dos usos desviados de la "presunción de inocencia", en: *ADH*, Nueva Época, Vol. 7, T. I, p. 434.

(168) Véase, la Sentencia N° 790/2009. Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

violación, cohecho, prevaricato, etc.) constituye el tema de prueba en el proceso penal(169).

La actividad probatoria tendiente a acreditar los extremos de la acusación o la inocencia del ciudadano debe ser realizada de manera diligente por los sujetos procesales y por parte del Tribunal con la sola limitación del respeto de los derechos fundamentales, el debido proceso y la pertinencia y utilidad en la generación de la prueba(170).

La prueba planteada por las partes y por el Tribunal se debe extender a los enunciados fácticos básicos materia del proceso y a todas las circunstancias [agravantes y atenuantes] que se consideran portadoras de un significado jurídico propio(171). Tanto los elementos constitutivos de cada delito (tipo básico) como las circunstancias modificativas del injusto o de la culpabilidad han de ser probados rigurosamente en el proceso, más aún si se trata de circunstancias agravantes(172).

(169) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, pp. 48, 52 y ss.

(170) Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. I. p. 486.

(171) Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988, p. 130.

(172) El TC peruano en la sentencia del **Exp. N° 01010-2012-PHC/TC**, caso: Carlos Alberto Ruiz Moreno ha señalado que: "se advierte que los jueces emplazados no han cumplido con la exigencia constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, se aprecia que la sentencia en cuestión no contiene una motivación fáctica y normativa, sustentada con medios de prueba sobre los elementos constitutivos del delito de robo agravado, esto es, si el actor ha realizado la conducta imputada, y si ello se produjo mediante el concurso de dos o más personas, a efectos de que puedan ser subsumidos en el tipo penal de hurto agravado (sic), previsto y sancionado por el artículo 189 inciso 4 del Código Penal; no obstante ello, la Sala superior emplazada de manera declamativa ha llegado a la conclusión de que se ha probado fehacientemente la responsabilidad penal de don Carlos Alberto Ruiz Romero en la comisión del delito de robo agravado; de lo que se colige que se ha producido la violación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en conexión con la libertad individual. Siendo así, la demanda debe ser estimada". Dicha sentencia considera que hay una motivación fáctica defectuosa, por no precisar la prueba en la que se basa, al examinar la afirmación de la Sala superior de que el demandante era: "Quien

La consecuencia de la falta de prueba o la insuficiencia probatoria de un elemento constitutivo del delito lleva consigo la absolución, mientras que la falta de prueba o la insuficiencia de la misma en cuanto a la acreditación de una circunstancia agravante no impide la condena por el tipo básico y la absolución por la no concurrencia del elemento cualificado(173).

2. La prueba de la existencia de un elemento del delito es gobernada por la regla de juicio que tiene un significado unívoco: la carga de la prueba le corresponde al que acusa, que es quien tiene la responsabilidad de vencer dicha presunción(174). La prueba debe recaer en los hechos introducidos por la fiscalía y que apoyan el ejercicio de la pretensión punitiva. La prueba de cargo es aquella que recae sobre los enunciados fácticos fijados en el proceso y sobre el nivel de intervención de cada uno de los autores y partícipes en el hecho(175). La exigencia de prueba de cargo y la titularidad de la misma que corresponde al Ministerio Público es de rango constitucional y deriva del principio de la presunción de inocencia o también llamado principio de presunción de la no culpabilidad, el cual rige hasta que haya sentencia definitiva, consentida y ejecutoriada.

La prueba de la culpabilidad no puede ser de cualquier grado o rango. Una prueba mínima, débil o insignificante no está en condiciones de enervar la presunción de inocencia. Por el contrario, se

---

conocía de la resolución criminal de su co acusado Tasayco Espejo, es decir, éstos previamente concertaron voluntades repartiendo funciones para realizar satisfactoriamente el evento delictivo".

(173) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, p. 52.

(174) Cfr. MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale* [PG], p. 17; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "La causalidad, "Una solución procesal para un problema dogmatico", en: *ADPCP*, T. XLIX, Fasc. III, setiembre-diciembre 1996, p. 987.

(175) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, pp. 52 y ss.: "la prueba debe recaer sobre los hechos en los que se apoya la pretensión púnitiva (hechos constituvos), que no son otros que los relativos a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito, esto es, la realización del hecho delictivo y su comisión por el acusado".

requiere de una prueba suficiente, de entidad y cualitativamente significativa. La absolución no solo depende de que el hecho no exista, que el imputado no lo haya cometido, que el hecho no constituya delito, que no se encuentre previsto en la ley como delito, sino que ella aparece también cuando la prueba es insuficiente. El *in dubio pro reo* es una regla que trata de resolver una situación de incertidumbre esencial (duda razonable) en la determinación de cualquier elemento configurador de la pena(176) (injusto culpable).

3. Pese a la importancia de la prueba en materia penal y, en particular, respecto a la acreditación de cada uno de los elementos del injusto culpable, la doctrina penal tanto sustantiva como procesal han prestado escasa atención a este ámbito(177). La dogmática penal no ha mostrado mayor interés en desarrollar y fijar criterios plausibles acerca de la prueba de los elementos del delito en sus distintos niveles de la estructura estratificada del delito creyendo que dicha tarea compete desarrollarla a la ciencia procesal. Por su parte, los procesalistas no se han interesado de establecer puentes y vínculos entre los planteamientos siempre fructíferos de la teoría de la prueba con los diversos y específicos elementos del delito (tipicidad objetiva, subjetiva, antijuridicidad, culpabilidad, entre otros), generándose en la práctica una situación de abandono en puntos tan medulares de la ciencia penal. Todo ello a despecho de que como indica Ramón Ragués que "*debe afirmarse que las reglas de prueba desempeñan un importante papel político-criminal de delimitación del ámbito de lo punible y que, por tal razón, es muy necesario que la ciencia –ya sea procesal o penal– trate de teorizar sobre ellas*"(178).

---

(176) Cfr. MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale* [PG], p. 18.

(177) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "La causalidad, ¿Una solucion procesal para un problema dogmatico?", en: *ADPCP*, septiembre-diciembre 1996, p. 979: "La conexion entre la teoría y la práctica del derecho y la superación de barreras innecesarias entre ambas es una cuestión permanente, vinculada en lo esencial a la elaboración de teorías con miras a la decisión".

(178) RAGUÉS I VALLES, Ramón, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", en: *REJ*, N° 4, Año 2004, p. 17.

Constituye una tarea pendiente en el discurso-jurídico penal el establecer un puente entre la teoría de la prueba y su relación con los elementos de la teoría del delito. Con todo, ha de quedar claro que todos y cada uno de los elementos del delito deben ser materia de rigurosa comprobación en el proceso, sin distinguir si se trata de elementos objetivos o subjetivos.

4. La doctrina y jurisprudencia comparada distinguen dos clases de hechos constitutivos que forman parte de toda conducta delictiva: los ***hechos externos*** y los ***hechos internos***(179). Los hechos externos son aquellos que se revelan a partir de la ejecución de un delito y que realizan parcial o completamente los elementos objetivos del tipo penal; mientras que los hechos internos son los que se relacionan con el elemento subjetivo de la conducta (dolo o culpa), con la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) del sujeto o con determinadas tendencias o aspectos anímicos (v. gr. las referencias legales a la intención de ocultar o facilitar un delito, el ánimo de lucro, etc.)(180).

Los hechos externos, de manera amplia, son los acontecimientos que se presentan en la realidad, ya sea con la intervención humana (hechos humanos) o sin esta intervención (hechos naturales). En ocasiones los hechos externos no aparecen definidos de manera puramente fáctica, sino que su sentido depende de una definición jurídica o su relación con un criterio legal(181). Desde el punto de vista del Derecho penal, los hechos externos son aquellos que suponen la ejecución de una conducta humana que genera una determinada configuración del mundo social y que por lo general crean un riesgo (como también lo puede disminuir) a un concreto bien jurídico (v. gr. vida, libertad, patrimonio, etc.).

---

(179) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 217: "Afirmar que un sujeto ha obrado con intención, por ejemplo, de dar muerte no es, pues, formular un juicio de valor, sino de realidad"; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, p. 55; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, pp. 67 y 69.

(180) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, p. 55.

(181) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 69.

Los hechos externos pueden tener un sentido real (conducta comisiva), entendido como voluntad objetivada que supone una modificación del mundo, o un sentido puramente normativo (omisión) en donde al autor o partícipe se le reprocha el no realizar la acción esperada y ordenada por el derecho. La omisión, según entiende la doctrina absolutamente mayoritaria, no significa normativamente no hacer nada, sino no hacer algo determinado(182) jurídicamente exigido(183); de otro modo no se podría diferenciar la omisión de la inercia(184). La omisión es un concepto relacional, porque siempre está vinculada a una acción positiva. No existe omisión en sí, sino una omisión de una acción determinada(185). La omisión penalmente relevante resulta impensable sin la presencia de una norma jurídica que impone el deber jurídico de actuar(186).

5. El primer elemento del delito que debe probarse en el proceso penal es la tipicidad de la conducta, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. La tipicidad representa la puerta de entrada para analizar la relevancia jurídico-penal de la conducta(187). Por esta razón es que se afirma que la búsqueda de la verdad procesal supone la búsqueda de la verdad típica(188).

---

(182) Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal* (Trad. de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, Comares, 2003, p. 662.

(183) Cfr. WESSELS, Johannes, *Derecho Penal [PG]* (Trad. de Conrado Finzi), Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 213.

(184) Cfr. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale [PG]*, Padova, Cedam, 4ª ed., 2001, p. 137.

(185) Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal [PG] I*, (Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2005, 13/1, p. 452; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán* (Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 277.

(186) Cfr. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale [PG]*, p. 137, para quien: "El deber convierte la inercia en omisión".

(187) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 113.

(188) Por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 125: "la búsqueda de la verdad procesal es también una búsqueda de la verdad típica,

La acreditación y motivación de la tipicidad objetiva pasa, por ejemplo, en los delitos de resultado por probar:

i) La realización o ejecución de una conducta concreta y específica, ya sea activa u omisiva, que se exterioriza. En el Derecho penal de un Estado Constitucional, no se sancionan ni se castigan los meros pensamientos ni la esfera interna del sujeto. Rige aquí el principio del *cogitationem nemo partitur*. Al Estado solo le interesa la acción efectivamente ejecutada y materialmente producida. La intención, la voluntad, no es relevante, sino solo en la medida en que sirva para explicar la naturaleza y significado del hecho. Ferrajoli precisa lo siguiente: "*La separación entre Derecho y Moral es un logro del pensamiento liberal por el cual no todos los pecados deben ser prohibidos, ya que no es tarea del Derecho penal imponer la moral en virtud a la autonomía ética de la conciencia que reclama la reinvindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos y más aún de un derecho natural a la inmoralidad*"(189). Como bien apunta también Welzel: "*la energía criminal no se muestra en los pensamientos delictivos, sino en la transformación en un hecho real*"(190).

ii) La relación de intervención del delito, ya sea en su calidad de autor (autor directo, coautor o autor mediato) o partícipe (instigador o cómplice) fijando el concreto aporte y contribución al hecho cometido. **Autor directo** es aquel que ejecuta la acción típica por sí mismo y que por ello posee "el dominio de la acción" referido a la realización de todos los elementos del tipo. El ***autor mediato*** es quien realiza el tipo penal, no ejecutando el hecho de propia mano,

---

pues el resto, ciertamente, no interesa"; HASSEMER, Winfried, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, p. 28; PASTOR ALCOY, Francisco, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 180.

(189) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, p. 481.

(190) Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, p. 258.

sino por intermedio de otra persona que obra, ya sea sin tipicidad objetiva o subjetiva, o amparado por una causa de justificación o inculpabilidad. En la ***coautoría***, varios agentes comparten el dominio del hecho en la fase de su realización (ejecución)(191).

El CP peruano reconoce dos formas de participación: la instigación y la complicidad. La instigación es determinar(192) o motivar(193) dolosamente a otro a la comisión de un delito doloso. Por tanto, instigador es quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión dolosa de un ilícito penal(194). La complicidad se la define como la cooperación en un hecho punible cometido dolosamente por otro(195) o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro(196) que se consuma o al menos queda en la fase de la tentativa.

iii) La producción del resultado o un evento determinado que aparece bajo la forma de lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido o como un daño (real o potencial) al objeto de la acción. El delito supone la afectación de un interés social y jurídicamente valioso. No basta la mera intención ni la sola conducta. Es necesario que haya un determinado resultado (de lesión o de peligro).

---

(191) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José, *El Dominio del Hecho en la Autoría*, p. 110.

(192) Cfr. JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, p. 957; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, p. 166.

(193) Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal*, (Trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Buenos Aires, Astrea, T. I, 51/1, p. 435.

(194) Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal*, N. 877, p. 264; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, p. 166.

(195) Véase, JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, p. 962; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal*, 52/1, p. 452; WESSELS, Johannes, *Derecho Penal [PG]*, p. 169.

(196) Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, p. 170.

iv) La relación de causalidad[197] y la imputación objetiva de la conducta tanto en lo que se refiere a la creación de un riesgo como su concreción en el resultado y la exigencia que el evento se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma penal. La relación de causalidad es un elemento imprescindible de los tipos penales de resultado[198]. En los delitos comisivos, el nexo causal es el fundamento de la imputación al tipo objetivo al constituir el primer presupuesto para su realización[199]. Si bien su importancia

(197) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "La causalidad. Una solucion procesal para un problema dogmatico", en: *ADPCP*, T. XLIX, Fasc. III, septiembre-diciembre 1996, p. 992: "la comprobación de la causalidad como elemento del tipo requiere una base en principios de experiencia, y, en tanto su averiguación sea más compleja, en conocimientos científicos aportados al proceso". En el caso del delito de blanqueo de capitales, véase BLANCO CORDERO, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales", en: *RECPC*, N° 13, 2011, p. 21: "Ya nos hemos manifestado en otro lugar en el sentido de que la conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal. Ello parece lógico en la medida en que los bienes susceptibles de ser blanqueados han de tener su origen, su causa, en un hecho delictivo previo, derivarse de él. En el momento en que esto es así, decimos que los bienes están 'contaminados'".

(198) Cfr. ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, p. 105; JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, p. 297; WESSELS, Johannes, *Derecho Penal [PG]*, p. 52; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal [PG]*, T I, 18/4, p. 306; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. PG*, pp. 66 y 69; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "¿Qué es la Imputación Objetiva?", en: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 1990, p. 213; del mismo autor, "Causalidad, Omisión e Imprudencia", en: *Ensayos Penales*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 194. En la doctrina nacional, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. PG*, Lima, Grijley, 2006, p. 317.

(199) Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal* (Trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal), Madrid, 1997, 11/1, pp. 346 y 350: "La causalidad en los delitos comisivos sólo es el límite máximo de la responsabilidad penal, pero también imprescindible como tal"; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, p. 69: "Con la comprobación de la causalidad, sin embargo, se ha establecido el presupuesto más elemental y el límite externo de la responsabilidad penal"; WESSELS, Johannes, *Derecho Penal [PG]*, p. 52:

en los últimos años ha cedido en cuanto al interés y nivel de discusión a la imputación objetiva(200), su valor sigue siendo indiscutible, en tanto permite establecer que la propia persona es el responsable del evento dañoso(201), y que da lugar al postulado de que: "*Nadie puede ser penado por la producción de un hecho que no ha sido causado por él*"(202). Al aceptarse que el fin del proceso penal es buscar la verdad como requisito indiscutible para construir una decisión justa, resulta lógico exigir que esa verdad se ajuste a las leyes o parámetros del mundo real.

La imputación objetiva permite establecer si conforme a ciertas reglas y principios se puede imputar a una persona el resultado como obra suya(203). Esta teoría sirve para restringir la responsabilidad

"En los delitos de resultado la existencia de la relación causal es el presupuesto más importante, pero no el único, de la imputación del resultado". En la doctrina nacional, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. PG*, p. 317.

(200) Para una explicación de las razones histórico-culturales y jurídicas del deterioro del dogma causal: TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Relación de Causalidad. Indicaciones para una actualización", en: *RPDJP*, Lima, Grijley, 2001, N° 2, pp. 591 y ss.

(201) Ampliamente, STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell'innocente e la Tutela delle Vittime*, Milano, Giuffrè, 3ª ed., 2003, p. 222.

(202) Por todos, TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Relación de Causalidad. Indicaciones para una actualización", en: *RPDJP*, N° 2, pp. 589 y 600, quien afirma que "en el concepto de causalidad cabe ver a nuestro juicio una garantía supraconstitucional y jurídico penal fundamental"; JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, p. 297: "El Derecho penal aspira a la conservación de bienes jurídicos haciendo responsable a quien los menoscaba. De ello resulta que alguien cuyo comportamiento *no* ha contribuido al quebranto del objeto del bien jurídico tampoco puede ser castigado".

(203) Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, 11/1, p. 345; JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, p. 297; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Compendio de Derecho Penal [PE]*, Vol. I, p. 67. Para GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "¿Qué es la Imputación Objetiva?", en: *Estudios de Derecho Penal*, p. 212, la teoría de la imputación objetiva reúne una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad que habían deambulando por estas.

derivada de la mera causación del resultado(204) y, además, constituye un requisito implícito del tipo, en particular en los delitos de resultado(205). Hasta hace poco el estudio de la causalidad agotaba el análisis del tipo objetivo(206). Hoy se ve complementada por los criterios normativos y las contribuciones de la teoría de la imputación objetiva.

6. Sin embargo, no solo los elementos del tipo objetivo deben encontrarse adecuadamente probados y justificados, sino que también los elementos que componen el tipo subjetivo, en especial, el dolo, debe acreditarse y motivarse de manera exhaustiva(207). En efecto, la discusión sobre el dolo, independientemente de la perspectiva que se asuma, pasa necesaria e ineludiblemente en el terreno procesal por una adecuada prueba y motivación en la resolución judicial, ya sea cuando se lo afirma y sostiene o cuando se lo niega(208) [v. gr. concurrencia del error de tipo]. Uno de los principios básicos del Derecho penal de un Estado Constitucional es el principio de responsabilidad subjetiva por el cual no puede haber responsabilidad ni pena sin que previamente haya una conducta dolosa o culposa; de tal manera que se exige a nivel de la sentencia penal la verificación como hecho pro-

(204) Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, p. 298; PÉREZ ALONSO, Esteban, en: *Derecho Penal. PG* [Director: José M. Zugaldía Espinar], p. 444.

(205) Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal. PG*, p. 376; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "¿Qué es la Imputación Objetiva?", en: *Estudios de Derecho Penal*, p. 212. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. PG*, p. 322.

(206) Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, 11/36, p. 362; JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, p. 307.

(207) Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Casación por infracción de la ley y motivación de la sentencia" en: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, p. 97; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, p. 58.

(208) Véase, la Ejecutoria Suprema recaída en el **R.N. N°666-2003** de 04 de mayo del 2004 que declara la nulidad de la resolución superior por no haber razonado sobre el sustento fáctico y probatorio del dolo y la culpa.

bado de la dimensión subjetiva del delito a fin de lograr una adecuada subsunción de la conducta en el injusto típico concreto(209).

El juez (o el fiscal) debe justificar de modo obligatorio el tipo subjetivo, esto es, debe dar razones de por qué considera una conducta como dolosa(210), realizando una rigurosa actividad probatoria tendiente a determinar su estructura y contenido(211). Ello se debe a que el dolo es un elemento constitutivo del tipo penal(212) que tiene un peso por lo menos igual a cualquier otro elemento del delito, y, en particular, del tipo penal. Respecto a la acusación el dolo no representa un elemento de inferior importancia en orden a su demostración procesal(213). Incluso, se llega a sostener que tratándose del criterio principal y más severo de imputación subjetiva, las exigencias de justicia material reclaman que una correcta política de derecho obliga a la acusación a su acreditación del modo más riguroso posible(214). Su demostración o no en el proceso y en particular en la sentencia entronca con la vigencia del principio constitucional de culpabilidad y el respeto a la dignidad de la persona humana. Con ello, se cumple

(209) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 70; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, pp. 58 y 65.

(210) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad", en: *Consideraciones sobre la Teoría del Delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 273; MONER MUÑOZ, Eduardo, "El Dolo y su control en el Recurso de Casación", en: *Elementos subjetivos de los tipos penales* [Director: José Jiménez Villarejo], p. 146; GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal [PE]*, Valencia, Tirant lo Blanch, T. I, p. 69. En la doctrina peruana, PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal [PE]*, T. I, p. 75.

(211) Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual", en: *ADPCP*, p. 405; GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal [PE]*, T. I, p. 69.

(212) Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto Penale*, Bologna, Zanichelli, 4ª ed., 2002, p. 313; RAMOS TAPIA, María Inmaculada, en: *Derecho Penal. PG* [Director: José M. Zugaldía Espinar], p. 512.

(213) Cfr. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale [PG]*, p. 334.

(214) Por todos, ROMANO, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, Giufre editore, 2ª ed., T. I, 1995, art. 43/41, p. 448.

con la exigencia que todos los presupuestos de punibilidad –entre los que se encuentra el dolo– deben obligatoriamente probarse(215), pues de otro modo la sentencia carecería de validez y las leyes penales cumplirían meramente una función simbólica.

En la prueba del dolo, el juzgador debe tomar en cuenta en la medida de lo posible todos los indicios concurrentes(216), que nunca son cerrados(217), debe evaluar todo el curso de los acontecimientos(218),

(215) Cfr. VOLK, Klaus, "Concepto y Prueba de los elementos subjetivos", en: *RPDJP*, N° 3, p. 423.

(216) En este sentido: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 197; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual", en: *ADPCP*, p. 418; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Dolo y Error: Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso penal", en: *Estudios sobre la Independencia Judicial y el Proceso penal*, Lima, Grijley, 2005, p. 155; MAPELLI CAFFARENA, Borja, "Entre el Homicidio y las lesiones", en: *RPCP*, N° 5, p. 208; ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, 12/48, p. 439; HASSEMER, Winfried, "Los Elementos Característicos del dolo", en: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, p. 146. En la doctrina italiana: PULITANÒ, Domenico, *Commentario Breve al Codice Penale* [Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala], p. 190; MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale [PG]*, p. 197; CANESTRARI, Stefano, "La Estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo", en: *RPDJP*, N° 4, Lima, Grijley - Instituto Peruano de Ciencias Penales, N° 4, 2003, p. 89; FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto Penale*, p. 331, quien señala que el órgano judicial debe tener en cuenta todas las circunstancias que puedan asumir un valor sintomático a fin de acreditar el dolo. Véase también la resolución de fecha 24 de noviembre del 2004 expedida por la Primera Sala de Reos en cárcel recaída en el Exp. 306-2004; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, p. 66.

(217) Cfr. HASSEMER, Winfried, *Los Elementos Característicos del dolo*, en *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, p. 150; CANESTRARI, Stefano, "La Estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo", en: *RPDJP*, N° 4, p. 89; MAPELLI CAFFARENA, Borja, "Entre el Homicidio y las lesiones", en: *RPCP*, N° 5, p. 208.

(218) Cfr. ROXIN, Claus, "Acerca de la Normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo", en: *La Teoría del Delito en la discusión actual*, p. 173.

valorar un *cúmulo ordenado* de indicadores(219), o, por lo menos, los más relevantes que le permitan alcanzar la decisión respecto a si la persona actuaba o no con dolo(220). La valoración de los indicadores supone como es lógico también la ponderación de los contraindicadores(221) que deben obtenerse de la situación de peligro dada(222) o de las

(219) Cfr. HASSEMER, Winfried, "Los Elementos Característicos del dolo", en: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, pp. 144 y 148; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. PG*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 305. Críticamente: HRUSCHKA, Joachim, "Sobre la difícil prueba del dolo" [Trad. de Ramón Ragués], en: *RPDJP*, Lima, Grijley – Instituto Peruano de Ciencias Penales, N° 4, 2003, p. 159.

(220) Véase, como un buen ejemplo de ello la sentencia de la Corte Suprema de Justicia recaída en el **R.N. N° 2493-97** de 24 de septiembre de 1997 en la que se valoran de manera global en la prueba de un homicidio una serie de indicadores: "en el caso concreto el acusado ha actuado con 'animus necandi', para pretender ocultar su delito, teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) la dirección y el número de disparos: disparó dos tiros al cuerpo de Fernández Carrero y uno de ellos le impactó en la región hipogástrica, b) su adiestramiento en el manejo de armas de fuego: era un miembro de la policía al momento de los hechos, c) las circunstancias conexas con la acción: había sido descubierto por Fernández Carrero, cuando violaba a su hija Francisca Fernández Quintos y d) la actividad anterior al delito: momentos antes de producirse los hechos habían sido obligados, estos últimos, por el acusado a salir de su domicilio bajo amenazas de muerte".

(221) Cfr. ROXIN, Claus, "Acerca de la Normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo", en: *La Teoría del Delito en la discusión actual*, pp. 174 y 179; del mismo autor, *Derecho Penal*, 12/62, p. 447, quien alude a la ***ponderación general y controlada de los indicios***; HASSEMER, Winfried, "Los Elementos Característicos del dolo", en: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, pp. 145 y 154.

La jurisprudencia peruana ha valorado una serie de contraindicadores, por ejemplo, para descartar la tentativa de homicidio señalando que: "Al comprobarse que el inculpado solamente buscó lesionar a la víctima, teniendo en cuenta el número de disparos, la distancia en que se realizaron, el tipo de arma utilizada y no originar su muerte, debe absolvérsele de la acusación de tentativa de homicidio" [La sentencia recaída en el Exp. 597–97 del 05 de junio de 1998 emitida por la Segunda Sala penal de la Corte Superior de Justicia de Huaraz], véase, ROJAS VARGAS, Fidel y INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. Catorce Años de Jurisprudencia sistematizada*, p. 88.

(222) Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto Penale*, p. 335; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale [PG]*, p. 335, para quien las circunstancias que ayudan a

características externas y sociales del comportamiento del sujeto(223). Se debe evitar la consideración aislada de un solo indicador(224).

La valoración *arbitraria e irracional* de las máximas de la experiencia y de la prueba de indicios respecto al dolo vulnera las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo* y también el deber de motivar las resoluciones judiciales(225).

La acreditación del dolo pasa por el siguiente camino: a) El juez debe probar los hechos o indicadores objetivos de los que se infiere el comportamiento intencional o doloso [conocimiento del peligro concreto]; b) Se debe demostrar por qué los indicios más que ser meras conjeturas o sospechas permiten inferencias absolutamente racionales o compatibles con las máximas de la experiencia que prueban el dolo y descartan la culpa; c) Se debe motivar el proceso racional que lleva a mostrar cómo el juez entiende que se ha probado este elemento subjetivo(226).

---

acreditar el dolo no pueden ser apriorísticamente determinadas por el derecho positivo.

(223) Cfr. CANESTRARI, Stefano, "La Estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo", en: *RPDJP*, N° 4, p. 82. De modo distinto: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual", en: *ADPCP*, p. 404.

(224) Cfr. ROXIN, Claus, "Acerca de la Normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo", en: *La Teoría del Delito en la discusión actual*, p. 178; HASSEMER, Winfried, "Los Elementos Característicos del dolo", en: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, pp. 148 y 127: "Una teoría del dolo esquemáticamente objetivada solo puede ser exacta cuando el indicador externo representa completamente aquello que precisamente debe reflejar, cuando fracasa esa representatividad del indicador externo no podrá sacarse ninguna conclusión de la acción (...)".

(225) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 197; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Dolo y Error: Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso penal", en: *Estudios sobre la Independencia Judicial y el Proceso penal*, p. 150.

(226) Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual", en: *ADPCP*, p. 407.

No constituye motivación suficiente en la prueba del dolo, o de cualquier elemento subjetivo, el afirmar que el conocimiento se infiere claramente, o de manera inequívoca, de las diversas circunstancias del hecho. El órgano judicial debe dar acabada cuenta y explicitar en qué consisten efectivamente dichas circunstancias. Ello, incluso, en los casos aparentemente más obvios. No se acepta tampoco, por tanto, la motivación implícita o la motivación por remisión, ya sea que el juez se remita a la acusación o a la resolución incidental que resuelve, por ejemplo, la excepción de naturaleza de acción en donde justamente se alega la falta del elemento subjetivo.

7. En el marco de la justificación racional en materia penal debe también acreditarse la existencia de antijuridicidad cuya probanza es de carácter negativa en el sentido de que se debe examinar si hay o no de modo concurrente una causa de justificación; v. gr. legítima defensa, estado de necesidad justificante, actuar en cumplimiento de un deber, consentimiento, entre otras. La determinación de si media o no la antijuridicidad de la conducta no depende de que exista o no un problema a manera de punto controvertido en el que se cuestiona o discute su existencia. Su acreditación es necesaria, aunque nadie la cuestione ni haya un problema objetivo a su alrededor. Esta exigencia es palmaria y de suma relevancia en las sentencias de primera instancia y adquiere su máxima expresión cuando se trata de una cuestión controvertida por la defensa del imputado.

El examen de la antijuricidad de la conducta no solo sirve para dar por probada –con la fundamentación subsiguiente– la eventual concurrencia de una causa de justificación, sino también de una causa de justificación incompleta que determina una atenuación en el marco tanto abstracto y concreto de la determinación de la pena.

8. También es indispensable acreditar y justificar la culpabilidad del sujeto, examen que pasa –como en el caso de las causas de justificación– por el análisis de si concurre una causa de inculpabilidad, v. gr. miedo insuperable, estado de necesidad exculpante o error de prohibición vencible o invencible. Su examen es necesario al margen de si se plantea como punto controvertido por la defensa o, incluso, por

la fiscalía. Creemos que si no se presenta una cuestión controvertida sobre la culpabilidad del sujeto la sentencia penal condenatoria debe expresar con claridad este hecho. Aquí la motivación breve, concisa también puede llegar a ser motivación completa.

X) LA OBLIGACIÓN DE VALORAR Y MOTIVAR TODOS LOS MEDIOS DE PRUEBA DISPONIBLES. EL CONTROL DE REFUTACIÓN

1. Un parámetro de racionalidad en la utilización de los criterios de prueba reside en emplear todos los medios de prueba [*datos empíricos disponibles*], a través de la constatación de todas y cada una de las circunstancias fácticas relevantes para la expedición de la sentencia(227). Estos medios de prueba [v. gr. documentos, pericias, declaración, personas, cosas, etc.] son elementos controlables y que se verifican según criterios intersubjetivos. Como señala TARUFFO: "*Es racional la valoración de la prueba que toma en cuenta los datos empíricos disponibles y se funda sobre ellos, no es racional la valoración que no toma en cuenta esos datos o que se opone a ellos*"(228).

En la doctrina se insiste en la necesidad de que la motivación debe cubrir el análisis y la valoración individual de ***todas las pruebas practicadas en el proceso penal***(229); y no solo de una parte de

(227) Cfr. GÖSSEL, Karl-Heinz, *Sobre la Valoración probatoria, Apreciación de la prueba y reglas de la prueba*, p. 261; TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 313; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 40; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 198.

(228) TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 423; del mismo autor, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 44: "Un principio de orden racional, antes que jurídico, requiere que la determinación del juicio de hecho ocurra sobre la base de todas las pruebas que en el proceso fueron adquiridas, y que resultaron importantes y útiles para establecer los hechos de la causa".

(229) Cfr. GUIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, p. 123; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*,

ellas. Debe darse cuenta tanto de las pruebas que demuestran la existencia de un hecho principal como de las pruebas que acreditan un hecho secundario que permiten llegar a inferir la configuración del hecho principal.

La valoración de la prueba es siempre una valoración contextual que comprende y debe abarcar un conjunto de elementos de juicio propuestos e incorporados al proceso. La ponderación de este conjunto de elementos trae como consecuencia que si se modifica dicho conjunto, eliminando o aumentando un elemento, el resultado probatorio puede alterarse significativamente llegando, incluso, a ser otro(230).

El NCPP peruano reconoce y regula el principio de **libertad probatoria**, garantizando el uso de toda la prueba disponible y que permite la posibilidad de utilizar los diversos medios de prueba que se tenga al alcance, siempre que no se vulneren los derechos fundamentales o la autonomía de la voluntad. La ley procesal prescribe que: "*Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley*" (art. 157.1). No solo se autoriza el empleo de los medios de prueba típicos o expresamente regulados por la ley procesal (pericias, documentos, testimonios, inspecciones, reconocimientos, etc.), sino también el uso de los medios de prueba atípicos o que no se encuentran regulados de manera expresa por la ley procesal. La única condición es que no se vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales. En efecto la norma procesal establece que: "*Excepcionalmente, pueden utilizarse otros (medios de prueba) distintos*". En el caso de los medios de prueba atípica se prescribe que: "*La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible*" (art. 157.1).

La regla que rige en este ámbito es que todo hecho del proceso se puede probar y por cualquier medio legítimo. Las limitaciones al

---

en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 133; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, pp. 298.

(230) Por todos, FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 45.

derecho de prueba son excepcionales y las normas que los establecen deben interpretarse restrictivamente(231).

2. Constituye una valoración irracional de la prueba no ponderar algunos elementos especialmente cuando estos se oponen y son contrarios a la conclusión que el juez quiere ["*voluntariamente*"] conseguir(232). En este ámbito no se deben escoger únicamente los elementos útiles para justificar una determinada decisión. Se deben ponderar de manera adecuada todos los elementos, sin dirigir, ni manipular tendenciosamente la valoración de las pruebas.

Si bien en algunos casos el análisis de las pruebas puede llevar a primera vista a resultados contradictorios en donde es posible que se establezca como cierta más de una hipótesis, el juez debe buscar un resultado unívoco y la hipótesis más aceptable luego de una apreciación objetiva e imparcial de las pruebas, tomando en cuenta el respectivo estándar probatorio.

Pese a la impostergable necesidad de motivar de manera completa y adecuada la valoración de la prueba, es frecuente encontrar en la jurisprudencia comparada la referencia de que "*la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes al litigio hayan de ser objeto de análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y los Tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda la apreciación conjunta de las pruebas aportadas*" [Auto del TC Español 307/1985]. También un sector de la doctrina considera que el juez no está obligado a exponer y ponderar en la motivación todos los medios de prueba recogidos a lo largo del proceso, pues basta que explicite cuáles son los elementos que justifican su decisión. Para ello se le concede la facultad de seleccionar entre el tejido probatorio y a elegir, entre las pruebas de cargo y de descargo, los medios de prueba

(231) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 134.

(232) Por todos, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 425; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 199.

relevantes que considere necesario para fundamentar su decisión. Aquí la valoración y motivación de la prueba vendría a estar satisfecha por el hecho de que el juez cumpla con dar cuenta de los elementos que sustentan su decisión; al margen de si los selecciona o depura con base en un criterio racional o de si esta selección es arbitraria y solo sirve más bien para justificar el objetivo encubierto al que quiere llegar: condenar o absolver.

3. Frente a esta postura existen legislaciones que de manera expresa contienen una prescripción normativa en la que obligan a los jueces a motivar y a dar razones de por qué se rechazan o no se consideran las pruebas contrarias a las que sustentan su decisión. No solo existe el deber de motivar las pruebas que determinan la decisión, sino que se establece la obligación de fijar los argumentos por los que se desestima la prueba contraria que no abonan las conclusiones a las que finalmente llega el juez(233).

Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra de manera expresa y unívoca una norma que obligue a refutar motivando la prueba contraria a la hipótesis que finalmente triunfa(234), una interpretación teleológica y sistemática de las normas vigentes apunta a que en toda sentencia [resolución] judicial no solo deben motivarse

(233) La refutación de la evidencia e hipótesis contraria se reconoce, incluso, en aquellos sistemas jurídicos como el derecho norteamericano en donde no se establece la obligación de motivar los veredictos del jurado, véase: LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, 2005, p. 108: "Lo que les dice (el juez) a los jurados es que no deben condenar a menos que la evidencia haya refutado previamente cualquier versión de los hechos que les permita pensar en la inocencia del acusado".

(234) El art. 394, inc. 3, del NCPP prescribe: "***La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique***". La referencia a la motivación de hechos o circunstancias que se dan **POR IMPROBADAS** implica, a nuestro criterio, el reconocimiento tímido y muy leve (pero indiscutible) de la obligación de fundamentar por qué se rechazan, o sencillamente no se aceptan, las hipótesis alternativas y las pruebas que la sustentan.

las pruebas justificatorias de la decisión, sino también las pruebas que marcan una resistencia o una oposición al criterio asumido. Las razones para llegar a esta conclusión son las siguientes:

En primer lugar, una argumentación dialéctica, abierta, no cerrada y de talante democrático debe esforzarse no solo por fundamentar la verdad de una hipótesis. Se reclama en este ámbito el despliegue de una serie de razones que permitan refutar o desechar hipótesis alternativas distintas sustentadas en pruebas. Tan importante en una actividad argumentativa racional, como afirmar, es refutar o demostrar la escasa relevancia de la prueba contraria(235). Las pruebas más que elegirse o seleccionarse han de ser objeto de estudio escrupuloso tanto las que sirven para sustentar una determinada hipótesis como las que avalan la tesis contraria.

En segundo lugar, si se parte de la premisa de que una hipótesis para que quede confirmada debe ser sometida al requisito del control de la no refutación con el fin de garantizar su credibilidad(236), queda

(235) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 115; del mismo autor, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 54; así también, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 479: "a la acusación le corresponde probar que los hechos sucedieron así o asá, en tanto que a la defensa le basta con argumentar que no se ha excluido razonablemente que los hechos pudieron suceder de otra manera. De ahí se infiere, entonces, que la motivación de una decisión condenatoria debe afrontar un doble reto: de un lado, justificar que la hipótesis factual retenida es consistente con los elementos probatorios disponibles y además coherente, de otro lado, desmontar la hipótesis adversa por los datos que deja sin explicar y/o porque la historia (reconstrucción) resultante es inverosímil"; del mismo autor, "Dos usos desviados de la presunción de inocencia", en: *ADH*, Nueva Época, Vol. 7, T. I, 2006, p. 422; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 134; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 14; GUIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, p. 123.

(236) Cfr. TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 441; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti.*

claro que si se acepta una hipótesis como válida sin someterla de manera motivada y rigurosa a la prueba de fuego de analizar y refutar los elementos contrarios, el grado de credibilidad de la misma será ínfima o, por lo menos, profundamente discutible. Desde el punto de vista epistemológico tan importante como la ponderación de las pruebas favorables o que consolidan una determinada hipótesis es tomar en cuenta, analizar y refutar de manera expresa y fundamentada los elementos de convicción contrarios(237). Dicha labor permite: i) Mostrar la capacidad de resistencia de la hipótesis, su nivel de credibilidad y consistencia; ii) Valorar no solo las razones positivas, sino también las razones negativas que rodean a una postura.

La exigencia de valoración de todas las pruebas actuadas en juicio no solo implica que se ponderen y analicen aquellas pruebas que están en condiciones de justificar la decisión, sino también exige la valoración de aquellas pruebas que no coincidan o no ayuden a reconstruir los hechos que se pretende justificar, señalando las razones por las que no se le asigna eficacia o si teniéndola no logra desvirtuar la hipótesis principal que se acoge como cierta. Como señala GASCÓN ABELLÁN: *"la justificación no será completa si no se justifica también por qué no se han atendido estas pruebas"*(238). Ello quiere decir, por ejemplo, que al expedirse una sentencia condenatoria se debe explicar acerca del por qué no se han atendido las pruebas exculpatorias(239).

En tercer lugar, el ejercicio amplio y efectivo del **derecho de prueba** exige que no solo se valoren las pruebas ofrecidas por una de las partes, sino también las pruebas presentadas por los demás sujetos procesales. Carece de sentido obligar al juez a recibir las pruebas pertinentes y útiles si luego se autoriza a ignorarlas por completo en

---

Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción, p. 88; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 55.

(237) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 142.

(238) GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 420.

(239) Por todos, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 134; GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, pp. 422 y ss.

la motivación(240). Cuando se reclama que toda la prueba debe ser valorada no se quiere decir que dicha ponderación debe recaer sobre toda la prueba ofrecida y actuada por una de las partes o por quien salió vencedor en la contienda procesal, sino más bien que debe analizarse todo el tejido probatorio al margen de quién propuso las pruebas. La valoración de la prueba producida se refiere a toda la prueba actuada y ofrecida por todas las partes reconocidas como tal en el proceso. Para que un ciudadano no sea convidado de piedra en el plano procesal en el que se discuten sus intereses y para que el proceso se entienda como debido y justo ha de valorarse todo el material probatorio que sostiene su posición tal como demanda de modo riguroso el derecho de prueba. Si una prueba se admite al proceso y se reconoce mediante auto motivado su relevancia y su ingreso formal la consecuencia jurídica de dicha admisión, luego de pasar el juicio de pertinencia y utilidad, es la obligación elemental reconocerle un determinado peso dentro del esquema probatorio, el cual se deberá desarrollar en la etapa de valoración racional de la prueba.

En cuarto lugar, la finalidad endoprocesal de la motivación de las resoluciones judiciales es informar a las partes sobre las razones del fallo a fin de que puedan interponer los medios impugnatorios. En cualquier sentencia, dicha función endoprocesal encuentra su mayor valor y sentido en los casos en que existe una parte vencida o cuya

(240) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 122; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 134; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, pp. 298; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 14, quien insistiendo en las ventajas de la valoración individual de la prueba sostiene lo siguiente: "la exigencia que la motivación se estructure en forma dialógica y comprenda no solo la justificación lineal de la hipótesis fáctica acogida, sino también la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas, refleja adecuadamente el carácter relacional de la justificación de los enunciados que declaran hechos probados respecto del conjunto de elementos de juicio representado por *todas* las pruebas admitidas y practicadas en el proceso y constituye el necesario correlato de la garantía de un proceso contradictorio".

pretensión sencillamente ha sido rechazada. A la parte perdedora se le reconoce el derecho de ser especialmente informada de los argumentos acerca de por qué no se acoge su pretensión, pues como dice IGARTUA SALAVERRIA: "*la hipótesis ganadora algún peaje debe pagar*"(241). Dentro de esta especial información ocupa un lugar central el señalar y precisar cuáles han sido las razones por las que se rechaza o no se otorga el peso suficiente a las pruebas presentadas por dicha parte y que sencillamente le favorecen. La obligación de motivar las resoluciones judiciales adquiere un sentido particular como un deber especial de explicar al vencido por qué se afectan sus derechos fundamentales o por qué no se acepta su pretensión(242). El deber de motivar las resoluciones judiciales carecería de sentido si solo sirviera para que una de las partes [la ganadora] pueda saber las razones de su triunfo dejando a la parte vencida no solo con el malestar de la derrota, sino sin saber por qué sus razones no convencieron o sus pruebas no tienen el valor suficiente.

En quinto lugar, el principio constitucional de **imparcialidad judicial** que coloca al juez como un tercero dentro del proceso ajeno a los intereses y pretensiones de las partes obliga a considerar el hecho de que el magistrado no debe ni puede inclinarse, consciente o inconscientemente, de manera especial por una determinada hipótesis [acusatoria o de la defensa] o por una determinada clase de prueba [de cargo o de descargo]. El juez no ha de realizar una motivación apologética en la que al valorar una prueba de pronto guarde silencio por otra prueba que aporta o lleva a un resultado probatorio distinto al que este quiere llegar. Hacerlo, supone contravenir el mandato constitucional de imparcialidad judicial y de ajenidad de los intereses de las partes y de las pruebas que cada uno de estos ofrecen para

(241) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 119.

(242) Ibídem, p. 120: "la hipótesis derrotada reclama un trato tanto o más deferente que la hipótesis triunfadora, ya que es sobre todo la parte perdedora la que necesita una motivación".

sostener sus pretensiones(243). Una de las formas más comunes y a la vez más encubiertas de manifestar parcialidad con alguna de las partes es valorar las pruebas que favorecen a una de ellas ignorando las pruebas contrarias, lo cual en el proceso penal se revela a través de la elección de las pruebas de cargo sobre las pruebas de descargo o viceversa.

En resumen, la obligación de tomar en cuenta y valorar todos los medios probatorios implica lo siguiente: i) Que en una sentencia condenatoria se debe dar cuenta tanto de las razones que sustentan dicha conclusión como el valor que se le asigna a todos los medios de prueba que encierran un significado exculpatorio; ii) Que en una sentencia absolutoria se debe dar cuenta tanto de las razones que sirven para exculpar de responsabilidad penal como de la valoración que se le asigna a la prueba de cargo(244).

XI) LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE MANERA COMPLETA SE EXTIENDE A LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

1. La obligación de fundamentar las resoluciones judiciales no solo se predica de una clase de sentencias penales, en especial de aquellas que imponen penas privativas de libertad efectivas y drásticas (v. gr. penas de larga duración). También las sentencias que establecen penas suspendidas en tanto afectan derechos fundamentales deben encontrarse suficientemente justificadas en cuanto a los hechos y a las pruebas. La regla es que toda sentencia condenatoria debe cumplir con la obligación constitucional de motivar las resoluciones judiciales.

---

(243) Ibídem, p. 122: "El juez es un tercero en la medida que hay un primero [p. ej. la acusación] y un segundo [p. ej. la defensa]. Si en la motivación solo se acogen las pruebas de una parte, se eclipsa la terciedad del juez, este aparece como un aliado de la parte vencedora en tanto en cuanto no se confrontan las pruebas de esta con las contrapruebas de la otra parte".

(244) Véase, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 201.

Sin embargo, la obligación de motivar las resoluciones judiciales de manera exhaustiva también se extiende al caso de las sentencias absolutorias en las que se debe justificar las razones por las que un hecho se considera como no probado o probándose su comisión se establece la ausencia de vinculación de una persona con el mismo; o se establece también la insuficiencia de pruebas (bien del hecho o de la condición de autor o partícipe)(245). No es posible sostener una concepción racionalista en el momento de expedir una sentencia condenatoria y dejar al libre arbitrio y la libre voluntad la expedición de una sentencia absolutoria(246). El reconocimiento y la vigencia de la presunción de inocencia no puede ni debe ser utilizado como excusa para incumplir y burlar los alcances del deber de motivar las resoluciones judiciales(247). En efecto, el deber de motivar se predica tanto de los hechos que se declaran probados como de aquellos hechos que se declaran no probados, ya sea porque hay una total ausencia de prueba que los acredite o porque no se llega a cumplir con el estándar legal establecido; v. gr. más allá de la duda razonable en materia penal. Tanto la presunción de inocencia y la obligación de fundamentar los fallos como principios de un Estado Constitucional deben armonizarse en la medida en que no se trata de derechos opuestos e irreconciliables entre sí.

2. En el caso de la aplicación del *in dubio pro reo* en el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales no basta señalar que el Tribunal no está convencido o que se encuentra ante una duda

(245) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 156.

(246) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 479, del mismo autor, "Dos usos desviados de la presunción de inocencia", en: *ADH*, Nueva Época, Vol. 7, T. I, p. 419; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 21: "no es posible sostener al mismo una noción subjetivista de prueba para la absolución y otra racionalista para la condena, un mínimo de consistencia exige una única noción general de prueba".

(247) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 57; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 156.

esencial, significativa o de gran entidad que no les permite condenar. La sola expresión (real o fingida) de una duda en la determinación de los hechos probados no sirve ni basta para justificar una sentencia absolutoria ni es la aplicación racional de un estándar probatorio(248). La invocación genérica, abierta y sin más a la existencia de una duda, sin dotar un mayor esfuerzo argumentativo, constituye un claro ejemplo de motivación aparente que como vicio esencial de la fundamentación de las resoluciones judiciales debe llevar a la nulidad irremediable del fallo. El hecho de que luego se pueda constatar y efectivamente se compruebe que no hay razones para condenar al concurrir una duda razonable no quiere decir que se pase por alto y se incumpla la obligación de fundamentar. El que se acierte en la decisión no quiere decir que se haya cumplido con la justificación. Una cosa no quiere decir la otra.

La duda razonable no se presume ni debe llevar a pensar que exonera al juez del deber de motivar las resoluciones judiciales. La presunción de inocencia sirve y protege al ciudadano, pero no es una patente de corso que puede invocar que el juez cada vez que pronuncia una absolución y no cumple con el deber de fundamentación(249). Dicho principio no puede ser tomado como una excusa válida para incumplir otros mandatos y obligaciones constitucionales. La alegación de la presunción de inocencia no supone que todo acto que realiza el juez sea lícito, se encuentra ajustado a derecho o que cada vez que la aplica sus decisiones son infalibles o que dicho principio

(248) En el caso del derecho americano: LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, p. 106, recuerda que una absolución en estas condiciones no es el reflejo de un estándar probatorio, sino una excusa o un pretexto débil de la decisión judicial (bien de absolución o de condena).

(249) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 479: "la presunción de inocencia juega a favor del imputado (que no está sujeto a probar nada) pero no en beneficio del tribunal (que está obligado a motivar todo, tanto la condena como la absolución)"; del mismo autor, "Dos usos desviados de la "presunción de inocencia", en: *ADH*. Nueva Época, Vol. 7, T. I, pp. 435 y 424: "sería inaudito que la presunción de inocencia se erigiera en obstáculo para motivar las resoluciones absolutorias".

equivale a una presunción judicial de acierto. La interpretación y vigencia de la presunción de inocencia debe concordarse con otras garantías constitucionales, ya que de otro modo un principio constitucional básico sería obstáculo para el cumplimiento y desarrollo de otro principio.

Por ello, el principio del *in dubio pro reo* debe interpretarse de la mano de la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales, en tanto, como señala Igartua, "***solo una duda razonada acredita ser una duda razonable***(250)" y debido a que solo una duda objetiva, que se justifica y que puede ser compartida por otros está en condiciones de llegar a ser una duda razonable.

3. La necesidad de que las sentencias absolutorias también se motiven de manera completa responde a la exigencia de la función endoprocesal de la fundamentación de las resoluciones judiciales, toda vez que las partes requieren conocer de manera suficiente, adecuada y puntual cuáles son las razones que determinan a sostener una decisión por encima y en desmedro de otra posible solución. La titularidad de la función endoprocesal de la motivación no solo recae en el caso de los procesos penales en el imputado y su defensa, sino que se extiende e irradia a las otras partes intervinientes como el Ministerio Público, la parte civil, el tercero civilmente responsable. En el caso de la sentencia absolutoria y siempre que el Ministerio Público haya formulado una petición condenatoria expresa es indispensable que el Tribunal precise por qué se desestiman los argumentos, hechos y pretensiones del ente acusador. El deber de motivar las resoluciones judiciales en el campo penal no es una concesión y garantía exclusiva del imputado. Todas las partes pueden invocar y exigir el cumplimiento de esta obligación constitucional si es que no se quiere hacer al principio de igualdad (de armas) una quimera y una cuestión puramente formal.

Por otro lado, se reconoce también a las partes (v. gr. que incoan y activan el proceso) el derecho a obtener una resolución fundada en

(250) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Dos usos desviados de la presunción de inocencia", en: *ADH*. Nueva Época, Vol. 7, T. I, p. 424.

derecho(251) como mecanismo inherente a la tutela judicial efectiva, más aún si se trata de los titulares de la acción penal y eventualmente de los agraviados de la comisión del delito. La interpretación, aplicación y motivación de los hechos que presentan los jueces "*no puede ser meramente azarosa o estar basada en la irracionalidad, tiene que basarse en el derecho y solo en él*"(252). Justamente, la resolución fundada en derecho no solo se predica en el campo de las sentencias condenatorias, sino también de las sentencias absolutorias. Hay aquí una estrecha vinculación entre el derecho a la tutela judicial efectiva, en sus vertientes de acceso a la justicia y derecho a obtener decisiones fundadas en derecho, y la expedición de las sentencias absolutorias(253).

Sin embargo, debe recordarse que la facultad de obtener una resolución judicial fundada en derecho no implica la obligación de que se obtenga a toda costa una resolución favorable a las propias pretensiones formuladas o sobre la base de los argumentos planteados(254). No existe el derecho a obtener una resolución (motivada) favorable a las pretensiones, ni a lograr una decisión de acuerdo a las expectativas(255). La exigencia constitucional se cumple también cuando hay

(251) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, *La Motivación de las sentencias: genealogía y teoría*, p. 12; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 104; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 154.

(252) AARNIO, Aulis, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en: *Doxa*, N° 8, p. 25.

(253) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Dos usos desviados de la presunción de inocencia", en: *ADH*, Nueva Época, Vol. 7, T. I, p. 425.

(254) Véase la STC peruano en el **Exp. N° 4226-2004-AA/TC**, caso: Enrique Luque Vásquez Vásquez: "el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho no garantiza, como parece sugerir el recurrente, que la valoración de los medios de prueba realizados por el Juez coincida necesariamente con el realizado por (una de) las partes, pues tal valoración está también presidida por la regla de la imparcialidad judicial".

(255) Cfr. ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, p. 371: "Ningún juez está obligado a darle la razón a la parte pretendiente, pero sí está constreñido a indicarle las razones de su sin razón".

una resolución [judicial o administrativa] de fondo, al margen de si es favorable o desfavorable(256).

4. Se ha de tomar en cuenta que en el proceso penal no se pretenden comprobar todas las hipótesis planteadas por las partes en el sentido de verificar cada una de las afirmaciones. Se busca más bien determinar si la hipótesis principal o de la que parte el proceso penal (acusación) es cierta o no. En buena cuenta, el proceso penal, y en particular el juicio, tiene por objeto comprobar o descartar la hipótesis del Ministerio Público(257). Si dicha hipótesis no se logra verificar en todos sus extremos esenciales, la comprobación es muy débil, de tal manera que no supera el estándar requerido o se demuestra su falsedad bien del hecho o de la intervención en él de una persona, la consecuencia jurídica que se impone es la absolución del imputado. En efecto, en el proceso penal, la hipótesis esencial sobre la que se trabaja, se realiza la actividad probatoria y las partes despliegan su alegaciones, defensa y contradicciones, es la hipótesis planteada por el Ministerio Público(258). Dicha hipótesis es esencial, insustituible y determinante en la comprobación o no de los hechos. Es posible que la defensa o las demás partes no posean una hipótesis alternativa o complementaria de los hechos. Sin embargo, la hipótesis que no puede faltar es la del Ministerio Público. Sin ella, sencillamente no puede haber proceso.

(256) Véase, PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 494. También: **Exp. N° 458-2001-HC/TC**, caso: Leoncio Silva Quispe: "el Tribunal Constitucional ha de recordar que el derecho a la motivación escrita de todas las resoluciones judiciales, con excepción de los decretos de mero trámite, exige que en todo proceso judicial, independientemente de la materia que se trate y del **sentido favorable o desfavorable** que este pueda tener, los jueces tengan que expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir la controversia que se sometió a su conocimiento".

(257) Cfr. NAPPI ANIELLO, *Il controllo della corte di cassazione sul ragionamento probatorio del giudice del merito*, p. 1: "Il giudizio di fatto che qui interessa, quindi, è quello in cui si pone il problema della veridicità dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato, postulata dal pubblico ministero con la formulazione dell'imputazione".

(258) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 171.

La denuncia fiscal, la formalización de investigación preparatoria y la acusación no son más que hipótesis que plantea una de las partes (Ministerio Público) respecto a los hechos que conocen y que deben ser objeto de comprobación en el proceso y en el juicio correspondiente(259). Se trata de enunciados provisionales, contingentes, parciales que han de ser materia de escrupulosa verificación tanto en los aspectos principales como en los secundarios.

Si en el proceso penal se trabaja de modo prioritario y esencial sobre la hipótesis (una o varias) formulada por el Ministerio Público constituye un deber elemental, más que una muestra de pura cortesía, el responder de manera completa y acabada a cada uno de los planteamientos e hipótesis formulados si es que se quiere mantener algún criterio de racionalidad y congruencia mínima dentro del proceso. El juez cuando falla no lo hace sobre la nada o con base en los hechos que soberanamente considera relevantes. En realidad, su trabajo es de respuesta a las hipótesis formuladas e introducidas oportunamente por las partes, especialmente el Ministerio Público (o por quien haga sus veces) que es a la postre quien activa y promueve la acción penal y el inicio del ejercicio de la jurisdicción.

El NCPP con mucho tino regula la obligación de motivar las sentencias absolutorias (art. 398.1), precisando que dicha sentencia debe contener de manera alternativa: i) La existencia o no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito; ii) La declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración; iii) Los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad; iv) La subsistencia de una duda sobre la misma; v) Que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal. En buena cuenta, la sentencia absolutoria puede decantarse por la aplicación del *in dubio preo reo* o por la determinación de la insuficiencia probatoria, ya sea porque los medios probatorios carecen de credibilidad, fijan

(259) Véase, FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 231; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 171.

un curso de los hechos distintos a los planteados por la acusación o debido a que las inferencias a las que llevan los datos probatorios no son concluyentes, sino, por el contrario, muy débiles(260).

5. Finalmente, uno de los temas más interesantes en este ámbito y que no puede ser obviado es si tiene validez general la premisa asentada tanto en la jurisprudencia constitucional, peruana y extranjera, respecto a que la motivación de las resoluciones que restringen o limitan derechos (v. gr. sentencias condenatorias, autos de prisión provisional, etc.) debe ser más rigurosa y exigente (motivación especial) y que, por lo tanto, siempre deberá contener un plus de justificación que la motivación de las resoluciones que no restringen derechos, tal como ocurre, por ejemplo, con las sentencias absolutorias.

El TC peruano ha sentado la siguiente doctrina: "el deber de motivación de las resoluciones judiciales es aun mayor cuando se trate de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales y a su vez, tanto mayor sea la restricción, mayores serán los deberes de motivación(261). Y es que si el objeto de la obligación constitucional de justificar la decisión adoptada radica en racionalizar la actuación del poder público, a efectos de evitar la arbitrariedad y el puro subjetivismo de quienes actúan desde el poder estatal, dicho deber se acrecienta en supuestos en los que hay una mayor discrecionalidad o en los que la consecuencia de la decisión sea más grave. En tal sentido, un acto estatal que restrinja los derechos fundamentales con una mayor intensidad, merecerá una mayor justificación"(262). Se trata en buena cuenta del reconocimiento de motivaciones cualificadas que aparecen cuando se afectan derechos

(260) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Dos usos desviados de la presunción de inocencia", en: *ADH*, Nueva Época, Vol. 7, T. I, p. 422.

(261) Véase, el **Exp. N° 0728-2008-PHC/TC**, caso: Llamoja Hilares; **Exp. N° 02462-2011-PHC/TC**, caso: Ivon Salhuana Villanueva a favor de Ángel Benito Audante Gutiérrez; **Exp. N° 2641-2012-PHC/TC**, caso: Alberto Quimper Herrera.

(262) **Exp. N° 02462-2011-PHC/TC**, caso: Ivon Salhuana Villanueva a favor de Ángel Benito Audante Gutiérrez; **Exp. N° 2641-2012-PHC/TC**, caso: Alberto Quimper Herrera.

fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal(263).

Si bien no tiene nada de criticable que en la protección de los derechos fundamentales se vertebren una serie de garantías, candados y se planteen exigencias a fin de racionalizar su restricción, el mandato de mayor intensidad en la motivación no solo tiene que ver con la privación o limitación de los derechos fundamentales(264), sino con la dificultad de los problemas planteados, ya sea por las partes o por la propia materia controvertida en sí, los cuales no siempre tienen que coincidir con la afectación de algún derecho(265). La complejidad de la motivación depende en gran parte del hecho de si se está ante casos fáciles o difíciles, pues es la problemática objetiva y las particularidades del caso concreto lo que determina una mayor o menor motivación. Con ello, ha de quedar claro que muchas veces una sentencia absolutoria por la riqueza y variedad de problemas que presenta deberá registrar una mayor y mejor justificación que una sentencia condenatoria(266),

(263) Voto singular en la STC recaída en el **Exp. N° 1744-2005-PA/TC**, caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga de los magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda; **Exp. N° 0728-2008-PHC/TC**, caso: Llamoja Hilares; **Exp. N° 02462-2011-PHC/TC**.

(264) Críticamente: IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Dos usos desviados de la presunción de inocencia", en: *ADH*, Nueva Época, Vol. 7, T. I, pp. 427 y 430.

(265) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Dos usos desviados de la presunción de inocencia", en: *ADH*, Nueva Época, Vol. 7, T. I, p. 429: "Creo que la complejidad de la motivación es directamente proporcional a la complejidad de lo que se resuelve, independiente del signo de la resolución".

(266) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Un erróneo reflejo de la presunción de inocencia en los veredictos de inculpabilidad y las sentencias absolutorias. Análisis del voto particular a la STC 192/2005", en: *Diario La Ley*, N° 6416, p. 7: "Lo cual me conduce a cuestionar algo que antes acepté provisionalmente: ¿alcanza mayor nivel de complejidad la motivación de las resoluciones condenatorias? Depende. Supongamos que cuatro honorables convecinos de Juan declaran, sin ningún interés en la causa, haber visto a este disparar sobre Pedro, no aportando Juan coartada alguna. Una sentencia condenatoria, en tal

v. gr. complejidad de las pericias, variedad de las pruebas, resultados probatorios contradictorios o porque sencillamente supone un caso límite de aplicación o no del *in dubio pro reo*.

XII) LA EXTENSIÓN (EL *QUANTUM*) DE LA MOTIVACIÓN

1. La motivación completa en materia de hechos probados no necesariamente se corresponde y guarda relación con una determinada extensión de la fundamentación de las resoluciones judiciales. Motivación completa de los hechos no es igual a motivación extensa o fundamentación prolija. Al respecto, el TC peruano ha precisado que: "*La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa*"(267). La máxima instancia de la justicia constitucional ha señalado que la motivación debe en la medida de lo posible mejorar "*la técnica de redacción de las sentencias y resoluciones en general, que permitan no solo mayor transparencia, sino que den a la*

---

tesitura, podría motivarse con afilada brevedad. Imaginemos, ahora, que esos cuatro testigos identifican indubitadamente en la vista oral a un imputado de rasgos orientales al que dicen haber visto, fugazmente, disparando sobre Pedro, corroborando así el reconocimiento efectuado en sede policial cuando se les mostró exclusivamente la fotografía del acusado. Una sentencia absolutoria, en ese caso, necesitaría una motivación más ardua con inevitables referencias a estudios sobre la psicología del testimonio (p. ej., que nuestra capacidad discriminatoria disminuye ante rostros con rasgos raciales distintos de los nuestros, que en presencia de una acción violenta tendemos a focalizar la atención más sobre el arma que sobre el rostro, que la muestra de una única fotografía puede inducir a reconstruir un rostro más que a reconocer el ya visto, etc.)".

(267) **Exp. N° 1230-2002 HC**, caso: Tineo Cabrera; **Exp. N° 6840-2006-PHC/TC**, caso: Carlos Javier Rojas Bardales; **Exp. N° 9430-2005-PHC/TC**, caso: Gladis Magdalena Arhuiz Romo; **Exp. N° 02141-2007-PHC/TC**, caso: Franz Solon García Céspedes; **Exp. N° 7731-2006-PHC/TC**, caso: Luis Antonio Barboza Rioja y otros; **Exp. N° 03495-2010-PHC/TC**, caso: Ytalo Edgar Loza Capatinta.

ciudadanía mayor confianza en la función trascendente que la Constitución confía a los jueces. En este sentido, la doctrina suele reclamar no solo 'abundancia' en los argumentos sino, sobre todo, racionalidad en su elaboración" (268).

Con razón se ha señalado que no existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación judicial; de tal manera que no hay un contenido previo y a priori del *quantum* de la justificación de una decisión. También una motivación lacónica o breve puede cumplir con la exigencia de motivación completa. Por tanto, la extensión de la motivación solo es un indicio contingente, nunca decisivo ni central, para evaluar si determinada motivación es completa o no.

La motivación completa no se opone ni entra en contradicción con la fundamentación breve, sucinta, concisa y clara del discurso justificativo(269); ni quiere decir tampoco que se adopte un modelo más complejo. Se recuerda que el ser conciso no significa decir poco, sino solo decir lo necesario.

El hecho de que exista una motivación parca, concisa o que las razones del fallo sean discutibles o existan voces disidentes que objetan la fundamentación fáctica, la valoración de la prueba o la justificación del derecho aplicado o sencillamente no se comparta la decisión (la parte resolutiva) no quiere decir que automáticamente se esté ante una resolución arbitraria(270).

---

(268) Voto singular en la STC recaída en el **Exp. N° 1744-2005-PA/TC**, caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga de los magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda.

(269) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, p. 98, la motivación sucinta es una consecuencia inevitable del tráfico administrativo, que es normalmente un tráfico en masa incompatible con más exigentes requerimientos; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 164; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 175.

(270) Ibídem, pp. 143 y 144, para quien la motivación supone que la misma deba ser comprendida por los ciudadanos, aunque no pueda ser compartida por todos ellos; GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos", en: *Discrecionalidad Administrativa y Control*

La exposición de las razones no puede presentarse como reproducción íntegra de todos los datos e informaciones procesales. Se exige una síntesis reconstructora basada en la selección de los datos y las perspectivas consideradas relevantes. Se plantea, por tanto, el problema de cuáles deberían ser los criterios de selección y los límites de un posible control constitucional y legal de la motivación.

2. Toda motivación compatible con la Constitución y la ley debe paulatinamente abandonar las motivaciones pletóricas, las que se encuentran cargadas de obiter dicta, las que recogen una serie de discusiones doctrinales muchas veces innecesarias, adoptando en su lugar un modelo más simple de motivación, pero que respete las pretensiones planteadas y las alegaciones de las partes. Como refiere atinadamente TARUFFO: "*El problema no es, sin embargo, el de una reducción cuantitativa de las motivaciones o, por lo menos, este es su aspecto secundario, contra lo que muchas veces se afirma, sino el de una transformación cualitativa de la estructura de la motivación, que puede ser clara como precisa, además de completa*"(271). En dicha línea IGARTUA apunta: "*Una argumentación maciza no va unida necesariamente a una parrafada extensa; así que no equivoquemos una cosa con la otra (...) una motivación racionalmente sustanciosa puede caber en*

Judicial. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, p. 186; GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, p. 48, quien recuerda que los argumentos de la decisión pueden ser discutibles pero siempre deben ser razonables.

(271) TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 382: "las exigencias de claridad y de síntesis pueden también satisfacer, reduciendo al mínimo los elementos superfluos y las argumentaciones no necesarias para la finalidad justificativa de la decisión"; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 203; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 219: "sería mucho más correcto decir que existe un derecho fundamental a que las resoluciones judiciales estén tan motivadas como sea necesario para que la decisión –en especial en materia de hechos– sea plenamente comprensible, en el porqué y en su alcance. En este punto, dado el margen de libertad con que opera, juega un papel de primer orden la honestidad intelectual del juez".

una formulación concisa; así como una motivación kilométrica puede encubrir una motivación huera"(272).

En realidad, el *quantum* de la motivación no está en función de criterios subjetivos ni se sujeta a criterios apriorísticos. Se relaciona más bien con criterios objetivos y, en especial, con la particularidad de si se trata de un ***caso fácil***, de un ***caso difícil*** o, incluso, de ***un caso trágico***.

Tanto en la doctrina de la argumentación jurídica como en la teoría general del derecho es lugar común distinguir entre los casos fáciles y los casos difíciles(273) sobre la base de que a partir de la constatación práctica hay casos que generan más complicaciones que otros. Se trata, por ello, de una distinción que se lleva a cabo a nivel pragmático(274) y no abstracto(275).

Un ***caso fácil*** se presenta cuando los hechos son simples y no es difícil determinar cuál es la norma aplicable al caso concreto(276),

(272) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 94.

(273) Véase, TARUFFO, Michele, "Ideas para una teoría de la decisión justa", en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, p. 202; ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, p. 61; del mismo autor, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en: *Isonomía*, N° 6, abril de 1997, p. 8; AARNIO, Aulis, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en: *Doxa*, N° 8, p. 30; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, pp. 116, 169 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, p. 139; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 172; MORENO, J. J. – NAVARRO, P. E. – REDONDO, M. C., "Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial", en: *Doxa*, N° 8, p. 262; NAVARRO, Pablo, "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho", en: *Doxa*, p. 252; GUIRARDI, Olsen, *Introducción al Razonamiento Forense*, p. 44.

(274) Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, p. 139.

(275) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 174.

(276) Cfr. TARUFFO, Michele, "Ideas para una teoría de la decisión justa", en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, p. 202.

la disposición normativa es unívoca en su significado, el mismo que es plausible para el operador jurídico y en la solución del problema planteado puede encontrarse un consenso básico. Aquí hay la aplicación pura y simple del derecho que sigue los estándares propios y más tradicionales de la teoría del derecho. La solución proviene de la aplicación de la ley y de la jurisprudencia imperante(277). La justificación de la decisión judicial es normalmente aquí una mera deducción a modo de un silogismo judicial(278).

En los *casos difíciles* ninguna de las cadenas del silogismo tradicionales brinda un soporte suficiente al resultado final, pues aquí en realidad se requiere el empleo de la totalidad de los argumentos a modo de construcción de un rompecabezas(279). En estos casos, la tarea de fijar las premisas fácticas y/o normativas exige el empleo de nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas(280) y en las que muchas veces hay más de una respuesta. La justificación de la decisión en los casos difíciles se caracteriza porque existen dudas e incertidumbre ya sea en la premisa fáctica, en la premisa jurídica o en ambas, a las cuales no les basta ni le es suficiente un determinado razonamiento, sino un razonamiento de carácter más complejo que remite a los principios y argumentos de la razón práctica; v. gr. principios de universalidad, coherencia, consenso(281), etc.

Los casos difíciles en el plano interpretativo se producen cuando la atribución de significado del enunciado normativo no es unívo-

(277) Cfr. GUIRARDI, Olsen, *Introducción al Razonamiento Forense*, p. 44.

(278) Cfr. ATIENZA, Manuel, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en: *Isonomía*, N° 6, abril 1997, p. 9.

(279) Por todos, AARNIO, Aulis, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en: *Doxa*, N° 8, p. 30; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, 158.

(280) Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, p. 61; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, 158.

(281) Cfr. ATIENZA, Manuel, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en: *Isonomía*, N° 6, p. 9.

co, consistente o satisfactorio. Incluso, en este ámbito se plantea la graduación y nivel de complejidad del caso difícil, distinguiendo el caso en el que existen dudas alrededor del significado del enunciado del caso en el que el enunciado es controvertido y surge una serie de discrepancias, entre el juez y las partes e, incluso, entre distintos órganos jurisdiccionales, ya sea de nivel superior o inferior(282). En el plano fáctico, el caso difícil está dado por la complejidad de los hechos investigados o juzgados, al margen de si se trata de un solo acontecimiento o de hechos diversos, por la dificultad en la realización de una prueba (v. gr. pericia científica).

La consideración de un caso como difícil pasa normalmente por el hecho de que la solución del mismo no recibe consenso en la comunidad de juristas, no se trata de un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley, pues existe, por ejemplo, una laguna axiológica en el ordenamiento jurídico, hay disposiciones jurídicas en conflicto, la respuesta requiere el empleo de un razonamiento jurídico basado en principios o el empleo de juicios morales(283). Los casos difíciles pueden ser resueltos de manera disímil y dispar por parte del juez y en muchas ocasiones la respuesta que se brinda depende de las valoraciones que se formulen; de tal manera que no es posible prever

(282) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 187: "la situación de duda afecta al intérprete en su proceso subjetivo para asignar un significado a un enunciado normativo, al encontrarse con varios sentidos posibles del mismo texto entre los que debe elegir, para lo que acude a las reglas para la interpretación. En la situación de controversia, por el contrario, el intérprete no tiene duda alguna sobre el significado a asignar a un enunciado, pero se encuentra con que el sentido, elegido sin ningún género de duda, es discutido o no compartido, por lo que debe acudir a las reglas para la interpretación y emplearlas como argumentos que justifiquen el significado seleccionado".

(283) Cfr. NAVARRO, Pablo, "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho", en: *Doxa*, p. 253; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, pp. 116 y 210; ATIENZA, Manuel, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en: *Isonomía*, N° 6, p. 10.

la decisión judicial(284). Normalmente en los casos difíciles hay una contraposición y enfrentamiento entre principios y valores que se resuelve mediante una operación de ponderación en la que se sopesan una serie de criterios a fin de alcanzar el equilibrio mínimo u óptimo(285).

La noción de caso difícil requiere asumir un punto de vista netamente ***objetivo***, es decir, independiente de los prejuicios, condicionamientos, actitudes y creencias de la persona que debe resolver el caso, tomando como referencia las propiedades y características del caso concreto como las regulaciones del orden jurídico. Normalmente la existencia de un caso difícil arrastra la dificultad de resolver dicho caso; aunque no siempre la dificultad de resolver un caso se debe a que el caso es estructuralmente difícil.

En los casos difíciles la teoría de la argumentación jurídica adquiere mayor virtualidad en tanto permite encontrar criterios que ayudan a la solución del problema con la mayor racionalidad posible, más allá incluso de los límites de la lógica formal(286). Sin embargo, se enfatiza que tanto en los casos difíciles como en los casos fáciles es indispensable respetar las reglas y principios de la lógica(287). La estimación de un caso como fácil o difícil posee una repercusión directa en el deber de motivar las resoluciones judiciales, pues la exhaustividad o la obligación de justificar la decisión será mayor cuando se enfrente ante un caso difícil(288).

En la doctrina junto a los casos fáciles y los casos difíciles se reconoce la existencia de una tercera categoría: la de los ***casos trágicos*** que se caracteriza porque en la solución de una controversia siempre

(284) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 117.

(285) Cfr. ATIENZA, Manuel, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en: *Isonomía*, N° 6, p. 15.

(286) Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, 158.

(287) Cfr. MORENO, J. J. – NAVARRO, P. E. – REDONDO, M. C., "Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial", en: *Doxa*, N° 8, p. 262.

(288) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, p. 187.

se termina sacrificando algún aspecto de un valor o derecho estimado como esencial desde el punto de vista jurídico o moral(289). Esta clase de casos vuelve sumamente complicado el brindar una respuesta con los métodos del razonamiento jurídico tradicional. Los casos trágicos plantean a los jueces no tanto cómo decidir frente a una serie de alternativas, ejerciendo sus facultades discrecionales, sino colocan la encrucijada de qué camino tomar frente a un determinado dilema(290). En muchos casos trágicos se presentan situaciones como: i) El ordenamiento jurídico le provee al juez una determinada solución la cual colisiona y afecta de manera esencial su moral o fuero interno, llegando a generar un conflicto de conciencia; ii) El ordenamiento jurídico no permite alcanzar frente a la problemática planteada ninguna solución correcta, en la medida en que cualquier solución que se adopte termina con el sacrificio de algún principio o valor constitucional(291).

Los casos trágicos no surgen solo en el caso de normas expedidas en dictaduras o gobiernos ilegítimos. Es común que se presenten en los ordenamientos jurídicos democráticos y en especial en la solución de casos constitucionales en los que hay un conflicto de normas o principios(292). El hecho de que en un caso trágico no se pueda llegar a una única solución correcta o plausible, ello no quiere decir que sea un campo propicio para la arbitrariedad, que la solución del caso escape al necesario control racional o que no pueda justificarse de manera adecuada y suficiente. La fundamentación de las resoluciones judiciales cumple aquí un papel más que central y decisivo en la solución del caso trágico, pues permite realizar un control racional del mismo y presentar las (buenas) razones en las que se sustenta. El que no haya una respuesta correcta, ni una única solución satisfactoria al problema planteado no quiere decir tampoco que no se pueda aportar ni fijar razones y argumentos a favor de la decisión que finalmente se adopta.

(289) Véase, ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, pp. 324 y ss.

(290) Ampliamente, ATIENZA, Manuel, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en: *Isonomía*, N° 6, p. 13.

(291) Ibídem, p. 19.

(292) Loc. Cit.

3. Uno de los aspectos relacionados con la motivación completa es si el juez debe entrar a discutir las alegaciones probatorias de las partes o si puede prescindir de ellas.

Al respecto, un sector de la doctrina considera que la motivación completa no requiere que el tribunal analice y pondere todos los argumentos de la acusación y la defensa. Incluso, se afirma que el juez no está obligado a tomar en cuenta todo lo que es resultado del proceso, sino lo que sirve de manera directa para fundamentar su conocimiento en orden al hecho y la responsabilidad del imputado y a su calificación jurídica. Incluso, se alude a la ***no necesidad de polemizar o discutir con la defensa***, cuyos argumentos o puntos de vista no está obligado a refutar(293).

La posición de la justicia constitucional que observa que no es necesario que los jueces respondan a todas las alegaciones de las partes se le objeta que constituye una clara violación a los principios de congruencia procesal y de exhaustividad de las resoluciones judiciales(294).

Por su parte, el TC peruano ha señalado, como también ocurre con el TC español, que la Constitución: "*(no) garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver*"(295).

---

(293) Véase, DE LA RÚA, FERNANDO, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 121.

(294) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 357.

(295) **Exp. N° 6634-2006-PHC/TC**, caso: Ketty Dolores Reátegui Dosantos; **Exp. N° 03591-2008-PHC/TC**, caso: María Gricelda Málaga Zapata; **Exp. N° 7038-2005-PHC/TC**, caso: Eleuterio Percy Mestas Urrutia; **Exp. N° 7222-2005-PHC/TC**, caso: Octavio Apaza Apaza; **Exp. N° 7448-2005-PHC/TC**, caso:

Hay que estar de acuerdo con la posición del TC en cuanto señala que no es necesario dar respuesta de manera pormenorizada, expresa y detallada a todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso, pues si bien ello sería lo óptimo y deseable desde el punto de vista constitucional, terminaría por colocar en niveles impracticables y de difícil cumplimiento el deber de motivar las resoluciones judiciales(296). Basta imaginar las alegaciones probatorias absurdas, alejadas de los hechos, las alegaciones impertinentes que no guardan relación concreta con el material fáctico o con el objeto del proceso para darse cuenta lo peligroso y difícil que sería llevar hasta el extremo la garantía de motivación de las resoluciones judiciales en su conexión con el derecho de defensa(297).

Una tesis semejante pierde de vista la esencia misma de la justicia y del proceso, ya que ella no reside en el establecimiento de un diálogo exclusivo entre el órgano estatal y las partes –aunque no se puede negar

---

Rafael San Román Garatea; **Exp. N° 01701-2008-PHC/TC**, caso: Enrique Aurelio de la Cruz Salcedo; **Exp. N° 00176-2009-PHC/TC**, caso: Glodoaldo Rómulo Quispe Arapa (Fundamento 3); **Exp. N° 00966-2007-AA/TC**, caso: Molinera Inca S.A.; **Exp. N° 01435-2008-PA/TC**, caso: Alberto Liendo Pizarro (Fundamento 5); **Exp. N° 02496-2009-PHC/TC**, caso: José Mercedes Moreno Mio; **Exp. 1230-2002 HC**, caso: Tineo Cabrera: "En efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con efectuarlo la sentencia cuestionada".

(296) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 354.

(297) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, p. 97: "si fuera obligatorio contestar todos y a cada uno de los argumentos de las partes, esa obligatoriedad sería fácilmente instrumentalizada con cantidad de hipótesis pretextuosas para enredar al juez"; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 174: "Teniendo en cuenta que muchos abogados acostumbran a acumular cautelarmente hasta diez a veinte argumentos en apoyo de su pretensión, ello obliga al juez a contestar todos, lo que supondría un malgasto de tiempo y paciencia, sobre todo cuando se trata de cuestiones y argumentos poco sensatos".

que forme parte sustancial del debido proceso–, sino más bien estriba en la solución de una controversia e incertidumbre jurídica planteada al conocimiento del juez y que debe ser resuelta con objetividad a través de los instrumentos normativos.

Sin embargo, una cosa es sostener que no es necesario dar respuesta a todas y cada una de las alegaciones y otra muy distinta es afirmar que se deba ignorar por completo dichas alegaciones, ya sea en cuanto a la referencia de hechos impeditivos, prueba o consideraciones jurídicas. Con razón, señala TARUFFO que "*no sirve de mucho garantizar a las partes la posibilidad de usar los medios de defensa cuando, en los hechos, se concede al juez el poder de ignorar, en el momento de decidir, lo que las partes han aportado al material del juicio, en hecho y en derecho*"(298). En realidad, es mucho más preocupante y grave que se deje sin respuesta a la prueba y las alegaciones presentadas a que se exija una respuesta pormenorizada a cada una de las cuestiones planteadas por los participantes en el proceso.

Creemos, que en este ámbito debe buscarse un equilibrio y ponderación que permita la conexión y coexistencia entre el derecho de defensa y el deber de motivar las resoluciones. Y ello solo se alcanza cuando por lo menos se analizan, debaten y ponderan en la resolución ***las principales y/o esenciales*** alegaciones de las partes, aun cuando no se agote ni ultime la discusión de todas y cada una de las alegaciones(299). Es necesario que se respete el principio de "*máxima discusión*"

(298) TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 352: "No es casual que en el ámbito general de la defensa se identifique un derecho de las partes a influir en la decisión, en donde tienen lugar el derecho a la prueba, el derecho a intervenir con argumentos sobre las cuestiones relevantes y así sucesivamente", luego señala que "es necesario que la motivación justifique la decisión en virtud de las defensas alegadas por las partes, ya que solo de esta manera es posible verificar si, en el momento de la decisión, no tuvo lugar una violación o un vaciamiento de la garantía de defensa"(p. 254).

(299) De modo distinto, COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 54, quien critica la posición del TC español que permite que los jueces no se pronuncien y, por ende, no justifiquen su postura en relación con alguna de las alegaciones de las

en el sentido que debe haber un análisis suficiente y adecuado de, por lo menos, las alegaciones esenciales de las partes. Si la motivación de la resolución solo toma en cuenta las pretensiones de las partes y no las alegaciones que las sustentan no podrá hablarse en este caso de motivación completa.

Esta posición intermedia permite evitar extremos perniciosos que van desde la ignorancia y olvido total de las alegaciones al desarrollo y respuesta de todas ellas. Es posible, entonces, que se ignoren determinadas alegaciones de prueba o hechos impeditivos, siempre que sean de relevancia secundaria y no constituya una alegación esencial(300). Como ya se anotó el entender en un sentido maximalista la relación entre el derecho de defensa y el deber de motivar las resoluciones judiciales como si toda alegación debiera obtener una respuesta específica y concreta del órgano jurisdiccional traería en el sistema de justicia consecuencias absurdas(301).

Pese a todo, sigue pendiente de resolver qué debe entenderse por respuesta adecuada a las alegaciones esenciales o principales de las partes o de los sujetos procesales. En un primer matiz, debe excluirse de plano la particular importancia subjetiva que una de las partes asigne a una o varias de sus alegaciones, considerando que posee, por ejemplo, una trascendencia que en realidad no tiene. Asimismo, debe relativizarse la importancia temática de los asuntos planteados al conocimiento del juez sean estos constitucionales, sustantivos o procesales, dado que a priori y de manera general no puede partirse de una afirmación en tal o cual sentido sobre la mayor o menor trascendencia jurídica en una determinada materia jurídica que se plantea como problema.

---

partes. Incluso, este autor considera inadecuado el distinguir entre alegaciones sustanciales de las que no lo son, configurándose el deber de motivar y dar respuesta pormenorizada en cualquiera de los dos supuestos. Al respecto, señala: "a nuestro juicio, en la actualidad los jueces deben en todo caso decidir, y justificar su decisión, sobre la totalidad de las peticiones y alegaciones de las partes".

(300) Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa Procesal*, p. 342.

(301) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 354.

En igual sentido, la esencialidad o no de las alegaciones no se detiene en examinar quién es el sujeto o la parte procesal que la formula. Da lo mismo si se trata del demandante o del demandado, del Ministerio Público o de la defensa del imputado. Sin embargo, desde el punto de vista del principio *pro homine* y de igualdad en materia penal debería atenderse, dado el menor poder de la defensa respecto a los entes persecutores estatales, a que se deben responder las alegaciones de la defensa con mayor rigor que las del Ministerio Público.

Una vía –no la única– que puede ayudar a desentrañar el criterio a seguir para identificar la naturaleza esencial o no de las alegaciones puede ser el hecho de si la alegación guarda relación directa e inmediata con el *punto controvertido* o el aspecto crítico en el que no haya acuerdo entre los sujetos procesales. La disidencia en cuanto afecte un aspecto significativo o crucial que el juez debe resolver ha de conducir a discutir y analizar las alegaciones de las partes en este sentido.

Otro aspecto que debe destacarse es la naturaleza del pedido formulado y su relación con los hechos enjuiciados, por ejemplo, si se trata de una petición de absolución o inocencia; o si, por el contrario, es un pedido vinculado a la determinación judicial de la pena. El juez debe privilegiar la acreditación de la prueba de cargo y en especial ha de incidir en la ***refutación***, en cuanto a la eficacia o peso, ***de la prueba de descargo*** como también debe preocuparse de que exista la refutación de las alegaciones esenciales de las partes en caso estas no sean de recibo o no se acojan positivamente en la sentencia(302) (ut supra X). Lo mismo ocurre cuando lo que se alega es un hecho impeditivo [v. gr. prescripción] o una causa semejante [causa de justificación, causa de inculpabilidad o la ausencia de una condición de procedibilidad].

(302) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 133: "Por tanto, no hay duda que el juzgador debe expresar si acepta o rechaza las alegaciones, sin que en ningún caso pueda simplemente limitarse a prescindir de las argumentaciones desarrolladas por las partes".

Ha de quedar claro que se genera indefensión cuando se niega o se desconoce el derecho a poder influir en una decisión jurisdiccional o de otro orden, peor aun cuando la defensa busca proteger derechos fundamentales; v. gr. La libertad personal. Al respecto, TARUFFO señala lo siguiente: "Una elección no está completa y adecuadamente justificada si las alternativas que se han rechazado no se han considerado debidamente. Una elección no está completamente justificada si la justificación solo se refiere a las razones que apoyan a la alternativa elegida. La decisión debe justificarse también en las razones por las cuales se han rechazado otras alternativas relevantes. En efecto una alternativa rechazada pudo haber sido mejor que la alternativa aceptada. Para mostrar que la que se ha elegido es comparativamente la mejor, el juez debe demostrar que no había mejores alternativas disponibles. También en el contexto de la justificación, entonces, y no solo en la toma de decisión la comparación y el análisis crítico de todas las posibilidades relevantes es sumamente importante. Esto quiere decir que el juez debe confrontarse a sí mismo con las demás decisiones posibles y con los argumentos que posteriormente las apoyan, con el propósito de discutir y probar que esos argumentos no son válidos, fiables o persuasivos"(303).

XIII) LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY Y A LOS HECHOS PROBADOS LIMITA (Y EXIGE EVITAR) EL PODER DE LAS MAYORÍAS Y LA PRESIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. LA NO SUJECIÓN DEL JUEZ A LOS PODERES FÁCTICOS

1. El cumplimiento del deber constitucional de justificar las resoluciones judiciales (judiciales o administrativas) no exige que la decisión deba buscar el consenso, la aceptación social, o que se logre el aplauso o el reconocimiento de las diversas capas de la población o que la decisión de los jueces o tribunales para que sea válida se someta al escrutinio público, a las encuestas y a las querencias de la

(303) TARUFFO, Michele, "Decisiones Judiciales e inteligencia artificial", en: *Páginas sobre justicia civil*, p. 386.

gente. Lo que se exige es que las razones empleadas se sustenten en los hechos, respondan a las pruebas actuadas y al derecho (Constitución, Tratado, Ley, reglamento, precedente, etc.) pertinente aplicable al caso concreto, que las razones sean buenas y que la justificación de la decisión sea suficiente y se explique por sí sola. No se requiere que se llegue a la mejor decisión, a la mejor justificación, a la única respuesta o que se adopte la única solución correcta, más aún si se trata de un caso difícil.

En un Estado Constitucional la legitimación democrática del Poder Judicial es estructuralmente diversa respecto a la legitimación de los demás poderes del Estado, pues no tiene relación con la voluntad, con la opinión de la mayoría(304), ni con el consenso social(305). La jurisdicción es una garantía y un medio de protección eficaz contra el poder de las mayorías que pretenden imponer su voluntad incluso por encima de la autoridad de la ley. En efecto, aun cuando el sistema de elección de los jueces se realizara sobre la base de la voluntad popular, sus decisiones se deberían amparar exclusivamente en la aplicación de normas expedidas por el legislador(306). Su vinculación a la voluntad popular nunca será directa, sino únicamente a través de la ley.

2. La legitimidad del Poder Judicial reside en la garantía de verificación imparcial de los hechos que no dependen del consenso, el acuerdo de las mayorías o de los medios de comunicación(307). Como

(304) Por todos, FERRAJOLI, Luigi, "Justicia penal y democracia: El contexto extraprocesal", en: *Jueces para la democracia*, N° 4, p. 5; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 114.

(305) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 114.

(306) Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la democracia*, N° 18, p. 4.

(307) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 114; del mismo autor, "Veinticinco años de Poder Judicial: Entre Constitución y Crisis", en: *Justicia Penal, Derechos y Garantías*, p. 241; FERRAJOLI, Luigi, "El Papel de la Función Judicial en el Estado de Derecho", en: *La Prueba, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, p. 21; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la democracia*, N° 18, p. 4: "Ni una supuesta voluntad popular,

señala FERRAJOLI: "No se puede castigar a un ciudadano solo porque responda a la voluntad o al interés de la mayoría. Ninguna mayoría, incluso aplastante, puede hacer legítima una condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de otro ciudadano. Y ningún consenso político –ya sea del Estado, la prensa, los partidos o la opinión pública– puede suplir la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer cierto lo que es falso o viceversa"(308). Mientras el político y el legislador se mueven por criterios de oportunidad(309), los jueces expiden su fallo como respuesta a los hechos, pruebas y al material normativo(310): no tienen absoluta libertad, sino que su marco de actuación se desarrolla dentro de las opciones que el ordenamiento jurídico les permite y deben centrarse en los hechos planteados y el derecho aplicable al caso concreto.

El hecho de que el régimen de gobierno más adecuado y compatible con la Constitución sea el democrático no quiere decir que el juez y, en general, el Poder Judicial, deberá dejarse llevar por los mandatos de la mayoría o de un espectro importante de la población. El juez no es el representante de las mayorías ni se encuentra sujeto a mandato imperativo(311).

---

ni la opinión pública, ni ninguna otra instancia representativa de las ideas jurídicas o ético-jurídicas socialmente dominantes pueden suministrar al juez sus criterios de decisión".

(308) FERRAJOLI, Luigi, "Justicia penal y democracia: El contexto extraprocesal", en: *Jueces para la democracia*, N° 4, p. 5.

(309) Cfr. LÓPEZ GUERRA, Luis, *Democracia, División del Poder y Poder Judicial*, El Poder Judicial en el Estado Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2001, p. 25.

(310) Cfr. PIETRO SANCHÍS, Luis, *Interpretación Jurídica y Creación judicial del Derecho*, p. 234.

(311) Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la democracia*, N° 18, p. 9: "El juez no es el representante de la mayoría de la sociedad, ligado a un mandato imperativo

Si bien a veces el sistema de justicia recibe presión de los medios de comunicación para que un fallo tenga un determinado cariz o se resuelva de cierto modo, reconstruyendo los hechos de manera parcializada y buscando establecer responsabilidades (o no) sobre la base de ciertas expectativas sociales, queda claro que el juez solo puede neutralizar dichas demandas cumpliendo con un deber constitucional básico: fundamentando adecuadamente su decisión(312).

La función de los jueces no reside en expresar en sus fallos la voluntad popular, sino, por el contrario, en poner límites a los extravíos y desviaciones de poder de los representantes o trasmisores de dicha voluntad(313). La vinculación y la lealtad constitucional del juez a la ley obligan, incluso, a expedir una sentencia en contra de la mayoría o de los criterios sociales prevalecientes que pueden distorsionar los hechos, las pruebas o la aplicación imparcial del derecho(314). En estos casos, la legitimidad constitucional de la justicia exige al juez el apartarse de los criterios sociales o de las demandas políticas o mediáticas que giran en un determinado sentido, respetando los hechos y la aplicación genuina de la ley. Se sostiene que debe haber un juez capaz de absolver aun en contra de la voluntad de todos cuando faltan o no existen pruebas de la culpabilidad(315). Como recuerda DWORKIN: "*los derechos fundamentales solo son derechos si triunfan frente al*

---

que le obligaría a adoptar los puntos de vista más extendidos o de alguna forma socialmente aceptados".

(312) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 243.

(313) Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "El Papel del Poder Judicial en la Transición democrática", en: *Isonomía*, N° 18/abril 2003, p. 29; LÓPEZ GUERRA, Luis, *La Legitimidad Democrática del Juez*, El Poder Judicial en el Estado Constitucional, p. 57.

(314) Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en *Jueces para la democracia*, N° 18, p. 9.

(315) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "El Papel de la Función Judicial en el Estado de Derecho", en: *La Prueba, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, p. 21.

gobierno o las mayorías"(316). En efecto, los derechos fundamentales son derechos que deben prevalecer e imponerse incluso contra las exigencias populares de los ciudadanos, de tal manera que el Poder Judicial como garante de dichos derechos debe poder actuar contra las mayorías(317). La decisión de un caso y la expedición de un fallo no dependen de los criterios sociales imperantes o de la existencia de determinadas cifras estadísticas que sobre la base de ciertas encuestas pretendan dirigir la decisión en un determinado sentido: favorable o perjudicial para el imputado(318).

XIV) LA FALTA DE CULTURA DE LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA

1. La mayoría de las resoluciones judiciales, en especial las sentencias, no cumplen con los estándares de calidad adecuados en cuanto a la motivación de los hechos y las pruebas(319). Resulta común

(316) DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, p. 285.

(317) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "El Papel de la Función Judicial en el Estado de Derecho", en: *La Prueba*, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales, p. 21; del mismo autor, "Justicia penal y democracia: El contexto extraprocesal", en: *Jueces para la democracia*, N° 4, p. 5: "El nexo entre verdad y validez de los actos jurisdiccionales es, a mi parecer, el fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del Poder judicial en el moderno Estado de Derecho. Una actividad cognoscitiva, aunque incluya inevitablemente opciones y valoraciones, por principio, no puede estar sujeta a imperativos que no sean los inherentes a la búsqueda de la verdad. Y cualquier condicionamiento de poder externo, por más acreditado que esté ética o políticamente, no solo no contribuye al descubrimiento de la verdad, sino que, por el contrario, será un obstáculo para tal fin. El principio de autoridad, incluso cuando la autoridad es democrática y expresa la mayoría o incluso la unanimidad de los asociados, no puede ser nunca un criterio de veracidad".

(318) Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la democracia*, N° 18, p. 9.

(319) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, pp. 288 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 173; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 155.

la afirmación de que la valoración de la prueba es la cenicienta en la motivación de las resoluciones judiciales(320). Las decisiones judiciales no dan cuenta de las valoraciones esenciales de los medios de prueba concretos y de la valoración conjunta de dichos elementos de convicción. Como señala TARUFFO: "*la motivación se reduce a menudo a afirmaciones genéricas, de las que no es posible extraer nada significativo acerca del razonamiento del juez*"(321). Se incurre así en una ausencia de justificación, legitimándose con el silencio la falta de argumentos o la falta de control en una materia tan delicada y que constituye el centro de la decisión judicial. Asimismo, es común no encontrar una motivación crítica sobre las pruebas respecto a su relatividad, escaso valor o, incluso, acerca de las razones que llevan a rechazar el resultado de determinados medios de prueba admitidos.

Uno de los puntos más críticos de la administración de justicia de América Latina, en particular en materia penal, viene dado por los débiles criterios de comprobación de los enunciados fácticos y de la correspondiente justificación de los hechos probados en la sentencia(322). La mayor problemática no proviene tanto de los criterios de interpretación y aplicación de la ley o de la consecuencia jurídica, sino más bien de si una persona es culpable o inocente sobre la base de la prueba actuada y del material probatorio a favor y en contra que obra en el proceso(323). Alrededor de un caso, más aún si es público,

(320) Por todos, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 179; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, p. 154, considera que muchas parcelas de la valoración de la prueba han permanecido en terreno prácticamente desértico.

(321) TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 436. En el caso chileno: ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 17.

(322) En el caso del derecho español, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 120.

(323) Cfr. SENESE, Salvatore, La Motivación de la "verdad fáctica", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 341: "uno de los puntos críticos de la justicia penal de nuestro país se

se tejen una serie de hipótesis, conjeturas, opiniones, muchas veces más cargadas de prejuicios, miedos, fobias e intereses que hacen que se ponga en entredicho la balanza de la justicia y la imparcialidad de la decisión. Una sospecha se alza como prueba incontestable o a veces una prueba válida se la degrada a una simple conjetura. Se vive en el reino de la incertidumbre, de la expectativa y de la escasa racionalidad en la determinación de los hechos.

Por ello, se hace notoria una *falta de cultura sobre la prueba*(324), de la fundamentación de los hechos(325), de su trascendencia dentro de la sentencia judicial y del valor que representa la motivación de las

---

refiere a los criterios de comprobación del hecho: las laceraciones que entre los especialistas y en la opinión pública se producen tras un pronunciamiento judicial no se refieren a la interpretación de la ley, sino más bien a la reconstrucción del hecho, al material probatorio, a los criterios de valoración de la suficiente o insuficiencia de este. La ausencia de un acuerdo sobre tales criterios está en el origen de muchas y fatigosas contraposiciones"; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, pp. 155 y 157: "es precisamente en la *quaestio facti* donde la motivación adquiere mayor importancia, pues históricamente el ámbito de la reconstrucción de los hechos ha sido propicio a la arbitrariedad judicial, y ajeno a todo tipo de control serio y riguroso. Ello es consecuencia de fenómeno de opacidad del juico fáctico, fruto de una arraigada concepción subjetivista de la prueba".

(324) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 408: "la cultura de la motivación ha encontrado y aún encuentra una especial resistencia en el ámbito de la prueba"; de la misma autora, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 173; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*: N° 12, p. 288; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 17: "Hoy está claro en ese contexto que para llegar a buen puerto es necesaria una teoría que precise cuáles son los criterios de racionalidad que deben orientar la deliberación y estructurar la justificación de las conclusiones probatorias. También la doctrina chilena debiera asumir ese desafío, si quiere evitar que la antigua cultura judicial, reacia a la justificación de la quaestio facti, termine por imponerse a los buenos propósitos del CPP".

(325) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 155.

pruebas en el sistema democrático y la vigencia de un Estado Constitucional(326). Hay una opinión sumamente extendida tanto en el ámbito judicial como académico de que la formación de la decisión judicial en cuanto al juicio del hecho y de las pruebas no puede ser sometida a control racional y a un razonamiento externo adecuado, capaz de generar resultados plausibles. Con ello, lo que ocurre es que se rompe la necesaria conexión que debe existir entre valoración de la prueba y motivación de las resoluciones judiciales y la legitimidad en el ejercicio de la jurisdicción.

2. A dicho panorama altamente deficitario se suma como una de las razones estructurales el hecho de que no exista una adecuada formación profesional, tanto en la carrera de derecho como en los cursos de especialización (maestría, doctorados, etc.), acerca del tratamiento que se debe prestar al conocimiento de los hechos y la problemática probatoria, ya sea bien porque no se brinda la debida importancia a estos aspectos o reconociendo su trascendencia no se logra profundizar sus contenidos ni afianzar los resultados con criterios epistemológicos(327). Se trata en buena cuenta de una enseñanza tradicional, escolástica, superficialmente conceptual que no aborda el estudio de la problemática de manera seria, rigurosa y profunda. A lo mucho el análisis de la materia se limita a una labor simplemente exegética de los preceptos legales que regulan el fenómeno probatorio(328), sin ninguna vinculación constitucional o sin relación con el desarrollo de otras áreas del conocimiento; v. gr. avances tecnológicos, científicos, la psicología tan importante en la prueba testimonial, etc. La enseñanza de la prueba discurre básicamente por el sendero mera y netamente procedimental de cómo se debe admitir una prueba, cómo

(326) Por todos, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 437, quien denuncia una opinión extendida de que "[la valoración de la prueba] se trata de fenómenos no racionalizables, que escapan a reglas y criterios intersubjetivos de valoración, y que, por tanto, pueden ser abandonados a la intuición subjetiva e incontrolable".

(327) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, p. 152.

(328) Ibídem, p. 154.

se debe producir su actuación sobre la base de la ley de rito correspondiente. Sin embargo, no se enseña ni se precisa cómo debe valorarse dicha prueba, cómo es que se obtiene de manera racional y confiable un resultado probatorio, bien de manera específica y concreta o bien de manera global. No se ingresa a analizar y discutir aspectos tan relevantes como el grado de credibilidad de un medio de prueba(329); v. gr. testimonio, reconocimiento judicial, documento, pericia, etc.

Asimismo, es frecuente que cuando se suple la parquedad de los conceptos y definiciones sobre la prueba se descuida el necesario y correspondiente estudio de casos reales o hipotéticos que ayudan a potenciar y validar las habilidades adquiridas, lograda a través de los conocimientos teóricos impartidos(330).

También ingresa como un factor que incide en el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales con una especial incidencia en la fundamentación de la valoración de la prueba, la sobrecarga profesional y la cantidad enorme de asuntos pendientes que tienen que resolver los jueces(331) que se encuentran sometidos a un control exhaustivo de gestión y eficiencia de despacho por parte de los órganos de control que toman en cuenta más los factores cuantitativos (v. gr. número de causas resueltas, celeridad, ausencia de quejas de los justiciables), por encima de los criterios cualitativos (calidad de resoluciones judiciales).

3. La doctrina observa que la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria de los diversos países no prestan mucha

(329) Véase, TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 441: "La credibilidad de la prueba se atiene principalmente a las características del medio de prueba y a la posibilidad de que proporcione una representación del hecho fiable, no errónea ni viciada"; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, "El control de la fiabilidad probatoria: prueba sobre la prueba en el proceso penal", en: *Revista General de Derecho*, Valencia, 1999.

(330) Al respecto, TWINING, William, "De nuevo, los hechos en serio", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 32, 2009, p. 319.

(331) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, p. 154.

atención ni le conceden el valor que era de esperar a la motivación del juicio de hecho y, en especial, a la motivación de la valoración de la prueba y cuando lo hacen muestran una excesiva tolerancia y lenidad frente a los déficits de motivación y una clara incapacidad de respuesta tanto para detectar los problemas como para corregir los errores(332). La situación lamentable de la jurisprudencia se debe a lo siguiente: i) La ausencia de criterios racionales que permitan controlar la actividad de los órganos jurisdiccionales en la fijación de los hechos probados, ya que en este ámbito rige la mayor laxitud en cuanto a la discrecionalidad del juez ordinario; ii) La noción de hecho probado que asume la jurisprudencia es una noción fundamentalmente subjetivista, vinculado a la íntima convicción y al convencimiento individual, en desmedro de si realmente el hecho se encuentra probado desde el punto de vista objetivo o intersubjetivo(333); iii) La lamentable desconexión de la valoración de la prueba de las garantías básicas del debido proceso y del derecho al juicio justo, en especial de la garantía de la imparcialidad judicial(334) y que, entre otros factores, determina que en la valoración de la prueba se omitan ponderar pruebas esenciales o decisivas, ya sea dolosa o negligentemente con el único propósito de justificar determinadas decisiones o ideas preconcebidas asumidas con anterioridad.

Las causas que de manera general explican, pero no justifican, el olvido tradicional del juicio de hecho y del deber de motivación de los hechos y las pruebas son diversas. En primer lugar, la ciencia jurídica (profesores, académicos, investigadores) han prestado atención solo a la interpretación de la ley, a las cuestiones dogmáticas y al juicio de derecho, estimando que la problemática de los hechos es simple y concierne solo a los abogados y jueces a quienes contemplan con

(332) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 112.

(333) Véase, FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, pp. 58 y ss.

(334) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi, La valoración de la prueba, pp. 152 y 174; TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, pp. 137 y ss.

relativo desprecio al considerar que se trata de actividades menores respecto al gran nivel de abstracción y rigor que presenta la dogmática(335). Solo para citar un ejemplo: las revistas de derecho difícilmente prestan atención y publican resoluciones judiciales que se encuentran justificadas fácticamente, ya que la mayor atención la tienen aquellas resoluciones que desarrollan conceptos y categorías dogmáticas(336). En segundo lugar, la naturaleza y sentido de la casación ha generado que solo se discuta en este ámbito el juicio de derecho y se excluya de su conocimiento el juicio acerca de los hechos y pruebas. En tercer lugar, la ausencia prolongada y ciertamente lamentable de una cultura de la motivación y justificación de las decisiones judiciales en donde tras los lemas y brocardos de sana crítica, íntima convicción y criterio de conciencia se han cometido las más grandes arbitrariedades(337). En cuarto lugar, de la mano de lo anterior, la consideración y la creencia extendida de que el mayor prestigio y la mayor legitimidad institucional y social del juez deriva de la fundamentación jurídica y no de la adecuada fundamentación de los hechos(338).

Sin embargo, el hecho de que haya una praxis judicial sumamente deficiente y caótica no quiere decir que no pueda haber racionalidad,

(335) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 157.

(336) Cfr. SENESE, Salvatore, La Motivación de la "verdad fáctica", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 337; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 165; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 116: "de este modo se explican circunstancias tan significativas como la franca expulsión habitual de los hechos de los repertorios jurisprudenciales: su práctica total ausencia de las obras de derecho procesal, de los planes universitarios de estudio, y ¡de los planes de formación de los jueces!".

(337) Véase, ATIENZA, Manuel, "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez", en: *Jueces para la democracia*, 1994, N° 22, p. 82.

(338) Cfr. SENESE, Salvatore, "La Motivación de la 'verdad fáctica'", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 338.

control y un procedimiento adecuado en la valoración de la prueba. Tampoco supone que se deba retornar al sistema de la prueba legal. En realidad, ello implica la necesidad de construir criterios y pautas que pueden mejorar la calidad de la motivación de la valoración de las pruebas judiciales y que permitan arribar a conclusiones más plausibles, adecuadas y dotadas de una mayor racionalidad(339).

De allí que en el último tiempo, tal como ya ocurrió en otras latitudes de nuestra área cultural, se abra camino a una nueva cultura y la mejora en el campo jurisprudencial en cuanto a la justificación de los hechos y de las pruebas(340), sobre la base de los criterios de racionalidad, la argumentación jurídica y los aportes de la epistemología(341).

(339) Por todos, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 438; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en: *Doxa*, N° 12, p. 288.

(340) Como ha destacado la sentencia del TC en el **Exp. N° 00728-2008-PHC**, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares: "la sentencia impugnada no se encuentra dentro del ámbito de la sentencia penal estándar, sino que forma parte de aquellas que se caracterizan por el hábito de la declamación demostrativa de dar ciertos hechos como probados; luego de lo cual tales hechos son declarados de manera sacramental y sin ninguna pretensión explicativa como constitutivos de un ilícito penal como si de una derivación mecánica se tratase. Esta forma de motivar aún sigue siendo práctica de muchos juzgados y tribunales de nuestro país, aunque no hace mucho se vienen experimentando ciertos cambios en ella, lo que tampoco sería justo desconocer. Y es que tal cometido no tiene otra finalidad que se abra entre nosotros una nueva cultura sobre la debida motivación de las resoluciones en general, y de las resoluciones judiciales en particular, porque solo así estaremos a tono con el mandato contenido en el texto constitucional (artículo 139°, inciso 5, de la Constitución). Y todo ello a fin de que las partes conozcan los verdaderos motivos de la decisión judicial, lejos de una simple exteriorización formal de esta, siendo obligación de quien la adopta el emplear ciertos parámetros de racionalidad, incluso de conciencia autocrítica, pues, tal como señala la doctrina procesal penal, no es lo mismo resolver conforme a una corazonada que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados, sobre todo en un sistema procesal como el nuestro, que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, regla que tantas veces obliga a resolver incluso contra la propia convicción moral".

(341) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi, La valoración de la prueba, p. 153.

Como apunta Andrés Ibáñez: "*la única manera de revertir la situación aludida y la inevitable estela de sus perniciosos efectos de variado orden, pasa por recuperar para la quaestio facti su constitutiva complejidad, de manera que se desplace definitivamente la añeja tendencia a la banalización de su relevancia en la experiencia jurisdiccional*"(342).

(342) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 117 y 173: "Por eso, creo que hay un presupuesto de carácter cultural de particular importancia, que es la claridad de conciencia del juez sobre la complejidad real de la actividad y de la importancia del método, sobre que su campo de operaciones es el del conocimiento probable, cuya adquisición, como se ha visto, no se rige por leyes de validez universal de la que esperar fáciles soluciones tranquilizadoras".

Capítulo Cuarto
EL ALCANCE DE MOTIVAR LOS HECHOS PROBADOS

I) ALGUNOS PROBLEMAS DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LOS HECHOS PROBADOS

a) Generalidades

La garantía constitucional de la motivación de los hechos no debe entenderse como una mera garantía de carácter formal que se da por satisfecha con la simple presencia de palabras y un discurso inteligible, sin mayor exigencia en cuanto a su contenido y sentido. Se trata más bien de una garantía material en el que para su validez se requiere del aporte de buenas razones y de un discurso justificativo plausible tanto para precisar los enunciados fácticos, la prueba, su contenido, como las inferencias que las conectan con los hechos y que permiten considerar que se trata de enunciados verdaderos (o falsos) (1).

La justificación de la valoración de la prueba –directa, indirecta o indiciaria– requiere que se identifiquen, reconozcan y fundamenten los criterios según los cuales han sido formulados, de tal manera que

(1) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 270; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 345; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 50.

se muestre que están racionalmente sustentados y que se apoyan en puntos de vista aceptados y sobre los que es posible generar acuerdo.

El deber de fundamentar la prueba relevante para la decisión no se dirige como mandato constitucional inderogable solo a una clase específica de prueba [v. gr. pericial, documental o a la prueba de indicios], sino a todos los medios de prueba conocidos que se introducen y discuten dentro del proceso(2) [v. gr. testimonios]. Dicha posición se sostiene en especial en contra de aquella opinión extendida en algún sector doctrinal y en la jurisprudencia peruana mayoritaria que relaja y flexibiliza los estándares de motivación de la prueba en casos de ciertos medios típicos de prueba como si determinados elementos de convicción deberían tener un tratamiento más laxo en cuanto a su justificación. Desde el punto de vista constitucional y legal, no se ampara ni tolera alguna excepción del deber de motivar las resoluciones judiciales respecto a un especial y concreto medio de prueba; de tal manera que mal se hace, si de facto o por una costumbre judicial inveterada, se pasa a admitir la premisa que ciertas clases de prueba no requieren de fundamentación alguna o se afirma que la obligación de fundamentar es tenue y muy débil respecto a ciertos medios de prueba(3) (ut infra).

---

(2) Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 106; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 63; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 182; GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, pp. 411 y 422; de ella misma, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 180; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 115: "a) dar por bueno [o malo] tal testimonio o tal informe científico implica una actividad inferencial, b) Esa inferencia debe ser justificada racionalmente, c) Esa justificación debe quedar explicitada en la motivación de la sentencia, d) Es factible por tanto inspeccionar la justificación que se exteriorice en la motivación [...]".

(3) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 180: "Hay, en efecto, una fuerte tendencia a reducir el ámbito de lo que necesita ser motivado: una veces excusando directamente la necesidad de probar (y por tanto de motivar) determinados hechos, otras veces aliviando (hasta casi anular) las exigencias de motivación de ciertas pruebas. En el primer caso se

b) La fundamentación de la prueba testimonial

La valoración de los testimonios se encuentra sujeta a la obligación de una justificación racional de por qué se les asigna o no algún peso probatorio; o cuentan [o no] con relevancia para la decisión del caso. Como señala IGARTUA SALAVERRÍA: "*El salto que se da, desde lo que entra por los sentidos hasta las conclusiones a las que el juez llega, debe justificarse; al menos si pretendemos ser racionales, no arbitrarios*"(4). La declaración testifical acerca de ciertos hechos tiene que ser valorado críticamente por el juez desde una doble perspectiva. Por un lado, tiene que analizarse la calidad informativa de la declaración sobre la base de su coherencia interna, proximidad a los hechos y corroboración objetiva a través de otros medios de prueba; y, por el otro, a partir de la credibilidad personal que pueda merecer el testigo y que está supeditada a una serie de hechos, ya sea para aceptar su declaración o para descartarla(5) (v. gr. antecedentes, calidad moral, condenas, etc.). Ambos aspectos se encuentran indisolublemente unidos toda vez que la verosimilitud de la declaración depende en gran medida de la credibilidad del testigo del mismo modo que la credibilidad se ve influenciada poderosamente por la estructura, coherencia y precisión de la declaración(6).

Con todo, se debe partir de la premisa que los testigos no siempre dicen la verdad ni siempre mienten(7). En los testimonios, la

---

encontrarían los hechos notorios y (en el proceso civil) los hechos admitidos. En el segundo, las constataciones y la habitualmente llamada prueba directa".

(4) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 113.

(5) Cfr. TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 441.

(6) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 208: "el tratamiento de este medio de prueba requiere dos enjuiciamientos. Uno acerca de la credibilidad del testigo, para saber si lo declarado es lo que realmente conoce y si su testimonio es, por tanto, atendible. Y otro relativo a la calidad informativa de los datos transmitidos, o sea, a su *Adh*erencia a la realidad empírica".

(7) Cfr. ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, p. 10.

correspondencia de las declaraciones con la realidad de los hechos registran diversos tonos y escalas. No siempre una persona que quiere decir la verdad lo termina haciendo o quien quiere mentir siempre logra su cometido.

En la valoración del testimonio juega un papel descollante la denominada psicología del testimonio(8) que como rama de la psicología permite construir una serie de reglas, máximas y principios que ayudan a una ponderación racional de lo declarado como a determinar el grado de credibilidad del declarante(9). La psicología del testimonio es especialmente útil no solo para establecer la confianza en la declaración de las personas, sino particularmente en establecer el significado de los gestos, reacciones, posturas y actitudes de los testigos en juicio. Una cosa es el empleo del lenguaje convencional y otra muy distinta supone determinar el significado del lenguaje gestual o no hablado de la persona que declara que siempre presenta rasgos ambiguos de imprecisa significación(10). Esta clase de lenguaje es de

(8) Cfr. MANZANERO, A. L. y MUÑOZ, J. M, *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales*, Madrid, 2011; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 200; ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, p. 10, *Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio. Documento de Trabajo Interinstitucional*, Santiago de Chile, 2008. Desde el plano epistemológico se destaca su importancia, véase: HAACK, Susan, "Verdad y justicia, investigación y abogacía, ciencia y ley" (Trad. de Edison Otero Bello), en: *Ciencia, Sociedad y Cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2008, p. 283.

(9) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, pp. 150 y ss.: "En definitiva, la psicología, del testimonio, trata de minimizar –y en la medida de su desarrollo, lo logra– el error que pueda producirse en la valoración de la prueba testifical, precisamente el medio probatorio al que hoy en día aún se le sigue dando más importancia en el proceso penal".

(10) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 220 y 200: "la palidez del rostro, el tartamudeo y la inseguridad de la expresión o lo que se haga con las manos durante el interrogatorio, a ojos de un observador no especializado en esta clase de exámenes y sin otros datos y antecedentes del declarante que los formalizados que consten en la causa, lo mismo podrá

muy disímil y dispar significado y puede dar lugar a un sinnúmero de errores tanto para los legos en la materia como para los especialistas en la psicología del testimonio(11).

En todo caso, se deben criticar las prácticas judiciales muy asentadas y antiguas en nuestra realidad jurisprudencial acerca de la ponderación sumamente superficial, nada técnica, banal y carente de actitud crítica de las declaraciones testimoniales (como también las declaraciones de las víctimas) en las que se llegan a determinadas conclusiones, con base en inferencias inconscientes, creencias falsas, máximas de la experiencia que contravienen los principios de la psicología y que parten de premisas no objetivables(12). Tal vez en ninguna prueba como en la testifical se mantienen los mayores rezagos del sistema del libre convencimiento anclado en la íntima convicción y en la reiterada negativa de hacerla compatible con el deber de justificar las resoluciones judiciales(13).

La valoración del testimonio está sujeta a un análisis de una serie de elementos como la percepción, la memoria y la declaración sobre los hechos.

La percepción de los hechos por una persona está sujeta a una serie de factores personales (v. gr. edad, desarrollo de los sentidos, ausencia de enfermedad, patologías, consumo o no de alcohol, drogas, las expe-

---

significar miedo del culpable a ser descubierto en la escenificación de la mentira, que pavor del inocente a no ser creído en la afirmación de la verdad".

(11) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 202, 216 y 220.

(12) Cfr. ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, p. 10.

(13) En el caso del derecho español: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 210: "Nada más fácil que advertir la presencia de estos hábitos mentales en la cultura jurisprudencial al uso en tema de valoración del testimonio. Que es lo que explica la marcada propensión a confinar el asunto al terreno de lo inefable, de lo inexpresable con palabras, a excluirlo, por tanto, del ámbito de lo justificable, de lo susceptible de motivación, y, en fin, da razón de la pretensión de cerrar el paso a la crítica externa en este campo".

riencias previas, entrenamiento, inteligencia, expectativa, prejuicios, estrés, etc.) como a variables medioambientales (v. gr. duración del hecho, condiciones de iluminación, ubicación física del sujeto respecto al evento, distancia, si es de día o de noche, temperatura, etc.) que influyen de manera directa en su aprehensión y en la calidad de la percepción misma(14). La percepción condiciona en gran medida el testimonio, ya que una incorrecta percepción determinará una declaración incorrecta, bien por lo falsa o lo mendaz de la misma(15). Normalmente percibirá mejor quien está acostumbrado a atravesar por determinadas situaciones o quien conoce el asunto objeto de la percepción respecto a quien lo enfrenta y conoce por primera vez.

Debe tomarse en cuenta también la capacidad de memoria de la persona que observó el hecho, el tiempo transcurrido y otros factores que condicionan el recuerdo (existencia o no enfermedades, cuadros patológicos, etc.), ya que puede ocurrir que la persona haya percibido adecuadamente el hecho, pero luego no recuerde los aspectos esenciales del mismo, los confunda con otros o deliberadamente complemente los déficits de memoria con una narración propia (completa lo percibido) que termina por desfigurar y alterar lo que verdaderamente ocurrió en el suceso concreto. El sistema judicial de los diversos países

(14) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, pp. 152 y ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 206: "si la posición inicial del observador no ayuda nada a la calidad de la observación, el procedimiento de introducción, examen y valoración del resultado de la misma en la causa, lo hace todavía menos".

(15) Desde el terreno de la epistemología se destaca las limitaciones de la percepción y, en general de los sentidos, véase HAACK, Susan, *Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología* (Trad. de María Ángeles Martínez García), Madrid, Tecnos, 1997, pp. 111 y 112: "Nuestros sentidos son, en términos generales, capaces de detectar lo que sucede a nuestro alrededor, pero en circunstancias desfavorables puede que no veamos u oigamos claramente, y puede que no percibamos bien, y en circunstancias extremadamente desfavorables en las que los sentidos sufren grandes irregularidades podemos incluso 'percibir' algo que no está ahí".

registra muchas veces condenas erróneas dispuestas sobre la base de recuerdos equivocados(16).

El transcurso del tiempo también influye en el testimonio, propiamente en el recuerdo del mismo(17). Aquí se sostiene como una de las máximas más importantes que la solidez y durabilidad de un recuerdo están relacionadas con las circunstancias emocionales en las que se lo ha adquirido (*Joaquim Fuster*). Frente a un mismo acontecimiento no todas las personas recuerdan los hechos de manera igual ni todas las personas tienen facilidad para recordar determinados fenómenos; v. gr. unos recuerdan mejor sonidos que elementos visuales, otros recuerdan mejor personas que cosas o a la inversa(18). El estudio científico de la memoria destaca que el recuerdo es un fenómeno complejo que puede dar lugar, ya sea espontáneamente o por condicionamientos externos, a modificaciones inconscientes de la percepción original(19).

Las limitaciones y problemas en la percepción no solo se presentan en la prueba testimonial, sino en otras clases de pruebas como el reconocimiento en rueda o el reconocimiento en fotografías(20).

Por último, el testigo o declarante también tiene que reproducir de manera adecuada y correcta lo que percibió y recuerda del hecho, toda vez que una deficiente y pobre transmisión lingüística (comunicación) del suceso que percibió puede significar una mutación esencial de lo percibido por lo que el testimonio no será fidedigno. La reproducción

(16) Cfr. ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, p. 10, quien citando a Loftus señala: "la historia del sistema judicial de Estados Unidos, al igual que la de otros países, está llena de condenas erróneas impuestas sobre la base de memorias equivocadas".

(17) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 205.

(18) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 155.

(19) Cfr. ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, p. 10.

(20) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 206.

de lo percibido está influenciado no solo por el empleo de un lenguaje adecuado, sino por una serie de factores; v. gr. nerviosismo, cansancio, la inhibición frente a los actores del proceso penal (jueces, fiscales, abogados), la hostilidad o la violencia de quien interroga, la sugestión de las preguntas, la experiencia de concurrir o no a los estrados judiciales, la escasa cultura, el temperamento del declarante, el empleo de lenguaje excesivamente técnico de quien pregunta.

En el testimonio es muy importante prevenir los casos de sugestión del testigo por parte de terceros(21) (policía, Ministerio Público, conversación con otros testigos) y también se ha de ponderar que muchas veces el testigo cuando concurre a declarar más de una vez en el proceso tenderá a reiterar lo ya dicho o simplemente buscará repetir no lo que realmente observó, sino lo que ha declarado en una ocasión anterior(22), por el sencillo expediente de mantener la credibilidad a su declaración o evitar consecuencias jurídicas perjudiciales por haber rendido supuestamente una declaración falsa (falso testimonio). El hecho de recibir la misma información de manera repetida y constante hace que el sujeto normalmente asuma determinados sesgos e inclinaciones no tanto a decir cuánto vio, respetando la fidelidad de la percepción, sino a acoger la versión que recibió o que le parece más creíble(23).

c) La fundamentación de las "*constataciones judiciales*"

La afirmación de que todas las pruebas admitidas, actuadas y relevantes para el hecho deben fundamentarse de manera adecuada

(21) Cfr. ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, p. 10, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 205.

(22) Cfr. ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, p. 10, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 153.

(23) Cfr. ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, p. 10.

también alcanza a la *constatación judicial* (v. gr. inspección ocular, careo, etc.). Un sector doctrinal considera que las constataciones judiciales no necesariamente deben estar justificadas en cuanto se trata de una prueba de percepción directa que realiza el juez o a lo sumo se reclama que haya una referencia genérica a la realización de la prueba. La motivación se resumiría en la constatación de esa expresión(24).

Empero, otro punto de vista, que es el que adoptamos, considera que también esta clase de prueba debe encontrarse suficientemente justificada tanto en el contenido, peso y eficacia directa; dejando presente de manera precisa qué hecho se constata o verifica y cuál es el alcance e, incluso, la relevancia de dicho acto; ya que puede ocurrir que una vez producida dicha diligencia judicial no se llegue a ningún resultado relevante; o el mismo sea parcial, limitado, de tal manera que su valor probatorio sea débil. Asimismo, la adecuada justificación de la constatación permite controlar su eficacia, ponderándola con otros medios de prueba que pueden tener igual o mayor relevancia probatoria llegando, incluso, a restarle mérito, más aún cuando se estima, con razón, que la constatación no es un prueba infalible, completamente certera y absolutamente fidedigna sobre todo en aquellos casos en los que el juez –o en general el órgano de justicia– incurre en un falsa percepción o en cualquier otro error (v. gr. no documenta la totalidad del acto).

El TC peruano ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la obligación de motivar la constatación judicial, señalando que se debe justificar por qué luego de que un órgano jurisdiccional que ordenó la realización de una *diligencia de* verificación (*inspección ocular*), la misma que se logró llevar a cabo, dicho órgano no consideró necesario

(24) En ese sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 182: "la razón parece clara: el juez solo puede verificar un enunciado de percepción (una 'constatación') constatando los hechos que describe, de manera que justificar ese enunciado, o sea aportar razones que apoyan su verificación, consiste simplemente en enunciarlo, o si se quiere, en manifestar que el enunciado es verdadero porque los hechos que se describe se han percibido".

pronunciarse sobre el valor probatorio de dicha prueba. En su razonamiento se precisó que: "Naturalmente, no se trata de condicionar el raciocinio del juzgador en uno u otro sentido (aspecto que no sería revisable a menos que denote manifiesta irrazonabilidad de proceder) pero sí de exigir, en salvaguarda de la objetividad del proceso, un análisis ponderado de lo que a la luz de los medios probatorios actuados, se encuentra o no acreditado. De no procederse de la forma descrita, el proceso, más que un instrumento encaminado a la búsqueda de la verdad jurídica, se tornaría en un juego anárquico donde las pruebas, antes que elementos de obligada referencia en torno a la acreditación de los hechos controvertidos, representaría una ruleta de absurdas discrecionalidades, donde unas cosas se optimizan y otras en cambio, se minimizan o mucho peor aun, se ignoran por completo"(25).

d) La motivación de las máximas de la experiencia

También debe justificarse de manera suficiente cada vez que el órgano jurisdiccional recurra a las *máximas de la experiencia*, las cuales deben estar explicitadas de manera precisa, identificándolas, fijando su contenido y la inferencia correspondiente(26). El empleo de las

(25) Véase la STC del **Exp. N° 00917-2007-PA/TC**, caso: HV S.A. Contratistas: "La impresión que tiene este Colegiado es, como ya se adelantó, que la Sala emplazada ha optado por el fácil expediente de arribar a conclusiones sólo en función de los argumentos por los que discrecionalmente ha optado, sin una justificación razonable o elementalmente ponderada que la haya llevado a decidir, el por qué minimizó o peor aún, ignoró las pruebas que ella misma propuso realizar. Tal modo de proceder, representa a no dudarlo, una inaceptable transgresión del derecho a probar específicamente dentro de aquella variable que exige del juzgador un necesario como razonado pronunciamiento en torno de las pruebas por él actuadas".

(26) **Exp. N° 00728-2008-PHC/TC**, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares: "si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando esta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde

nociones del sentido común y en especial de las máximas de la experiencia debe ser efectuado de manera cuidadosa y siempre de modo crítico; de tal forma que si la máxima de la experiencia no cuenta con el suficiente respaldo y fundamento cognoscitivo, la misma no puede ser utilizada para justificar una inferencia, una conclusión o un determinado resultado probatorio en el proceso. Si la base y fundamento cognoscitivo de la máxima de la experiencia es inexistente, es débil, nimio o profundamente discutible, debe buscarse otra máxima que posea un mejor sustento o debe optarse por una justificación plausible que tome en cuenta los criterios consolidados en el contexto cultural que sirve de referencia(27).

Según una extendida opinión, las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso. Como su propio nombre lo indica su origen procede de la experiencia y en particular de la observación de ciertos fenómenos, conductas y hechos frecuentes o que acontecen con cierta normalidad. Su formulación es independiente de los casos particulares de cuya observación se han inducido. Por esta razón es que pretenden tener validez para otros casos nuevos(28). No hay campo de la actividad social, económica y en general humana que escape a la posibilidad de construir máximas de la experiencia(29).

El empleo de las máximas de la experiencia debe partir de un amplio consenso cultural y social en el contexto histórico determinado en donde se lleva a cabo la decisión. Se obtienen normalmente de la

---

a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene".

(27) Por todos, TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 272.

(28) Por todos, STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Bogotá, Temis, 1988, p. 107.

(29) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 111; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 339.

observación de una serie de casos semejantes que poseen particularidades y aspectos comunes entre sí. Toda máxima de la experiencia debe contar con una cierta base empírica y debe asentarse en consideraciones sociales y humanas que se perciben mediante los sentidos. Por ello, se exige que las máximas de la experiencia deban ser también probadas y estar debidamente sustentadas en hechos ciertos y concretos(30).

Las máximas de la experiencia constituyen elementos que permiten vincular un hecho con otro. Dichas máximas se basan en reglas de sentido común y son extraídas de la experiencia social cotidiana(31) y para algunos, incluso, se pueden obtener de los libros jurídicos(32). Se trata de generalizaciones empíricas que se refieren a la conducta humana en su dimensión individual y social(33). Sin embargo, tras este conjunto de reglas se aglomeran muchas veces una serie de valoraciones morales, prejuicios, refranes de sabiduría popular, ideas propias de la mass media por lo que recurrir a dichas generalizaciones es abiertamente riesgoso.

La configuración de las máximas de la experiencia se produce a partir de la inducción ampliativa y como toda inducción sus resultados o conclusiones no son verdaderos, sino solo probables(34). Sobre la

(30) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 288.

(31) Véase, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 210; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 286, quien afirma que: "resulta impensable que alguien –incluido el juez– pudiera prescindir, en el ejercicio de cualquier actividad de indagación o valoración, de los datos o el bagaje de conocimiento que proporciona la experiencia social acumulada"; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 111; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 339.

(32) Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 283.

(33) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 148.

(34) Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 86; ANDRÉS IBÁÑEZ,

base del análisis de un conjunto de casos se procede a establecer sus elementos comunes y a efectuar una generalización(35). Hay que valorar la naturaleza específica de las máximas(36). No es correcto emplear máximas no generales o de contenido ciertamente dudoso.

Los requisitos que se exigen en las máximas de la experiencia son los siguientes: i) Debe tratarse de máximas aceptadas en el ambiente sociocultural en que el juez se desarrolla y mueve, a modo de patrimonio de la cultura media. No se aceptan como reglas las generalizaciones del propio juez o las que se extraen de su propia percepción del mundo, su particular cosmovisión de las cosas, su ideología o religión; ii) Las máximas de la experiencia no deben estar contradichas por los conocimientos científicos vigentes y aceptados en la comunidad; iii) Las máximas no deben oponerse a otras máximas de semejante valor que se apoyan en el sentido común, en la experiencia o en la observación(37).

En efecto, la posibilidad de aplicar una máxima de la experiencia está supeditada a que la misma no sea incompatible con otra máxima de la experiencia. La confianza en las máximas de la experiencia depende de que las premisas sobre las que descansa la inducción se encuentren correctamente elaboradas y que a su vez no existan máximas de la experiencias mejor fundadas o que ofrezcan una mejor explicación a ciertos hechos(38).

Como se trata de razonamientos complejos que poseen particularidades propias su empleo debe ser evaluado en cada caso concreto.

Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 287; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 125.

(35) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 111.

(36) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 424.

(37) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 150.

(38) Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 86.

No se debe partir de la idea que su uso siempre garantiza resultados confiables(39). Una máxima de la experiencia y el mismo sentido común no ofrecen por sí mismo ninguna garantía de fiabilidad, al margen del número y calidad de las personas que le den crédito y del contexto cultural en el que se desarrollan. Muchas veces las máximas se confunden con los prejuicios o las creencias que no hacen más que manipular, esconder o camuflar la realidad. El juez debe ser consciente de las limitaciones de las máximas de la experiencia y del uso ingenuo y no pocas veces prevenido que ello implica. Debe tomarse en cuenta, como señala Taruffo, que "*el valor de verdad de los juicios que el juez formula depende directamente del fundamento racional y cognoscitivo de las inferencias de las que esos juicios se derivan. Cuanto más profundo sea el análisis crítico de las nociones que el juez utiliza, tanto más fiables serán las inferencias probatorias que llevan a confirmar las hipótesis sobre los hechos*"(40).

Si un juez aplica una máxima de la experiencia (por ejemplo, la máxima "no puede ser cometido un homicidio sin la orden de un jefe territorial de una organización criminal", que sirve de premisa mayor de la conclusión probatoria que el homicidio fue ordenado por el jefe) no solo debe plantearse racionalmente como un requisito de la conclusión, sino que se reclama también como una exigencia de justificación de la premisa respecto a cuáles son los elementos objetivos (pruebas o hechos) de los que parte para llegar a dicha conclusión. Si el juez no motiva la premisa externa que sirve de cobertura de su razonamiento incurrirá en una falta de justificación externa. Una situación completamente distinta ocurre si se trata de la aplicación de una ley científica que se encuentra universalmente aceptada y reconocida como es la ley de la gravedad de la que no es necesario se justifique su validez. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con las leyes científicas

(39) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 146; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 211.

(40) TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 240.

aceptadas, toda máxima de la experiencia debe encontrar un adecuado sustento material y una necesaria fundamentación.

Las reglas de la experiencia por su misma naturaleza son variables en el tiempo y están condicionadas por cada ámbito cultural en el que se desarrollan(41). No se trata de reglas fijas, pétreas e invariables. Hay ocasiones en que tanta es la relatividad de la supuesta máxima que tribunales de un mismo país consideran criterios antagónicos como que "*el jefe de una organización no siempre autoriza todos los asesinatos*", y su contrario: "*es imposible que el jefe de la organización no haya sabido e intervenido en el homicidio*"(42).

Las máximas de la experiencia son muy útiles en la prueba del dolo y, en general, de todos los elementos subjetivos del injusto penal (v. gr. tendencia interna trascendente). No existen aún pruebas científicas, de carácter psicológico o de otra índole, que permita acreditar de manera razonable y convincente la prueba del dolo y que sustituyan el valor de las máximas de la experiencia(43).

La interpretación de las máximas de la experiencia se inicia sobre la base de percepciones y a una comprensión de determinados hechos o situaciones en las que participa el hombre en sociedad. El juez se enfrenta muchas veces a una labor de generalización personal en la medida en que no existe ni regulación de los criterios de la experiencia ni un repertorio que las recoja, además, que el contexto sociocultural

(41) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 111.

(42) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 149.

(43) Cfr. FERRUA, PAOLO, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 227, de manera amplia se refiere: "inferencias de este tipo seguramente tienen muy poco de científico, aunque derivan ellas también de generalizaciones empíricas (implícitas). Dan origen a lo que puede llamarse como una opinión correcta, plausible: algo más que la simple posibilidad lógica o física y algo menos de lo que podemos considerar conocimiento verdadero, puesto que no están basadas en evidencias estadísticas, ni en leyes rigurosamente controladas".

en el que se ubican las máximas es sumamente variable. Incluso, los niveles de generalización son mudables de juez a juez y varían en distintas zonas geográficas. A diferencia de las leyes científicas que se encuentran sometidas a contrastación y al consenso de la comunidad científica –la que puede criticar o invalidar sus alcances–, las máximas de la experiencia no están sometidas a esquemas de refutación rigurosos ni se predica de las mismas un consenso total y pleno.

II) LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PRUEBA DIRECTA Y LA PRUEBA INDIRECTA

1. La prueba directa es aquella que versa directamente sobre los hechos que se pretenden probar, tal como ocurre con la prueba documental y testifical. En esta clase de pruebas, el conocimiento judicial surge directa e inmediatamente del medio de prueba. Según algunos no se necesita aquí razonamiento o inferencia alguna. La jurisprudencia española consideró en algún momento que la prueba directa es la "*que de forma inmediata ofrece un contenido probatorio concreto en tanto surge de él espontáneamente, la posibilidad de su valoración* [STS 572/1996]".

Por su parte, la prueba indirecta –llamada también prueba crítica, circunstancial o indiciaria– es aquella que no versa de modo directo sobre el hecho que se pretende acreditar, sino sobre otros hechos (secundarios). Aquí la formación del conocimiento judicial requiere de un razonamiento previo o de una inferencia, la cual debe estar sujeta a un riguroso control de racionalidad(44). La prueba de indicios

(44) Cfr. CLIMENT DURÁN, CARLOS, *La Prueba Penal*, p. 85. El TC peruano en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares ha señalado que: "Y es que, si bien los hechos objeto de prueba de un proceso penal no siempre son comprobados mediante los elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudirse a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro lado, y en esta segunda modalidad que se haga referencia a los indicios y a las presunciones. En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un 'hecho inicial-indicio', que no es el

no acredita de manera directa la tipicidad o los elementos del injusto penal, sino que a partir de ciertos hechos periféricos debidamente probados mediante el despliegue de una serie de razonamientos e inferencias permite probar los elementos del delito. Se trata en buena cuenta de establecer el nexo lógico y normativo que hay entre unos hechos probados (indicios) y otros hechos (elementos del injusto) que se pretende probar(45).

2. Algunos autores y un sector de la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, consideran que la prueba directa goza de un mayor grado de calidad y credibilidad que la prueba indirecta y que por sí sola puede fundar la decisión del juez sobre el hecho principal; v. gr. confesión, testimonio, documento, pericia. La versión canónica o tradicional de la prueba directa destaca lo que sigue: i) el hecho que se busca probar surge directamente, sin mediación alguna, ni necesidad de mayor esfuerzo intelectual del medio o fuente de prueba; ii) Es posible que de manera autónoma y propia se encuentre en condiciones de fundar la decisión judicial sobre los hechos en tanto que da cuenta de lo que ha ocurrido en la realidad.

Como consecuencia de esta premisa es que se enfatiza la necesidad de una mayor motivación de la prueba indirecta (prueba de indicios), de tal manera que se habla de una motivación reforzada, más intensa y especial que el deber de motivar la justificación de la prueba directa; v. gr. testimonio, pericias, etc. Se considera que la prueba de indicios adolece de serios defectos y que posee ciertos riesgos estructurales como la posibilidad del azar, la contingencia de los indicios, la inseguridad del dato o hecho probado, el error en la

---

que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del 'hecho final-delito' a partir de una relación de causalidad 'inferencia lógica'".

(45) Cfr. MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 105 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 195; PASTOR ALCOY, Francisco, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, pp. 46 y 111; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 97.

inferencia, entre otros factores, situación que hace que se exija una mayor motivación cuando se utiliza dicha prueba. Por ello, es famosa la expresión del TC español en el sentido de que "*sin duda, la prueba directa es más segura y deja menos márgenes de duda que la indiciaria*" (STC 174/1985 fj. 4). A ello se agrega la consideración de que a la prueba directa (v. gr. el testimonio, la declaración de la víctima, etc.) se le reconoce un menor grado de dificultad y menor riesgo de error que la prueba indiciaria derivada de que (supuestamente) no requiere de una operación mental y un complejo razonamiento tan especial como el de la prueba indiciaria. Se parte del criterio de que quien ve, percibe o da fe de un hecho que le consta permite establecer conclusiones más fiables respecto de quien solo razona y no ha tenido un contacto directo con los hechos. La prueba indiciaria posibilitaría en este sentido, el subjetivismo judicial, favorecería un cúmulo de errores en la valoración y, por tanto, en la motivación de la prueba. No es que se trate de una prueba prescindible, inútil y cuyo uso se debe evitar, sino de una prueba menos segura y fiable en sus resultados.

Sin embargo, a este criterio se le critica señalando que tanto la prueba directa como indirecta requieren de un razonamiento probatorio de carácter inductivo cuyo resultado ha de evaluarse en términos de probabilidad(46), por lo que no es correcto inclinarse a priori por el mayor grado de certeza de la prueba directa sobre la prueba indirecta(47). Lo que existe en el caso de la prueba indirecta, respecto a la prueba directa,

(46) Por todos, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 389; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 205; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 130.

(47) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, pp. 194 y 206; FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), pp. 223 y ss.; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 165; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 116, 131 y 218; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 85.

es que para llegar a una determinada conclusión hay una mayor cantidad de pasos inferenciales(48). En la prueba directa hay por lo menos dos pasos inferenciales y no solo uno como usualmente se afirma(49). Por tanto, no existe una diferencia cualitativa entre ellas, como no es posible sostener que una ofrezca mayores garantías que la otra(50).

3. La prueba directa no está dotada de un mayor grado de confianza que la prueba indirecta como tampoco vale más, genera efectos vinculantes o lleva inexorablemente a la certeza judicial(51). El testigo no habla por sí solo, necesita el interrogatorio para hablar y respon-

(48) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 82: "desde el punto de vista de la estructura del procedimiento probatorio, en efecto, no hay diferencias sustanciales entre las llamadas pruebas directas y las indirectas; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 94; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 160; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 130; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 207; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 173.

(49) Cfr. IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 203.

(50) Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 94; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 205; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 130.

(51) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 224: "la prueba crítico-indiciaria no es de por sí intrínsecamente más débil que la histórica (no se sostiene v. gr. Que la presencia de un imputado en determinado lugar esté mejor documentada por un testimonio que por una huella digital)"; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 206.

der(52). Esta clase de prueba también está sometida a una serie de controles, v. gr. la valoración de la prueba testimonial depende de la credibilidad, antecedentes del testigo, de sus percepciones como de su memoria, el documento está sometido al control de su autenticidad(53). Por esta razón, se sostiene que una prueba directa sometida a contrapruebas y a una fase crítica como es la credibilidad intrínseca (v. gr. persona condenada por falsa declaración, en el caso de testigo a la acreditación de los móviles espurios, la enemistad, odio, rivalidad, etc.) o extrínseca del testimonio puede tener un menor grado de confirmación de la hipótesis que la valoración de una prueba indirecta(54).

La doctrina destaca la divergencia que media entre la ponderación del testimonio en el campo jurisdiccional y el tratamiento que se tiene del testigo y su declaración en la psicología del testimonio así llamada. Mientras que en sede judicial se considera que el testigo es un medio de prueba de excepcional valor en el que la obtención del conocimiento de los hechos se logra de la manera más pura y acabada posible; de tal forma que constituye la prueba *par excellence*; en el campo de la psicología se considera a esta prueba como una fuente inagotable de errores, defectos, vacíos y problemas, siempre abierta a la imprecisión y las equivocaciones; llegándose a considerar al recuerdo defectuoso no la excepción, sino la regla(55). Quien es testigo y más aún si se trata

(52) Cfr. IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 204.

(53) Cfr. TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 441; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 160; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 82: "la idea de que la prueba directa es la que menos puede conducir a error judicial hay que ponerla en cuarentena".

(54) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 130.

(55) Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 301: "todo jurista práctico sabe cuán inseguras son, las más de las veces, las declaraciones de los testigos: deficiencias de percepción, de interpretación y de recuerdo, impre-

de una víctima, tiene una clara e inobjetable relación emocional con el suceso que más allá de perturbar el relato, lo convierte en un hecho individual y subjetivo(56), normalmente alterado, en el que difícilmente se puede predicar la imparcialidad y la objetividad, requisitos esenciales que derivan de la propia definición de testigo.

En realidad, la prueba testimonial, y en general la prueba histórica, es estructuralmente más compleja que la prueba indiciaria. La prueba indiciaria implica un pasaje de un hecho base al hecho indicado; mientras que en la prueba testimonial los pasajes son: i) La percepción de los hechos ocurridos; ii) La fijación en la memoria del recuerdo de los hechos percibidos en el que la memoria pura, completa y limpia no existe, sino un proceso mnésico complejo en el que hay una selección de recuerdos(57); iii) La expresión en palabras de lo percibido y recordado con el empleo del lenguaje concreto del emisor de los aspectos que considera relevantes del hecho; iv) la interpretación de las palabras y, en general, de la declaración prestada del testigo que realiza el receptor del testimonio; v) la determinación con base en la declaración de si la proposición enunciada por el testigo es verdadero o falsa. En la prueba testimonial, la inferencia puede ser confiada a una mera afirmación que no es más que un acto de fe que se sintetiza en *le creo porque lo dice*(58).

---

cisión de la expresión"; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 204 y 216: "las aportaciones testificales, aun cuando procedan de quien actúa con el firme propósito de ser fiel transmisor de lo percibido, puedes experimentar sensibles desviaciones de la realidad"; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 92.

(56) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 216: "el testigo de hechos que, por sus características de excepcionalidad y dramatismo, le hayan afectado ética y emocionalmente de forma intensa, nunca es un observador desinteresado, ni, por tanto, buen observador, sobre todo si se trata de datos fisonómicos. Estas afirmaciones son todavía más pertinentes en el caso de las víctimas".

(57) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 216.

(58) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 253: "la inferencia corre el riesgo –si no tomamos las debidas

4. Si bien la legislación de los diversos países disponen de una serie de mecanismos que buscan garantizar la veracidad de las declaraciones testimoniales (v. gr. el juramento, la configuración del delito de falso testimonio), lo cierto es que por más cautelas que despliegue el legislador o el juez nunca podrá eliminar del todo el error y la escasa fiabilidad que es consustancial a esta clase de prueba. En ese sentido, el control más adecuado que se ha implementado hasta ahora, no sin otras prevenciones, es el examen cruzado que posee indiscutibles ventajas respecto a la narración ininterrumpida que se gesta solo ante el juez. En efecto, el examen cruzado permite cubrir dos necesidades inmediatas. Por un lado, la explotación de todos los puntos favorables de la parte que ha propuesto el testigo y, por el otro lado, ofrece la posibilidad de que la otra parte refute y controle el contenido de las declaraciones a través del contrainterrogatorio(59).

La relativización de la diferencia de la prueba directa o indirecta lleva consigo a exigir que cualquier clase de prueba –siempre que sea pertinente al hecho y posea un peso– deba en todo momento, sin excepción alguna, de justificarse de manera adecuada y suficiente(60). En efecto, no se puede marcar un distinto estándar de motivación para los casos de prueba directa que para los casos de prueba indirecta. Debe rechazarse

---

precauciones– de ser confiada a la menos científica y a la más incontrolable de todas las inducciones, es decir, la que se funda en un simple acto de fe: le creo porque lo dice"; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 204 y ss.

(59) Ibídem, p. 254: "en el examen cruzado toda influencia que se intente ejercer en el testigo, para orientarlo en una dirección u otra –como a veces es indispensable para la eficacia misma del examen– se lleva a cabo a la luz del día, en presencia de los directores antagonistas y bajo el control del juez; y mientras aquellos pueden rechazar cualquier abuso en la formulación de las preguntas, el otro puede evaluar el diálogo, del que él mismo ha sido árbitro, con una distancia y con una lucidez que nunca podrá haber tenido si a la vez hubiera sido el protagonista".

(60) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en: *Doxa*, N° 12, p. 292; FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 224.

el planteamiento que sugiere un doble estándar de justificación, sea que se trate de una prueba directa o sea que se trate de una prueba indirecta. En ambos casos, se reclama el cumplimiento suficiente y completo de justificar cada una de las conclusiones a las que se arriba(61).

La mayor, menor o nula credibilidad de un testigo debe fundamentarse en razones suficientes como también debe motivarse la inferencia que enlaza el indicio con el hecho probado. La valoración de la prueba directa no puede llevar a pensar que es más sencilla y fácil que la valoración de la llamada prueba indirecta o que la naturaleza de la misma, sustentada la mayoría de las veces en el principio de inmediación, libera por completo del deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales.

Si bien el juez penal es libre para decidir debido a que no está vinculado a reglas legales de la prueba y puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso, empero, que cuando esta sea utilizada, quede debidamente fundamentada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente justificado en la resolución que la contiene(62).

---

(61) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 173: "tesis que descansa sobre el argumento erróneo, a nuestro juicio, de que en la prueba directa surge de forma directa y espontánea el hecho que se pretende acreditar".

(62) **Exp. N° 00728-2008-PHC/TC**, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares: "Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si ésta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde, solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139°,

5. La prueba indiciaria es una prueba cuyo centro de gravedad se encuentra en la aplicación de las reglas de la lógica y el empleo adecuado de las inferencias entre los datos o hechos conocidos (indicios) y un hecho desconocido y que justamente se pretende probar. No siempre el valor de la prueba indiciaria será el mismo en todos los casos y circunstancias. Su peso, grado de convicción y fiabilidad depende de una serie de factores y elementos, en especial de los datos conocidos (hechos probados) que permiten construir una inferencia fiable y adecuada hasta alcanzar una conclusión segura. Por esta razón, la doctrina concuerda en señalar que puede hablarse de indicios fuertes y débiles, y de inferencias que a partir de los hechos conocidos permiten arribar a conclusiones seguras, fiables y determinadas, pero que en otras ocasiones solo permiten llegar a inferencias abiertas, débiles o indeterminadas. En efecto, no todos los indicios facilitan llegar a una misma conclusión ni siempre surgen las mismas inferencias por lo que el juzgador deberá tener extremo cuidado para considerar que de ciertos hechos que se consideran probados siempre y en todo lugar se puede llegar a una sola conclusión. En los casos que se concluye que uno o varios indicios consolidan una conclusión e inferencia posible de carácter incriminatorio, pese a que un análisis y

inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio), el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos. Sobre el particular, la doctrina procesal penal aconseja que debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido, sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio pero de singular potencia acreditativa. En cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar, y cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí".

lectura posterior de los hechos arroja la posibilidad de llegar a otras hipótesis alternativas, termina afectando la presunción de inocencia y el debido proceso(63).

El **Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22** de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: "*Que, respecto al indicio, (a) éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son–, y (d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí– (...); que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo*".

El TC peruano ha recordado que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos. El órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual,

(63) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 196.

partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima). El TC considera que es válida, por ejemplo, la vigencia práctica de un cierto control, incluso del uso de las máximas de la experiencia, pues, de no ser así, cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada(64).

(64) **Exp. N° 00728-2008-PHC/TC**, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares: "si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene".

El TC español también en reiterada jurisprudencia (**STC N° 229/1988; STC N° 123/2002; 135/2003; 137/2005**) ha sostenido que "el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales. Los indicios han de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento, en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito (...). En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues (...), que el órgano judicial explicite no solo las conclusiones obtenidas sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en

6. En realidad, la motivación de la prueba de indicios no es ni más ni menos compleja que la justificación de la prueba directa(65). Se trata de una clase de prueba que posee una distinta estructura y metodología, la cual a partir de un hecho cierto, concreto o de un conjunto de circunstancias debidamente probadas se llega a una determinada conclusión realizando para ello una serie de inferencias y esquemas de razonamiento. La fundamentación de la prueba de indicios más que reparar en la conclusión o en el resultado probatorio debe esforzarse por sustentar de manera específica, concreta y meticulosa la inferencia empleada, el nexo lógico y secuencia entre el hecho secundario que se da por probado y el hecho principal que se pretende probar con el mismo(66). La justificación de dicha prueba y el control correspondiente debe recaer en el esquema y razonamiento (inferencia probatoria). La importancia de la prueba de indicios ha llevado a sostener a un sector calificado de la doctrina que en determinadas circunstancias la prueba indiciaria permite llegar a conclusiones más seguras y fiables que la simple declaración de testigos(67).

---

casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no solo si ha existido actividad probatoria, sino si esta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales".

(65) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 207: "En suma, también en la denominada prueba directa el discurso de la sentencia habrá de ser lógico y responder a las máximas de la experiencia, ser expreso, de tal modo que, entre otros aspectos fundamentales, se asegure la posibilidad de recurrir con garantías la decisión. La motivación, en todo caso, ha de ser fundamental. También para la prueba directa debe regir el criterio de que lo mejor es que sea plural. Sólo así, con estos criterios de valoración de la prueba –¡también para la denominada prueba directa!– se puede reducir al mínimo posible el error judicial".

(66) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 183; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 206.

(67) Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, p. 106.

III) LA MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y ORALIDAD

1. El principio de inmediación, tal como ahora se conoce, aparece en la escena del derecho moderno como una exigencia derivada del proceso penal oral y público propio de la ideología liberal de la ilustración que se oponía al proceso inquisitivo, escrito y secreto(68).

El *principio de inmediación* supone la ausencia de intermediarios entre la prueba recibida y el órgano jurisdiccional que la recibe y se lo extiende, muchas veces, a la idea de la identidad física del juzgador, dado que se exige que el juez que dicta sentencia debe ser el mismo que está presente en el debate oral, público y continuo(69). Se alude aquí a una percepción u observación inmediata y directa de la prueba en el proceso(70). En sentido amplio, y no limitado a la actividad probatoria, se entiende por inmediación la relación directa (inmediata) que tiene el juez con las partes y con la realización de ciertos actos procesales, sin que medie obstáculos o interferencias. La inmediación hace referencia a un elemento temporal (proximidad cronológica) en el que hay presencia simultánea de varios sujetos en el mismo lugar y la posibilidad de que entre ellos puede haber interacción oral de informaciones(71).

---

(68) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 192: "en cualquier caso, lo cierto es que el par oralidad-inmediación quedará definitivamente consagrado como seña de identidad y connotación básica del modelo ideal de enjuiciamiento en materia criminal".

(69) Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1960, T. I, p. 488; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 193; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 344.

(70) Cfr. FLORIÁN, Eugenio, *De las Pruebas Penales* (Trad. de Jorge Guerrero), Bogotá, Temis, T. I, p. 188.

(71) Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1973, T. I, p. 330.

La inmediación viene a ser así el contacto directo con los hechos, las partes y las pruebas(72).

El fundamento de la inmediación reside en el hecho de que para lograr una mejor decisión debe haber un contacto directo y una relación inmediata con los medios de prueba, situación que no se logra cuando se interpone un obstáculo que entorpece dicho conocimiento o que en el mejor de los casos lo posibilita, pero con excesivas limitaciones que no hacen fiable la formación de la decisión judicial(73). La regla es que el juzgador debe percibir de manera directa la prueba y todas las actuaciones del proceso, en especial, las del juicio oral por lo que no debe estar distraído durante la actuación de la prueba (interrogatorio de testigos, peritos, oralización de documentos, etc.), los informes, ni cometer actos indolentes dentro del desarrollo del plenario, v. gr. cerrar los ojos, dormirse, ni debe firmar resoluciones o documentos que le alcanzan otros funcionarios judiciales. Por tanto, ha de prestar atención a todos y a cada uno de los actos del proceso y en particular del juicio oral, sin excepción alguna(74). Un sector de la jurisprudencia alemana ordena la repetición del juicio con nuevos magistrados cuando se infringe esta garantía.

2. Dicho principio como contenido del debido proceso tiene como finalidad conceder al Tribunal o a quienes juzgan la impresión más directa y clara que fuera posible de las personas o hechos que son materia de controversia y de los medios que pueden ayudar a

(72) El TC peruano en la Sentencia del **Exp. N° 1030-2007-PHC/TC**, caso: César Augusto Novoa Chávez ha precisado que: "El principio de inmediación, por su parte, procura que el juez tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta al mismo".

(73) Cfr. ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 18.

(74) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 77: "no hay partes en el plenario más o menos importantes que requieran mayor o menor atención del juzgador: todo el plenario es y debe ser esencial".

resolverla(75). Busca una mayor eficacia y razonabilidad en el fallo(76). La inmediación exige dos cosas: 1° **Que el tribunal o los órganos que desarrollan funciones equivalentes deben observar por sí mismos la prueba**, las imputaciones y descargos que se les presenta [*inmediación de la prueba*] y no deben dejar esa tarea en manos de terceros; y 2° **El tribunal, o en general quienes juzgan, deben extraer los hechos de la fuente y no pueden utilizar equivalente probatorio alguno, debiendo interrogar personalmente a los acusados y a los testigos**(77). Dicho principio correctamente entendido debería conducir a lograr el examen original y auténtico de las fuentes de prueba, debiéndose descartar la posibilidad de que el juzgador acceda a dicho conocimiento a través de fuentes secundarias no fidedignas que se han obtenido en momentos anteriores al proceso o al juicio mismo(78).

La premisa de la que parte el principio de inmediación es que para decidir sobre el objeto del proceso, en especial la limitación o no de un derecho fundamental, es necesario tener una relación directa, personal e inmediata con las partes procesales y en particular con las pruebas aportadas. El juez o el tribunal no puede dejar la recepción de la prueba a cargo de terceros [*inmediación formal*], ni delegarla, ni asumirla en su integridad sin practicar diligencias necesarias que la pongan en contacto con ella [*inmediación material*].

Los jueces para conocer y decidir recogen, sin intermediario alguno, las impresiones personales de todos los actos procesales y de la prueba. Si la meta de todo proceso es buscar la verdad material dicha meta se obtendrá de mejor forma si el juez se entiende directamente con las partes y con las pruebas, que si lo hace de manera indirecta(79).

---

(75) Cfr. BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, p. 86.

(76) Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. I, p. 488.

(77) ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, p. 394.

(78) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 196.

(79) Véase, DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos, *El principio de la inmediación dentro del sistema formal de la oralidad*, pp. 791 y ss.

El TC peruano, a lo largo de su jurisprudencia, ha precisado que el principio de inmediación conforma el derecho a la prueba y que: "De acuerdo con el principio de inmediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria"(80). No se respeta el principio de inmediación en aquellos casos en los que, ya sea por la ley o por los órganos de justicia, se permite que un juez reciba y tenga una relación inmediata con los medios de prueba y sea otro juez quien se encargue de fallar el proceso(81).

El principio de inmediación, si bien informa toda forma de proceso, no tiene la misma configuración ni la misma intensidad en los diversos procedimientos, ya que como señala el TC peruano: "el principio de inmediación no significa necesariamente la exigencia de oralidad, pues entender la oralidad como condición sine qua non para la realización del principio de inmediación en el proceso constitucional supondría deducir que cuando no hay informes orales el Tribunal no puede resolver. Cosa distinta ocurre en algunas etapas del proceso penal en las que la relación entre la inmediación y la oralidad es mucho más intensa, de allí que, por ejemplo, se haya dispuesto que no se puede realizar la preparación del debate en el juzgamiento sin la presencia del procesado acusado"(82).

---

(80) Véase, **Exp. N° 00849-2011-PHC/TC**, caso: Cristóbal Silva Rosas, **Exp. N° 6846-2006-PHC/TC**, caso: Víctor Manuel Aguinaga Bravo, **Exp. N° 00173-2008-PHC/TC**, caso: Julio César Huarcaya Quino, **Exp. N° 1808-2003-HC/TC**.

(81) Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 344.

(82) **Exp. N° 01317-2008-PHC/TC**, caso: Francisco Antonio Gregorio y Juan Felipe Gaspar, José Tudela Van Breugel Douglas a favor de Felipe Tudela y Barreda.

3. Las personas que sirven como fuente de prueba [testigos] deben declarar por sí mismas ante el órgano juridiccional, más aún –tal como sostiene Roxin– *"si la declaración del testigo es el único medio de prueba para demostrar la culpabilidad del acusado"*(83). Solo en casos excepcionales es posible aceptar la lectura de las declaraciones prestadas anteriormente a otras autoridades siempre que la ausencia del testigo sea inevitable(84), v. gr. las declaraciones prestadas ante una subcomisión o comisión parlamentaria. En tal sentido, se afirma que la lectura de las declaraciones sumariales debe realizarse solo de manera excepcional y en contados casos(85) como cuando el acto es irreproducible en el juicio oral(86), v. gr. la persona ha muerto o es inubicable.

(83) ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, p. 396.

(84) Cfr. WALTER, Gerhard, *Libre Apreciación de la Prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial* (Trad. de T. A. Banzhaf), Bogotá, Temis, 1985, p. 370; BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales* (Trad. M. Ossorio Florit), Buenos Aires, Ejea, 1971, Vol. I, p. 194.

(85) Cfr. ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 18. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 194, recuerda respecto a la vigencia del principio de inmediación en el proceso penal que "tal prescripción ha sido universalmente desoída en la práctica jurisdiccional, al extremo que la verdadera historia del juicio oral durante 150 años es, en gran parte, la de su sistemática derogación".

(86) Véase, el R.N. N° 3557-2009 de 29 de enero del 2010 dictado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia: "el juicio oral está regido por principios propios diferenciados de los que inspiran la etapa de instrucción, cuyo fin es el garantizar a través de los principios de oralidad, contradicción y publicidad, la obtención de la prueba, pues el plenario es en buena cuenta el espacio legalmente ideado para la obtención de la prueba capaz de enervar el principio de presunción de inocencia que le asiste a todo Justiciable, previsto en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal 'e' de la Constitución Política del Estado. En tal virtud, únicamente tienen el carácter de pruebas aquellas que se practican en el juicio oral, y que responden a la necesidad de que el Tribunal Sentenciador aprecie personalmente la prueba para formar sobre ella su convicción; requiere por tanto, el respeto de principios regidos para la obtención de las fuentes de prueba y la actuación de los medios de prueba, que finalmente inciden directamente en la valoración de la misma; de ahí que solo se incorpora a la valoración las pruebas admitidas y actuadas en presencia del

Se señala con toda razón que la verdadera fuerza o valor probatorio que tiene la prueba testifical radica en el hecho que se produce ante la presencia inmediata de la autoridad competente, de tal manera que la observancia del principio de inmediación tiene una importancia decisiva a la hora de efectuar un determinado pronunciamiento en tal o cual sentido(87). La inmediación está lejos de representar una simple exigencia formal o de escasa relevancia a la hora de adquirir y valorar la prueba, toda vez que en virtud del examen directo y oral del testigo, el juez que tiene a la vista los elementos de juicio puede percibir y darse cuenta en qué flaquea el testimonio, si es incompleto o si es inexacto y enmendar dichos defectos mediante preguntas oportunas(88). Asimismo, permite conocer la actitud del testigo, la claridad de sus repuestas, el grado de recuerdo, la posición personal que adopta sobre los hechos, su sinceridad, franqueza y otros elementos que se

---

Tribunal Sentenciador, lo que incluye la lectura de la prueba documental y de la prueba documentada –en los supuestos que corresponda–. Lo mencionado es recogido expresamente en el artículo doscientos cincuenta y tres del Código de Procedimientos Penales, que a la letra señala: "Deberán ser leídas y sometidas a debate, las declaraciones de los testigos que no asistan a la audiencia y sobre cuya concurrencia no insista el Tribunal, las que considere necesarias, o las solicitadas por el Fiscal, el defensor o la parte civil"; precepto que si bien otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en juicio oral con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente, más allá de lo que exige su propia condición de excepción; siendo presupuesto de su aplicación la irreproductibilidad en el juicio oral de la diligencia de que se trate, pues el desarrollo del juicio oral no puede concebirse como una actividad meramente leída sino como una actividad procesal que implica, entre otros numerosos actos procesales, la actuación de la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración".

(87) Cfr. DÖHRING, Erich, *La Prueba. Su Práctica y Apreciación*, Buenos Aires, Ejea, 1972, p. 28; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 113.

(88) FRAMARINO DE MALATESTA, Nicola, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Bogotá, Temis, 4ª ed., 1997, Vol. II, p. 24, luego señala: "Por el contrario, cuando debe juzgar con base en testimonios que han sido redactados por otros, aunque estos sean funcionarios públicos, habrá siempre la posibilidad de un acta no del todo fiel, ya por haber sido omitida alguna parte de la declaración oral, por haberla entendido mal".

adquieren solo con el contacto personal(89). Evita también la falta de autenticidad en las declaraciones del testigo al diluirse la sospecha cuya causa puede ser el engaño, la violencia o la grave amenaza en la obtención de la declaración.

Según Bentham quien no ha oído a los testigos "*nunca puede estar seguro de que las actas representen fielmente el testimonio oral, ni de que este haya sido exacto y completo en su origen. En cambio, cuando tiene ante sí a los testigos y a las partes, percibe dónde resulta defectuoso el testimonio y mediante las preguntas que les formula, obtiene los informes que le faltan [...] Cuando únicamente tiene para instruirse piezas escritas, no puede suplir ninguna omisión, ni hacerse explicar lo que pueda resultar oscuro, ni salir de la duda en que pueda sumirlo unas declaraciones contradictorias*"(90).

La inmediación si bien se predica de todas las pruebas posee una importancia especial al momento en que el juez toma contacto con el testigo o la víctima del delito a quien no solo le recibe su declaración y las partes pueden someter al interrogatorio, sino que le permite advertir una serie de gestos, ademanes, actitudes y reacciones (v. gr. sorpresa, turbación, silencio, excitación, sudor, lágrimas, sonrisa, etc.) que examinados individualmente o de conjunto puede tener una gravitación incluso mayor que la propia declaración. En buena cuenta, por la inmediación, el juez puede percibir y ponerse en contacto con una serie de elementos y factores emocionales, inconscientes e, incluso irracionales, que le permiten decidir sobre los hechos.

---

(89) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 200; BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Vol. I, p. 192, quien recuerda que en el caso que el testimonio no se haya prestado ante la autoridad competente "no se puede conocer por observaciones propias los caracteres de verdad tan vivos y tan naturales, relacionados con la fisonomía, con el tono de voz, con la firmeza, la prontitud, con las emociones del temor, con la sencillez de la inocencia, con la turbación de la mala fe, puede decirse que se cierra a sí mismo el libro de la naturaleza y que se vuelve ciego y sordo en casos que es preciso ver y oír todo"; ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 18.

(90) BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Vol. I, p. 192.

4. Sin embargo, debe quedar claro que los principios de inmediación y de oralidad ni son un cheque en blanco ni es correcto que se utilicen como pretexto para incumplir con la obligación constitucional de motivar las resoluciones judiciales(91) y de valorar racionalmente la prueba(92). En efecto, el principio de inmediación no debe verse como un obstáculo insuperable e incompatible con el deber de justificar las resoluciones judiciales y el necesario control de racionalidad(93), si es que se quiere evitar incurrir en un puro decisionismo y resucitar el modelo superado de la íntima convicción judicial en la apreciación de los hechos(94). Por el contrario, se recuerda que la inmediación es una garantía de carácter instrumental que hace posible el contacto directo con alguna clase de pruebas. La inmediación y la motivación no son principios antagónicos o que no puedan compatibilizarse(95).

(91) Por todos, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 114; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 196.

(92) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 118: "el principio de inmediación no debe convertirse en la excusa para no aplicar verdaderas reglas de valoración de la prueba, pues el mismo no es sino un complemento necesario a las reglas de la valoración de la prueba, no su sustituto"; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 196.

(93) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 182.

(94) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 158: "ambos principios, íntima convicción más inmediación judicial, dotaban a la valoración de la prueba de un alto componente de subjetivismo y como tal incontrolable, lo que nos sitúa en el campo del más puro decisionismo judicial. Fenómeno que tenía su reflejo en sede de la motivación fáctica, mejor dicho en la no motivación fáctica de las sentencias".

(95) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 297, quien recuerda que "cuando la inmediación se usa –y es frecuente– como barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o del Tribunal, se convierte en una injustificable coartada, primero para propiciar que el juez oculte sus razones, y después, para negar legitimidad a cualquier tentativa de fiscalizarlas. Así resultará que la inmediación que por sí misma no es necesariamente un obstáculo frente al proceder arbitrario del juez, puede convertirse en paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada".

La inmediación es una técnica para la formación de pruebas, no un método para valorarlas ni para lograr la decisión del juez(96). El hecho de que el juez se encuentre en contacto directo e inmediato con las pruebas no debe llevar a relajar el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales, sino todo lo contrario dicho deber se intensifica e incrementa.

Los principios de inmediación y oralidad forman parte del debido proceso, y, en especial, del juicio oral, no liberan al juez o al Tribunal del inexcusable deber de expresar cuáles son las percepciones, oídas o vistas, que le han generado convicción, duda o falta de credibilidad para sostener el peso probatorio o la relevancia de cada una de las pruebas. No constituye un blindaje para la íntima convicción judicial(97) y el puro decisionismo en la determinación de los hechos. La inmediación que no es otra cosa que la intervención inmediata y directa del juez en la práctica de la prueba representa una vía para la libre valoración en la medida en que solo si el juez funda su decisión en las pruebas –y no en datos ajenos– puede considerarse a esta libertad como racional. El valor de este principio es básicamente instrumental al servir como medio para lograr cubrir otros objetivos; de tal manera que como cualquier otro medio puede tener un uso adecuado o inadecuado, correcto o incorrecto. En todo caso, lo que se debe evitar en todo momento es

(96) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 168; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 118; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 199, quien cita a Iacoviello, el cual luego señala: "la inmediación no es un método de adquisición de conocimiento, sino un medio de empleo en el juicio de instancia, necesario pero no suficiente a aquel efecto, que tiene sus reglas de uso y sus limitaciones. Y que conforme a la utilización que se haga de las primeras y según se actúe con conocimiento o desconocimientos de las segundas, puede llevar a resultados positivos o a otros francamente negativos e incluso aberrantes" (p. 216).

(97) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 119: "la inmediación no es una suerte de blindaje del juicio frente a la alegación en segunda instancia de irracionalidad en la valoración de la prueba por falta de aplicación de máximas de la experiencia o por su aplicación inadecuada".

consagrar a la inmediación como un pretexto y fórmula cómoda para sortear la justificación de las resoluciones judiciales en el que ingresan por la puerta falsa una serie de contenidos irracionales(98). Justamente, la gran tarea y reto del principio de inmediación es hacerlo compatible con el deber de motivar las resoluciones judiciales; de otro modo no tendría valor racional, sino puramente irracional.

En el juicio oral lo que el Tribunal percibe de manera directa es parte de su intransferible y personal apreciación; sin embargo, cuando lo que se quiere es ya tomar partido para aceptar o rechazar algunas pruebas es necesario argumentar y mostrar razones con el fin de que luego se pueda contrastar si se han respetado las leyes lógicas y si se han empleado reglas de la experiencia pertinentes.

5. En la jurisprudencia nacional y comparada, se advierte la asignación de un valor limitado al principio de inmediación en relación con el deber de motivar las resoluciones judiciales. Por un lado, se veta la posibilidad de que el Tribunal superior (de apelación o casación(99))

(98) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 199.

(99) Véase, la **Casación N° 34-2011** de 31 de marzo del 2011 dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia: "Que, en consecuencia, las argumentos del procesado se manifiestan como inaceptables, puesto que su pretensión es que en el fondo este Supremo Tribunal realice un análisis independiente de los medios de prueba actuados en el proceso penal, lo cual resulta inviable en virtud de los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria, situación que es impropia de esta vía casatoria". También en la **Casación N° 133-2010** de 24 de febrero del 2011 se precisa que: "Se aprecia que al momento de interponer el recurso de casación pretende que el Supremo Tribunal realice un análisis independiente de los medios de prueba, pretensión que resulta inviable en virtud de los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria, porque se confundiría el juicio de legalidad o de suficiencia con el análisis autónomo de las pruebas de cargo actuadas, situación que no se puede realizar por la característica excepcional del órgano casacional"; la **Casación N° 27-2011** de 29 de marzo del 2011: "El recurso está dirigido a un cuestionamiento sobre la valoración de la prueba que ha realizado el Órgano Jurisdiccional, sin fundamentar ni expresar específicamente cuál es la aplicación concreta que observe vinculación con la resolución que pretende casar, que no cabe efectuar en vía de casación en virtud a los principios de inmediación y oralidad que rigen la actividad probatoria".

pueda analizar y discutir lo percibido por el juez a quo, en cuanto se afirma que no se puede ingresar a valorar lo que el juez a quo ha visto de primera mano, tanto en la declaración del testigo como sus gestos, actitud y reacciones. Ya que el testimonio no puede repetirse, se dice, mal haría el juez superior en analizar y juzgar algo que no vio y que solo tiene como referencia lo asentado en el acta de la declaración. La inmediación actuaría como una limitación en la valoración de la prueba en segunda instancia, en especial, de la prueba testimonial. Por otro lado, empero, se permite la lectura muchas veces indiscriminada y que no conoce racionalidad alguna, en reemplazo de la inmediación, de una serie de piezas procesales recogidas bien en la investigación policial o fiscal y que no solo han sido producidas por terceros (ajenos al juzgador), sino que carecen por completo del control judicial correspondiente. Incluso, se llega a sostener que el omitir disponer dar lectura a las piezas pertinentes del proceso a petición de los sujetos procesales se termina por violar el principio de inmediación(100).

Pese a ello, la mejor doctrina y jurisprudencia reconocen que existen *"zonas abiertas"* accesibles al control en el caso de la valoración y control de las pruebas personales, v. gr. testimonios, declaración de la víctima, etc. Se trata aquí de analizar los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de instancia asume como hecho probado, no

(100) Véase, el R.N. N° 285-99 - HUAURA de fecha 29 de marzo de 1999 en el que se sostiene que: "La Sala Penal Superior ha omitido disponer dar lectura a las piezas pertinentes del proceso a petición de los sujetos procesales; siendo así, es evidente que se ha omitido un acto procesal de vital importancia, violando los principios de publicidad, oralidad, concentración, contradicción e inmediación respecto a las piezas a leerse y estando a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales declararon nula la sentencia recurrida" (División de Estudio Legales de Gaceta Jurídica, Guía Rápida de Jurisprudencia penal y procesal penal, Lima, Gaceta Jurídica, 2001, p. 212) .

siempre es inconmovible, ya que: i) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que menciona el fallo–; ii) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, iii) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia(101). En otros casos, se ha declarado nula la sentencia cuando la sala superior no ha procedido a interrogar a la víctima y a los testigos bajo el principio de inmediación(102). Asimismo, se ha declarado de manera tajante que: *"no es posible sustentar una condena solo en una prueba personal actuada a nivel sumarial o pre procesal"*(103), la misma que no ha sido actuada en el juicio oral.

No se puede aceptar legítimamente que la inmediación se utilice como pretexto para vetar y excluir del necesario control jurídico a la motivación sobre todo si se trata de pruebas históricas en especial de la prueba testimonial, bajo la consideración de que lo que observó y sobre dicha base resolvió el tribunal de instancia no puede ser repetido ni conocido en el curso del medio impugnatorio(104). Una concepción

(101) Véase, la **Casación N° 03-2007-Huaura** de noviembre del 2007 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

(102) Véase, el **R.N. N° 4024-2009** de 14 de junio del 2010 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia: "el juicio oral contra el citado encausado Flores Sureccallo se realizó sin el examen a la agraviada –se tomó en cuenta su declamación producida en el primer juicio oral–, cuya versión es imprescindible para que el Tribunal, con inmediación, aprecie el relato de los hechos y las explicaciones que deba proporcionar"; **R.N. N° 3826-2005** de 21 de diciembre del 2005 dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia: " Que el Tribunal de Instancia ha dictado sentencia sin interrogar, bajo los principios de inmediación y de contradicción, tanto a la agraviada cuanto al tutor Wilfredo Parisaca Arenas, y de esa forma esclarecer en lo posible la fecha de los hechos"; el **R.N. N° 1529-2007** de 22 de enero del 2010.

(103) Véase, el **R.N. N° 3557-2009** de 29 de enero del 2010 dictado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

(104) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 118; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 168.

semejante de la práctica de la inmediación en el tratamiento y valoración de las pruebas personales solo es compatible con una visión absolutamente irracionalista de la prueba y con el desarrollo (no evolucionado) del principio del libre convencimiento de la prueba(105) que se vincula a la íntima convicción y al puro criterio de conciencia. El hecho de que una declaración testimonial no pueda repetirse no quiere decir que dicha prueba no pueda ser susceptible de control y fiscalización empleando los medios racionales adecuados. Rige aquí el principio de que todas las pruebas pueden controlarse y que no hay ninguna prueba que goce de soberanía e intangibilidad.

Se debe desterrar la idea de que el juez a través de la inmediación tiene, además de una relación directa con los medios y fuentes de prueba, un contacto directo con los hechos materia de prueba, ya sea que escuche una declaración testimonial o lea un documento. El juez solo tiene contacto con los medios de prueba y ese es el límite de la inmediación; de tal manera que no posee ninguna relación directa o inmediata con los hechos que como todo suceso del pasado no puede acceder a su conocimiento de manera directa, sino a través de los medios de prueba disponibles, salvo que se trate del reconocimiento judicial (ut supra).

IV) EL CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN EN LOS HECHOS PROBADOS

1. El control de la motivación en la valoración de la prueba no reside en la revisión de la decisión del a quo, sino en la racionalidad o no de los argumentos justificatorios que sustentan, dan cabida y determinan la decisión final. En pocas palabras, lo que se controla no es la decisión judicial, sino más bien las razones y argumentos que la sustentan(106).

(105) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 195.

(106) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 187.

El deber de motivar los hechos y las pruebas se dirige a todos los órganos jurisdiccionales, independientemente de si está conformado por un solo juez o por un colegiado de dos, tres o cinco magistrados. También los órganos colegiados están obligados a exponer, razonar y fundamentar la valoración de la prueba a la que arriban, no tanto como personas individuales, sino como cuerpo colegiado(107).

La motivación acerca de los hechos debe ser una fundamentación coherente y congruente. No basta que haya enunciados, argumentos o razones. Es necesario que dichos argumentos se encuentren conectados entre sí, se relacionen con la pretensión de las partes, la materia controvertida y resuelvan los puntos específicos que las partes debaten. Asimismo, es indispensable que no haya contradicciones esenciales en el discurso justificativo y en los que, por ejemplo, se dé por probado un determinado enunciado fáctico y al mismo tiempo se dé por probado un enunciado incompatible y contradictorio con dicho enunciado. Los argumentos contradictorios no se anulan entre sí, pues a lo sumo lo que queda como duda no despejada es cuál de los dos argumentos en realidad pretendió sostener el juez. La incoherencia del discurso justificativo se presenta cuando hay pseudo inferencias en las que se llega a conclusiones que no tienen nada que ver con las premisas, enunciados verdaderos que se dan por falsos y enunciados falsos que se dan por verdaderos, lagunas normativas o vacíos en presentar una secuencia narrativa ordenada y aceptable(108).

2. En la motivación de la valoración de la prueba hay que distinguir nítidamente entre el denominado contexto de descubrimiento y el llamado contexto de justificación(109). Una cosa es que el juez llegue a concluir que determinada persona es culpable sobre, por ejemplo,

(107) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 415.

(108) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 274.

(109) Cfr. UBERTIS, Giulio, "Profili epistemologici della prova", en: *La Prova nel Processo Civile*; Vol. II; p. 464, RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 351.

la base de pruebas declaradas ilegales, diversas notas de inteligencia, conocimientos informales, conversación con un testigo extemporáneo etc. (*contexto de descubrimiento*) o sobre la inocencia de un ciudadano a partir de que conoce de manera cierta al verdadero culpable, sabe que la coartada es verdadera, pero no hay ninguna prueba que la respalde y otra muy distinta es que ese conocimiento particular lo pueda utilizar al momento de querer fundamentar una determinada decisión (contexto de justificación).

En el campo del proceso, el contexto de descubrimiento se identifica con la etapa de investigación procesal(110) –instrucción judicial en el viejo modelo e investigación preliminar en el nuevo modelo diseñado del NCPP– que concluye normalmente en la formulación de una hipótesis acusatoria por parte del Ministerio Público en tanto haya evidencia suficiente para llevar a juicio a una persona y pedir el giro de una sentencia condenatoria contra ella. Aquí el fiscal y la policía actúan empleando el método abductivo en la adquisición de conocimientos, razonando hacia atrás y en donde la experiencia acumulada juega un papel trascedente que se abre a una serie de posibilidades en las propuestas de explicación de cómo realmente ocurrió un hecho. En el supuesto que se presente un caso fácil, el marco de desarrollo de la investigación estará preordenado por un número limitado de hipótesis; lo que cambia completamente en la eventualidad que concurra un caso difícil en donde las actitudes del investigador y el número de hipótesis se incrementarán notablemente. En los casos difíciles, las cualidades y experiencia del investigador ejercerán un papel decisivo en la búsqueda de posibles hipótesis y soluciones al problema planteado.

En el contexto de justificación, el juez solo debe pronunciarse y justificar su decisión en criterios de racionalidad que no son otras

(110) Cfr. UBERTIS, Giulio, "Profili epistemologici della prova", en: *La Prova nel Processo Civile*; Vol. II; p. 466; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 127.

que las pruebas admitidas y actuadas en el proceso y que son válidas y pertinentes respecto a los hechos que se pretenden probar. No puede amparar su decisión en factores irracionales, en conocimientos privados, en pruebas no admitidas o no actuadas y menos en pruebas cuya ilegalidad o inconstitucionalidad es evidente. En un Estado Constitucional, hay pruebas que no deben ser valoradas o actos extraprocesales que no deben ser tomados en consideración(111). El contexto de justificación requiere elegir la mejor hipótesis que no es otra que la que cuenta con un mayor grado de confirmación y logra refutar las hipótesis alternativas sobre la base del despliegue de una actividad probatoria suficiente(112). Sin embargo, resulta claro que dichas pruebas y conocimientos pueden influir y de hecho influyen psicológicamente en la decisión del juez de una manera u otra, en especial determinándola en uno u otro sentido. Con todo, el magistrado debe sobreponerse a los factores no jurídicos o de manifiesta ilegalidad para amoldar y ajustar su decisión a criterios de racionalidad compatibles con la Constitución y el ordenamiento jurídico, al margen de si de manera real y concreta está convencido de la comisión o no de algunos hechos o de la culpabilidad de una persona.

El juez, antes de fallar de acuerdo a su conciencia o ceder frente a determinados condicionamientos, debe tomar en cuenta los principios y normas constitucionales como las demás disposiciones legales (sustantivas y procesales) sobreponiéndose a su propia individualidad a fin de que su fallo se ajuste a razones y justificaciones plausibles con el orden jurídico vigente.

Debe reconocerse también la importancia que desarrolla en este ámbito la obligación de motivar en la medida en que ella ayuda a elegir la decisión del juez. Como señala Ubertis: "Cuando en realidad la persona que opera una opción sabe que debe motivar (y es la situación

(111) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 187.

(112) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 128.

típica en la que se encuentra el juez), no puede prescindir totalmente de esa obligación y tanto ya se encuentra en el campo de las posibles soluciones se ve impelido a restringir las opciones razonablemente justificables"(113).

(113) Cfr. UBERTIS, Giulio, "Profili epistemologici della prova"; en: *La Prova nel Processo Civile*; Vol. II; p. 464: "el juez se vería obligado a rechazar una elección determinada, aunque quizá se encuentre conforme a sus convicciones, si no lograra argumentar favorablemente sobre su mérito (...) el juez está 'obligado' a emitir su acto decisorio también en función de la justificación que está obligado a hacer a fin de dar cuenta de su actuación".

Capítulo Quinto
LA TÉCNICA DE LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

I) GENERALIDADES

1. En la doctrina se considera que, en líneas generales, hay dos estilos o técnicas de motivación de los hechos probados en la sentencia judicial: la técnica analítica y la técnica globalizadora(1). La primera recibe el nombre de técnica atomista y la segunda de técnica holista(2). No se trata de técnicas opuestas entre sí y de métodos completamente irreconciliables, pues lo que existe entre ambos es una relación dialéctica(3) en la que cada uno cumple una función complementaria.

---

(1) Por todos, GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, pp. 416 y ss.; de la misma autora, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 199, TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 115.

(2) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 307.

(3) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 133: "la fase probatoria está siempre animada por esa tensión dialéctica entre lo particular y lo general. Y la valoración de la prueba como tal debe entenderse como la integración o mediación racional y consciente de ambos momentos. La valoración de la prueba solo puede ser, pues valoración del rendimiento de cada medio de prueba en particular y del conjunto de éstos", TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 254.

La técnica analítica considera que la motivación se debe articular sobre la exposición minuciosa y pormenorizada de todas las pruebas practicadas, en el valor probatorio que se le ha asignado y en las respectivas inferencias que han conducido a la decisión(4). El resultado probatorio aparece como un mecanismo que se sustenta en las diversas pruebas individualizadas.

La técnica globalizadora se caracteriza por ser una exposición conjunta de los hechos, un relato, o una historia que genera una estructura narrativa. En estos casos la doctrina establece la necesidad de buscar una coherencia narrativa(5). La decisión consiste en la selección de una historia entre las diversas hipótesis que las partes, tanto la defensa del encausado como el Ministerio Público, someten a la consideración del juez. Más que lo individual o la prueba particular importa detenerse en la estructura narrativa y en la coherencia de lo narrado. Aquí se parte de hipótesis globales sobre los hechos que poseen una capacidad explicativa y gozan de cierta coherencia desde el momento que las hipótesis están formadas por historias y narraciones estructuradas entre sí, bajo una secuencia espacio-temporal y desde el punto de vista lógico. La decisión no es más que una elección general entre las diversas hipótesis e historias propuestas por las partes y que explican la ocurrencia del hecho por encima de cualquier dato fáctico individual o aislado(6). Los medios de prueba poseen algún valor, pero

(4) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI; Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 14.

(5) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 162, GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 200, ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 15.

(6) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 307: "La decisión consiste, entonces, en la elección de una story de los hechos de la causa entre las diversas que las partes y sus abogados han sometido al juez: la elección es global, dado que afecta la story en totalidad, no a elementos fácticos concretos, y se produce teniendo en cuenta valoraciones de conjunto más que los concretos elementos de prueba".

su importancia es secundaria y siempre está sujeta a la capacidad de rendimiento de poder explicar y encajar en la historia planteada.

2. La prevalencia de un método y técnica sobre el otro está vinculada a una serie de factores como la estructura del proceso, la regulación normativa de las pruebas, los condicionamientos culturales de cada uno de los actores y las bases epistémicas de las que se parta(7).

En la jurisprudencia de diversos países rige de facto la teoría globalizadora(8) a la que se dirigen críticas esenciales(9).

En primer lugar, se critica el hecho de que se privilegia la narración o la coherencia interna de la historia por encima de la efectiva y concreta realidad de la prueba, lo cual arroja por lo común una versión distinta o por lo menos no un relato tan homogéneo, estructurado o rotundo basado en pruebas. En segundo lugar, desde el punto de vista histórico, la apreciación conjunta de la prueba era la fórmula y la cláusula de estilo para dar cabida a la exposición *per saltum* de los resultados y conclusiones probatorias en la época que no existía el deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales(10). En tercer lugar, el método holista enfatiza en los criterios psicológicos de la decisión y más que buscar un análisis racional del juicio de hecho lo que hace es resolver el problema desde una perspectiva genérica y sobre criterios implícitos que justamente debiera explicitarse(11). En pocas palabras esconde y guarda lo que debe manifestar y verbalizar.

---

(7) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 308.

(8) Por todos, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 186; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 200: "En la práctica judicial domina absolutamente la técnica del relato. Seguramente ello no obedece a una asunción consciente y meditada del cuerpo teórico de la *narrative coherence*, pero no cabe duda que esta le presta a aquella –aunque sea inconscientemente– respaldo teórico; de manera que, al final, teoría (la de la coherencia narrativa) y práctica (la jurisprudencial del relato) parecen caminar de la mano".

(9) Véase, GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 417.

(10) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 186.

(11) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 309.

La narración puede esconder la determinación de un resultado buscado adrede y de modo deliberado, pero que no guarda relación alguna con las pruebas actuadas y su significado(12). Las teorías holistas sugieren que la decisión judicial sobre los hechos responda a algo distinto a la búsqueda de la verdad y a las pruebas que son las únicas que la garantizan; de tal manera que se ignoran los problemas comunes de la definición de hecho, la problemática de los enunciados fácticos, la relevancia de la prueba, la carga de la prueba, la decisión más allá de una duda razonable(13), etc. Una buena narración de los hechos puede maquillar cualquier cosa e ir, incluso, en contra de las pruebas(14) apareciendo como una pantalla tergiversada que esconde una decisión injustificada o una justificación deficiente(15).

La técnica holista cuenta con diversas versiones, entre las que se puede destacar una versión débil y una versión fuerte. En la versión débil se alude a la valoración global de las pruebas para sintetizar operaciones complicadas, difíciles, en donde se da cuenta de los medios probatorios actuados, señalando que los mismos deben relacionarse de manera unitaria a fin de lograr la decisión final. Se alude a que por lo regular en un caso concreto los medios de prueba

(12) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 123: "Una motivación centrada en la coherencia narrativa tenderá a presentar las pruebas favorables a esa historia en su mejor versión posible, lo que supone el riesgo de que se omita el análisis de posibles objeciones a su credibilidad o de contrapruebas; o bien, en aras de la plenitud o la plausibilidad del relato, se tenderá asimismo a integrar vacíos, con el riesgo de incorporar a la narración afirmaciones que pueden no ser confirmadas suficientemente por los elementos de prueba disponibles, o que, incluso, resulten contradictorias con las pruebas aportadas".

(13) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 314.

(14) Ampliamente: IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 197.

(15) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 134; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 200.

normalmente se encuentran vinculados entre sí por lo que el juez debe dar cuenta de dicha interrelación, logrando una síntesis precisa de los elementos de decisión.

Por su lado, la versión fuerte postula que la decisión sobre los hechos debe basarse en una elección entre las distintas historias que han de tomarse en su totalidad y no solo en algunos aspectos parciales. El criterio para elegir la historia debe tener en cuenta la capacidad persuasiva del planteamiento, la coherencia y el nivel de convencimiento de la narración; interesa más el todo de la historia que las partes, la totalidad que los fragmentos aislados y la coherencia de la historia poseen mayor importancia respecto a si la narración tiene respaldo probatorio suficiente. Los medios de prueba y la verdad de la hipótesis que se sostiene es posible que ni siquiera interese o si ello ocurre posea un valor marginal, pues lo que importa aquí y es determinante resulta ser la historia. El triunfo final en el proceso no lo tiene quien aporta la mejor prueba o quien respalda con elementos de prueba cada una de sus afirmaciones, sino más bien quien narra y cuenta la mejor *story*. El modelo básico de la versión holista fuerte lo representa el juicio (*trial*) angloamericano en el que los abogados de cada una de las partes presentan hipótesis diversas y contrapuestas entre sí que se intentan acreditar durante el proceso a fin de que el juez o el jurado, según el caso, escoja la historia más plausible como base de su decisión(16). Más que un sistema cognoscitivo de la prueba existe y prevalece aquí un sistema retórico-persuasivo.

Sin embargo, el relato por más minucioso y coherente que sea no puede sustituir, canjear o contradecir el sentido de las pruebas actuadas. La única legitimidad posible del relato de los hechos es el que refleja y se corresponde con la entidad de las pruebas; ninguna otra base puede dotar de sentido y de valor a la narración judicial de los hechos. Lo que justifica racionalmente la motivación de los hechos no es el relato puro y simple, sino la narración que se basa en las pruebas judiciales. Como sostiene GASCÓN ABELLÁN: "*difícilmente podrá controlarse*

(16) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 310.

la racionalidad de la decisión probatoria mediante los recursos si en la sentencia no se expresan los criterios que pretendidamente la sostienen y se opta por una simple narración fáctica"(17). El relato y la historia que presentan los abogados muchas veces se corresponde con una historia modificada en sus aspectos esenciales y constituye una de las tantas posibles narraciones que pueden plantearse respecto a los hechos del caso, amén que la historia de las partes y de su defensa solo presentan la historia de manera afín y cercana a sus intereses, resaltando sus puntos fuertes y dejando de lado sus debilidades estructurales; de tal manera que la elección que se le ofrece al juez de la mejor narración no siempre supone la elección de una historia real, sino de una historia alterada, que se estructura según las necesidades defensivas, estratégicas y en donde prevalece la coherencia a la prueba(18). Este criterio pasa por alto que si bien el juez puede y debe tomar en cuenta cada una de las hipótesis planteadas por las partes tiene también la potestad y la obligación de apartarse de ellas adoptando una versión de los hechos alternativa, como resultado de los enunciados debidamente probados que cada parte logra acreditar(19).

---

(17) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, pp. 417 y 418: "El relato presupone la verdad de los enunciados que lo componen, pero no constituye per se la justificación de los mismos [...] El relato, pues no exime de la necesidad de justificar las afirmaciones que lo componen"; de la misma autora; *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*; p. 201: "Por todo ello, si se asume la perspectiva epistemológica cognoscitivista, la técnica del relato, más propia de las concepciones coherentistas de la verdad, debe ser abandonada por otra más acorde con el criterio empírico de verdad como razón justificatoria".

(18) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 310: "el proceso, y también el trial angloamericano, es algo mucho más complejo que un simple lugar en el que los abogados narran versiones distintas de los hechos intentando persuadir al juez"; del mismo autor, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, pp. 57 y ss.

(19) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 311: "Nada demuestra, en efecto, la presentación de los hechos realizada por los abogados, y sus interpretaciones de las pruebas, deban constituir el marco exclusivo dentro del cual el juez tenga que formular la decisión"; luego señala (p. 316): "lo que aquí importa, en realidad, no es que una story de parte se transfiera íntegramente a la decisión, sino que la decisión se fundamente en una story relativa a hechos

La técnica y el estilo del relato deben ser sustituidos por la técnica analítica que consiste en la exposición y valoración individual de cada uno de los medios de prueba actuados. La motivación de la prueba debe consistir en una primera etapa en señalar los actos de prueba producidos, los criterios de valoración empleados y los resultados de dicha valoración(20). Esta técnica de motivación permite, según GASCÓN ABELLÁN: i) Controlar el ingreso en la sentencia de elementos probatorios inaceptables o injustificados; ii) Controlar las inferencias que componen la cadena de justificación(21).

II) EL MÉTODO ANALÍTICO DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

1. El NCPP [art. 393, inc. 2] prescribe que: "**El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás**". Dicha disposición debe ser interpretada sistemáticamente con el artículo 394, inc. 3, que establece la siguiente exigencia: "La motivación clara,

---

verdaderos. Desde este punto de vista, resulta evidente que las stories de parte, coherentes o no, no son determinantes para la decisión, mientras que adquiere una importancia máxima la story narrada por el juez, esto es, la versión de los hechos que el juez construye, o reconstruye, sobre la base de los elementos de prueba de los que dispone. Si ninguna de las narraciones de las partes está íntegramente confirmada por las pruebas, eso supone simplemente que la decisión no podrá coincidir con ninguna de ellas y que el juez deberá elaborar una tercera story que tenga en cuenta únicamente los hechos probados y descarte los hechos que no resulten probados".

En el campo penal, la historia mínima que debe probarse es la realización de todos y cada uno de los elementos del injusto culpable, sin excepción alguna (v. gr. tipo objetivo, subjetivo, antijuridicidad y culpabilidad); de tal manera que si uno solo de estos elementos falta (v. gr. el dolo) no podrá tenerse la historia global por probada y deberá dictarse una sentencia absolutoria. Solo y en cuanto se cumpla con la acreditación de los elementos del injusto culpable el juez podrá modificar la narración de las partes.

(20) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 56; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 134.

(21) GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 418.

lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique".

El CPP peruano se decanta de manera clara y palmaria por el modelo analítico de valoración de la prueba(22), tal como ocurre con otras legislaciones procesales(23). Llama la atención que el método analítico se encuentra regulado en nuestro Código dentro de las reglas de deliberación y votación, y no dentro de las reglas de valoración de la prueba. Sin embargo, ello no obsta a que el juez deba dar cabal cumplimento al mandato legal y que tanto en la valoración de la prueba como al momento de justificar la decisión pondere individualmente cada prueba (ut supra). Frente a la observación de que las reglas de la votación y la deliberación no necesariamente deben estar presentes a la hora de justificar la decisión judicial se contesta que el objetivo final de dichas reglas sobre deliberación y votación de sentencia es servir de instrumento metodológico para lograr una adecuada valoración de la prueba y cumplir con el mandato constitucional de motivar las resoluciones judiciales; de tal manera que carecería de sentido funcional que la ley establezca por un lado, como regla de deliberación y votación, que se examine las pruebas individualmente (luego de manera conjunta) y, por otro lado, que este mandato y deber obligatorio se incumpla a la hora de fundamentar la decisión judicial.

---

(22) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 115.

(23) Véase, en el caso chileno: ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 13; la misma autora, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 122; BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, pp. 14 y 16: "la exhaustividad del análisis no se agota solamente en la mención de cada uno de los medios de prueba, sino que obliga a su reproducción lo más exacta posible, especialmente en aquellos aspectos en que se ha trabado la mayor controversia en el juicio o que tienen impacto en la veracidad que se puede otorgar a otros medios de prueba".

El *examen individualizado* de la prueba actuada en el proceso no es una simple recomendación epistemológica, o una premisa facultativa por la que puede optar el juzgador y de la que puede prescindir cada vez que le parezca. Se trata de un deber legal inexcusable y que se debe cumplir en cada caso concreto(24). Estamos tanto ante un deber formal y material; formal debido a que se debe constatar su cumplimiento *ex post* en la sentencia –o en toda resolución judicial– y material en atención a que el juez debe valorar individualmente cada prueba actuada en el proceso, otorgándole el respectivo peso y eficacia probatoria.

Dicha obligación es precedente y anterior a la fase de examen conjunto o global de la prueba actuada y consiste en la evaluación de cada una de los medios probatorios incorporados al proceso(25) [testimonios, documentos, pericias, etc.], sin que sea constitucionalmente legítimo la exclusión intencional de alguna prueba si es que no media justificación [legal o constitucional] alguna. El examen individual consiste tanto en fijar el contenido informativo de cada prueba como en valorarla ya sea en forma positiva o negativa. Dicho examen permite contrastar la fiabilidad y la confianza de cada prueba considerada en sí misma(26).

2. El mandato de examen individualizado no constituye un imperativo que rige en el ámbito mental o en la esfera interna del magistrado. Por el contrario, se trata de una valoración que debe quedar

(24) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 313; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 115.

(25) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 201; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 145, 185 y 131: "la prueba debe ser abordada como una serie de actos de prueba, practicados de forma relativamente independiente. Cada uno de estos actos requiere del juez una valoración específica, a su vez dotada de cierta complejidad (...) El resultado de estas comprobaciones previas constituirá la base de la inferencia que permitirá, en su caso, al juez pasar del *elemento de prueba*, aquí la afirmación positiva del testigo, al *resultado* de tener o no por producida la identificación".

(26) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 115.

reflejada en la sentencia de manera obligatoria(27), formando parte de la motivación de los hechos o del aspecto fáctico de la misma a modo de uso de un esquema de argumentación adecuado(28). Al respecto, como se ha señalado, el mismo CPP establece que la motivación deberá contener "*la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique*". Dicho razonamiento que se expresa para que sea compatible con el mandato legal y constitucional deberá ponderar cada una de las pruebas y luego de ello efectuar una valoración global de las mismas. De no existir un análisis individualizado de las pruebas no es posible construir ninguna narración global de los hechos, ya que cada parte y cada elemento permite levantar el variado mosaico de los hechos(29).

La técnica analítica de valoración de la prueba posibilita que la sentencia sea un documento autosuficiente, que se explica por sí misma de manera adecuada y que facilita mostrar la base del relato fáctico sobre la prueba efectivamente practicada. La ponderación individual de cada uno de los medios probatorios actuados permite que se cumpla con el requisito de que la fundamentación de los hechos y de las pruebas sea completa(30). De no valorarse la prueba de manera

(27) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 201.

(28) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*; p. 132: "que el juez debe operar analíticamente con el resultado de la actividad probatoria significa que ha de proceder por pasos, es decir, atribuyendo a cada medio de prueba únicamente aquel que sea su rendimiento concreto"; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 113.

(29) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 254: "si, como se ha dicho, todos los enunciados referidos a los hechos del caso han sido adecuadamente confirmados por las pruebas, entonces están todas las piezas necesarias y el juez puede formar el mosaico de su reconstrucción de los hechos".

(30) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 123.

individualizada y analítica el razonamiento probatorio siempre será parcial, faccionado, tendrá fisuras y no cumplirá con el requisito de completud del discurso justificatorio(31). El análisis individualizado de la prueba requiere, como es lógico, que se examine todas y cada una de las pruebas admitidas y actuadas en el proceso. Bajo ninguna forma autoriza a que la valoración analítica sea una ponderación unilateral de solo algunos medios de prueba con los que se pretende justificar una determinada decisión, en que se valora positivamente algunos y se desecha de manera intencional otros (o sencillamente se omite su valoración); como tampoco se autoriza una valoración sesgada de cada prueba individual en la que se recogen aspectos parciales del contenido de una prueba y no se pondera su contenido esencial; v. gr. cuando se toma en cuenta solo un determinado aspecto de una declaración testimonial y no otro aspecto relevante y crucial.

3. Desde el punto de vista metodológico y desde la racionalidad de la actividad jurisdiccional, la valoración individualizada de las pruebas permite una catalogación determinada de los medios de prueba(32), en el sentido que posibilita la clasificación como prueba de cargo o como prueba de descargo del concreto elemento de convicción. Una de las principales ventajas de analizar de manera individual las pruebas es que facilita la preparación de un esquema de trabajo clasificatorio y de asignación de significado como paso lógico previo a una valoración conjunta. El juez puede conocer de manera fiable, luego de dicho examen, con cuántas pruebas de cargo y de descargo cuenta, como también puede acceder al posible peso que posee cada medio de prueba. Con ello, se logra un resultado provisional bastante beneficioso: el saber la cantidad y sobre todo la calidad de la prueba que sustenta cada una de las hipótesis de cada una de las partes(33).

(31) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 171.

(32) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 117.

(33) Véase, GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 202: "la motivación –como se ha dicho– debe consistir en la

Por otro lado, previene y permite evitar que se incurra en ciertos vicios en la valoración de la prueba como por ejemplo, la omisión de un concreto medio de prueba en la fase de justificación. Con el examen analítico se lleva –o por lo menos se puede llevar– un control exhaustivo de todos los medios de prueba admitidos y actuados en el proceso y que deben ser objeto de valoración, evitando distorsiones u omisiones, ya sean dolosas o negligentes(34). El análisis global de las pruebas constituye, en cambio, un mecanismo propicio para ocultar, omitir o tergiversar la prueba de la mejor manera posible, ya que en este procedimiento solo se da cuenta de los resultados probatorios generales, no del resultado de cada medio de prueba específico o de las pruebas actuadas en el proceso.

La ley procesal peruana establece "*la motivación completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas*", lo que supone en buena cuenta que por expreso mandato legal debe haber una fundamentación de cada uno de los hechos y de cada una de las circunstancias probadas e improbadas. En este sentido, si la ley procesal establece que se debe motivar cada hecho y cada circunstancia, es lógico exigir que también se motive de manera individual, analítica y pormenorizada cada prueba, pues sería un contrasentido que por un lado se obligue a justificar cada hecho y circunstancia y no se ordene ni se mande al mismo tiempo que se valore cada prueba. La valoración y motivación individualizada de la prueba se relaciona de este modo directamente con la exigencia legal de que se justifique

---

exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Pero –nótese– de todas las pruebas practicadas. Por tanto no solo de aquellas que versan directamente sobre un hecho principal, sino también de las que tienen que ver con la comprobación de un hecho secundario cuando este constituya una premisa para establecer la verdad de un hecho principal. Y sobre todo no sólo de aquellas que se estimen conducentes a la decisión, sino también de aquellas otras que, de ser valoradas positivamente, conducirían a una decisión distinta".

(34) Cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 16.

cada uno de los hechos y circunstancias, ya que la presupone desde el punto de vista racional y lógico. Solo si se valoran todas y cada una de las pruebas, tiene sentido que se exija y cumpla con el mandato de que cada hecho y circunstancia se encuentren probados y justificados.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que por expreso mandato legal la motivación "*expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados*" (art. 158). Dicha referencia legal debe interpretarse sistemáticamente con la obligación del examen individualizado de las pruebas (art. 393); de tal manera que luego del análisis de cada prueba se ha de establecer el resultado probatorio concreto (eficacia) que se obtiene de su valoración. El resultado probatorio no debe entenderse como relato global del juez o como reconstrucción de los hechos posteriormente al examen individualizado de las pruebas. La regla que rige en este ámbito es que cada prueba valorada debe arrojar un determinado resultado (positivo o negativo).

Desde el punto de vista endoprocesal, la motivación individualizada de las pruebas permite que las partes conozcan de manera adecuada si se tienen en cuenta o no todos los medios de prueba admitidos, si se han introducido pruebas que nunca se admitieron, si se ha alterado el significado probatorio de una prueba, si se valora una prueba que en su formación está viciada [v. gr. por no estar sometida al contradictorio], si se omite una prueba esencial o si se pondera una prueba inconstitucional(35). De este modo se posibilita conocer si eventualmente se tienen en cuenta ciertos hechos resultado de pruebas no admitidas, si se dan por probados determinados enunciados, pese a que no hay pruebas que los corroboran o que habiendo pruebas no los acreditan de manera suficiente, según el estándar probatorio adecuado, si se modifican el contenido y sentido de las pruebas o si se prueba un enunciado fáctico sin que la prueba que lo acredita haya sido sometida a cuestionamiento probatorio o haya existido la posibilidad de

(35) Por todos, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 113.

contradicción o si finalmente se omiten valorar pruebas actuadas, que son relevantes para la decisión de la causa(36).

De manera resumida, se sostiene que el examen individualizado de las pruebas facilita "la identificación de las fuentes de prueba y la valoración de su correspondiente fiabilidad, la descripción de los medios de prueba que suministran las susodichas fuentes y, finalmente, la decantación de los elementos de prueba pertinentes contenidos en los medios suministrados por las fuentes"(37).

4. El examen individualizado de las pruebas es una actividad compleja que articula una serie de pasos y etapas relevantes en la valoración de un concreto medio de prueba. De manera pedagógica es posible identificar tres fases.

a) El juicio de fiabilidad probatoria

El juez en la valoración de la prueba debe comprobar que la prueba incorporada al proceso cumpla con todos los requisitos formales y materiales establecidos en la ley para alcanzar su finalidad(38) y acreditar, de esta manera, el enunciado fáctico (primario o secundario) que pretende verificar. La relevancia de esta etapa reside en que si el juez constata que el medio probatorio no cumple los requisitos o las exigencias previstas en la ley, dicho medio de prueba y el resultado probatorio no podrá ser valorado ni tenido en cuenta en la valoración de los hechos o por lo menos habrá una pérdida sustancial de su eficacia.

La valoración de la prueba no se produce de manera inmediata y sin más luego de que ella se logró admitir y se actuó en el proceso con las debidas garantías. Es necesario atravesar por un juicio jurídico que controle el cumplimiento de los requisitos fijados en la ley para

(36) Véase, RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 356.

(37) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 117.

(38) Cfr. CLIMENT DURÁN, Carlos; *La Prueba Penal*, p. 86; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 357.

la producción y eficacia de la prueba. En este sentido, el juicio de fiabilidad o de confianza supone la verificación de la concurrencia de ciertos requisitos y de las características que debe cumplir el concreto de medio de prueba para ser valorado por el juez a fin de que en condiciones de idoneidad tanto formal como material pueda servir para acreditar un enunciado fáctico. La prueba luego de su admisión y actuación no vale a ojos cerrados, como se encuentre, como esté, como si se tratara de una oferta que el juez no puede rechazar. Por el contrario, la prueba ha de cumplir con ciertas condiciones fijadas por el ordenamiento jurídico que garantizan su validez, eficacia y la formación adecuada de la decisión judicial. Por ejemplo, la valoración de la prueba documental exige realizar previamente un control de la autenticidad del documento, lo mismo que la ponderación de un testimonio exige examinar la credibilidad de un testigo, como sus condiciones físicas, mentales, entre otros factores(39), v. gr. relaciones de amistad, enemistad o parentesco que puede tener con uno de los implicados en el hecho o con el agraviado del delito(40).

La determinación de la confianza de la prueba se refiere tanto al objeto de la declaración (testifical, pericial, documental) como de las circunstancias y el contexto en el que consta la actuación del medio de prueba y que aportan datos importantes acerca de la credibilidad y atendibilidad de la prueba. Por ejemplo, debe registrarse la clase de la relación personal que media entre el testigo y el acusado a fin de determinar si se trata de un testigo imparcial o contaminado y puede encontrarse una condición que establezca la existencia de móviles espurios; v. gr. odio, revancha, etc.(41); la distancia desde que la per-

(39) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 262; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 86.

(40) Cfr. CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 88.

(41) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 262: "si, por ejemplo, la prueba es una declaración testifical se trata de establecer la credibilidad de las declaraciones del testigo, y esto puede suponer la valoración de datos complejos, como las relaciones laborales o de parentesco entre el testigo y las partes, su comportamiento general y durante el interrogatorio, el contenido y la forma y las modalidades de sus respuestas. La crítica de la declaración testifical puede

sona observó los hechos, las especiales condiciones del clima que permitieron la observación; v. gr. noche, día, lluvia, neblina, etc. De modo semejante en la pericia es importante precisar la metodología, procedimiento de recolección y técnicas empleadas a fin de determinar si en su realización se han asumido criterios aceptados de manera general por la comunidad científica y que garantizan la confianza de sus resultados.

La fiabilidad de un concreto medio probatorio no quiere decir que automáticamente se logre acreditar la veracidad del enunciado fáctico. Ha de quedar claro que el juicio de fiabilidad no supone de manera mecánica que si se pasa este filtro el enunciado debe tenerse por probado. Puede ocurrir que la prueba fiable tenga que ceder su paso a otra prueba que genera mayor credibilidad y confianza; v. gr. una prueba antropológica debe ceder ante una prueba de ADN. Implica más bien la garantía que el específico medio probatorio pueda ser utilizado en el proceso y en concreto en la valoración de la prueba(42).

Se discute si en el juicio de fiabilidad (confianza) se deben analizar las condiciones de admisión de la prueba o solo que la prueba se actuó conforme lo prescrito en la ley. A favor del último criterio abona el hecho de que el test de admisibilidad constituye un filtro previo riguroso que debe cumplirse por expreso mandato de la ley y en el que: "*El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley*" (art. 155. 2); de tal manera que si ya se cumplió con dicho

ser relativamente simple cuando no surjan especiales elementos de duda, pero puede también ser muy compleja cuando existan dudas acerca de la credibilidad del testigo o la aceptabilidad de sus declaraciones. En este caso se deben tomar en consideración distintas circunstancias secundarias como premisa de la que extraer inferencias acerca del grado de aceptabilidad de la prueba"; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 92.

(42) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 116: "Y es que este examen de la fiabilidad no es un juicio sobre la veracidad del hecho, sino que se limita a ser un juicio sobre la posibilidad de usar un concreto medio de prueba como instrumento para acreditar un hecho determinado".

filtro no se hace necesario volver a repetir la operación. Sin embargo, creemos que el juez en la valoración de la prueba puede realizar un examen final y definitivo analizando si la prueba ofrecida cumple con los requisitos legales y constitucionales básicos, de tal manera que pueden valorarse tanto las condiciones de su admisibilidad como su actuación probatoria. Con todo, el reexamen de la admisibilidad debe ser efectuado de manera excepcional, solo cuando una de las partes lo promueva o existe una manifiesta violación al principio de legalidad.

La formación y producción de la prueba debe respetar de manera estricta el principio de legalidad que establece una serie de requisitos para que la prueba pueda ser introducida y se actúe de manera válida y eficaz en el proceso. Por ejemplo, la prueba preconstituida o anticipada a la que se accede al juicio mediante su lectura debe ser materia del correspondiente control jurisdiccional respecto a la forma y circunstancias de su realización en la medida en que se debe comprobar si se ha respetado lo prescrito en la ley (art. 242). El testigo, antes de declarar, debe prestar juramento o promesa de honor de decir la verdad y será instruido acerca de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento (art. 170.1); el testigo indirecto o de referencia debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales obtuvo el conocimiento (art. 166.2). En el caso que 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 (art. 171.4). La prueba pericial exige que el perito preste juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia, oportunidad en que expresará si le asiste algún impedimento (art. 174.1) y la disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia (art. 174.2).

Asimismo, en la formación y producción de la prueba debe respetarse los derechos fundamentales, las garantías constitucionales, convencionales y los principios procesales que integran el debido proceso. Una prueba que viola los derechos fundamentales como es

el derecho de defensa, en concreto, el derecho a ser informado de la imputación (v. gr. en la suscripción de un acta, en un registro, etc.), el derecho al secreto en las comunicaciones, el secreto profesional no puede ser incorporada válidamente al juicio y menos valorarse para fundar una sentencia condenatoria(43). De manera semejante, en la formación de la prueba, especialmente en el juicio oral, debe cumplirse con la garantía de publicidad. De igual manera, la producción de la prueba debe respetar los principios constitucionales y convencionales básicos de todo procedimiento como es el principio de inmediación(44), de oralidad(45) y fundamentalmente el contradictorio(46) (v. gr. permitiendo el interrogatorio de testigos). Tanto el respeto de los principios constitucionales, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales forman parte del género más amplio del debido proceso probatorio.

Por lo tanto, el juicio de fiabilidad probatoria no solo descansa en una valoración legal en la producción del medio de prueba, sino también en una ponderación constitucional de la formación de la prueba(47). Si una prueba afecta derechos fundamentales o una garantía constitucional solo se podrá decretar su total inutilidad en

(43) Art. VIII "2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

(44) Véase, HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, Granada, Comares, 2006; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

(45) Ampliamente, CAPPELLETTI, Mario, *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, Buenos Aires, Ed. Platense, 2002; PABÓN PARRA, Pedro Pablo, *Oralidad-Testimonio Interrogatorios y Contra interrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2009.

(46) Véase, FERRÚA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del Garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Letizia Gianformaggio), Bogotá, Temis, 2008, pp. 218 y ss.; MONTERO AROCA, Juan, *Principios del Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

(47) Cfr. CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 86.

tanto afecte y lesione el núcleo o contenido esencial de los derechos involucrados(48), tal como lo establece el art. VIII, inc. 2, del TPCPP.

Uno de los aspectos más importantes y cruciales en la determinación de la fiabilidad probatoria estriba en la problemática acerca de la ineficacia del medio de prueba que impide o bloquea su posibilidad de valoración en el caso concreto. Al respecto, la total inutilidad o completa no fiabilidad del medio de prueba, admitido y actuado, solo

(48) Exp. N° 1417-2005-AA/TC, caso: Manuel Anicama Hernández: "todo ámbito contitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de 'unidad de la Constitución' y de 'concordancia práctica', cuyo principal cometido es opmitimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto". Asimismo, el TC en la sentencia del Exp. N° 02142-2009-PA/TC, caso: Miguel Vigo Pizán, Exp. N° 05265-2009-PA/TC, caso: Hatuchay E.I.R.L; Exp. N° 01420-2009-PA/TC, caso: Marco Antonio García Vera, Exp. N° 00753-2010-PA/TC, caso: Saturnina Copa Gonzales: "El contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental cuando éste queda sometido a limitaciones que impiden su ejercicio y lo despojan de la protección constitucional otorgada".

puede ser declarado en supuestos excepcionales o casos extremos cuando no se cumple con los requisitos esenciales de carácter legal en la formación del medio de prueba. El incumplimiento de los requisitos no esenciales en la formación de la prueba no puede llevar a sostener la total ineficacia de la prueba y la imposibilidad de valoración.

Por ejemplo, uno de los casos más interesantes respecto a si se cumplen o no los requisitos legales de la prueba y las consecuencias del mismo es la prueba de reconocimiento de personas establece que: "Quien lo realiza, 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" (art. 189.1). La doctrina considera que si no se cumple con un requisito esencial de esta prueba, la consecuencia es que no se logró cumplir con el juicio de fiabilidad de tal manera que el reconocimiento será ineficaz.

La regulación legislativa del procedimiento del *reconocimiento* busca asegurar la seriedad y eficacia del acto(49), disminuyendo los posibles errores que se pueden cometer(50), como también es una garantía para su efectivo control(51), asimismo, pretende evitar los errores o la falsedad de quien reconoce, situación que puede tener su origen en una conducta intencional o en una sugestión(52). No se trata de una regulación innecesaria e inútil. La formalidad que se sigue en el reconocimiento la convierte en un medio de prueba complejo(53). Esta

(49) Cfr. JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la Prueba en Materia penal*; Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2000, p. 464.

(50) Cfr. CAFFERATA NORES, José, *La Prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Depalma, 4ª ed., 2000, p. 125.

(51) Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. V, p. 158.

(52) Cfr. JAUCHEN, EDUARDO, *Tratado de la Prueba en Materia penal*, pp. 463 y 474.

(53) Cfr. FLORIAN, Eugenio, *De las Pruebas Penales* (Trad. de Jorge Guerrero) Bogotá, Reimp. de la 3ª ed., 1990, T. II, pp. 487 y 491.

diligencia debe estar revestida de exigentes garantías(54) y constituye un acto eminentemente formal requiriendo para su validez una serie de presupuestos(55). Se trata de una actividad sujeta a un régimen de procedimiento estricto(56) que pretende establecer los mecanismos mediante los cuales se puede obtener certeza(57). La Corte Suprema de Justicia ha establecido en un *leading case* una serie de requisitos a la prueba judicial de reconocimiento(58).

(54) Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, T. I, p. 527.

(55) Cfr. DE CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T., *Da Prova no Processo Penal*, Sao Paolo, Saraiva, 3ª ed., 1994, p. 177.

(56) Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. V, p. 160.

(57) Cfr. CAFFERATA NORES, José, *La Prueba en el Proceso Penal*, p. 125.

(58) La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el **R.N. N° 229-2006** de fecha 09 de agosto de 2006 ha establecido que "la principal prueba de cargo que es estimada por la Sala Penal Superior como es el reconocimiento personal de fojas treinta y dos, carece de eficacia probatoria por dos razones: a) La diligencia de reconocimiento personal no se ha llevado cumpliendo con el procedimiento adecuado que garantiza la idoneidad y eficacia de dicha prueba preconstituida, como es el **requisito cuantitativo** que se refiere a un número adecuado de personas que deben participar en la diligencia de reconocimiento que según la doctrina más autorizada deben ser más de tres y el **requisito cualitativo** que consiste en colocar a personas de similares características físicas o de aspecto exterior semejante en cuanto a color, tamaño, estatura, forma del rostro, edad, aspecto físico, etc., debido a que tal como se observa en dicha diligencia de reconocimientos de Elvis Jhon Bravo Oblea y Leonel Vargas Herrera participaron solo dos personas: Armando Rodríguez Cuya y Julio Toledo Bustamante, que más allá del aspecto cuantitativo no contaban con la exigencia de semejanza y de parecido físico esencial con los sometidos a reconocimiento, dado que Armando Rodríguez Cuya a la fecha de la diligencia contaba con cuarenta y siete años y un metro con sesenta y dos centímetros de estatura y Julio Toledo Bustamante contaba con cincuenta años y un metro con cuarenta y nueve centímetros, mientras que los procesados Elvis Jhon Bravo Oblea contaba con veintitrés años y un metro con setenta centímetros de estatura y Leonel Vargas Herrera treinta y cuatro años y un metro con sesenta y séis centímetros de estatura, siendo a simple vista las diferencias de edad y estatura de carácter esencial, por lo que la diligencia no cumplió su cometido ni su finalidad probatoria, y, b) La descripción y características físicas que da el agraviado de su presunto agresor respecto que se trata de 'un moreno de unos 20 años, aproximadamente de 1.70 metros de contextura delgada de cabello

Sin embargo, otro sector de la doctrina estima que si el reconocimiento de una persona se llevó a cabo con la descripción previa de sus rasgos físicos, pero sin que se hubiera puesto a la vista otras personas semejantes, su credibilidad disminuye, pero no necesariamente se excluye del acervo probatorio. Dicha prueba no podrá por sí sola fundar una declaración de culpabilidad, pero podrá ser valorada con otros medios de prueba(59).

En los casos que se cuestiona el juicio de fiabilidad o la confianza que se debe depositar en un concreto medio de prueba la justificación del juicio fáctico debe pronunciarse de manera específica y puntual sobre dichos cuestionamientos, ya sea para aceptarlos o levantar las observaciones sobre la misma(60). Debe haber un tratamiento expreso de los puntos controvertidos no solo en respeto a la garantía del deber de motivar las resoluciones judiciales en cuanto a los hechos, sino a fin de cautelar el cumplimiento del derecho de defensa, del derecho de prueba y el fin de la verdad en el proceso penal. No pronunciarse sobre este extremo del juicio de fiabilidad supone incurrir en un vicio de la motivación de los hechos.

b) La determinación del contenido e interpretación del significado del medio de prueba

Un aspecto importante en la valoración de la prueba es precisar el contenido del concreto medio de prueba (v. gr. testimonial, pericia, documento, reconocimiento, inspección, constatación, etc.), delimitando su significado y alcances(61) No interesa quién y qué parte lo

---

ondulado', no coincide con la descripción de los procesados, ya que es de ver como consta de sus fotografías del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC - de fojas ciento tres y fojas ciento siete, el procesado Elvis Jhon Bravo Oblea tiene pelo lacio y es tez blanca, por lo que no existe corroboración ni relación entre la descripción física que se realiza previamente y el reconocimiento inmediato que se produce".

(59) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 117.

(60) Ibídem, p. 116.

(61) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Motivación de las sentencias, presunción

propuso si fue planteado por el Ministerio Público, el imputado, su defensa, por la parte civil o el tercero civilmente responsable.

Aquí se trata de determinar qué es lo que se expresa en la declaración que se ha brindado y que recoge el concreto medio de prueba, independientemente de si se ha realizado en forma oral (testigo) o en forma escrita (informe pericial). Se trata en buena cuenta de establecer el significado del elemento de convicción que no necesariamente tiene que estar expresado a través del lenguaje común, sino a través de otros signos; v. gr. huellas dactilares, sangre, cosas, objetos del más distinto valor.

Lo que se busca en esta etapa es obtener y extraer la información relevante y pertinente del medio de prueba y que se relaciona con el enunciado fáctico que se pretende acreditar; v. gr. la manifestación del testigo, las conclusiones del perito. Si es que no se fija de manera correcta el contenido del medio de prueba no puede haber una correcta valoración de la prueba(62). Se trata de conseguir de manera imparcial y neutral el significado del medio de prueba, sin inclinarse y mostrar preferencia sobre alguna de las hipótesis fácticas enfrentadas y en tensión dialéctica. El contenido de la prueba debe extraerse independientemente de si favorece a la defensa o a la acusación, siendo

---

de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *ADH*, N° 2, p. 472; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 91: "se habla así de interpretación de las pruebas, como operación previa a su valoración, todo lo cual queda englobado en la genérica apreciación de las pruebas"; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 370; GARCÍA CAVERO, Percy, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, Lima, Editorial Reforma, 2010, pp. 82 y ss.; BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, 2010 - diciembre, p. 16.

(62) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 161; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 91; BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, 2010 - diciembre, p. 16.

fieles a su tenor y literalidad. No puede haber omisión o exclusión deliberada de un medio de prueba porque se contrapone y es opuesta a la hipótesis que se pretende acreditar, como tampoco debe haber alteración, tergiversación o empleo sesgado de un medio de prueba a fin de sustentar de manera unilateral determinada conclusión previamente seleccionada(63).

El juez, o cualquier operador jurídico, debe racionalizar y controlar su percepción para que no haya una errónea o arbitraria ponderación de los hechos; v. gr. debe haber una correcta interpretación de la información aportada por los testigos que deponen sobre un determinado hecho(64). Un hecho o las pruebas que los acreditan pueden contar con diversas lecturas e interpretaciones, incluso, algunas de ellas antagónicas. Asimismo, determinados sucesos generan a veces interpretaciones complejas que requiere un cúmulo de información o de datos de distinto origen o contenido(65).

En esta etapa no se trata de hacer un largo y extenso listado del procedimiento probatorio que se siguió para que determinada prueba ingrese al proceso o de desarrollar un amplio resumen del contenido de la prueba (v. gr. declaración total del testigo, copiar literalmente el informe pericial), sino más bien de seleccionar de manera adecuada y precisa el significado de la prueba que es pertinente y útil para acreditar un supuesto de hecho(66). Por tanto, la determinación del contenido

(63) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 171.

(64) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *"Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, in dubio pro reo"*, en: *ADH*, N° 2, p. 472; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Los Hechos bajo sospecha. Sobre la Objetividad de los Hechos y el Razonamiento Judicial", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 32.

(65) Véase, CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, pp. 91 y ss; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Los Hechos bajo sospecha. Sobre la Objetividad de los Hechos y el Razonamiento Judicial", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 30.

(66) Cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1; 2010 - diciembre, p. 16.

debe entenderse en términos funcionales en el sentido que se exige la selección precisa y útil de las partes de la declaración que aportan elementos relevantes y precisos sobre lo que es objeto del proceso o la hipótesis (acusación, defensa) que se corrobora con el concreto medio de prueba(67). La selección precisa del contenido de información que aporta la prueba debe ser ***integral*** y no fragmentaria o parcial(68).

La interpretación del contenido del medio de prueba no puede guiarse por la selección de uno de los posibles sentidos que puede sugerir su comprensión y menos por un concreto resultado de confirmación de la hipótesis que se pretenda alcanzar, ya que de ser así habría una confirmación sesgada o unilateral de los hechos. No es correcto tomar en cuenta fragmentos o aspectos parciales de la prueba que permiten sustentar una determinada conclusión o moldear a su antojo un determinado resultado probatorio(69). No se deben seleccionar ciertos puntos de una declaración o, en general, del contenido de la prueba, para arribar y validar cierta hipótesis elegida por anticipado; v. gr. se destaca una parte del testimonio en donde se señala que la persona vio a un sujeto que caminaba presuroso con una chaqueta roja (que coincide con la clase de vestimenta que el imputado tenía ese día), pero se excluye la parte de la declaración en donde se señala que el testigo no logró ver el rostro del imputado y que no lo reconoce como autor de los hechos. En este ámbito es frecuente que la interpretación del concreto medio de prueba (v. gr. pericia, documento, testimonio, etc.) no se corresponda de manera efectiva y real con el contenido de la prueba, o que acudiendo o no a las máximas de la experiencia haya una interpretación arbitraria del significado del medio de prueba.

---

(67) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 118.

(68) Cfr. RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, p. 357.

(69) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 171: "el fraccionamiento del cuadro probatorio por parte del juez, omitiendo incluso su existencia, priva de racionalidad al proceso de valoración probatoria y hace que la decisión judicial sea arbitraria. En otras palabras, una selección de pruebas a efectos de motivar la decisión previamente tomada, silenciando y/o prescindiendo de todas las pruebas relevantes practicadas, vicia de nulidad la resolución que se dicte".

Se debe distinguir el hecho ocurrido con la declaración que se preste sobre dicho suceso y que siempre se realiza empleando el lenguaje (común o especializado en el caso de los peritos) y es portadora de una notable carga de ambigüedad y una falta de precisión de lo que se pretende recoger.

Una de las mayores ventajas del examen analítico o individualizado de los medios de prueba es que además de facilitar la clasificación de prueba de cargo o de descargo (ut supra) es que permite determinar de manera adecuada el resultado concreto de la prueba. La única manera como se logra precisar si una prueba posee o no información relevante respecto a los hechos del proceso tanto principales como secundarios, es luego del examen analítico de cada medio de prueba y la obtención de su significado.

Si una prueba que se admitió previamente no arroja ningún resultado, ni positivo ni negativo ni favorable ni perjudicial, pasará a ser una prueba inútil o irrelevante respecto a la hipótesis que pretende probar. La consecuencia de que luego de la valoración analítica se acredite que ella no posee ningún valor es que no habrá obligación alguna de ponderarla en la reconstrucción general de los hechos. Bastará con señalar que el valor de dicha prueba y su peso es nulo o igual a cero; de lo que se infiere que no se la deberá considerar en la narración global de los hechos probados. Con ello, debe quedar claro que no solo la prueba útil o que ofrezca un resultado probatorio concreto se valora. También la prueba inútil o que no arroja ningún resultado respecto a los hechos probados se pondera, pues solo se puede arribar a dicha conclusión luego de su análisis individualizado. Sin embargo, una cosa es sostener que toda prueba admitida y actuada se deba valorar y otra muy distinta es sostener que incluso la prueba, inútil o que no tienen ningún resultado positivo deba entrar a tallar en la reconstrucción global de los hechos. En este caso, solo la prueba útil o relevante puede ingresar a integrar la narración, racional y plausible, de los hechos probados.

c) El resultado probatorio (eficacia) del concreto medio de prueba respecto a la hipótesis planteada

Luego que se ha determinado el contenido del medio de prueba el juez ingresa a su valoración respecto al grado de probabilidad y confirmación de la hipótesis que pretende acreditar. En el proceso penal, la prueba, tanto en su admisibilidad y actuación, obedece a una determinada hipótesis o planteamiento, ya sea del ente acusador (acusación) o de la defensa (tesis defensiva). La prueba no se encuentra flotando o está en el procedimiento porque sí. Su presencia obedece a que pretende confirmar una tesis o teoría del caso propuesta por alguna de las partes; de tal manera que es necesario luego de la fijación de su significado establecer si la prueba valida una de las hipótesis y de qué forma lo hace.

Un documento, un testimonio, una pericia poseen valor probatorio debido a que se relacionan de manera directa con el objeto del proceso, el mismo que está compuesto por enunciados fácticos primarios y enunciados fácticos secundarios. Dicho valor probatorio no se predica en abstracto, sino en concreto sobre la base de ciertas hipótesis que se confirman o no dentro del proceso. Todo medio de prueba una vez que se ha determinado su contenido y se precisa su significado posee valor probatorio (positivo o negativo) siempre que se le conecte y relacione con una hipótesis.

La valoración de la prueba y la fijación de su grado de probabilidad permite establecer si una hipótesis es o no confirmada y de qué grado de confirmación es posible hablar(70). Se comprueba de esta forma la aceptabilidad de la hipótesis y los enunciados fácticos que la componen. Aquí entran a tallar las máximas de la experiencia y el conjunto de inferencias que condicionan la validez del resultado probatorio, dotándole de confianza y de la credibilidad necesaria. En efecto, el

(70) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 119.

resultado probatorio no es consecuencia simple, llana e inmediata del contenido del medio de prueba o de una especial cognición. Por el contrario, aquí se requiere el empleo de un conjunto de inferencias de la más variada índole y de la utilización de generalizaciones empíricas que componen el denominado razonamiento probatorio.

En este contexto, es posible establecer un grupo de problemas respecto a la comprobación o no de las hipótesis planteadas en el proceso. Tal vez el más importante de ellos tenga que ver con dos cuestiones: i) Los hechos probados no poseen relación alguna con los hechos alegados (hipótesis) por las partes; de tal manera que lo que se logra probar en el proceso no tiene que ver con el objeto del mismo ni con los enunciados fácticos que se discuten y han sido sometidos al contradictorio. En este caso a fin de evitar la violación al principio de congruencia no puede haber un resultado probatorio a nivel de la decisión judicial sobre hechos *extra petita*; v. gr. si lo que se discute en el proceso es un homicidio se debe rechazar un medio de prueba que solo acredita un robo(71); ii) Los hechos probados coinciden solo parcialmente con las alegaciones e hipótesis planteadas por las partes. Algunos medios de prueba acreditan algunos de los enunciados fácticos, mientras que otros no guardan relación con los planteamientos acusatorios o defensivos. Aquí solo deben tomarse en cuenta los hechos probados o el resultado probatorio que guarda relación directa con los enunciados fácticos materia del proceso.

El método analítico de la valoración de la prueba posibilita asignar un peso específico a cada prueba judicial en especial luego del resultado probatorio respecto a los hechos materia del proceso(72). Solo a través de examen individualizado de la prueba es posible saber si la prueba tiene un grado de confirmación de la hipótesis fáctica; de tal

(71) Lo que no impide, por supuesto, que el Tribunal por medio de una *notitia criminis*, en caso los hechos no hayan sido objeto de conocimiento por los órganos de persecución y no haya recaído sobre ellos la autoridad de cosa juzgada, informe de estos hechos al Ministerio Público para su averiguación correspondiente.

(72) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 132.

modo que si la respuesta es positiva es posible sostener si el medio de prueba tiene un peso bajo, alto o intermedio. Junto a la posibilidad de clasificar la prueba como prueba de cargo o de descargo, es necesario que se establezca en cualquiera de las dos posibilidades el peso específico y el grado de confirmación de cada medio de prueba. Si bien todas las pruebas deben ser valoradas queda claro que como regla no todas las pruebas tienen el mismo peso y eficacia. La eficacia de la prueba se fomenta y alcanza en mayor medida de manera puntual con el método analítico de valoración.

Las pruebas la mayoría de veces no registran una observación directa por lo que su valor y eficacia para acreditar un enunciado fáctico dependen de una serie de inferencias que pueden tener carácter deductivo o inductivo.

Un enunciado fáctico (v. gr. prueba) puede servir y apoyar la justificación de otro enunciado fáctico, esto es, puede ser utilizado como un enunciado para probar otro enunciado. Normalmente en la justificación de un enunciado intervienen otros enunciados ya justificados, hablándose en este sentido de cadena de enunciados justificados(73). Así, por ejemplo, un conjunto de indicios unívocos, coherentes y del mismo signo (v. gr. incriminatorio o eximente) pueden servir para probar y justificar la prueba de determinados hechos secundarios del mismo modo que la acreditación de enunciados secundarios pueden servir de prueba de hechos principales. Las inferencias probatorias tienen un distinto grado de fiabilidad y de confianza en los resultados que alcanzan, según se trate de una determinada clase de prueba o de cierta clase de razonamientos, ya sean complejos o simples.

La fundamentación del resultado probatorio de cada concreto y específico medio de prueba debe ser adecuado y suficiente a fin de que se logre cumplir con que el requisito de completud del discurso justificatorio fáctico. No basta con las simples referencias genéricas a la clase de prueba (testimonial, inspección, reconocimiento, pericia,

(73) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 193.

etc.), o a la identificación del testimonio o perito (nombre del testigo, número de pericia). Es necesario que se establezca su contenido, las inferencias, inductivas o deductivas que se utilizan, las máximas de la experiencia empleadas, el peso probatorio que se le asigna al medio de prueba, los enunciados fácticos que se dan por acreditados, entre otros aspectos(74).

5. Pese a las indiscutibles ventajas del método analítico de valoración de la prueba alrededor suyo se levantan también voces críticas. Una de esas críticas destaca que puede existir en el proceso una superabundancia de pruebas que por su variedad, complejidad y número puede convertir en absolutamente difícil el lograr la motivación individualizada de las pruebas.

Asimismo, deben tomarse en cuenta que el TC español en el auto 307/1985 ha declarado que: "la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas". El TS español en la sentencia de fecha 20 de febrero del 2007 ha señalado: "por su parte esta Sala, en sentencia de 30 de enero de 1998 citada por la sentencia 19 de abril de 2004 mantiene que 'la falta de consideración de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación'. Por su parte, las sentencias de 28 de enero, 7 de julio y 6 de octubre de 2004 , señalan que: "no es preciso que contengan (las sentencias) una declaración de hechos probados ni que contengan un pronunciamiento expreso sobre todas y cada una de las pruebas practicadas en el proceso, dado que la Sala puede apreciar en conjunto las pruebas practicadas en el proceso y no precisa concretar en qué medio de prueba se ha basado para llegar a la conclusión definitiva que establece, bastando que la sentencia constituya una resolución fundada en derecho razonable y no arbitraria y motivada lógicamente".

(74) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 119.

No obstante, contra esta posición vale objetar que resulta irracional que, por un lado, se le exija al juez justificar su decisión sobre la base de las pruebas actuadas y, por el otro, se le autorice –con total impunidad y licitud de su comportamiento– el seleccionar y elegir a su completo antojo qué pruebas finalmente valora o toma en cuenta. Con ello se le otorga al juez un cheque en blanco para que sencillamente haga lo que quiera, lo que le plazca y pueda sustentar lo que su caprichosa voluntad tenga a bien. Se trata de una licencia de arbitrariedad insostenible en un Estado Constitucional. Fácilmente si se sigue este derrotero se puede terminar excluyendo de la valoración y de la fundamentación pruebas decisivas y, en fin, toda aquella prueba relevante que colisione finalmente con lo que el juez quiere finalmente sustentar(75).

Si es que se parte, como aquí se hace, de la obligada fundamentación exhaustiva de los hechos probados no se le debe conceder ni legal ni jurisprudencialmente al juez el poder elegir (y eliminar) qué pruebas valora o qué pruebas no atiende. En realidad, si algún sentido tiene el deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales en cuanto a los hechos es que se deben valorar todas y cada una de las pruebas actuadas sin excepción alguna, siguiendo la máxima: ***prueba que se admite y se actúa, prueba que obligatoriamente se valora.***

III) EL MÉTODO DE VALORACIÓN GLOBAL DE LAS PRUEBAS

1. El empleo del criterio individual o modelo analítico no quiere decir que este sea el único y exclusivo método admitido en la ponderación racional de la prueba, tanto desde el punto de vista legal como desde la perspectiva epistemológica. El que sea el modelo adoptado por el ordenamiento procesal penal peruano no significa que sea la única vía posible en la valoración de la prueba ni que solo dicho método genere confianza, seguridad y resultados confiables. En pocas palabras, el método analítico no niega otros métodos de valoración ni se opone a

(75) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 203.

que se acojan criterios que postulen una valoración global de la prueba o que busquen la coherencia narrativa(76). Desde el punto de vista del cognoscitivismo crítico, un complemento necesario y adecuado al método analítico lo constituye el método de valoración global de la prueba. Tan importante como la identificación y determinación de las piezas del rompecabezas es encontrar el método para armarlo y lograr una narración coherente, plausible y racional de los hechos ocurridos.

La valoración conjunta de las pruebas si bien es un paso obligado del razonamiento probatorio y así lo reconocen algunas normas importantes de nuestro ordenamiento jurídico(77) no constituye por sí sola una justificación suficiente, pues tiende a encubrir a veces resultados mendaces o que se buscan deliberadamente.

Como se ha dicho la importancia de la valoración conjunta se postula luego de que se cumple de manera acabada y suficiente con el análisis particularizado de los medios de prueba y el resultado probatorio que arrojen cada uno de ellos(78). Ella es una consecuencia y un complemento de la motivación analítica de los medios de prueba. Su principal misión es el permitir determinar la probabilidad de una

(76) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, pp. 310 y 314; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 124.

(77) El artículo 197 Código Procesal Civil prescribe: "***Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada [....]***".

(78) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, pp. 56 y 125; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 196: "La valoración conjunta no viene en lugar sino después de los medios de prueba tomados de uno en uno"; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 133, 146 y 186: "la exposición de la apreciación conjunta de la prueba es de ineludible realización, pero siempre y solo en ese segundo momento. De otro modo, es decir, si la apreciación sintética no fuera precedida de antecedente analítico, se estaría frustrando el papel real de la motivación"; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 120.

hipótesis fáctica(79) y subraya la importancia de la consideración conjunta de hechos y pruebas(80). La doctrina viene insistiendo en rescatar la importancia de la valoración conjunta de la prueba y la función que desempeña en el razonamiento probatorio(81). Se sostiene que la valoración individualizada de las pruebas y la valoración conjunta se necesitan recíprocamente y que las dos actividades no son excluyentes, sino que se complementan. Ambas representan la fase analítica y sintética del razonamiento probatorio. Como sostiene IGARTUA SALAVERRÍA: "No hay valoración conjunta racional si previamente no se ha tomado en cuenta de los distintos elementos que forman parte de aquel conjunto, como tampoco se puede otorgar una fiabilidad definitiva a cada fuente de prueba con independencia a la atribuida a las demás [máxime si son de signo contrario]"(82), y que "la valoración individualizada de las pruebas condiciona la valoración conjunta y que esta reacciona sobre las pruebas valoradas individualmente".

Dicha valoración no supone tanto la acumulación de datos probatorios como la coordinación y la coherencia de los mismos, aunque se remarca la idea de que la acumulación de pruebas permite una mejor coherencia de la narración(83). Por tanto, no se trata de una actividad cuantitativa o de sumatoria de pruebas individuales, sino de una actividad cualitativa que posee tanto aspectos lógicos como valorativos.

La narración y decisión final del juez están compuestos por un conjunto de enunciados individuales. Según los criterios hermenéuticos, cada parte individual de un discurso adquiere su sentido en función de su ubicación en el todo al que pertenece, con la par-

(79) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 115.

(80) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 319.

(81) Por todos, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, pp. 113 y 161.

(82) Ibídem, p. 114.

(83) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 120; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 169.

ticularidad de que el todo es mucho más que la suma de enunciados y partes que la componen(84).

2. La ley procesal peruana (art. 158.1), cuando regula que la valoración de la prueba "*expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados*", debe ser interpretada de manera funcional en el sentido de que no basta que se establezca un resultado individual, concreto y específico de cada medio probatorio y al que la ley también abarca y hace referencia, sino que, además, debe haber junto a los resultados probatorios individuales un resultado probatorio global, general y completo de todas las pruebas actuadas(85). Cada uno de los resultados probatorios de cada medio de prueba viene a ser siempre un resultado parcial, contingente, provisional que requiere como manda el sentido común un resultado final que determine una ponderación global e integradora de todos los medios de prueba actuados en el proceso y en especial en el juicio oral. La valoración individual de la prueba si bien es un procedimiento necesario es a la vez un criterio insuficiente para justificar un discurso completo en la fundamentación de los hechos en el proceso y en particular en la motivación de la valoración de la prueba. La motivación individualizada, muchas veces, solo accede a resultados parciales, cargados de provisionalidad y a una visión incompleta y cuando no unilateral de los hechos.

La valoración conjunta permite coordinar el significado de las pruebas aportadas y posibilita la construcción sobre la base de la prueba individual de una historia o un relato coherente respecto a los hechos. Una prueba aislada no tiene sentido si es que no se la inserta dentro de un todo y un esquema global de razonamiento. El valor de una pieza solo explica por su encaje dentro del conjunto. La fase última de la justificación racional de los hechos probados pasa fundamentalmente por articular y efectuar la coordinación de toda la

(84) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 253: "un mosaico vale más que la suma de sus piezas y el valor agregado corresponde al diseño según el cual se ubican las piezas individuales".

(85) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 171.

prueba actuada. La ponderación conjunta es la actividad que permite entender en realidad qué ha ocurrido, cuál es el valor de las hipótesis y encontrar la verdad de los hechos.

La valoración racional de la prueba tiene su eje conductor en la valoración conjunta, ya que solo esta permite explicar de modo coherente, armónico y razonable los hechos ocurridos que son materia del proceso. Posibilita la construcción de un relato coherente de una hipótesis. Si bien la ponderación conjunta de la prueba no garantiza ni asegura un buen relato, ya que este depende de otros factores [adecuada ordenación de los hechos, semántica, manejo de las inferencias probatorias, estilo narrativo, etc.], empero, queda claro que lo facilita como condición epistemológica y de legitimidad de la sentencia.

La fundamentación global de los medios de prueba viene reclamada por el principio de completitud del discurso justificatorio en el derecho(86) y en general en el discurso práctico, el cual forma parte de la idea misma de racionalidad que reclama que más que ver una visión atomizada de los hechos y pruebas debe haber una integración de todos los hilos de la madeja (cada uno de los medios de prueba) a fin de lograr un relato integrador, armónico y coherente. La valoración de la prueba para que sea racional y completa debe articular las pruebas producidas en juicio en una narración procesal adecuada de los hechos que se tienen por probados y por no probados.

La valoración global de la prueba proscribe una selección arbitraria de los medios de prueba con el fin de justificar una determinada decisión, sobre la base de ciertos criterios que bajo el pretexto de llegar a una solución adecuada del problema planteado, incluso invocándose razones de justicia y equidad, van contra los hechos efectivamente probados, falseando y alterando gravemente con ello el valor de una de las hipótesis en perjuicio de las otras. Se trata de evitar aquí una

(86) De manera general sobre este principio en la justificación de las resoluciones judiciales: TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 380. En el caso de la valoración de la prueba: TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 120.

reconstrucción unilateral, sesgada, antojadiza y caprichosa de los hechos, eligiendo un relato, seleccionando ciertas pruebas en desmedro de otras o tomando parcialmente el contenido de ciertos medios de prueba a fin de sustentar y justificar una decisión previamente tomada.

La valoración global de las pruebas no quiere decir que la motivación de los hechos deba ser excesiva, cargada o sobreabundante, o que el cumplimiento del deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales se relacione con exposiciones, prolijas e interminables. También en este ámbito se excluyen aquellas motivaciones en las que se recogen argumentos *ad pompam* y *ad abundantiam*(87).

3. Por otro lado, en ciertas situaciones se reconoce que ante la dificultad de elegir entre determinadas historias y narraciones en las que existe similitud de pruebas y grados de confirmación la elección deberá favorecer a la versión de los hechos o la historia que sea la más coherente y estructurada(88). Ello no quiere decir que la coherencia se transforme en el factor decisivo de elección de la historia o que sea el elemento más importante a tener en cuenta para elegir qué narración preferir en desmedro de las pruebas y de los elementos de confirmación, sino que más bien la coherencia corresponde a un criterio ***excepcional*** que solo entra a tallar cuando haya equiparación entre el resultado probatorio de las pruebas actuadas y el correspondiente grado de confirmación.

Sin embargo, la regla es que en aquellos casos en donde la prueba y el grado de confirmación de una hipótesis abone a favor de una determinada reconstrucción de los hechos en perjuicio de otra alternativa narrativa o de una hipótesis, el juez no podrá elegir la historia mejor contada o la descripción de los hechos más interesante en desmedro de los resultados de la actividad probatoria. Lo que manda en el proceso no son las variables retóricas o la narración de historias, sino el grado de confirmación con base en la prueba de ciertas hipótesis, aunque no sean tan plausibles, coherentes o absolutamente infalibles.

(87) Véase, GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, p. 421.

(88) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 254.

4. Una de las exigencias más importantes desde el punto de vista racional en la valoración de la prueba es que dicha apreciación debe estar presidida por la confrontación de las pruebas y contrapruebas (v. gr. la verosimilitud de la declaración de testigos debe ser analizada también con la correspondiente crítica a la credibilidad del testimonio), que haya un control de refutación de los resultados probatorios individuales que no es otra cosa que el reconocimiento del modelo *dialéctico* de ponderación de la prueba(89).

La resolución judicial –en especial la sentencia– debe dar cuenta de cada una de las pruebas que se valoran, pero al mismo tiempo debe analizarse cada una de las contrapruebas o si existieran cada una de las pruebas acerca de la credibilidad o peso de las mismas. No solo han de ponderarse las pruebas que confirman determinada hipótesis, de tal o cual manera, sino las pruebas, hechos o indicios que sin invalidar del todo la calidad de dichas pruebas –de una o de todas– terminan afectando su eficacia o su concreto valor probatorio(90). Las pruebas si bien pueden apuntar a tal resultado probatorio, confirmando o negando, determinada hipótesis, pueden cuestionarse por otras pruebas las mismas que han de analizarse de manera rigurosa, si es que se quiere atender a un resultado racional, plausible y legítimo. La ausencia de justificación de este punto puede dar lugar a una patología de la motivación de los hechos probados que podría invalidar la resolución judicial(91).

Uno de los aspectos que se relacionan con el carácter dialéctico de la valoración de la prueba es aquel que reclama que se deben analizar

(89) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 124.

(90) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 262; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 121.

(91) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 143.

escrupulosamente tanto las pruebas que confirman la hipótesis como aquellas pruebas que la refutan o que conducen a un resultado negativo. Por ejemplo, se deben ponderar de manera escrupulosa y atendible los hechos y pruebas que supongan la acreditación de un hecho positivo como también debe probarse un posible hecho incompatible(92), tal como ocurre con la coartada por la cual una persona puede estar en un lugar, pero no en dos lugares a la vez al mismo tiempo.

Si el órgano jurisdiccional no asigna valor a la coartada planteada por una persona debe presentar y exponer las razones por las que no se considera atendible la misma o por qué se la rechaza. No es constitucionalmente legítimo desde la perspectiva de la valoración racional de la prueba que se la rechace guardando silencio sin más, pese a que se trata de un hecho esencial y decisivo, o que se la desestime aludiendo a determinadas frases genéricas o a cuestionables máximas de la experiencia; v. gr. en un caso conocido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia justificó la condena de un acusado por el delito de lavado de activos al recibir un millón de dólares, entre otros aspectos, sobre la base que: "*Si bien el sentenciado (Zevallos Gonzáles) alegó que tanto él como López Paredes no se encontraban en el Perú en el momento en que aconteció tal reunión (en donde se entregó dinero para la compra de un avión), se debe tomar en cuenta que los miembros de las organizaciones criminales suelen desplazarse utilizando otras identidades para encubrir sus actos ilegales*"(93) (fundamento décimo sexto punto seis). Más allá de lo cuestionable que puede ser refutar una coartada basada en una máxima de la experiencia endeble de que "*los miembros de las organizaciones criminales suelen desplazarse utilizando otras identidades para encubrir sus actos ilegales*", queda claro que debía razonarse en torno a qué medios probatorios o en qué hechos debidamente comprobados se funda el rechazo del hecho alegado, más aún si ambas personas coincidían y acreditaron a través de documentos públicos oficiales (movimientos migratorios) que no solo no se encontraban en el lugar de los hechos

(92) Al respecto, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, pp. 254 y ss.

(93) Véase, el **R.N. N° 1882-2006**, caso: Zevallos Gonzáles de 06 de agosto del 2007.

(Miraflores, Lima), sino fuera del país. Si bien la condena se debió a la concurrencia de otra serie de pruebas e indicios este punto merece algunos reparos y observaciones.

En otro caso público (Poémape Chávez), una Sala superior confirmó el auto de no ha lugar a la apertura de instrucción dictado en primera instancia tomando como base la (supuesta) acreditación de una coartada del imputado que frente a la inculpación que había participado en un acto de narcotráfico alegó que en los días que habrían ocurrido los hechos se encontraba fuera del país. De acuerdo a la resolución judicial comentada se sostuvo que de "*la lectura del movimiento migratorio del inculpado se aprecia que dicho encausado había salido del país con fecha 26 de julio del 2003 habiendo retornado el 20 de diciembre del mencionado año y los hechos que se le atribuían eran de septiembre y octubre del 2003*". La argumentación de la Sala estimó favorablemente el valor probatorio de los documentos oficiales, ya que no se presentó prueba que los cuestione(94).

La eficacia probatoria de un documento no depende de su calidad de documento público o privado, ni de su formalidad o de si fue expedido en el Perú o en el extranjero. En materia penal, es necesario que se constate de manera minuciosa si el contenido que registra el documento o la declaración que contiene es verdadera en el sentido

(94) El Dictamen de la Fiscalía Superior cuestionó el Certificado de Movimiento Migratorio que corría a fojas 143 de fecha 12 de setiembre del 2007 y los que obraban a fojas 144 de fecha 06 de junio del 2007 y a fojas 411 de fecha 15 de abril del 2008, bajo la tesis de que dicho documento no es garantía de prueba de que en el momento de los hechos, el denunciado Poémape Chávez no se encontraba en el país. La Sala superior respondió estas observaciones en el **Exp. N° 1323-2009** de fecha 11 de mayo del 2010 señalando que "el cuestionamiento a los tres Certificados Migratorios del imputado Poémape Chávez, no pasa de ser de un mero enunciado subjetivo que utiliza el Ministerio Público sin ningún asidero, ya sea legal o factual, en tanto que jamás se ha cuestionado formal o legalmente la validez de tales instrumentos o investigado la certeza de su contenido, por consiguiente, al tratarse de un instrumento público, otorgado por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, constituye un documento válido".

que se corresponda con la realidad y si los hechos descritos en el documento se produjeron realmente.

En el caso de la coartada se debe distinguir la *coartada simple* (encontrarse en un lugar distinto de donde ocurrieron los hechos, sin salir de la localidad) de la *coartada cualificada de viaje* (además de no encontrarse en el lugar de los hechos, la persona viajó) que en su nivel máximo supone un viaje al extranjero. En esta última clase de coartada que se confirma normalmente a través de documentos oficiales que registran movimientos migratorios es necesario que se tome en cuenta no solo los documentos que acreditan la (posible) salida del país, sino otros documentos y pruebas que deben aportarse y valorarse, tal como ocurre con los documentos oficiales en los que se registra el ingreso (entrada) a otro país y que debe coincidir con la fecha de salida, verificándose, además (de existir), el sellado del pasaporte, la compra del boleto aéreo o del medio de transporte utilizado en el desplazamiento, los gastos generados en su viaje al extranjero (v. gr. movimientos bancarios, etc.), las declaraciones de testigos u otra clase de pruebas que registren estadía o permanencia en dicho país (v. gr. hospedaje, órdenes de traslado de la empresa en la que trabaja(95)). En la acreditación de la coartada de viaje al extranjero no basta tomar como referencia el simple movimiento migratorio de salida de viaje.

Debe destacarse que por sí solo la ausencia de movimiento migratorio (registro formal) no prueba técnicamente que efectivamente la persona no ha realizado un determinado viaje y que con ello no ha

(95) Véase: **R.N. N° 2059-2009** caso: Cahuaza Chuquival de 20 de agosto del 2010: "El recurrente Cahuaza Chuquival (declaración plenarial de fojas trescientos ochenta y nueve) expone como coartada que en la fecha de los hechos se encontraba en Tarapoto –allí permaneció cinco o seis meses–. Según el informe de astillero 'Henry' empresa individual de responsabilidad limitada el imputado viajó a Pucallpa el veinticinco de marzo de dos mil siete (cartas de fojas quinientos siete y quinientos cuarenta y tres, y boleta de venta de fojas quinientos ocho), y según el hospedaje Los Ángeles - Tarapoto estuvo alojado entre el uno al treinta de abril de dos mil siete (carta de fojas quinientos cincuenta y cinco)". Si bien trata de una coartada debidamente probada de un viaje dentro del Perú, lo sostenido en esta ejecutoria es válido de manera general.

cometido el delito que se le imputa; de igual manera, el hecho de que exista un registro formal positivo de movimiento migratorio no quiere decir que la persona haya viajado de manera efectiva y real y que por ello haya cometido un hecho. Respecto al primer caso, es famoso en el Perú el proceso y la sentencia condenatoria dictada en contra de un sicario colombiano que mató a una empresaria peruana, en la habitación de su casa, –así lo reconoció el inculpado sobre la base del hallazgo de rastros de sangre encontrado en la escena del crimen y que se acreditó le pertenecían luego de la realización de la prueba de ADN– pese a que en los registros migratorios no figuraba que hubiera ingresado al Perú por alguna de sus fronteras(96).

Por otro lado, se destaca que la desestimación de una coartada o la prueba de su falsedad no quiere decir que a continuación y de manera inmediata se entienda probado el hecho delictivo y la responsabilidad penal, toda vez que el desechamiento de la coartada como hipótesis alternativa lo único que acredita es la existencia de un indicio de mala justificación, pero no prueba que una persona cometió el hecho de-

(96) Véase la sentencia dictada por la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima en el **Exp. 517-2009** de fecha 12 de octubre del 2012 p. 161, en donde se hace referencia al "Oficio N° 4460-2012-MP-FN-UCJIE (Aj 45-11) de la Unidad de Cooperación Internacional, obrante en el T. XVII: Contiene relación de teléfonos de Alejandro, Hugo Armando y David Trujillo Ospina; reporte migratorio de Alejandro Trujillo Ospina: No registra movimiento migratorio". Luego la sentencia condenatoria (p. 180) afirma como un hecho probado: "El acusado Trujillo Ospina, tanto en su declaración instructiva en el presente proceso, como en su declaración dada en el Juzgado de Salta - Argentina, ha revelado prácticas habituales relacionadas con el cambio constante de nombre, el uso de documentos que no le pertenecen, viajes a diversos países de Sud América, a veces por plazos muy cortos, el viajar por vía terrestre sin mostrar documento de identidad para pasar clandestinamente y evitar que se registre en su movimiento migratorio, el usar y cambiar constantemente celulares y chips; todo lo cual, evidencia su vinculación con el tipo de actividad revelada en los correos electrónicos antes referidos", y finalmente acerca de este punto sostuvo (p. 212) que "no debe olvidarse que el acusado Alejandro Trujillo Ospina, ha reconocido haber usurpado la identidad de este hermano para poder viajar libremente".

lictivo. Estamos frente al caso de la denominada coartada fallida(97), llamada también coartada fracasada o del caso semejante en el que la misma resulta manifiestamente inverosímil y poco creíble(98).

La acreditación de la coartada como falsa no supone jurídicamente, ni desde el punto de vista lógico la acreditación de la culpabilidad del interviniente en el hecho (autor o partícipe). Como bien señala la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema peruana: "es de tener presente que la relevancia de la desestimación de una coartada, en tanto 'hecho impeditivo', radica en que, previamente, se ha demostrado de manera razonable el hecho positivo objeto de acusación; que, en tal virtud, no cabe otra opción ante la insuficiencia de evidencias de cargo que dictar sentencia absolutoria"(99). La declaración de un coimputado respecto a la afirmación de que una persona participó en el acondicionamiento de droga para ser enviada al extranjero a través de una burrier o mula no basta sustentarse, como corroboración objetiva, en que contra la posible coartada de viaje al extranjero de la persona incriminada la tesis de defensa se ve desmentida por el documento en el que consta el movimiento migratorio negativo y que acredita que al tiempo de los hechos, al menos formalmente, la persona no salió del país(100), ya que deben existir otros medios

(97) Véase, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 54; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 48.

(98) Al respecto, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 48.

(99) Véase, el **R.N. N° 3883-2009**, caso: Malpartida Fernández de 02 de junio del 2010.

(100) En detalle, el **R.N. N° 3883-2009**, caso: Malpartida Fernández de 02 de junio del 2010: "que mencionar, atento a lo expuesto en la sentencia impugnada, como dato suficiente de corroboración el movimiento migratorio, el mismo que no avalaría contundentemente que la encausada Malpartida Fernández cuando se suscitaron los hechos se encontraba fuera del país –su propia madre incluso mencionó que la última vez que la vio fue en junio de dos mil cinco, lo que por lo demás no prueba rotundamente que en julio se encontraba en Lima y, más aún, que acompañó o auxilió a René María Gallegos–, no satisface el requisito de suficiencia de la prueba".

probatorios o indicios más sólidos, graves y concordantes que permitan razonablemente inferir la tesis incriminatoria.

La inferencia de culpabilidad basada únicamente en la acreditación de la falsedad de la coartada o la no verosimilitud de la misma supone una violación directa de la presunción de inocencia al concluir en la culpabilidad de una persona debido a que se demostró que mentía. Aquí la carga de la prueba se invierte flagrantemente, ya que lejos de probarse el injusto penal se sortea este requisito sustituyéndolo por la mentira y mala justificación del imputado. Hay aquí una lógica diabólica y arbitraria: no demuestro tu culpabilidad, sino que mentiste. Se cambia de la prueba de la culpabilidad por la prueba de la mentira. La coartada fallida, lo único que permite inferir es que la persona no estuvo en donde dijo estar; no que cometió efectivamente el delito(101). Pese a ello, en la doctrina se alzan voces críticas que concluyen que la coartada probadamente falsa ni siquiera puede dar lugar a un indicio de mala justificación como manifestación del derecho de defensa y del derecho a no declarar contra sí mismo(102).

La coartada no solo debe invocarse, sino probarse de manera suficiente como cualquier enunciado fáctico o afirmación en el proceso(103). No basta para que posea virtualidad y eficacia probatoria que

(101) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 49: "el fracaso de la coartada lo único que permite afirmar es que el acusado no estuvo donde dice estar o con quien dice estar; o no hizo lo que afirma llevó a cabo".

(102) Véase, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 56: "el silencio parcial no puede ser valorado negativamente, igual que la versión exculpatoria fallida"; previamente señaló que: "En efecto, si fuera valorado negativamente el hecho de que la coartada aportada se probó como mendaz, resultaría cercenado el derecho de defensa debido a las consecuencias negativas que su libre ejercicio conllevaría en estos casos –hubiera sido mejor, sencillamente no defenderse–" (p. 55).

(103) Cfr. FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 228.

solo se sostenga como hipótesis alternativa. Es necesario que se acredite de manera idónea a través de los medios probatorios reconocidos (v. gr. testimonios, documentos(104), videos etc.). La coartada a veces no solo exige acreditar un hecho principal (encontrarse en otro lugar), sino que se deben también probar otros hechos secundarios relevantes (v. gr. si la persona sostiene que se encontraba en determinado lugar ofreciendo un producto debe demostrar que efectivamente se dedicaba a dicha actividad(105)). En algunos casos, la Sala Penal Permanente

(104) La Corte Suprema de Justicia ha sostenido la posición que si se afirma que una persona se encontraba en determinado lugar la acreditación correcta y adecuada de dicho acontecimiento debe producirse a través del ofrecimiento y presentación de un testimonio y no a través de un documento (v. gr. Declaración jurada), véase: **R.N. N° 4182-2009**, caso: Ancasi Palomino de 24 de junio del 2010: "Que si bien el encausado Pablo Guillermo Ancasi Palomino en sede preliminar, sumarial y plenarial –véase fojas treinta y seis, ciento cincuenta y cuatro y trescientos sesenta y uno, respectivamente– negó los cargos y acotó que entre las veintidós horas del treinta de diciembre y las cuatro horas del treinta y uno de diciembre de dos mil siete estuvo libando licor en un restaurante-bar y ofreció como prueba de descargo la declaración jurada del propietario del mencionado establecimiento, Francisco Flores Quispe, quien corroboró dicha versión; que, sin embargo, el referido documento no está revestido de todas las formalidades exigidas en sede jurisdiccional –porque la versión de quien afirma un hecho se incorpora mediante la prueba testifical y no mediante prueba documental– y, en sí mismo, no tiene entidad para poner en crisis el resultado probatorio del proceso penal declarativo de condena que ahora se cuestiona; por lo que la coartada sostenida por el imputado Ancasi Palomino resulta improbada"; **R.N. N° 4840-2009**, caso: Gutiérrez Dioses de 12 de agosto del 2010: "la declaración jurada de Cinthya Marilin Rosas Espinoza de fojas doscientos doce que pretende avalar la coartada del imputado respecto al robo en agravio de Rivas Pingo no es idónea para justificarla, tanto más si el imputado no la ofreció como testigo en el acto oral".

(105) Véase, el **R.N. N° 4656-2009**, caso: Caira Baca de 15 de junio del 2010: "Que el acusado Caira Baca en sus agravios alegó que el día de los hechos se encontraba con el abogado Jorge Paúl Arce Zans en la academia Pre Universitaria 'Santo Tomás de Aquino' mostrándole unos libros que vendía; que, al respecto, es de señalar que dicha coartada recién la alude en los debates orales a fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro, en tanto que en su declaración instructiva de fojas ciento treinta y uno se limitó a negar los cargos imputados; que si bien a

de la Corte Suprema anuló un fallo absolutorio, entre otras razones, debido a que no se había probado la coartada del acusado(106).

La coartada debe tener una serie de requisitos, entre ellas, la de ser coherente(107), verosímil, tener respaldo probatorio, ser planteada en

---

fojas ciento ochenta y cinco obra la Declaración Jurada del citado profesional, la misma fue adjuntada como medio de prueba a la solicitud de variación del mandato de detención –fojas ciento noventa y cuatro–, el mismo que posteriormente fue ofrecido como testigo, cuya declaración obra a fojas doscientos treinta, en autos no obra prueba alguna que sustente la actividad comercial que señala el acusado; que, por tanto, queda descartada su coartada".

(106) Véase, el **R.N. N° 4603-2009**, caso: Sánchez Vega de 15 de junio del 2010: "que es de precisar que si bien la encausada Sánchez Vega ha proporcionado varias versiones respecto de los encuentros previos con el imputado Meléndez Ramírez y de las llamadas telefónicas de coordinación, lo constante –y esencial– ha sido la referencia a la entrega de la droga y al acuerdo del pago de trescientos nuevos soles por el traslado de la droga a Piura; a la vez que no se ha probado la coartada del referido imputado en el sentido que cuando se suscitaron los hechos se encontraba en Tantamayo ni que se dedica a la siembra de papa, quien además tiene una condena por delito de tráfico ilícito de drogas (reporte documentario policial de fojas doscientos dieciocho y certificado de antecedentes penales de fojas ciento setenta y tres), precisamente en el Distrito Judicial donde la encausada Sánchez Vega también sufrió carcelería"; **R.N. N° 4474-2006**, caso: Montalvo Gutiérrez de 15 de diciembre del 2006: "que en el juicio oral el acusado Luis Montalvo Gutiérrez expresó que otra razón que lo motivó a venir a Lima fue el hecho de reconocer las carreteras del Perú pues pensaba postular a un trabajo cuya condición era tal conocimiento, sin embargo dicha coartada no ha sido acreditada con medio probatorio idóneo y su veracidad se torna dudosa si se aprecia que en sus declaraciones primigenias y en las primeras sesiones de juicio oral mencionó, como única razón para venir a Lima, fungir de compañero de su hermano menor"; **R.N. N° 26-2006**, caso: Hurtado Martínez de 11 de abril del 2006.

(107) Véase, el **R.N. N°. 2442-2010**, caso: Leyva Vilcamiza de 17 de marzo del 2011: "respecto de la acusada Leyva Vilcamiza, tampoco existe coherencia en su coartada, pues sostuvo que se encontraba separada de su cónyuge –el acusado Mureano Tasayco– diez meses antes de los hechos y que su presencia en el inmueble intervenido se debió a que buscaba sacar a sus hijos del lugar, declaración que difiere de la brindada por Mureano Tasayco, quien sostiene que encontró a sus hijos en la calle y por ello los condujo hasta su domi-

el tiempo oportuno(108). Para que la coartada se refute y se cumpla con el deber de motivar el contexto fáctico debe establecerse con toda claridad en qué consiste y cuáles son las pruebas específicas que la confirman o refutan. No basta la simple referencia genérica a la coartada(109).

Si la coartada defensiva logra probarse satisfactoriamente y no hay otros medios de prueba más sólidos y consistentes, o habiéndolos despliegan una mínima eficacia, normalmente se está lisa y llanamente ante la inocencia del acusado o ante una situación de insuficiencia probatoria, sin que sea necesario aplicar aquí el *in dubio pro reo*(110). Sin embargo, si la coartada solo se invoca y no se prueba, bien por inercia del Tribunal o de la defensa, ella no puede ser utilizada como indicio de mala justificación o como elemento incriminante de una persona. Se afirma, con razón, que el hecho que la coartada no haya podido ser probada, no acredita, en verdad, nada(111). En todo caso, el indicio de mala justificación surge de la coartada probada como falsa.

En efecto, si la coartada, pese a los esfuerzos realizados, no se logra probar en el sentido de que no genera certeza ni se puede predicar su verdad ni su falsedad, la misma no puede servir, ni siquiera como indicio, para declarar la culpabilidad de una persona(112).

La duda acerca de la veracidad de la coartada (v. gr. presentación de una simple declaración jurada(113), de recibos y pagos en copias

---

cilio, versiones que difieren y son expuestas para sustraer de responsabilidad penal a Leyva Vilcamiza, más aún si este en su primera declaración señaló que ella y Nazario Mureano los ayudaron a empaquetar la droga".

(108) Véase, el R.N. N° 4656-2009, caso: Caira Baca de 15 de junio del 2010.

(109) Véase, el R.N. N° 2729-2008, caso: Mantari Buendía de 11 de septiembre del 2008.

(110) De otra opinión, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 50.

(111) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 54.

(112) Ibídem, p. 55.

(113) Véase, el R.N. N° 4182-2009, caso: Ancasi Palomino de 24 de junio del 2010. En este caso de robo agravado en la modalidad de subsecuente muerte, la Corte

simples, testimonio débil, etc.) no debe llevar a rechazar sin más la tesis de defensa del imputado o a darla por improbada. Si no existe una confirmación ni el convencimiento suficiente en la credibilidad de la coartada el órgano jurisdiccional debe emplear y agotar la posibilidad de examinar otros medios de prueba, incluso acudiendo a la denominada prueba de oficio, a fin de llegar a un resultado probatorio fiable y cierto sobre dicha tesis defensiva. Si bien se parte que como toda regla referida a la carga de la prueba quien afirma un hecho tiene el deber de demostrarlo(114) y en donde la coartada debe ser acreditada de manera directa por quien la invoca(115) parece justo y equitativo que

---

Suprema impuso la pena de cadena perpetua a los autores de los hechos, pese a que no solo se había planteado la tesis defensiva de la coartada, sino que se había ofrecido y presentado un medio probatorio documental (declaración jurada) que no había sido cuestionado –según fluye del relato contenido en la ejecutoria suprema– por ninguna de las partes. Cualquier duda que hubiera podido existir respecto a la idoneidad de la prueba ofrecida debía haber llevado a exigir que el Tribunal de instancia agote la actividad probatoria tendiente a desestimar o aceptar de manera adecuada la defensa de la coartada.

(114) El principio fundamental en muchos ordenamientos procesales se basa en el brocardo del *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Dicho principio parte de la máxima más amplia y general que señala que quien hace una afirmación debe estar listo y dispuesto, una vez que sea necesario, a demostrar la verdad de lo que ha afirmado. Ello supone también cumplir con la máxima que no se debe afirmar aquello de lo que no se tiene pruebas adecuadas. Actúa de manera incorrecta quien hace una afirmación con la pretensión de que sea tomada como verdadera, pero no otorga una demostración y emplaza a quien disiente de ella o tiene un parecer contrario para que pruebe la falsedad. En una comunicación racional y responsable no es tolerable que quien afirma algo obligue a quien no piensa como él a probar la falsedad de su afirmación. Ampliamente, TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, pp. 255 y 256, quien sostiene: "atribuir, en el proceso, la victoria a quien ha alegado un hecho sin demostrarlo parece un privilegio carente de justificación".

(115) Véase, el R.N. N° 3583-2009, caso: Torres Hurtado de 10 de junio del 2010: "la prueba de cargo actuada en el proceso desvirtúa esa coartada –no probada, por lo demás, con prueba específica aportada por su parte– y acredita plenamente los cargos que se le atribuyen". De manera semejante también, aunque de modo implícito, pueden tomarse en cuenta: R.N. N° 4840-2009, caso: Gutiérrez Dioses de 12 de agosto del 2010; R.N. N° 4182-2009, caso: Ancasi Palomino

en caso de incertidumbre acerca de la misma se deba requerir que el Tribunal, de modo excepcional y aplicando el deber de investigación integral, determine de manera razonable la certidumbre de la coartada. Por el principio de la búsqueda integral de la verdad se pretende resaltar el poder-deber que compete al Tribunal de esclarecer e instruir autónomamente mediante prueba los hechos materia del proceso, independientemente de las contribuciones de la acusación o defensa, creando las bases para su decisión(116). El juez en tanto está premunido de facultades para investigar la verdad de manera integral y de oficio, puede suplir la inercia, la astucia o el desgano de las partes para aportar la prueba(117); de tal manera que puede averiguar los hechos de manera escrupulosa, encaminando su actividad hacia la búsqueda de la verdad, recogiendo las pruebas ya sean favorables o perjudiciales al imputado(118). Se concede el poder de disponer la actuación de un medio de prueba a fin de suplir la inercia de la parte y evitar de este modo una absolución o condena inmerecida y a todas luces injusta. Si luego del acopio diligente de prueba para acreditar la coartada la duda persiste, se impone la absolución.

Debe distinguirse el hecho de que la coartada no logre probarse (v. gr. solo se invocó pero no se desplegó actividad probatoria alguna, o desarrollando la actividad probatoria no fue suficiente) del hecho en el que se demuestra la falsedad de la coartada(119). La falsedad de

---

de 24 de junio del 2010. No obstante, en la doctrina y en la jurisprudencia comparada hay quienes consideran (véase: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 57) que: "si la prueba de la culpabilidad incumbe a la acusación, no es exigible que el acusado pruebe su coartada, pues ello equivale a exigirle que pruebe su inocencia".

(116) Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, p. 106.

(117) Cfr. DE CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T., *Da Prova no Processo Penal*, p. 14.

(118) Cfr. ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, p. 3.

(119) Véase, el **R.N. N° 1966-2009**, caso: Cortegana Urbano de 17 de mayo del 2010.

la coartada se acredita a través de medios probatorios pertinentes y significa que la misma fue creada ad hoc, o también porque sencillamente se logra demostrar la vinculación del interviniente con los hechos, ya sea a través de prueba directa o indirecta.

Asimismo, se debe diferenciar la refutación idónea de la coartada de la prueba suficiente de la comisión del delito y la responsabilidad del autor (o partícipe) en los hechos. Como se señaló, una cosa es refutar la coartada y otra muy distinta es acreditar la responsabilidad penal. La sola refutación a través de la actividad probatoria de la coartada debido a que se demuestra que es falsa constituye un ejemplo de indicio de mala justificación, que es insuficiente por sí mismo para justificar una sentencia condenatoria(120). La coartada fallida o fracasada que se prueba como tal puede ingresar a fortalecer o cohesionar los indicios incriminatorios, pero no puede de manera autónoma e independiente fundar por sí sola un juicio de culpabilidad(121). Pero hay algo más: si los indicios incriminatorios son débiles y de escaso significado objetivo no se debe creer que la coartada cambia y altera esencialmente dicha debilidad estructural y la pobre fiabilidad de los mismos. La coartada fallida no tiene la cualidad de convertir el agua en vino ni puede utilizarse mecánicamente para desvirtuar la presunción de inocencia, como si su sola presencia tuviera condiciones para abrir las puertas de la cárcel. Su concurrencia tiene que razonarse de manera minuciosa e integral con otros indicios de culpabilidad y también con otros contraindicios, respetando en todo momento la presunción de inocencia. La regla que rige en este ámbito es que debe concurrir

(120) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 49.

(121) Loc. cit., "aportados por la acusación indicios consistentes, sólidos y suficientes (graves y precisos) de culpabilidad, la inverosimilitud de la coartada o su acreditada falsedad conllevaría, indirectamente, un robustecimiento o fortalecimiento de la tesis acusatoria y, por tanto, del valor epistemológico de dichos indicios así como la solidez y conclusividad de la inferencia de participación criminal, ante la falta de una hipótesis explicativa alternativa por parte del acusado, en términos de razonabilidad suficiente para generar una duda en el juzgador".

en el caso concreto una serie de corroboraciones objetivas complementarias o diversas pruebas que acrediten la culpabilidad del autor más allá de toda duda razonable(122).

(122) Por ejemplo, R.N. N°2848-2009, caso: León Montoya de 09 de septiembre del 2010: "La coartada del imputado no tiene amparo probatorio alguno; y, la versión del agraviado, quien recuperó la bicicleta, tiene corroboración periférica en el hecho de la propia detención ciudadana del imputado y en la declaración de los dos policías intervinientes. No hay motivos para dudar de la credibilidad del agraviado ni para sostener que la sindicación que formuló fue falsa sustentada en motivos espurios"; R.N. N° 4840-2009, caso: Gutiérrez Dioses de 12 de agosto del 2010.

Capítulo Sexto

LOS VICIOS DE LA MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

I) LA FALTA DE MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

1. La violación de la obligación de motivar las resoluciones judiciales no solo supone la afectación a la dimensión formal del debido proceso o a un criterio cuya importancia es inferior a la discusión de los aspectos materiales del juicio. Como señala BERGHOLTZ: "*En los fundamentos de las decisiones jurídicas forma y sustancia, procedimiento formal y derecho sustantivo se encuentran. Por lo tanto, es equivocado ver los fundamentos como una cuestión de forma. La forma influye sobre la sustancia, y como ha sido correctamente dicho en un caso inglés, un defecto en la motivación es una cuestión material de forma*"(1).

El problema que se presenta en esta sede es determinar cuáles son los requisitos mínimos frente a los cuales es posible determinar que la motivación existe y es constitucional y legalmente legítima como expresión de la jurisdicción(2). No obstante, la existencia de motivación no supone que ella carezca de vicios o patologías que afectan su contenido como es el caso de incongruencia, remisión,

---

(1) BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en: *Doxa*, N° 8, p. 77.

(2) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 391.

motivación implícita, etc.; de tal modo que aun existiendo motivación, la misma puede acarrear una nulidad debido a que pueden faltar los fundamentos de hecho o de derecho o habiéndolos los mismos son insuficientes(3).

El juez en la justificación de los hechos probados debe consignar y registrar las razones que le llevan a tener por comprobados o no las hipótesis fácticas de las partes con base en las pruebas aportadas, actuadas, sujetas al contradictorio y debidamente valoradas. En el campo penal, dicho deber se acrecienta debido a que no solo se debe dar cuenta de la confirmación de los hechos en función de la prueba debidamente actuada en el proceso, sino que, además, debe precisarse que se ha cumplido con el estándar constitucional y legal sobre todo en los casos de declaraciones de culpabilidad en que la decisión debe ir más allá de la duda razonable(4).

2. Un sector calificado de la doctrina ha destacado que es posible encontrar tres clases de ausencia o falta de motivación(5): i) La ***falta estricta de motivación*** que se caracteriza por la ausencia de toda clase de razonamiento, este resulta ser extravagante o utiliza cláusulas y argumentos ajenos al ordenamiento jurídico; ii) La ***motivación contradictoria*** que se destaca en su modalidad principal por haber una fractura entre la parte considerativa y la parte resolutiva; iii) La falta de ***motivación suficiente*** que tiene la particularidad de albergar una clase rudimentaria de motivación, pero que no es la necesaria, la proporcional y la relevante en el caso concreto para resolver una determinada controversia. También se subsumen aquí las justificaciones que no responden de manera adecuada y pormenorizada a los puntos controvertidos o a los aspectos esenciales de la discusión procesal.

---

(3) El inc. 6, del art. 50, del Código Procesal Civil establece como deberes de los jueces: "***Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia***".

(4) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 177.

(5) Ampliamente, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, p. 117.

Otros autores clasifican las patologías de la motivación de los hechos probados en ausencia de fundamentación, fundamentación incompleta y fundamentación defectuosa(6). Por su parte, hay quienes prefieren hablar de manera gráfica refiriéndose al abuso (y vicio) del libre convencimiento en la valoración de la prueba como casos de *valoración misteriosa* que se produce cada vez que el juez no explícita los criterios de la elección y de las inferencias que justifican la valoración completa de la prueba y el consecuente juicio de hecho(7).

El TC peruano(8) ha reconocido la relevancia constitucional de los defectos de la motivación de las resoluciones judiciales en los casos siguientes: i) ***Inexistencia de motivación o motivación aparente***; ii) ***Falta de motivación interna del razonamiento***; iii) ***Deficiencias en la motivación externa:*** el control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el órgano jurisdiccional no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica; iv) ***La motivación insuficiente***; v) ***La motivación sustancialmente incongruente.***

Dichas patologías de la motivación no deben contemplarse como si se tratara de una lista cerrada de casos, ya que *"la práctica judicial, siempre más amplia y compleja que cualquier cálculo del legislador o de*

(6) Ampliamente, ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 143.

(7) Por todos, TARUFFO, Michele, "La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova", en: *La Prova nel Processo Civile*; Vol. II, p. 431: "Que el juez pueda formular sobre las pruebas una valoración no significa que se encuentre legitimado a hacer lo que quiere, ni mucho menos que sea legitimado a eludir la obligación de motivación en hecho. El misterio sobre las razones del juicio de hecho constituye un abuso".

(8) Véase, las STC recaídas en los **Exp. N° 04295-2007-PHC/TC**, caso: Luis Eladio Casas Santillán; **Exp. N° 3943-2006-PA/TC**, caso: Juan de Dios Valle Molina, Voto singular en el **Exp. N° 02250-2007-PA/TC**, caso: José Antonio Silva Vallejo efectuado por el Magistrado Vergara Gotelli.

la propia jurisprudencia, debe permitir un mejor desarrollo en función de las necesidades y del contexto en que se presenten"(9).

3. La falta de motivación equivale a la ausencia de motivación(10). De manera amplia se entiende por falta de motivación tanto la ausencia total o completa de motivación como la falta parcial o incompleta de la misma. La primera se presenta cuando hay una total y absoluta falta de justificación tanto fáctica como jurídica, supuesto que representa el caso emblemático de arbitrariedad de la decisión judicial, pues se trata simplemente de una decisión sin ningún fundamento que lo respalde y brinde cobertura(11). La segunda aparece cuando hay una falta total de fundamentación, ya sea de los hechos que constituyen el objeto de la decisión judicial y de la prueba que la respalda (*falta de motivación de los hechos probados*) o la completa falta de motivación de la fundamentación jurídica o del derecho aplicable al caso concreto.

En sentido amplio un sector de la doctrina considera que hay también falta de motivación cuando habiendo una exposición de los hechos y el derecho, la misma tiene un soporte ilegítimo, bien por haberse basado en pruebas inadmisibles o nulas(12) como es el caso de una sentencia levantada a partir de la valoración de prueba prohibida. La admisión y valoración de la prueba que afecta el núcleo esencial de los derechos constitucionales o de las garantías básicas del sistema de justicia convierte en ilegítima la sentencia penal o cualquier resolución judicial.

---

(9) Voto singular en la STC recaída en el **Exp. N° 1744-2005-PA/TC**, caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga de los magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda.

(10) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 112.

(11) Algunos autores como DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 112, consideran que este caso es puramente teórico debido a que no se concibe una sentencia en que la fundamentación esté totalmente omitida.

(12) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 112.

También hay falta de motivación en aquellos casos en los que se echa de menos el respeto a los principios y reglas lógicas elementales (v. gr. principio de no contradicción, principio de razón suficiente, etc.) o al momento de infringir determinadas disposiciones jurídicas(13) (v. gr. constitucionales o legales).

La falta de motivación no debe entenderse como la ausencia de consignación escrita o la no documentación específica de las causas del fallo. Debe más bien comprenderse como tal la ausencia de razones y argumentos que vertebren y sustenten la decisión a la que se ha llegado. Hay aquí una falta de razonamiento y de argumentación que ha conducido y determinado el asumir ciertas conclusiones de la decisión.

4. La falta de motivación debe distinguirse de los simples errores de la motivación. En efecto, la ausencia de motivación para que tenga relevancia constitucional y legal debe residir en la ausencia de las razones esenciales del fallo (*falta de ratio decidendi*) o en la falta de buenos argumentos que justifiquen los puntos decisorios. Los errores que no sean esenciales o que no incidan de manera directa y determinante en la decisión final de la causa o en la solución de cada uno de los puntos controvertidos que forman parte de la decisión no pueden considerarse como falta de motivación.

Se distingue para ello entre falta de justificación esencial o, si se quiere, motivación suficiente de los casos de *motivación imperfecta* o de *motivación defectuosa*, siempre que los errores o defectos invocados no sean significativos, relevantes o de tal magnitud que dejen desprovistos de razones al fallo. Por ello, no entraña nulidad de la sentencia o de la resolución judicial el haber incurrido en errores intrascendentes y secundarios, en cuestiones menores sin mayor relevancia, calado, jerarquía o que los errores pese a existir no mutan ni alteran el sentido de la decisión(14).

---

(13) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 177.

(14) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, pp. 113 y ss. Sin embargo, no estamos

De manera semejante, no es lo mismo la falta de motivación del caso que la motivación sea poco convincente o que pese a su plausibilidad y razonabilidad no genere consensos o acuerdos en las partes o en los ciudadanos. Que una sentencia y sus fundamentos no persuadan o no convenzan a todos, no quiere decir que se encuentre desprovista de razones o que dichas razones sean malas(15). Puede haber cumplimiento del deber de motivar e, incluso, una buena justificación, aun cuando los destinatarios del discurso justificatorio no se muestren de acuerdo con una parte o la totalidad de las razones del fallo(16). También una fundamentación plausible o buena fundamentación puede generar discrepancias, disidencias dentro del Tribunal, rechazo por las partes e, incluso, en el público. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales también puede ejercerse contra las resoluciones bien fundamentadas.

En el ámbito del control de la motivación de la valoración de la prueba, se admite la posibilidad de que el control por parte del Tribunal de alzada se extienda tanto a la justificación externa, mediante el análisis exhaustivo de las máximas de experiencia adoptadas, como de la justificación interna, mediante la verificación sobre la idoneidad lógico-jurídica del razonamiento seguido por el juez.

---

de acuerdo, como hace este autor, en distinguir entre la simple insuficiencia de la motivación de la falta de motivación. Creemos que la vigencia del principio de razón suficiente debe llevar a concluir en la invalidez de la resolución judicial siempre que no se cumpla con este principio, bien en el plano de la fundamentación fáctica o en el plano de la fundamentación jurídica. La ausencia de razones suficientes o los casos de insuficiencia de la motivación suficiente equivale a la falta de motivación.

(15) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 114: "el fallo podrá o no convencer, pero, idealmente –y es la dirección en la que apunta el modelo constitucional– deberá haber sido bien y suficientemente explicado".

(16) Véase, la **Casación 48-2010** de 17 de septiembre del 2010 en la que se sostiene que "la discrepancia entre la opinión personal del impugnante –producto de su particular interpretación– con la labor axiológica del juzgador en cuanto a los fundamentos de la decisión judicial, no constituye ilogicidad de la motivación, aun cuando el razonamiento del Tribunal pueda ser discutible o poco convincente –salvo que se trate de un razonamiento contradictorio o incoherente con el orden lógico formal–".

II) AUSENCIA DE MOTIVACIÓN POR EMPLEO DE FRASES GENÉRICAS Y CLÁUSULAS DE ESTILO

El juez ha de ponderar la prueba, para luego justificarla de manera adecuada y suficiente realizando un análisis crítico de la misma con base en las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia. No debe utilizar giros cómodos ni frases contundentes que en realidad ocultan la falta de pruebas o la falta de valoración racional(17).

Constituye un claro incumplimiento del deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales el dar por probados determinados hechos empleando fórmulas de estilo *"como así resulta de la prueba actuada"*, *"en base a la prueba rendida"* *"las constancias del proceso"*(18), *"de los actuados de autos surge indudablemente la irresponsabilidad del acusado"*(19), *"en base a las diligencias realizadas en el proceso"* o *"en vista de la prolija prueba de cargo"*(20), sobre la base del criterio de conciencia o por la apreciación conjunta de la prueba(21) sin que se indique de manera expresa y suficiente en qué consiste la prueba aludida y los elementos de convicción que llevan a un determinado resultado probatorio.

Por ejemplo, constituye una falta de motivación en la modalidad de fundamentación fáctica en frases genéricas el aludir simplemente, *"según lo declarado por los testigos"*, sin precisar quiénes son los testigos, cuántos son, las declaraciones que vertieron, las partes esenciales o significativas de las mismas; o señalar respecto a la prueba de cargo

(17) El TC peruano en el **Exp. N.° 3075-2006-PA/TC**, caso: Escuela Internacional de Gerencia High School Of Management-Eiger, ha precisado que "el apelar a los membretes sin motivación que respalde los mismos es simplemente encubrir una decisión que puede resultar siendo plenamente arbitraria o irrazonable".

(18) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 122.

(19) Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 1992, Vol. 2, p. 353.

(20) Al respecto: IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 111.

(21) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, p. 182.

que la víctima (o víctimas) ha brindado a lo largo del proceso una versión coherente, circunstanciada, minuciosa y plagada de detalles, sin especificar en qué se funda la coherencia que se sostiene, de qué relato circunstanciado se hace referencia. No basta señalar que la declaración de la víctima ha sido uniforme desde la investigación preliminar o que nunca ha cambiado su versión de los hechos, pues afirmaciones como estas lo que ocultan tras una contundente frase retórica es qué es lo que dijo realmente la víctima o cuál es realmente el significado objetivo de sus declaraciones. De igual manera, hay una patología de la motivación cuando se hace referencia genérica a *"según las conclusiones del informe pericial"*, *"en base al prolijo informe pericial de cargo"*, *"la contundencia de la pericia"*, *"al riguroso y extenso debate pericial llevado en autos"*, *"la autopsia carece de base científica"*.

El TSE en la sentencia **154/2011** de **16 de marzo del 2011** ha precisado que: *"La mera alusión a 'la prueba practicada en el juicio oral, especialmente las declaraciones prestadas en el mismo por los testigos perjudicados y por los propios acusados (...) confrontadas con las emitidas con anterioridad', no satisface las exigencias que demanda el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 C.E."*(22).

(22) En dicha sentencia se ha precisado además que: "No cabe confundir la fuente de la prueba con los concretos elementos probatorios de ésta. La prueba testifical o de confesión es la fuente, pero el Tribunal debe concretar las específicas manifestaciones de los declarantes que constituyan el elemento probatorio en que fundamenta su convicción sobre los hechos en virtud de los cuales se condena a los acusados. En relación con éstos, no basta señalar algunas contradicciones en que hubieran incurrido; es necesario que la sentencia especifique qué declaraciones concretas han sido valoradas como prueba incriminatoria y explicitar esa valoración. Y aún con más razón en lo que concierne a las manifestaciones del perjudicado como testigo de cargo (...). En el caso examinado, la motivación fáctica de la sentencia, es decir, el apartado de ésta donde el Tribunal debe reseñar los elementos probatorios y la valoración de los mismos que acreditan los hechos que se relatan en el juicio histórico, omite toda mención y valoración de aquellos por los que se establece la simulación del aval ya mencionado. Ni siquiera se dice en qué pruebas concretas se basa para afirmar que la entidad emisora de dicho aval –COFICASA– es desconocida y no registrada (aunque este último extremo, por sí solo, sería insuficiente para determinar la simulación del documento)".

De igual forma que el empleo de frases dogmáticas y de afirmaciones genéricas afectan la validez del juicio de derecho de la sentencia también el uso de giros dogmáticos y de formulas de estilo en la fundamentación de los hechos probados vician de legitimidad a la resolución judicial(23). Uno de los ejemplos más frecuentes es llegar a conclusiones sobre los hechos probados señalando en reemplazo de las necesarias inferencias el uso de términos como el que "*evidentemente*", "*la única conclusión posible*", "*obviamente*", "*sin duda alguna*"(24).

Aquí es común el empleo de fórmulas vacías de contenido que cuando vienen respaldadas por una correcta valoración de la prueba aparecen como afirmaciones innecesarias y redundantes tal como ocurre cuando se utiliza frases como luego de "*valorada la prueba en conciencia y con inmediación*"(25).

III) FALTA DE MOTIVACIÓN POR INDETERMINACIÓN GENERAL DEL HECHO O POR INDETERMINACIÓN CONCRETA DEL APORTE AL HECHO

1. En la motivación fáctica puede haber una ausencia de justificación de los hechos en el sentido de que si el juez dice algo sobre los sucesos materia del proceso lo que afirma no constituye por sí una justificación de los hechos probados (*principio de autosuficiencia*). Como señala Iacoviello: "El hecho es un límite y una garantía, tanto en el derecho penal como en el proceso penal: en el derecho penal sino hay un hecho, no puede haber responsabilidad en el proceso penal sino hay un hecho no puede haber condena"(26).

---

(23) Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Vol. 2, p. 352.

(24) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 173.

(25) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 181: "Esto no necesita declararse, se trata de hacerlo realmente y que sea bien observable a través del discurso probatorio".

(26) IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, p. 43.

En estos casos es posible que se realice una referencia genérica a los hechos controvertidos o que se llegue a determinadas conclusiones sin que se logre expresar de manera precisa y concisa la base fáctica del razonamiento o los hechos (enunciados) que han sido objeto del proceso.

En supuestos extremos de patología de la motivación no son muy raros los casos en los que el juez no expresa los argumentos justificatorios de la decisión de los hechos o no precisa los datos esenciales que le permiten arribar a una determinada conclusión. Pueden citarse como ejemplos emblemáticos de la falta de motivación de los hechos las resoluciones del TC peruano en las que se llega a rechazar las demandas constitucionales por detenciones arbitrarias (hábeas corpus) sin que se delimite previamente, para bien o para mal, el ámbito fáctico sobre el que recae el pronunciamiento(27). En dichas sentencias, las demandas cuestionan la falta de motivación de las resoluciones que imponen la prisión provisional. Paradójicamente el TC no analiza explícitamente el contenido de dichas resoluciones que ameritan las acciones de garantía (v. gr. motivación del peligro procesal, vinculación de la persona con los hechos, etc.) y el posterior rechazo de la demanda.

Otro caso semejante de falta de motivación de los hechos en materia penal se produce cuando la sentencia de instancia no delimita de manera clara y definida cuáles son los hechos que representan el contenido de la acusación del Ministerio Público (o el acusador parti-

(27) **Exp. N° 7038-2005-PHC/TC**, caso: Eleuterio Percy Mestas Urrutia; **Exp. N° 01701-2008-PHC/TC**, caso: Enrique Aurelio de la Cruz Salcedo; **Exp. N° 1024-2007-PHC/TC**, caso: Edwin Alfonso Huarcaya Berríos; **Exp. N° 6840-2006-PHC/TC**, caso: Carlos Javier Rojas Bardales; **Exp. N° 6209-2006-PHC/TC**, caso: Manuel Chapilliquén Vásquez; **Exp. N° 9430-2005-PHC/TC**, caso: Gladis Magdalena Arhuiz Romo; **Exp. N° 04085-2007-PHC/TC**, caso: Elías Peláez Sarmiento; **Exp. N° 209-2003-HC/TC**, caso: Humberto Fernandini Maraví; **Exp. N° 3357-2003-HC/TC**, caso: Lorenza Diacona Huamán Córdova y otro; **Exp. N° 5310-2005-PHC**, caso: Alex Bill Aguilar Robles; **Exp. N° 1815-2003-HC/TC**, caso: Terlinda del Rocío Luna-Victoria Rivera; **Exp. N° 00286-2010-PHC/TC**, caso: Pier Giorgio Rosso Saénz a favor de Nelly Palomino Chacca.

cular) y que constituyen el objeto del proceso y la materia de decisión final. El hecho materia de acusación o los hechos que son objeto del proceso deben delimitarse previamente de manera acabada y suficiente, sin que ello implique necesariamente la reproducción íntegra y total del contenido fáctico de la acusación. Su relevancia es de tal magnitud que solo con una previa determinación de los hechos acusados se puede establecer el respeto al principio de congruencia procesal (correlación entre acusación y sentencia). Los hechos no solo deben estar fijados en la sentencia de primera instancia, sino en la sentencia del órgano jurisdiccional superior que resuelve el recurso dentro de ciertos contenidos y límites propios del ámbito impugnativo. El TC peruano ha señalado que una *"acusación imprecisa, es decir, que no describa de modo claro los cargos atribuidos al imputado, no permitirá ejercer la defensa de modo adecuado"*(28) afecta el derecho de debida motivación y de defensa. Debe entenderse en clave constitucional que la referencia a una acusación imprecisa se extiende más bien a toda imputación fiscal vaga, difusa o imprecisa.

2. De la mano de lo anterior hay un vicio grave de fundamentación si es que habiendo delimitación de los hechos acusados (hechos globales); no existe en la acusación o en la sentencia una adecuada y suficiente individualización de los cargos y de los hechos de cada uno de los procesados, infringiéndose con ello el deber constitucional y convencional a ser informado de manera detallada y minuciosa de los cargos de la imputación(29) y que es materia de la sentencia. No

(28) **Exp. N° 03057-2008-PHC/TC**, caso: Freddy Bill Cordero Palomino.

(29) La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Barreto Leyva contra Venezuela de fecha de 17 de noviembre del 2009: "47. La transición entre 'investigado' y 'acusado' –y en ocasiones incluso 'condenado'– puede producirse de un momento a otro. No puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que –como en el presente caso– se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa. 48. El hecho de que el señor Barreto Leiva hubiese podido conocer por los medios de comunicación o por su declaración previa ante el Congreso el tema de la investigación que se estaba realizando, no relevaba al Estado de cumplir con lo dispuesto en el

solo debe haber una individualización la persona del autor o partícipe del hecho, sino que, además, es necesario que exista una adecuada y suficiente determinación de la conducta, aporte y contribución al hecho de cada uno de los intervinientes en el supuesto acto delictivo(30). En efecto, es necesario que exista una adecuada y necesaria individualización de la contribución o la correspondiente conducta que cada una de las personas realiza, sea activa u omisiva como debe

artículo 8.2.b de la Convención. El investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no solo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan. De esta forma su respuesta podrá ser efectiva y sin el margen de error que las conjeturas producen; se garantizará el principio de congruencia, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia, y se asegura el derecho a la defensa".

(30) **Exp. N° 8125-2005-PHC/TC**, caso: Jeffrey Immelt y otros: "Como se aprecia, la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal considera que debe ser efectuada con criterio de razonabilidad, esto es, comprender que nada más lejos de los objetivos de la ley procesal el conformarse en que la persona sea individualizada cumpliendo sólo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún, como se hacía años antes, 'contra los que resulten responsables', hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N° 126 publicado el 15 de junio de 1981), sino que, al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados"; **Exp. N° 02637-2011-PHC/TC**, caso: Luis Gerónimo Pinto Gutiérrez: "Conforme al contenido del derecho a la debida motivación, merecía por parte de la judicatura efectuar una mayor justificación de la conducta del recurrente respecto al delito del homicidio cometido en agravio de Raymundo Florencio Rivarola Márquez, puesto que su conducta concreta no se encuentra individualizada. Al respecto, conviene precisar que este Colegiado, en reiterada jurisprudencia, exige, para la motivación del auto de apertura, la individualización de la conducta del inculpado, por lo que con mayor razón la exigencia debe intensificarse en la sentencia, pues se trata de una resolución judicial que pone fin a la instancia, como es el caso de autos, en que se le impone al actor una pena privativa de libertad de 25 años. Sin embargo, nada de eso ha ocurrido en el presente caso".

haber también un relato circunstanciado del modo, tiempo y lugar que ocurrió; más aún si hay un conjunto de hechos y una pluralidad de personas sometidas a proceso a quienes se les debe garantizar de manera adecuada su derecho de defensa y el derecho al recurso(31).

Esta modalidad de falta de motivación no es patrimonio exclusivo de las sentencias penales y de la actividad de los órganos jurisdiccionales, sino también y fundamentalmente de los actos postulatorios iniciales (formalización de denuncia o investigación preparatoria) o finales del Ministerio Público (acusación escrita o requisitoria oral) que afectan de manera directa en el respeto a derechos convencionales y constitucionales de indiscutible valor (art. 139, inc. 14).

3. La legislación peruana posee una marcada regulación tendiente a cautelar la fijación del requisito del material fáctico como contenido de la imputación. Así, por ejemplo, lo establece el art. 77 del ACPP al prescribir respecto a la imputación judicial del auto de apertura de instrucción: "*El auto será motivado y contendrá en forma **precisa los hechos denunciados***". El artículo 94 de la LOMP establece que: "La acusación escrita contendrá la apreciación de las pruebas actuadas, ***la relación ordenada de los hechos probados***", lo que concuerda con el art. 225 del C. de PP que prescribe que el escrito de acusación del fiscal debe contener lo siguiente: "***La acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad***" [inc. 2].

El NCPP, en una mejor redacción, establece en su art. 349 que la acusación fiscal será debidamente motivada y contendrá: "*la relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, en caso de contener varios*

(31) Véase, la sentencia recaída en el **Exp. 33-2007** de fecha 07 de junio del 2007 expedida por la Tercera Sala Penal Especializada de Reos Libres de Lima: "Esta forma de obrar de la demandada afecta la claridad y contenido de su dictamen con relevancia en el derecho a la defensa del afectado, en vista que no solamente el beneficiario está implicado sino una pluralidad de sujetos a quienes les recae la misma imputación, circunstancia que coloca en estado de indefensión que se hubiese evitado con la individualización del rol a participación delictiva específica con identificación del cargo concreto".

hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos" [b]. Asimismo, se establece la obligación de describir "*la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran*" [d].

El juez penal no solo debe tomar en cuenta la concreta modalidad típica básica, sino que debe preocuparse por establecer de manera clara y específica el marco fáctico de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, sean agravantes o atenuantes, a fin de fijar de manera adecuada la aplicación de la ley penal(32). Incluso, en el caso de tipos penales alternativos se debe precisar y justificar el concreto y específico material fáctico, tanto en la acusación como en la sentencia, v. gr. en el caso del asesinato se debe individualizar las circunstancias fácticas que fundamentan la subsunción en cualquiera de las agravantes específicas de ferocidad, por lucro o por placer (art. 108, inc. 1) o en el caso del delito de peculado se debe individualizar las circunstancias que permiten su calificación dentro de los verbos típicos **apropiar** o **utilizar** (art. 387).

Asimismo, se debe explicar la relación de causalidad entre los hechos denunciados (acción y resultado) y su correspondiente subsunción en un tipo penal (v. gr. falsedad genérica) cuya comisión se atribuye una persona(33). La jurisprudencia constitucional consideró que se violaba el deber de motivación de las resoluciones judiciales y fiscales cuando en la denuncia penal y el auto de apertura de instrucción por un delito de homicidio culposo, cuyo origen fue un incendio solo había una narración somera de los hechos, y no se precisa la causa del incendio, el desarrollo de los hechos, el grado de participación de los denunciados y no se les indica la infracción al deber objetivo de cuidado(34).

---

(32) **Exp. N° 9811-2006-HC/TC**, caso: Zulma Virginia Horqque Ferro; **Exp. N° 01419-2008-PHC/TC**, caso: Juan Leonidas Cáceres Vilca.

(33) **Exp. N° 9544-2006-PHC/TC**, caso: Rómulo Jorge Peñaranda Castañeda y Luis Fernando Carrillo Morales.

(34) Véase, la sentencia del **Exp. N° 78-2006** de 29 de diciembre del 2006 expedida por la Cuarta Sala Penal de Reos en Cárcel en donde se sostiene que: "existe

La jurisprudencia peruana ha reconocido en tiempo reciente la necesidad de verificar los elementos fácticos referidos a cada interviniente en el hecho. Así, por ejemplo, la Corte Suprema anuló una sentencia debido a que *"el dictamen acusatorio, de fojas trescientos diez, no ha precisado la conducta realizada por el procesado, que justifica su inclusión como autor del delito de peculado, lo que ha vulnerado su derecho de defensa en el juicio oral, pues no ha tenido conocimiento de los hechos que se le imputan"*(35).

---

una somera narración de los hechos, donde no se señala la causa del incendio, ni el desarrollo puntual de los hechos, ni el grado de participación de los denunciados que son dos: Alan Michel Azizollahoff Gate y Edgar Jesús Paz Ravines, y a pesar de estárseles imputando la presunta comisión de un delito culposo (homicidio culposo), el cuarto considerando, es a todas luces un argumento de imputación objetiva en contra de los denunciados: esta conclusión, resulta evidente, por cuanto, se está culpando a ambos denunciados, de un resultado, lesivo al bien jurídico mayor tutelado por el ordenamiento penal y también por el Constitucional, cual es la vida de nuestros ciudadanos, pero a la vez siendo el bien jurídico protegido el de la Vida la exigencia de la prueba vinculatoria contra los presuntos causantes, debe de ser muy clara, muy idónea, más aún tratándose de un delito culposo donde debe de especificarse la tipicidad del comportamiento, el cual solo puede ser cometido de acuerdo a la doctrina más aceptada, por: Negligencia, Impericia o Imprudencia, debiendo establecerse claramente el nexo causal entre la conducta imputada y el resultado lesivo ocasionado; además el tipo objetivo de este delito culposo, exige la presencia de dos elementos: a) la violación de un deber de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas de arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico".

(35) Véase, la sentencia expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el **R. N. N° 1116-2007** de fecha 10 de febrero del 2009. También, la sentencia expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el **R.N. N° 1034-2007** de fecha 02 de julio del 2008: "si bien la acusación fiscal, describe los hechos e individualiza la participación de los procesados Walter Vicente Palomino Oquendo (director general), Manuel Valdivia Gonzáles (administrador), Dina Carrasco Bellota (secretaria y encargada de la caja)y de Víctor Añari Quispe (conserje), omite describir los cargos que se le imputa a los procesados Ramón Cratón Villavicencio Merino, Verónica Hancco Letona,

IV) FALTA DE MOTIVACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO

1. Otro de los graves vicios de fundamentación en los que se incurre y que afectan el deber de motivar las resoluciones judiciales (fundamentación fáctica) consiste en no precisar ni indicar cuál es la prueba de cargo que pesa de manera concreta en contra de una persona. No se establece en la argumentación de los hechos ni el tipo de prueba, ni su contenido ni el peso que se les asigna dentro del tejido probatorio que hay en el proceso. Las conclusiones y los resultados probatorios se alcanzan sin una adecuada precisión, individualización y determinación de las pruebas que vinculan (o no) a una persona con ciertos hechos. La precisión de la prueba y su peso vale tanto para el caso de la sentencia condenatoria como absolutoria (ut supra).

La obligación de justificar la prueba y los elementos de convicción no se predica solo de las resoluciones judiciales que deben establecer el marco probatorio o indiciario en el que se decide la intervención o afectación de derechos fundamentales (v. gr. prisión provisional, auto de citación a juicio), sino también de las resoluciones fiscales(36) más importantes (v. gr. formalización de investigación preparatoria, acusación escrita), las cuales deben cumplir de manera necesaria con el respeto de las garantías básicas de la administración de justicia, entre las que se cuenta justificar la base probatoria, indiciaria o de elementos de convicción de una decisión(37).

Estanislao Flores Choque, Karina Grajeda Miranda, Bruno Júpiter Paris Rivera del Carpio Márquez, Alberto Hinojosa Díaz y Edith Zapata Valdeiglesias, y aún así, en la parte conclusiva, los acusó por delito de peculado doloso y a la última de las nombradas por peculado culposo, además, porque sin estar precisados los hechos materia del contradictorio se les juzgó y sentenció".

(36) Respecto al deber de motivar las resoluciones fiscales, véase: CASTILLO ALVA, José Luis, "La obligación constitucional de motivar las resoluciones del Ministerio Público", en: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, N° 38, 2012, pp. 317 y ss.

(37) La Corte IDH en la sentencia del caso Barreto Leyva contra Venezuela de fecha 17 de noviembre del 2009 se estableció que: "El Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las

El ciudadano no solo debe conocer el hecho, el cual ha de estar fijado de manera precisa o clara. También debe ser informado de los recaudos, pruebas o indicios que permiten llegar a una determinada inferencia fáctica o a la acreditación de un hecho al que se lo vincula como autor o partícipe. Al ciudadano se le debe permitir conocer, por ejemplo, quiénes son los testigos de cargo y el contenido de sus declaraciones(38). El TC del Perú ha señalado en el EXP. N° 1767-2007-PA/TC, CASO: ELARD DIANDERAS OTTONE que las pruebas para que obtengan su validez deben respetar el derecho de defensa(39).

Solo así se impiden imputaciones fácticas arbitrarias, insólitas o sin ningún sustento probatorio o indiciario. En efecto, de nada vale exigir la precisión de un hecho si es que no hay de por medio material probatorio que lo sustente o que lo ratifique. De otro modo se corre el riesgo de incurrir en la *falacia en la determinación de los hechos* o en las fijaciones de imputaciones sin sustento alguno y que son, a veces, más peligrosas que las imputaciones sin un material fáctico preciso.

2. Dentro de este rubro de vicios de la motivación, se encuentran las resoluciones que arriban a conclusiones que no se encuentran acreditadas ni sustentadas en prueba alguna actuada en el proceso. Aquí el fallo o bien asume determinados resultados sin mención del respaldo probatorio, pese a que hay medios probatorios en el proceso,

---

acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos" (F.J. 29).

(38) Cfr. AMBOS, Kai, *Principios del Proceso Penal Europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 76.

(39) En la mencionada sentencia se ha señalado que: "Debe señalarse que dicha acción de verificación nunca le fue notificada al actor Dianderas Ottone; se realizó sin su presencia, sin levantarse un acta y ni siquiera una constancia de lo que se registró, grabó e incautó, vulnerándose no solo su derecho a la defensa (art. 139, inc. 14)".

o las conclusiones que se registran carecen de base probatoria en el proceso debido a que la prueba sencillamente no existe(40); v. gr. se señala que Juan es propietario del arma de fuego sin que conste el soporte probatorio de dicha afirmación o que Pedro viajó fuera de la ciudad para cometer el delito y no se sustenta adecuadamente dicha conclusión. La decisión judicial que se basa en prueba inexistente o que habiéndola no la precisa ni indica su contenido convierte al fallo en arbitrario. Los documentos que se alegan en una resolución judicial deben encontrarse incorporados en el proceso y ser debidamente reconocidos; de tal manera que si estos no se encuentran el fallo carece de sustento fáctico en el proceso.

Se equiparan a las afirmaciones que no se corresponden a los medios de prueba que se han recogido en la causa, los fallos basados en puras conjeturas, simples sospechas, razonamientos que no tienen ninguna base empírica o aluden a simples posibilidades; v. gr. en una acusación y condena por instigación a un asesinato que se realiza por medio de una serie de llamadas de un teléfono móvil a otro constituye una simple sospecha que sustenta una sentencia condenatoria el sostener que pese a que de la información de llamadas de teléfonos registrada en el teléfono celular utilizado por autor material no hay llamadas del celular del teléfono de la instigadora, o de otro teléfono a la que ella pueda acceder, tal como fluye del informe oficial de la compañía de teléfonos, es posible que se haya producido llamadas de otro teléfono, de locutorios o cabinas telefónicas(41).

---

(40) Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Vol. 2, p. 350.

(41) Véase, la Ejecutoria Suprema expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República recaída en el **R.N. N°1192-2012**, caso: Abencia Meza del 19 de diciembre del 2012 en donde se señala que "el citado Pedro César Mamanchura Antunez retractándose de lo afirmado en su declaración plenaria, volvió a sindicarla como la persona que lo predeterminó (indujo) para dar muerte a la agraviada Alicia Luisa Delgado Hilario a cambio de dinero, esto es, reiteró de forma espontánea la incriminación que le formuló en sede policial, precisando que rectificó su imputación en un primer momento porque él y su familia fueron objeto de amenazas; que el precitado encausado en la men-

cionada diligencia plenaria de modo coherente en su declaración, al igual que en sede preliminar, señaló la misma fecha en que se puso de acuerdo con su coencausada Abencia Meza Luna –le hizo el encargo–, indicó el medio a través del cual se comunicaron –teléfono celular–, **empero aun cuando no pudo especificar de modo claro y preciso el número telefónico de donde se le hizo la llamada, ello no descarta que tal comunicación haya ocurrido;** que, en efecto, en relación a este hecho el referido imputado refirió que el encargo de dar muerte a la agraviada se dio a través de dos llamadas telefónicas sostenidas con su coencausada Abencia Meza Luna –una antes del día del padre, con el teléfono número nueve noventa y ocho ochenta y dos cuarenta cero tres y otra el veintidós de junio de dos mil nueve, de un número que no recordaba totalmente pues solo indicó que comenzaba con nueve noventa, señalándose después el número nueve noventa cuarenta y siete veintisiete cuarenta y ocho, que se ha demostrado no pertenece a la agraviada ni la persona vinculada a ella–; que, respecto a la comunicación antes del día del padre, es viable que esta se haya producido antes del diecisiete de junio de dos mil nueve, en tanto en dicha fecha según lo relatado por el encausado Pedro César Mamanchura Antunez y la propia encausada Abencia Meza Luna, la agraviada Alicia Luisa Delgado Hilario retuvo, luego de una discusión por celos, sus dos teléfonos celulares, uno de ellos correspondiente al número telefónico nueve noventa y ocho ochenta y dos cuarenta cero tres; que, en lo concerniente al segundo número, resulta válido señalar que el encausado haya errado con alguno de los números, pues conforme se aprecia de autos éste corresponde a una persona distinta a la encausada Abencia Meza Luna, **además, el imputado en todo momento señaló que solo recordaba con claridad los tres primeros dígitos del número telefónico de donde le efectuó la llamada Abencia Meza Luna, e incluso señaló que indistintamente las comunicaciones con la imputada se producían a través de locutorios o cabinas, lo que imposibilita su corroboración; que, si bien, del análisis de las llamadas telefónicas de propiedad de los encausados Pedro César Mamanchura Antúnez y Abencia Meza Luna –véase fojas cuatro mil ciento diez– no se establece de manera clara la materialidad de la llamada a través de la cual se efectuó el encargo de dar muerte a la agraviada, resulta ilógico considerar la posibilidad de invalidar toda una declaración autoincriminatoria e incriminatoria contra un tercero únicamente porque no se pudo conseguir prueba de la totalidad de los datos que proporcionó en su narración, tanto más cuando ello se debe a la imposibilidad material de su obtención"** (las negritas son nuestras).

Resulta completamente discutible que pese a que se trataba de un elemento esencial de la imputación de **instigación de asesinato** –a la sazón elemento objetivo del tipo– en la modalidad de crear la decisión criminal por medio de llamadas telefónicas se dicte una sentencia condenatoria pese a que dichas

3. El TC del Perú en la sentencia recaída en el **Exp. N.° 5325-2006-PHC/TC; caso: Jiménez Sardón** ha señalado que: "*(...) En el presente caso se advierte que la imputación penal materia del auto ampliatorio cuestionado adolece de falta de conexión entre los hechos que configura las conductas ilícitas penales atribuidas al beneficiario y las pruebas que se aportan como sustento de cargos.* No se advierte en dicho auto la delimitación concreta y precisa de la relación de causalidad que denote la verosimilitud de las imputaciones que se incriminan al afectado, lo cual perjudica ostensiblemente un adecuado ejercicio de su derecho de defensa, más aún si el favorecido ha sido pasible de una medida coercitiva que restringe su libertad individual, situación que legitima su reclamación de tutela constitucional urgente"(42).

En igual sentido, el TC en la sentencia recaída en el **Exp. N° 9544-2006-PHC/TC; Caso: Rómulo Jorge Peñaranda Castañeda y Luis Fernando Carrillo Morales** ha sentado la doctrina que: "[...] *El Juez demandado consignó, en el auto de apertura de instrucción cuestionado, un inexistente Atestado policial, denotando así la falta de suficiencia probatoria de la imputación esgrimida contra los demandantes, lo que*

---

llamadas telefónicas no se hayan corroborado, esto es no se han probado, siquiera mínimamente, tal como expresamente se reconoce por la sentencia. Se sostiene, además, que dichas *"llamadas se hicieron a través de locutorios o cabinas, situación que imposibilita su corroboración"* sin que se dé acabada cuenta ni se precise, por lo menos, de qué manera se agotó la investigación acerca de que las llamadas telefónicas se hayan realizado efectivamente de cabinas o locutorios telefónicos. No se sabe a ciencia cierta en la sentencia si este es un hecho cierto o falso. No consta, por ejemplo, que la empresa titular del teléfono móvil del sicario haya efectuado un reporte –al menos la sentencia no lo recoge– en donde se establezca la imposibilidad de determinar la ubicación satelital de los teléfonos enlazados o los titulares de los números de teléfono utilizados en las fechas próximas o en el día el que se produjo la supuesta instigación por medio de las llamadas telefónicas.

(42) En esta sentencia se sostiene que: "Resulta conforme al derecho de todo ciudadano reconocido por la Constitución Política del Estado la exigencia, para que la acusación sea cierta, no implícita sino precisa, clara y expresa, es decir todo auto de ampliación ha de contener en la motivación una descripción suficientemente detallada de los hechos nuevos considerados punibles que se imputan y del material probatorio o de los indicios que justifican tal decisión".

revela una decisión judicial arbitraria, pues el hecho de citar un documento policial como material justificatorio de la pretensión punitiva sin que haya existido investigación policial previa, no puede devenir sino en una denuncia manifiestamente orientada a que los presuntos autores del hecho sean inevitablemente procesados"(43).

V) LA PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA OMITIDA, SU CONEXIÓN CON LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y EL DEBER DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

1. Uno de los principios de racionalidad más importantes en el proceso es que el juez, en su decisión, debe basarse en las pruebas admitidas y actuadas en el proceso. El juez no puede fallar inventándose hechos y pruebas, no puede ir en contra de las pruebas ni puede ignorar las pruebas actuadas y que existen en el proceso. El principio del libre convencimiento del juez entendido racionalmente no puede dar lugar y menos autorizar a que el juez elija a su antojo y con total libertad el conjunto de pruebas que estima conveniente para fundar su decisión, más aún si esta elección puede estar presidida por una elección arbitraria(44). La valoración racional de la prueba reclama

(43) La misma sentencia señala: "Debe precisarse que el atestado policial no es un elemento probatorio inocuo o solamente referencial, sino que es un elemento importante para establecer la real situación jurídica de los procesados, y que si bien básicamente tiene un valor de denuncia, podría constituir un elemento probatorio plausible de apreciar, por cuanto "[...] el artículo 62 del [Código de Procedimientos Penales] le ha conferido la calidad de elemento probatorio, siempre que en la investigación policial hubiera intervenido el representante del Ministerio Público" (**Exp. N° 010-2003-HC/TC.** FJ 157). Al respecto, el TC ha establecido que: "Con relación al atestado policial, es necesario señalar que, por disposición de la ley procesal específica, este, al igual que todos los medios probatorios de un proceso, se actúa y valora con arreglo a las normas procesales que le garantizan al imputado el derecho de defenderse [...]", (**Exp. N° 0981-2004-HC.** FJ 12)".

(44) Cfr. TARUFFO, Michele, "La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova", en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 425; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 325.

la ponderación de todos y cada uno de los elementos probatorios actuados en juicio, sin distinción alguna. Solo así se cumple con la exigencia de que la valoración de la prueba como actividad eminentemente racional y cognoscitiva debe recaer sobre todos los medios de prueba actuados y debatidos.

Desde el punto de vista constitucional en materia probatoria dentro del proceso hay un límite mínimo y un límite máximo. El límite máximo viene dado por el hecho de la utilización exclusiva –y no más– de todos los medios probatorios recogidos en el proceso. No pueden utilizarse ni ser objeto de valoración pruebas distintas o que no han sido incorporadas al proceso de manera válida y conforme al debido proceso probatorio. El límite mínimo está fijado por la necesidad de que no se prescinda ni se omita la valoración de los medios probatorios actuados en el proceso y en especial en el juicio(45). Todas las pruebas admitidas y actuadas deben ser materia de rigurosa y precisa valoración. No es lícito ni correcto omitir la valoración de concretos y específicos medios de prueba.

La consecuencia más importante de la prueba omitida es que puede dar lugar a narraciones incompletas y, por tanto, a hechos probados también incompletos. La omisión en la valoración de la prueba puede alterar y de hecho altera el discurso justificatorio, bien que se refiera a los hechos principales o a los hechos secundarios(46).

---

(45) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 141; BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, pp. 12 y 37.

(46) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 322: "son incompletas las narraciones que no incluyen todos los elementos que han sido probados en juicio. Esto puede suceder por no haber tomado en consideración todas las pruebas o porque, por cualquier motivo, no ha sido incluido en la narración un hecho para el que existen, en cambio, elementos de prueba. La incompletud está referida esencialmente a los hechos principales, pero puede producirse también por no tomar en consideración un hecho secundario, si de ello se deriva una laguna respecto a un hecho principal".

2. Uno de los temas más interesantes en la relevancia constitucional y legal de la valoración y justificación de la prueba es la problemática de la prueba omitida que aparece cuando en la decisión de un caso, el juez (o también un órgano administrativo) no pondera una o más pruebas, incumpliendo con el deber de valoración y justificación exhaustiva de la prueba. Al respecto, en líneas generales pueden esbozarse hasta tres posiciones:

La primera de ellas considera que todo defecto o ausencia de valoración de una prueba debe llevar y desencadenar de manera inevitable a la nulidad del fallo, al margen de la clase, importancia, relevancia o de quien aporta la prueba (v. gr. puede tratarse de un medio de prueba aportado por el Ministerio Público, el imputado, la parte civil o el tercero civilmente responsable). Las razones que se esgrimen residen en que se afecta el deber de valoración exhaustiva de la prueba (art. 393.2; art. 394.3 del NCPP), la exigencia de la máxima discusión posible del discurso justificatorio y la vulneración del derecho de defensa en su expresión del derecho de prueba. Se trataría, por tanto de una afectación de una disposición legal, de un requisito epistémico y de validez del discurso como la afectación de un derecho constitucional como es el derecho de prueba. Se requiere que la prueba cuya valoración se omite sea un medio probatorio expresamente admitido y actuado según las reglas del debido proceso y del contradictorio.

La segunda posición estima que la patología de la valoración de la prueba y de justificación y la consecuente nulidad del fallo se producirá en los casos que el juez (o el órgano administrativo) deja de observar o analizar (omite) la valoración de una prueba esencial, absolutamente relevante que confirma la posición de una de las partes intervinientes en el proceso penal. Aquí no se omite la valoración de cualquier prueba, al margen de su peso, importancia y significado, sino de una prueba que objetivamente despliega una relevancia tal que la posición de una de las partes –al margen de si lo aporta o no– queda perjudicada. Para ello se requiere que la prueba sea de una determinada entidad, valor y significado. Para este criterio la omisión de valorar cualquier prueba no se encuentra por sí sola en capacidad de generar una patología y la

nulidad de la resolución judicial(47). Es necesario que se trate de una prueba relevante.

La tercera posición postula que no basta que el medio de prueba cuya ponderación se omite sea una prueba admitida y actuada en el proceso o que se trate de una prueba esencial, de significativo valor y muy relevante, sino que se exige que de haberse valorado dicho medio de prueba habría cambiado también de manera esencial la ponderación de los hechos; de tal manera que se habría podido llegar a una conclusión distinta a la que la finalmente se arribó(48). Las pruebas deben ser eficaces y decisivas para resolver el caso(49). Solo la prueba decisiva que cambia el panorama global de evaluación de los hechos puede generar y constituirse en una causal de nulidad de la sentencia. En cambio, si la prueba dejada de valorar no tiene ninguna incidencia en el fallo, no podrá invocarse perjuicio o daño alguno(50).

No basta que se trate de una prueba de escasa entidad probatoria o que sean medios de prueba irrelevantes para comprobar el suceso. Se realiza aquí una interpretación teleológica del derecho de prueba en la que no basta cualquier lesión o contravención al mismo para desencadenar cualquier efecto nulificante de la decisión. Es necesario

(47) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 172: "cuando una sentencia no solo no valora sino que ni siquiera da cuenta de una prueba relevante practicada en el proceso incurre en un defecto (vicio) de motivación causante de la nulidad (motivación parcial)".

(48) Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Vol. 2, p. 342: "la doctrina de la Corte, en este punto, incorpora al catálogo de las sentencias arbitrarias a aquellas que se dictan sin considerar constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso y cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado del pleito. Tal prescindencia excede el área de las meras discrepancias entre los puntos de vista de las partes y del juez".

(49) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 142.

(50) cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 18; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 350.

constatar una afectación al núcleo esencial del derecho de prueba que se configura cuando de manera efectiva y real se acredita que no se ha valorado una prueba esencial que habría cambiado de manera significativa la ponderación y la conclusión acerca de los hechos probados(51). La prueba decisiva incide en una modificación también esencial de los hechos probados. Ejemplos de prueba esencial y decisiva pueden ser la no valoración de la coartada que se plantea y acredita por el imputado; la prueba de ADN, el reconocimiento médico legal que acredita que la persona falleció de muerte natural, etc.

La omisión de valoración de una prueba decisiva supone en buena cuenta que el juez ha realizado una selección arbitraria de las pruebas y ha dejado fuera de la ponderación racional que debía llevar a cabo merituando determinados medios de prueba relevantes y pertinentes en la solución del caso. No es que el juez haya fallado y decidido el caso sin pruebas. La decisión puede estar escoltada por medios de pruebas, pero se omite de manera deliberada o negligente –aquí el elemento subjetivo no importa– la ponderación de una prueba relevante y decisiva en la solución de la litis que hubiera cambiado el curso de la valoración probatoria(52). Con ello, se afecta el principio de razón suficiente y la exigencia de racionalidad de las resoluciones judiciales que exige una valoración de todos los elementos de juicio disponibles, en especial de la prueba que posee una importancia decisiva y esencial.

La acogida de esta tesis no es contradictoria y menos incompatible con la obligación legal referida al deber de motivar de manera exhaus-

(51) En sentido semejante, la Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia tiene señalado que: "La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado" (cfr. **Auto Cas. mayo 4 de 2006. Rad. 25250**). De modo semejante: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 329.

(52) Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Vol. 2, p. 343. En la doctrina peruana: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 326.

tiva toda la prueba, más aún que al asumirse este criterio se trata de armonizar y reducir los efectos nulificantes, que de otro modo serían absolutos, en caso se omita la valoración de una prueba, peor si se trata de medios de prueba no decisivos o de minúscula importancia. No toda omisión en la valoración de la prueba implica que se afecta el núcleo esencial del derecho de prueba o que se debe declarar de manera irremediable la nulidad del fallo. Solo las graves afectaciones a este derecho fundamental y que suponen la omisión de ponderación de pruebas esenciales y decisivas poseen relevancia jurídica.

Sin embargo, no existe vicio generador de nulidad si la resolución judicial se basa en otros medios de prueba decisivos que son suficientes y válidos para sustentar la conclusión a la que se arriba; o si la decisión se sustenta en otra clase de pruebas, varias e independientes, que acreditan la comisión del delito y la responsabilidad del autor más allá de una duda razonable. Asimismo, si la prueba que se señala se omitió valorar no altera ni el razonamiento probatorio empleado y menos las conclusiones fácticas no se está ante un vicio en la ponderación de la prueba y en la justificación de la decisión judicial.

3. Llegado a este punto surge una pregunta inevitable: ¿Qué debe entenderse por modificación esencial en la valoración de los hechos probados?

Una primera posición considera que el medio de prueba cuya valoración se omite debe permitir llegar a una conclusión completa y totalmente opuesta a la que accedió el órgano jurisdiccional en el caso concreto. No se trata de cualquier modificación ni de cualquier variación en la conclusión de los hechos, sino de un resultado probatorio general completamente distinto del que finalmente se arribó(53). El caso emblemático en ese sentido se presenta cuando la valoración

(53) Véase, BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 18: "la prueba será relevante cuando se dirige a establecer la existencia o inexistencia del hecho".

del medio de prueba (que se omite) hubiera permitido llegar a una sentencia absolutoria antes que a una sentencia condenatoria como efectivamente ocurrió; o si de haberse valorado el medio de prueba de cargo se hubiera tenido que abandonar la absolución y dictar una sentencia condenatoria.

Otra posición postula que no basta ni es necesario que haya una mutación y un cambio en términos de absoluta oposición en los resultados que se alcanzan. Basta que haya una modificación esencial en la valoración jurídica de los hechos, aunque la conclusión sea la misma o se mantenga en una determinada línea jurídica. Ello ocurre normalmente cuando el medio de prueba que se omite valorar permite acreditar, por ejemplo, que no se ha cometido un delito (v. gr. homicidio, robo, abuso sexual) en cualquiera de sus circunstancias agravantes; de tal manera que solo es aplicable el injusto penal y la consecuencia jurídica propia del tipo básico; o también cuando de haberse ponderado un medio de prueba se podría haber aplicado una pena atenuada o más benigna a la que finalmente se impuso, bien por afectar a un elemento central de la magnitud graduable del injusto o de la culpabilidad.

Creemos que una visión integradora y global acerca de los alcances del derecho de prueba y su conexión con el deber de valorar y motivar las resoluciones judiciales debe tomar en cuenta ambas posturas y no solo una de ellas, pues la omisión de valorar una prueba decisiva no solo repercute y afecta la posición jurídica del ciudadano en los casos del binomio condena-absolución o absolución-condena, supuesto, por cierto, de mayor e indiscutible gravedad, sino también cuando la omisión de valoración de la prueba influye en la configuración de una circunstancia agravante (o atenuante) del hecho o de manera significativa también repercute en la determinación judicial de la pena.

La modificación o alteración esencial de la valoración de los hechos a raíz de la no valoración de, por lo menos, un medio de prueba debe enjuiciarse en términos de la línea de defensa planteada en el proceso y juicio penal como también debe armonizarse con la

vigencia y respeto de los principios de buena fe y lealtad procesal; de tal modo que no puede invocarse una violación al derecho de prueba ni denunciarse una manifiesta valoración arbitraria de la prueba si es que la línea de defensa técnica siempre ha mantenido la inocencia del reo y luego lo que pretende destacar es que no se ha valorado un medio de prueba que lo único que cambia en el mejor de los casos es una posible atenuación de la responsabilidad penal. Con todo, este extremo debe estudiarse caso por caso, sin que se pueda brindar una regla inflexible y generalizadora.

4. La modificación esencial en la valoración y conclusión de los hechos debe plantearse y ser objeto de examen en términos de probabilidad, de razonabilidad y no en términos de absoluta certeza como si la no ponderación del concreto medio de prueba hubiese llevado inexorablemente a una completa y distinta valoración de los hechos. Basta aquí dentro del planteamiento netamente hipotético en que se plantea el debate de que exista una probabilidad o un grado de expectativa razonable que de ponderarse el medio de prueba (omitido) se podría haber llegado a una modificación esencial acerca de los hechos.

En la evaluación de si la prueba que se omitió valorar es decisiva, se plantea que el Tribunal debe acudir al método de la ***inclusión mental hipotética***(54); en el sentido de que un medio de prueba será esencial y afectará el razonamiento probatorio como las conclusiones a las que se arribe siempre que, incluyéndose dicha prueba, el resultado que se habría obtenido sería distinto al que realmente se alcanzó en el fallo cuestionado(55). Si bien el carácter decisivo de la prueba proviene de la fuerza autónoma e independiente que ella posea, también puede ocurrir que adquiera tal magnitud o la misma se revele como tal

(54) Cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 18. Sin embargo, DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 144, habla de supresión hipótetica.

(55) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 144.

siempre que se la pondere en conexión con otros medios de prueba existentes en el proceso(56).

Otro test que se recomienda realizar es el *control de suficiencia* de las pruebas válidas que sustentan el fallo y que de ser positivo el resultado daría lugar a la conservación del fallo. Por tanto, no se trata solo de efectuar un juicio hipotético, sino básicamente de analizar la suficiencia de las pruebas en contraste con las que se reputan esenciales y que no llegaron a valorarse.

5. Por otro lado, uno de los supuestos más comunes de la llamada prueba omitida, son los casos en los que el órgano jurisdiccional no ordena la actuación de un medio de prueba decisivo y que de haberse decretado su actuación no solo se habría cumplido con el deber de esclarecimiento y averiguación integral de los hechos, sino que hubiera significado un cambio y modificación esencial en el entendimiento y ponderación de los hechos, v. gr. no se ordena la realización de una pericia médica o una inspección ocular. Se trata en buena cuenta de que el juez no ha ordenado la actuación de una prueba de oficio necesaria e indispensable para el esclarecimiento de los hechos (art. 385) que deriva de la exigencia constitucional de que el juez debe buscar como finalidad del proceso la verdad de los hechos. El juez deliberadamente o de manera negligente no introduce en su momento una prueba esencial para la determinación de la verdad de los hechos. En estos casos, la gravedad de la omisión de la prueba que no se actúa puede conducir a la nulidad del proceso y la sentencia.

El vicio de la omisión de valoración de la prueba decisiva debe distinguirse clara y nítidamente del vicio de fallar un caso ignorando toda la prueba actuada en el proceso. Aquí no se omite solo la prueba decisiva, sino todo el caudal probatorio recogido en el proceso. No se

(56) Cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 18: "los jueces que efectúan el control de nulidad deben incluir y relacionar la prueba omitida con el resto del material probatorio valorado y determinar si esa prueba tiene la virtualidad de modificar la solución a la que se ha arribado".

deja de lado una prueba, sino que la ponderación se produce pasando por alto el material probatorio recogido. La patología es extrema y grave debido a que se abandona cualquier criterio de racionalidad elemental que exige decidir tomando en cuenta la prueba disponible que es la que finalmente se ignora(57).

6. También deben tomarse en cuenta aquí los casos en los que se omite un pronunciamiento expreso y directo sobre determinados medios de prueba, pero sin valorar rigurosamente las pruebas contrarias esenciales que los refutan o cuestionan ni las razones por qué se consideran fiables la declaración o la autenticidad de una prueba, pese a la observaciones formuladas por una de las partes(58). Aquí se echa de menos la dimensión crítica y dialéctica de la valoración de la prueba. La omisión de valorar las denominadas pruebas sobre pruebas o que ponen en entredicho la credibilidad de los medios de prueba aportados en la medida en que sean relevantes para el caso representan una clara patología de la motivación(59).

---

(57) Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Vol. 2, p. 343: "el caso más extremo de este defecto es el fallo en el cual el juez declara su voluntad de omitir toda valoración de la prueba, lo que importa flagrante violación a las reglas del debido proceso, puesto que los jueces no pueden sustraerse a lo que es propio de su Ministerio sin menoscabo evidente de la mencionada garantía constitucional".

(58) Cfr. TARUFFO, Michele, "La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova", en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 432: "Al juicio de hecho se presenta como una consecuencia clara y necesaria de determinadas pruebas sólo porque se ha omitido la mención de los elementos de prueba que hubieran puesto en crisis el convencimiento del juez. También puede producirse una inversión del juicio si el juez, en lugar de derivar la decisión de hecho por un examen crítico global de todos los elementos de prueba disponibles, elige a priori una versión de los hechos y luego se limita a buscar y seleccionar los elementos de prueba que la confirman, ignorando todos los demás".

(59) Cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 18.

El caso más grave dentro de esta tipología de problemas lo representa aquel en que se omiten valorar aquellas pruebas relevantes y esenciales que permiten construir de manera razonable una hipótesis alternativa que se contrapone al planteamiento aceptado por el juez.

En efecto, no solo existe violación al derecho de prueba y a su correlato del deber de valorar racionalmente las pruebas cuando se dejan de ponderar pruebas esenciales que favorecen la posición y la defensa de las partes (v. gr. imputado, parte civil, Ministerio Público), sino también cuando no se analizan las denominadas pruebas contrarias esenciales que configuran de manera sólida y convincente una hipótesis alternativa de los hechos que por lo menos se presenta como un planteamiento de igual fuerza y convencimiento que la tesis finalmente adoptada por el órgano jurisdiccional. Las pruebas contrarias que sustentan la hipótesis alternativa no necesariamente tienen que hacer a esta verdadera o completamente cierta. Basta que permitan erigirla como una hipótesis alternativa razonable, plausible que ponga en duda la otra hipótesis de tal manera que la misma no haya logrado ser refutada por los medios de prueba actuados y sobre todo no haya sido racionalmente desechada mediante argumentos sólidos en la sentencia.

7. Los requisitos para que prospere el recurso y la argumentación de haberse omitido la valoración de una prueba decisiva son básicamente dos.

En primer lugar, se requiere, la comparación de la sentencia con el concreto y específico acto del juicio en el que se contiene el medio de prueba que se considera ignorado. Si los medios de prueba ignorados son varios, es conveniente que dichos medios no solo sean identificados, sino que se precise y se haga referencia de los mismos, ubicándolos, material y formalmente, en el proceso, v. gr. si no se valora la declaración de un testigo considerado esencial es necesario indicar en qué sesión (día y fecha) y en qué parte del registro de audio de la audiencia se encuentra su testimonio; de igual manera si lo que se ignora es un concreto informe pericial que se encuentra recogido

en el proceso hay que precisar e indicar en qué lugar del proceso se encuentra. Aquí lo relevante es identificar y señalar las piezas del proceso en las que se encuentra el concreto medio de prueba del que se omitió su valoración, bien se trate de un específico documento procesal o de precisar la parte del registro de audio (o video) en el que el testigo declara o se oraliza la pieza procesal correspondiente. Se trata, en buena cuenta, en esta primera etapa de una actividad sencilla en la que se deben confrontar una pieza procesal y la sentencia. Queda claro que para cumplir con este requisito es necesario e ineludible que la prueba de manera real exista en el proceso; asimismo se impone para cautelar el derecho de las partes el llevar el adecuado registro, en audio o video, de las audiencias del juicio oral, ya que de otro modo, en la práctica, se hace inviable cumplir con la exigencia de identificar y precisar el concreto medio de prueba omitido.

En segundo lugar, es necesario argumentar y razonar acerca de que la decisividad o esencialidad del medio de prueba respecto a la valoración de la prueba y la conclusión a la que puede llegarse con el mismo. Se trata en buena cuenta de argumentar acerca de la **eficacia causal** de la prueba omitida en el proceso de ponderación, ya sea analítica y global de la prueba. No basta con la simple afirmación de que la prueba es decisiva, relevante o esencial. Es indispensable que se razone sobre esta característica de manera idónea y adecuada(60).

(60) En la jurisprudencia comparada (v. gr. la Corte de Suprema de Colombia) se reconoce expresamente que quien alega este vicio debe cumplir con una específica carga de fundamentación. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la **Casación** N° 33.880 de 28 de julio del 2010 sostuvo que: "La demostración de ese error, en su modalidad omisiva, impone en primer lugar, identificar la prueba o pruebas omitidas, cuya presencia material se verifica en el proceso; en segundo lugar, demostrar que su omisión es relevante frente a lo declarado en el fallo en perjuicio del interés que se representa, tarea que impone efectuar una labor de cotejo con los restantes medios de prueba que fundamentaron la decisión a fin de establecer que no son suficientes para mantenerla, pues en el evento de que ello no se desarrolle, la censura carecerá de trascendencia para casar el fallo".

No creemos necesario que se establezca, como exige algún sector de la jurisprudencia comparada, que se deba señalar las disposiciones que fueron indebidamente aplicadas o que simplemente se dejaron de aplicar(61).

En este ámbito se plantea la discusión de si la parte que alega que el fallo ha incurrido en el vicio de omisión en la valoración y justificación de la prueba debe probar (acreditar) este hecho o solo debe presentar una argumentación plausible y/o razonable del mismo.

En efecto, una primera interpretación conviene en sostener que el impugnante debe acreditar rigurosamente la trascendencia de la omisión en el sentido de probar que la prueba cuya valoración se ha omitido genera consecuencias perjudiciales en la ponderación de los hechos. Dicha línea de pensamiento es la que ha sido acogida de manera mayoritaria por la jurisprudencia penal de Casación de Colombia.

Un segundo planteamiento considera que exigir una demostración plena y acabada de la relevancia de la prueba omitida y su eficacia causal para modificar el sentido del fallo constituye en realidad una prueba diabólica que es imposible de llevar a cabo en la práctica, asignando al recurrente una competencia y una función que no tiene y que es más bien propio del órgano jurisdiccional. Si así fuera lo que corresponde en estos casos en donde se llega a acreditar que el hecho no existió o que la persona imputada no lo cometió, no es la nulidad de la decisión, sino más bien lo que se debe dictar es la necesaria absolución del imputado. Por ello, es que se estima que para cumplir con la carga del recurso solo es necesario que se establezca una argumentación adecuada, suficiente y razonable tendiente a sostener que la prueba, cuya valoración se omite, es una prueba

(61) Véase, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la **Casación Nº 33.880** de 28 de julio del 2010: "se torna igualmente indispensable, señalar las normas sustanciales que a juicio del demandante fueron aplicadas indebidamente o dejadas de aplicar aportando en ese sentido los argumentos que sustentan una tal conclusión".

relevante y que está en condiciones (aptitud concreta) de modificar el panorama de ponderación de los hechos.

No solo basta señalar en atención de que una prueba pasó el filtro de admisibilidad y ha sido declarada pertinente, al tener conexión y relación con el objeto del proceso, que dicha prueba constituye automáticamente una prueba esencial. Una prueba declarada admisible y pertinente no siempre termina constituyendo una prueba esencial o a veces ni siquiera es relevante para el esclarecimiento de los hechos, ya que el juicio de admisibilidad es un juicio provisional, abstracto en donde no se examina, ni aún se sabe a ciencia cierta, la relevancia en concreto de la prueba o la utilidad específica de la misma. La prueba pertinente no siempre resulta siendo una prueba esencial en el proceso, por lo que se debe prevenir y evitar la equiparación entre prueba admitida, relevante y la prueba esencial a nivel de la lexicología de las pruebas y del tratamiento de las mismas.

En los casos en que haya duda acerca de la esencialidad de una prueba cuya valoración se omitió y la impugnación la haya planteado el condenado –en general, el imputado– el Tribunal deberá inclinarse a acoger el mérito del recurso con base en el principio de favorabilidad y *pro homine*. La duda acerca de la esencialidad no debe llevar al rechazo del recurso(62).

8. Un caso particular de prueba omitida, que no carece de frecuencia en la práctica, consiste en el hecho de aludir formalmete al medio de prueba en la respectiva resolución judicial (se cita al testigo, al perito, al documento, etc.), sin que se cumpla con precisar el contenido material del medio de prueba, v. gr. no se menciona lo que señaló el testigo, el informe pericial, el perito en el examen al que fue sometido o determinado documento. Si bien se infringe aquí el requisito de la valoración individual de cada medio de prueba con el correspondiente juicio de fiabilidad, determinación de contenido,

(62) Cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 20.

interpretación y resultado probatorio –que cuando es total debe llevar obligatoriamente a la nulidad de la sentencia– también se está frente a un caso de omisión de la valoración de la prueba, toda vez que la sola referencia genérica de la prueba, sin mención a su contenido, constituye un supuesto material de prueba omitida. En este caso, vale lo dicho para determinar si se trata o no de prueba que se omite valorar y si esta es esencial o decisiva.

Por ejemplo, un caso frecuente es aludir a la fuerza conviccional de un informe pericial o a las expresiones contundentes de los peritos sin que se mencione qué es lo que realmente precisa el informe pericial o no se menciona cuáles son las conclusiones contundentes de los peritos, expresadas en el juicio oral. Otro caso semejante es cuando se alude a la declaración de un testigo presencial y único de los hechos y no se cumple con registrar de manera adecuada el contenido de su declaración. Otro supuesto bastante frecuente es cuando se cita la declaración de un coimputado, que se toma como prueba de cargo fundamental, pero se omite establecer su contenido real que acredita más bien que la persona no tenía o no conocía el designio criminal de sus acompañantes.

VI) LA SOBREVALORACIÓN Y TERGIVERSACIÓN DEL SENTIDO DE LA PRUEBA

1. En la doctrina comparada, se alude como un abuso (y vicio del libre convencimiento) el caso en que el juez sobrevalora las pruebas derivando determinadas consecuencias y conclusiones que en realidad no estarían justificadas por los elementos de prueba de los que dispone. Este fenómeno se produce a veces cuando sobre los hechos de la causa existen pocas pruebas y el juez se encuentra en el deber de establecer si los pocos elementos disponibles son suficientes para dar el hecho por comprobado. Aquí el juez sobreestima y da un valor exagerado a una prueba o a las pruebas que en realidad no corresponden con su valor real(63). El caso más frecuente es aquel en el que el juez considera

(63) Cfr. TARUFFO, Michele, "La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova", en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 432:

confirmado una determinada hipótesis, pese a que un análisis objetivo arroja un resultado distinto, ya sea exagerando el peso probatorio de las pruebas actuadas o incumpliendo los estándares probatorios pertinentes; v. gr. en el proceso penal la declaración de culpabilidad debe ir más allá de una duda razonable. Esta sobrevaloración de la prueba puede presentarse tanto cuando el juez exagera sin más el resultado de la prueba o en su caso más grave cuando tergiversa y altera la prueba.

2. Uno de los supuestos más comunes y graves de patología de la motivación de la prueba es el caso de la tergiversación o alteración de la prueba. Por la tergiversación de la prueba se entiende el falseamiento del caudal probatorio del proceso o la adulteración del contenido de un concreto medio de prueba. Dicho vicio cuando es esencial y significativo constituye un obstáculo para la adecuada reconstrucción de los hechos y la búsqueda de la verdad en el proceso(64).

Se debe destacar que mientras en la tergiversación se introduce o se modifica en la justificación de la sentencia el contenido de la prueba actuada en la omisión de la valoración de la prueba se excluye o se saca de la motivación una prueba actuada en el proceso. Por ello, creemos que la tergiversación de la prueba en sentido estricto es un fenómeno distinto a la omisión de la prueba. Ambas cuestiones deben separarse y no confundirse tanto en el plano conceptual, metológico como práctico. Se guarda distancia de aquellos autores que pese a reconocer que la tergiversación de la prueba es un vicio distinto a la omisión de valoración de la prueba consideran conveniente incluir a la omisión como una forma o especie de tergiversación(65).

"La escasez de elementos de prueba puede empujar al juez a valorar elementos de que dispone, fundando un juicio positivo sobre los hechos en frágiles bases cognoscitivas".

(64) Cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 3.

(65) Ibídem, p. 10.

En un sentido amplio, la tergiversación de la prueba se equipara a la tergiversación del caudal probatorio existente en el proceso. El supuesto emblemático en este caso es cuando el juez inventa o crea exprofesamente uno o más medios de prueba que no se encuentran en el proceso a fin de llegar a una determinada conclusión; v. gr. se invoca una pericia o un testimonio inexistentes(66). Otro supuesto frecuente es cuando el juez hace referencia a una prueba que nunca fue admitida al proceso, ya sea porque no fue ofrecida por alguna de las partes o porque nunca se produjó un auto de admisión motivado. Dentro de este ámbito pueden caer también los casos en el que la prueba se ofreció y admitió, pero el medio probatorio nunca fue actuado por diversas circunstancias (v. gr. negligencia del juzgado, etc.) o no se concedió la oportunidad, constitucionalmente obligatoria, de poder contradecir u oponerse a dicho medio de prueba.

En un sentido restringido y estricto, se entiende por tergiversación de la prueba el caso en el que el juzgador le asigna al concreto medio de prueba un sentido distinto al que es portador o un contenido que realmente no tiene; v. gr. se considera que un testigo ha afirmado la comisión de tal hecho, cuando en realidad ha sostenido lo contrario(67). Se termina aquí modificando el significado de la prueba: un medio probatorio de cargo se lo hace pasar como un medio probatorio de descargo o, viceversa, una prueba que solventa la inocencia se la convierte en una prueba de cargo. De semejante forma, al concreto medio de prueba se le asigna un contenido que no posee, alterando su significado objetivo y con ello su interpretación(68). En los casos más frecuentes y graves no solo se termina alterando el contenido de la prueba, sino el resultado probatorio alcanzado con dicho medio de prueba.

---

(66) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 159.

(67) Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Vol. 2, p. 348.

(68) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 159.

La tergiversación de la prueba normalmente se presenta como la contrariedad entre la proposición probatoria real, debidamente documentada y la proposición asumida como base argumentativa del discurso judicial del material fáctico. La prueba tergiversada es diversa a la legítimamente adquirida en el proceso.

3. La tergiversación del concreto medio de prueba puede, a su vez, revestir dos modalidades: tergiversación por ***adición*** o tergiversación por ***supresión***. La primera se caracteriza porque el juzgador añade un determinado contenido al concreto medio de prueba que no se encuentra registrado en la actuación y/o declaración; v. gr. i) a la declaración del testigo se añade que vio salir al inculpado de la casa de la víctima cuando lo que realmente el testigo declaró es que vio a la víctima en su casa; ii) se señala que el perito concluyó en que había el empleo de violencia para lograr el acceso carnal cuando lo que el perito realmente afirmó es que había un acto sexual; iii) se precisa que un documento acredita que una persona tiene la propiedad del bien cuando en realidad de las cláusulas del contrato fluye que se trata de un contrato de alquiler.

Por su parte, la tergiversación por supresión del concreto medio de prueba posee la particularidad de que el contenido esencial de la prueba es eliminado u obviado por el juez, modificando con ello su sentido. Aquí no se adiciona, añade o suma alguna declaración o significado a la actuación del medio de prueba. Solo se suprime u obvia su contenido esencial.

La tergiversación de la prueba cuando se trata de la adulteración de un conjunto de pruebas o de un concreto medio de prueba, esencial en el proceso, constituye un vicio que determina una decisión judicial incorrecta por la fijación fáctica errónea, al margen de si se utiliza en materia penal para absolver o condenar a una persona. El establecimiento de los hechos probados sobre la base de la alteración significativa de un medio de prueba puede llevar consigo la aplicación de una disposición jurídica de manera incorrecta. Si la prueba se desfigura la consecuencia más notable al margen de la no determinación

verdadera de los enunciados fácticos es que puede producir una errónea aplicación del derecho(69).

La sujeción del juez a la ley supone también la vinculación del juez a los hechos y a las pruebas actuadas en el proceso, mandato que se infringe cuando el juez altera el caudal probatorio o le dota de un significado erróneo a un medio de prueba. A ello se agrega que la alteración de los medios de prueba y de su contenido cuando se realiza de manera esencial no solo es capaz de generar resultados probatorios errados (falsos), sino que afecta un derecho fundamental como es el derecho de prueba, manifestación crucial del derecho de defensa. Se cuenta también aquí la afectación del derecho al contradictorio, ya que cuando el juez inventa, crea una prueba o la tergiversa funda su decisión en un elemento no sometido a debate y menos contradicho por las partes.

4. A diferencia de la problemática de la omisión de la valoración de la prueba en la que se desarrolla como mecanismo de constatación del vicio, la inclusión mental hipótetica en la tergiversación de la prueba por adición, se debe efectuar el test inverso de **supresión mental hipótetica**(70) en el sentido de que solo si se elimina la adulteración esencial de la prueba y esta influye en la ponderación de los hechos probados debe haber el reconocimiento de este vicio nulificante de la sentencia.

Las causas de la tergiversación de la prueba son indiferentes desde el punto de vista jurídico. Puede deberse a que se emplea el método global de valoración de la prueba en vez del uso del método analítico o atomista, a una actitud deliberada de querer acreditar determinados hechos en perjuicio y desmedro de otros, a una falta de manejo de todo el material probatorio actuado en el proceso, por desidia, por

(69) Cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 3.

(70) Ibídem, p. 19.

animadversión del juez hacia una de las partes, por sobrecarga en el trabajo jurisdiccional, etc. No interesa demostrar el factor subjetivo (dolo o culpa) de la tergiversación. Basta acreditar de manera objetiva la adulteración probatoria y la provocación de un perjuicio para una de las partes en el proceso.

5. En la jurisprudencia comparada, especialmente en Colombia, el error de hecho(71) en las resoluciones judiciales puede revestir tres modalidades(72): i) El *Falso juicio de existencia*, según el cual, el juzgador, al momento de valorar de manera individual y mancomunada las pruebas, supone un medio de prueba que no obra en el proceso o excluye otro, los que tenían la capacidad de probar circunstancias que eliminan, disminuyen o modifican la decisión absolutoria o de condena(73). El error de existencia se presenta cuando el juez omite

(71) Véase, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el **Proceso N° 25782** de 27 de octubre del 2008 y **Proceso N° 27754** de 27 de abril del 2007 en donde se sostiene que "el error de hecho consiste en la incongruencia entre la prueba que existe y no existe y la idea contraria del juez. En otros términos, en el yerro de hecho en materia probatoria subyace una actitud frente a lo descriptivo, en el sentido de que se transgrede la información suministrada por la prueba o se finge la que ella pueda suministrar".

(72) Véase, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el **Proceso N° 30843** de 10 de marzo del 2009 los errores de hecho se presentan "cuando el juez ignora una prueba que obra válidamente en el proceso o supone como existente una que no ha sido incorporada (falso juicio de existencia) o cuando distorsiona o tergiversa su contenido fáctico atribuyéndole efectos que no se derivan de ella (falso juicio de identidad), y los segundos, hacen referencia a que el fallador admite y confiere valor probatorio a un medio de convicción allegado irregularmente al proceso o desconoce y niega alcance probatorio a pruebas válidas (falso juicio de legalidad), o le asignó un valor probatorio distinto al establecido por la ley o le negó el que legalmente se le ha conferido (falso juicio de convicción)".

(73) Véase, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el **Proceso N° 26508** de 05 de febrero del 2007: "El error de hecho por falso juicio de existencia en la modalidad de omisión tiene ocurrencia cuando el medio de prueba es pretermitido por el sentenciador a pesar de existir materialmente en el proceso y, en la de suposición, frente al supuesto contrario, esto es, cuando el juzgador lo idea o crea, pues no existe físicamente en el mismo".

apreciar una prueba legalmente aportada al proceso, o cuando, a contrario sensu, infiere consecuencias valorativas a partir de un medio de convicción que no forma parte del mismo(74); ii) ***El Falso juicio de identidad*** es el que incurre el juzgador cuando en la apreciación de una determinada prueba le hace decir lo que ella objetivamente no reza, erigiéndose en una tergiversación o distorsión del contenido material del medio probatorio, bien porque se le hace decir lo que su texto no dice o porque se le hace probar lo que objetivamente no demuestra(75); iii) ***El Falso raciocinio***, cuando el sentenciador se aparta, al momento de apreciar los medios de convicción, de los postulados de la sana crítica, es decir, de las leyes de la lógica, de los principios de la ciencia o de las máximas de la experiencia, según el caso, llevando a declarar una verdad distinta de la revelada en el proceso(76).

(74) Véase, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la **Casación** N° **33.880** de 28 de julio del 2010.

(75) Véase, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el **Proceso N° 27527** del 06 de Junio del 2007 y el **Proceso N° 24173** de 14 de febrero del 2006: "El *falso juicio de identidad* se caracteriza porque el juez tergiversa, desdibuja, la *materia objetiva que compone la prueba*. Esa tergiversación puede suceder, por ejemplo, porque se le quite algo al medio; se le agregue; se le modifique; o porque se le parcele. También forma parte del *falso juicio de identidad* el cambio material, objetivo, que debe sufrir el medio cuando es alterado en cualquiera de sus modalidades. Por eso se habla de *tergiversación* o *desdibujamiento* de la prueba. Dicho de otra forma, si se mira objetivamente el medio probatorio *antes* de la supresión, la adición, el recorte o la modificación, y se le compara objetivamente con el medio *después* de la supresión, la adición, el recorte o la modificación, y el mensaje objetivo que transmite es el mismo, no es posible hablar de falso juicio de identidad; y al contrario, si ese mensaje objetivo varía, se puede ir pensando en la existencia de tal falso juicio. De lo anterior resulta que bien puede ocurrir que un juez omita una palabra o una frase, por ejemplo al estudiar un testimonio; o que la cambie, o que la agregue. Pero si con esa o sin esa palabra o frase cualquier observador capta el mismo mensaje objetivo, no hay falso juicio de identidad porque la materia que conforma la prueba en esencia se mantiene".

(76) Véase, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el **Proceso N° 27754** del 27 de abril del 2007 y el **Proceso N° 25782** del 27 de octubre del 2008.

Al demandante le corresponde demostrar en qué consiste la falta de identidad de la prueba que le imputa al juez y, con exactitud, por ejemplo, qué es lo que ha sido parcelado, qué es lo que ha sido descontextualizado(77). Al recurrente le compete señalar la especie del error cometido, si de existencia, de identidad o de raciocinio. En efecto, cuando se plantea en casación un cargo por nulidad, es deber del demandante acreditar su trascendencia, exigencia que impone evidenciar que la anomalía denunciada socavó en su esencialidad la estructura del proceso o quebrantó las garantías de los sujetos procesales(78). Al actor le corresponde precisar la naturaleza del error, el sentido de la violación y, luego de identificar el desacierto, demostrar su incidencia en la parte resolutiva del fallo acusado(79).

El vicio solo se configura cuando los elementos descuidados o ignorados hayan tenido clara e inequívocamente el carácter de decisivos, en el sentido de que su adecuada valoración debería necesariamente llevar, salvo intervención de nuevos y diferentes elementos de juicio, a una decisión distinta de la adoptada(80).

6. En la invocación de prueba tergiversada o de distorsión probatoria se debe indicar, en los motivos del recurso, la concreta prueba que se considera alterada, los pasajes de la sentencia en donde se hacen las afirmaciones consideradas modificadas esencialmente y la respectiva comparación con los pasajes que contiene la prueba realmente actuada como la especificación de su literalidad.

La doctrina considera que el fundamento de la nulidad de la sentencia por tergiversación de la prueba se puede encontrar en el

(77) Véase, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el **Proceso N° 24173** del 14 de febrero del 2006.

(78) Véase, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la **Casación N° 33.880** del 28 de julio del 2010.

(79) Véase, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el **Proceso N° 30843** del 10 de marzo del 2009.

(80) Véase, en la jurisprudencia italiana la Casación Penal; Sez. II del 19 ottobre 2011 n. 38536; la Casación Penale: Sez. I sent. N. 6922 del 11.5.1992 del 11.6.1992

principio de razón suficiente(81), cuyo incumplimiento da lugar a la motivación insuficiente como supone también una afectación a la valoración individual de los medios de prueba.

VII) LA FALACIA *DESCRIPTIVA* DE LA PRUEBA COMO PATOLOGÍA DE LA MOTIVACIÓN

1. No se cumple con el deber de valorar y motivar las pruebas actuadas en el proceso si solo se hace un resumen meramente descriptivo de los medios de prueba(82), sin realizar alguna operación valorativa. El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha señalado que: "Tal exigencia no se cumplimenta si la sentencia enumera los elementos de convicción reunidos en el debate, consigna extensamente las manifestaciones de imputados y testigos y enseguida expresa de qué modo han ocurrido los hechos, porque tal conclusión no está precedida ni va acompañada de valoración alguna. La fundamentación requiere dos condiciones: debe consignar el material probatorio describiendo su contenido y, a la par, aquél debe ser meritado (TSJ, Sala Penal, 'Nóbile', S. N° 69, 7/9/1998; 'Agüero', S. N° 305, 13/11/2009; S. N: 74; 20/04/ 2011 'Scarlatta, Rodolfo y otro p.ss. aa.' entre muchas otras)"(83).

---

(81) Cfr. BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 37.

(82) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 141; DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 122; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en: *RD*, p. 12 quien recuerda el contenido del art. 36 del Código Procesal chileno que prescribe que "la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación".

(83) El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha señalado, además, que: "En este contexto cabe recordar que esta Sala tiene dicho que la imposición constitucional y legal de fundamentar la sentencia consiste en la obligación de consignar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ella contiene, con base en la prueba reunida y de acuerdo al sistema de valuación admitido por la ley

La simple enumeración de las pruebas o el famoso listado de la evidencia no cumplen en lo más mínimo con el deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales(84), pues ignora el concreto y real contenido de la prueba, su significado objetivo como el valor racional que se le puede asignar. La enumeración de los medios de prueba no permite establecer de manera efectiva si se trata de una prueba de cargo o de descargo, de si se trata de una prueba incriminatoria útil o no; o si se está ante una prueba eficaz, ya que sencillamente se ignora por completo el resultado probatorio que se ha obtenido de ella luego de la valoración correspondiente (que nunca se realizó). El simple listado de las pruebas impide ejercer un control posterior del contenido de la prueba como también no permite controlar el razonamiento inferencial seguido por el juez para llegar a una determinada conclusión. Por ello, se destaca que enunciar no es lo mismo que valorar y justificar(85).

Incluso, si es que junto a la enumeración de la prueba se acompaña las declaraciones de los testigos que narran los hechos, las conclusiones de la prueba pericial actuada o la diligencia de reconstrucción de los hechos (*contenido de la prueba*) sin que se dé cuenta de la valoración racional y crítica de la prueba, tampoco se cumple con el deber de fundamentar las resoluciones judiciales.

2. La descripción de las pruebas, su sola clasificación o la determinación de su contenido no alcanza para cumplir con la obligación de motivar las resoluciones judiciales. Describir la prueba no es (aún) valorarla; en todo caso se trata de una fase previa, pero que en absoluto puede confundirse con el núcleo de la valoración racional. Supone, por el contrario, incurrir en la llamada falacia descriptivista en la justificación de los hechos probados, en la que si bien hay un

---

procesal, porque este es el modo de posibilitar el contralor de las partes y del Tribunal de Casación (T.S.J., Sala Penal", 'Nobile', S. n° 69, 7/9/1998; S. n: 74; 20/04/ 2011 'SCARLATTA, Rodolfo y otro p.ss.aa.')".

(84) Cfr. CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 99.

(85) Cfr. TARUFFO, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Vol. II, p. 431.

relato (*descriptivo*) de la prueba, se echa de menos por completo una valoración y un análisis exhaustivo del concreto medio de prueba.

Desde el momento que el juez solo describe las pruebas, pero sin establecer su contenido o si lo establece, pero no las valora conforme a las reglas de la sana crítica y los criterios mínimos de racionalidad, sencillamente no se cumple con el deber de fundamentar las resoluciones judiciales; de tal manera que las supuestas (y nunca presentes) "*razones*" de la decisión del juez respecto a los hechos solo están en su fuero íntimo y en ninguna otra parte. En este caso, si bien las "*razones*" le pertenecen al juez, las mismas nunca se expresaron en fundamentos objetivos capaces de facilitar un control racional *ex post*. La ausencia de razones o la insuficiencia de las mismas hacen que el fallo sea nulo.

VIII) LA (PROHIBICIÓN DE) VALORACIÓN DE LA PRUEBA INCONSTITUCIONAL

1. La motivación de la prueba debe ser legítima, es decir, debe basarse en la ponderación de la prueba cuya formación, producción y actuación es respetuosa de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales básicas (v. gr. defensa, contradicción, oralidad, inmediación, etc.). Debe haber una validez intrínseca de las pruebas para que ellas sean valoradas en la resolución judicial (sentencia o auto).

Si hay valoración de una prueba inconstitucional o prohibida se produce un grave vicio en la motivación de las resoluciones judiciales. La prueba ilícita no se debe valorar, sino excluir del acervo probatorio, ya que el juez no puede utilizar en la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio (art. 393.1); de tal manera que "*todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo*" (art. VIII.1 del TPCPP). Una resolución judicial que se levanta sobre prueba inconstitucional hace que su justificación sea y tenga una base ilegítima.

Por tanto, el juez, respetuoso de los principios que inspiran un Estado Constitucional, debe atender y focalizar su atención exclusi-

vamente en la valoración de la prueba válida o que en su formación, aportación o actuación haya respetado los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, la decisión judicial que se basa principalmente en una prueba prohibida es una decisión constitucionalmente no motivada por encerrar una prueba prohibida.

Tal como reconoce la doctrina comparada, una prueba es ilegal en la medida en que la validez intrínseca del acto que la contiene es nulo o inadmisible. El vicio consiste en una violación o inobservancia de las normas que regulan o determinan y regulan sus formas esenciales(86). La privación de los efectos alcanza tanto a otros actos consecutivos como a la eficacia de poder ser invocada como fuente de la decisión judicial.

Como ejemplos de pruebas prohibidas que fundan una sentencia de manera ilegítima, puede citarse el caso en el que se valora una prueba (personal, pericial, documental, etc.) que anteriormente había sido declarada nula; o la sentencia que se basa en la declaración policial de un interrogatorio(87) que infringe gravemente la Constitución o la Convención Americana de Derechos Humanos al no haberse informado positivamente al imputado del derecho a guardar silencio o del derecho a contar con un abogado defensor. No convalida ni vuelve eficaz el interrogatorio o la declaración policial el hecho de que la persona no registre huellas de torturas o lesiones del personal policial(88). Basta que no se le haya informado de los derechos básicos

(86) Véase, ampliamente: DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 129: "la sentencia que se funda de manera esencial en una prueba procesalmente ilegítima, no está debidamente motivada. Si el defecto recae sobre un aspecto esencial de la sentencia, procederá la anulación de ésta en casación".

(87) Loc. cit.

(88) La Ejecutoria Suprema expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República recaída en el **R.N. N° 1192-2012**, caso: Abencia Meza de 19 de diciembre del 2012 señala que: "*el encausado Pedro César Mamanchura Antúnez en sede preliminar, luego de ser capturado por efectivos policiales, el veintinueve de junio de dos mil nueve, proporcionó dos declaraciones –una a las veinte horas con treinta minutos, que obra a fojas doscientos cincuenta y tres, y otra a las veintiún horas con treinta minutos, que corre a fojas ochenta y nueve, ambas*

fueron tomadas en las oficinas de la DIVINCRI de la ciudad de Piura y sin la presencia del representante del Ministerio Público ni de su abogado defensor en las que admitió no solo ser el autor de la muerte de la agraviada Alicia Luisa Delgado Hilario, pues relató el modo, forma y circunstancias de su comisión, sino en la que también incriminó a su coencausada Abencia Meza Luna como la persona que en forma insistente a través de diversas llamadas telefónicas lo indujo para que diera muerte a la agraviada a cambio de una suma de dinero; además, indicó algunos aspectos relacionados con los motivos que habrían originado en ella su designio criminal, concretado a través de su persona; que, si bien, desde un aspecto formal estas primigenias versiones imputativas podrían no ser consideradas con mérito suficiente al momento de efectuarse el juicio de valor, dado a que no estuvieron presentes el señor Fiscal Provincial en lo Penal y el abogado defensor del encausado; empero, en relación a la veracidad y credibilidad de su contenido incriminador se cuenta con el hecho que el mismo encausado Pedro César Mamanchura Antúnez al ampliar su manifestación a fojas ciento treinta y nueve, con fecha uno de julio de dos mil nueve, en presencia de la representante del Ministerio Público, no obstante guardar silencio sobre los hechos que se le atribuían, negó haber sido objeto de maltrato físico o psicológico en las oficinas de la DIRINCRI y, asimismo, indicó que no se vulneraron sus derechos fundamentales, por ende, desvirtuó que la admisión de cargos y la imputación que efectuó hayan sido formuladas bajo presión o coacción de la autoridad policial o personas ajenas, es más, la fiabilidad de la información incriminatoria primigenia que brindó el aludido imputado se ve reflejada también en la diligencia de ampliación de su manifestación policial de fojas ciento cuarenta, de fecha tres de julio de dos mil nueve, pues también en presencia de la señora Fiscal Provincial en lo Penal ratificó no solo que eliminó a la occisa Alicia Luisa Delgado Hilario, sino que ello fue por encargo de su encausada Abencia Meza Luna, de tal forma, las dos primeras manifestaciones del encausado Pedro César Mamanchura Antúnez adquieren aptitud suficiente para ser objeto de valoración por el juzgador conforme a lo previsto por el artículo sesenta y dos del Código de Procedimientos Penales".

La citada sentencia convalida no solo una autoinculpación, sino una sindicación pese a que en la primera declaración del imputado ante la Policía se tomó sin presencia del Ministerio Público ni de su abogado defensor, señalando que luego en otra declaración posterior prestada ante el Ministerio Público negó haber sido objeto de maltrato físico o psicológico y negó que se hayan vulnerado sus derechos fundamentales. Pese a las afirmaciones categóricas de la sentencia vale recordar que la violación a la garantía de no autoincriminación no solo se produce cuando hay torturas, maltratos y violencia física o psíquica, sino también cuando no se cumple con la información positiva, adecuada y suficiente, de comunicar los derechos **a guardar silencio y a contar con abogado defensor** que tienen su sustento en el art. 1 y el art. 139, inc. 14, de la Const.

La consideración de que si no hay tortura o maltrato la declaración inculpatoria tiene eficacia y surte pleno efecto jurídico supone una criticable forma de comprender la garantía a no declarar contra uno mismo que garantiza la Constitución Política y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, documentos que se encargan de viciar de contenido aquellas declaraciones que se prestan sin que previamente la Policía, el Ministerio Público hayan informado a la persona de su derecho a guardar silencio y de ser asesorado por un abogado defensor.

Tal como establece la jurisprudencia de derechos humanos y la nueva legislación procesal penal (art. 87.2 del CPP), la persona antes de declarar debe ser informada de los cargos que pesan en su contra y fundamentalmente de su derecho a abstenerse de declarar (guardar silencio) y de ser asistido por un abogado defensor, ya sea de su confianza o de un abogado designado por el Estado. La no información de estos derechos o simplemente su incumplimiento por más que se demuestre luego que no hubo algún tipo de coacción supone, sin más, la nulidad y la ineficacia de la prueba, con la consiguiente exclusión y prohibición de valoración probatoria. El hecho que el imputado, luego condenado, haya estimado que en las diligencias policiales en las que se recepcionó su declaración no se han violado sus derechos fundamentales no quiere decir que su punto de vista y ponderación profana de los hechos sea la determinante y decisiva en el enjuiciamiento de la constitucionalidad del acto. La afectación o no de los derechos fundamentales no pasa por una ponderación sujeta a parámetros subjetivos, de creencia individual, ya sea del juez, del fiscal y menos del imputado, sino por la necesidad de realizar y practicar un análisis objetivo y global de los hechos desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, en especial tomando como referencia la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos. Poco importa la opinión del imputado, más aún si ella está viciada justamente por el defecto (total y absoluto) de información.

A título ejemplificativo vale recordar que el TC peruano ha señalado que: "para que una declaración autoinculpatoria pueda considerarse como libremente expresada a través de los órganos de control penal, el Estado tiene el deber de informar al investigado, denunciado, procesado o acusado las ventajas y desventajas que una conducta de esa naturaleza podría generar. Impone también a los órganos judiciales la obligación de no sustentar una pena sólo sobre la base de tal autoincriminación" (véase: **Exp. N° 003-2005-PI/TC**). En otra sentencia el TC en el **Exp. N° 00926-2007-PA/TC**, caso: C.F.A.D. (VOTO SINGULAR: LANDA ARROYO) que: "si bien en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, el derecho a la asistencia letrada puede ser sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales; sin embargo, ello no lo priva al administrado del mismo, ni lo obliga a actuar personalmente, sino que le faculta a elegir entre la autodefensa o la defensa

técnica, o a que se le nombre un defensor de oficio. Para que ello ocurra, la autoridad debe previamente informar al administrado, citado, detenido, acusado o procesado que su defensa puede ser asumida por él; o por un abogado elegido libremente por él, o por un abogado defensor de oficio. En el presente caso se aprecia que la administración policial antes de iniciar el procedimiento administrativo sancionador al accionante no le informó debidamente que su defensa podía ser asumida por él, o que tenía derecho a elegir libremente un abogado defensor para que le asista durante el procedimiento, y que en caso de que no contara con uno se le iba a proporcionar un abogado defensor de oficio. En efecto, de autos se aprecia de manera objetiva que el actor no contó con un abogado defensor y que el Cmdte. PNP Alejandro Ramos Sumuoso (abogado de la ETS-PNP-PP), quien forma parte de la entidad policial solo intervino en calidad de testigo; de lo que se colige que se ha producido la violación del derecho a la defensa del demandante. Asimismo, la violación del derecho a la asistencia letrada queda demostrada con el Acta del Consejo de Disciplina N.° 001-2003-DIRIDP-ETS-PNP-PP/CD de 13 de octubre de 2003 (fojas 12), donde se aprecia que el actor fue defendido por un Teniente PNP, es decir, no tuvo una defensa técnica por cuanto no fue realizada por un profesional del derecho".

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que durante el periodo inicial del procedimiento es donde pueden presentarse pruebas decisivas, y que la falta de asesoramiento jurídico durante esa primera fase, podría menoscabar seriamente el derecho a defenderse (OEA, Informe anual de la CIDH, 1985-1986 [OEA/Ser.L/V/II.68, doc 8/Rev.1),p. 159 (El Salvador) en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Cap4.htm#EL SALVADOR]. Se afecta el derecho a la libertad e integridad personal cuando se producen interrogatorios policiales sin las garantías de una adecuada defensa (Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala del año 1983; en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/83.84sp/cap.4c.htm). Sin embargo, no solo debe haber la presencia formal de un abogado defensor, sino que los mismos deben poder acceder a entrevistarse con sus patrocinados con el fin de conocer los hechos que se les imputan, informarles de sus derechos y preparar la estrategia de defensa que crean necesaria (*Informe sobre la situación de los derechos humanos de una parte de la Población Nicaragüense de origen Miskito*: en: http://www.cidh.org/countryrep/Miskitosesp/SegundaPartea.htm#c.).

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso Barreto Leyva versus Venezuela de 19 de noviembre del 2009 ha señalado que: "el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de

ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo" (FJ 30). Luego dicha sentencia señala que: "Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo" (FJ 63). Esta sentencia deja en claro que la afectación del derecho de la defensa y el vicio de los actos no queda superado a pesar de que en dichos actos participe el representante del Ministerio Público, al razonar que: "El derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona. En consecuencia, el señor Barreto Leiva tenía, conforme a la Convención Americana, el derecho de ser asistido por su abogado defensor y no por el Ministerio Público, cuando rindió las dos declaraciones preprocesales. Al habérsele privado de esa asistencia, el Estado violó en su perjuicio el artículo 8.2.d de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma" (FJ 64 y 65).

La Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso: Miranda versus Arizona (384 US. 436, 86 S. Ct. 1602, 16 l. Ed. 2ª; 1966) señaló que: "la acusación no puede utilizar declaraciones, ya sean exculpatorias o incriminatorias, provenientes del acusado obtenidas en el interrogatorio policial salvo que demuestren que se dieron todas las garantías procesales para salvaguardar eficazmente el derecho a no declarar contra sí mismo. Por interrogatorio judicial entendemos aquel que se inicia por los agentes de la policía después que se le haya detenido y se le conduzca a las dependencias policiales o se le haya privado de libertad de cualquier modo significativo"; véase, in extenso: JEROLD H. ISRAEL – YALE KAMISAR –WAYNE R. LAFAVE – NANCY J. KING,

para que dicha prueba carezca de valor constitucional y convencional. La decisión condenatoria no puede fundarse en elementos de prueba que se obtienen con inobservancia o violación del derecho de defensa o de las garantías constitucionales o convencionales básicas.

2. La jurisprudencia y doctrina distingue entre ***prueba ilícita y prueba irregular***(89). La primera se identifica con la obtención de la prueba infringiendo normas constitucionales, mientras que la segunda implica la violación de normas propias de la legalidad ordinaria. Las repercusiones de dicha diferenciación no solo revisten importancia teórica, sino que cuenta con significativas consecuencias prácticas. En efecto, solo las pruebas obtenidas con vulneración de la Constitución están en condiciones de generar la prohibición de valoración de los actos posteriores que deriven de dicha infracción(90) [teoría de los frutos del árbol envenenado]. Las pruebas obtenidas con infracción a la legalidad ordinaria pueden ser utilizadas en la investigación de la verdad.

La prueba prohibida requiere que entre la actividad probatoria y el menoscabo del derecho fundamental exista una relación de conexión o de causalidad(91). La obtención del medio o fuente de prueba debe ser resultado de la violación de un derecho fundamental(92).

Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introducido, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 529 y ss.

(89) Véase, SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, p. 867; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, p. 31; DÍAZ CABIELE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente obtenida*, Madrid, Civitas, 2001, p. 22; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la Prueba prohibida en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 38.

(90) Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la Prueba prohibida en el proceso penal*, p. 38.

(91) Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, p. 875.

(92) Cfr. DÍAZ CABIELE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente obtenida*, p. 22.

Dentro de la dogmática procesal penal, hay autores que pese a admitir la diferenciación entre prueba ilícita y prueba irregular consideran que la noción de prueba ilícita debe extenderse a toda infracción de la legalidad probatoria y no solo al campo de la violación de los derechos fundamentales, postulando que "*no debe confundirse el concepto de prueba ilícita con las consecuencias jurídico-procesales que se derivan de la misma*"(93). Se apunta que las normas procesales que regulan el derecho a la prueba son auténticas normas de garantía que deben gozar de las mismas consecuencias que la obtención de la prueba con infracción de los derechos fundamentales, en razón de su esencialidad(94). Sin embargo, se remarca que en los casos que la norma no persiga una **función de garantía**, la prueba no es ilícita y puede valorarse.

3. En la postura amplia de prueba prohibida, un sector de la doctrina y jurisprudencia comparada se inclina por la declaración de nulidad de la sentencia que ordena la internación del imputado, la cual se funda en una pericia psiquiátrica en la que se omitió la notificación al imputado o el caso de la sentencia que omitió notificar al abogado defensor de la oportunidad en la que se tomaría la declaración de los testigos, impidiéndoles el control de dicha prueba(95). Se considera que una prueba que no se incorpora de manera válida al proceso no es una derivación razonable del derecho vigente por lo que debe anularse(96).

Por otro lado, se apunta que si hay una valoración de la prueba que viola derechos fundamentales y se utiliza dicha prueba para justificar una sentencia condenatoria no habrá necesidad de declarar la nulidad de la sentencia, bien a nivel de la sentencia que resuelve el recurso o en

(93) Por todos, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 27.

(94) Ibídem, 73.

(95) Véase, DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 131.

(96) Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Vol. 2, p. 351.

sede constitucional, siempre que la sentencia, además, de incurrir en la ponderación indebida se funde en otros medios de prueba absolutamente lícitos y regulares. En estos casos de valoración de la prueba prohibida, la nulidad solo procederá siempre que se trate de prueba decisiva y esencial para la emisión del fallo. La condena basada en otros medios de prueba eficaces y relevantes para el fallo no determina la nulidad del mismo. En todo caso, en sede recursiva o constitucional solo se deberá declarar la exclusión de la prueba prohibida del razonamiento probatorio. Como señala DE LA RÚA: *"para que la prueba ilegítima determine la nulidad, la motivación debe depender de ella y ser realmente eficaz y decisiva, influyendo efectivamente en el fallo, de modo que este quede privado de motivación o se llegue a justificar una decisión contraria a la adoptada"*(97).

Si el órgano jurisdiccional no se pronuncia de manera expresa y motivada acerca de una prueba que se había tachado de nula por grave violación a los derechos fundamentales y ella integra de modo esencial y relevante el tejido probatorio que sirve para dictar una sentencia condenatoria lo que corresponde es anular la sentencia(98).

IX) LA FALTA DE MOTIVACIÓN POR INCOHERENCIA NARRATIVA

1. La coherencia narrativa tiene que ver directamente con la claridad y el orden en la estructuración y presentación de los argumentos fácticos, probatorios y jurídicos que se utilizan para resolver un caso y se llega a adoptar una determinada decisión(99); así como la ponderación de los elementos lógicos que el juez utiliza en el discurso sobre los hechos(100). El deber de fundamentar exige tomar en cuenta a los

(97) Véase: DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 131.

(98) Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Vol. 2, p. 351.

(99) Cfr. CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, p. 99.

(100) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 320.

destinatarios de la motivación que no siempre son las partes, o los tribunales superiores (*función endoprocesal de la motivación*), sino la población o la ciudadanía en general que puede acceder a informarse acerca de las razones que sustentan un fallo judicial (*función extraprocesal de la motivación*). La exigencia de coherencia y claridad supone también en buena cuenta aproximar el lenguaje técnico al lenguaje ordinario(101) a fin de que la población pueda comprender mejor las decisiones que el juzgador adopta. No se trata de una pura cuestión de estilo como de cumplir con la función democrática del deber de motivar las resoluciones judiciales(102).

En el derecho peruano nos encontramos con diversas prescripciones legales que hacen referencia al requisito de la claridad y, por tanto, de la coherencia narrativa de la motivación los fallos judiciales. Por ejemplo, el inc. 3, art. 394 del NCPP dispone como requisitos de la sentencia judicial: "*La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas (...)*". El CPC establece en su artículo 122, inc. 4, que las resoluciones judiciales deberán contener: "*La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente*". De igual forma, el art. 6.3 de la Ley General de Procedimiento Administrativo establece que: "*No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto*".

2. La incoherencia narrativa es considerada por un sector de la doctrina como un vicio lógico de la argumentación jurídica al adolecer

(101) Véase, HÄBERLE, Peter, "El Tribunal Constitucional como poder político", en: *REP*, Nueva Época, N° 125, julio-septiembre 2004, p. 12.

(102) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 115.

de graves omisiones o de un relato incomprensible(103). Desde el punto de vista epistémico, se considera que cualquier hipótesis histórica se prueba mejor si los hechos que se pretende explicar se encuentran claramente establecidos(104).

La incoherencia narrativa se presenta cuando existe un discurso confuso, incapaz de trasmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión y cuya consecuencia lógica puede ser la inversión o alteración de la realidad de los hechos, lo que la hace incongruente e inconstitucional(105). Por otro lado, también hay incoherencia narrativa cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión(106).

(103) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 170.

(104) Por todos, LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, p. 110.

(105) **Exp. N° 00728-2008-PHC/TC**, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares; **Exp. N° 0006-2010-PHC/TC**, caso: Yoni Virginia Ronco Supa; **Exp. N° 00037-2012-PA/TC**; caso: Scotiabank Peru S.A.A; **Exp. N° 04950-2009-PHC/TC**, caso: Luis Ignacio Aguirre Rojas; **Exp. N° 00079-2008-PA/TC**, caso: Celso Leonidas San Martín Camacho; **Exp. N° 03282-2012-HC/TC**, caso: Jorge Luis López Domínguez y otros; **Exp. N° 0896-2009-PHC/TC**, caso: A.B.T.; **Exp. N° 3943-2006-PA/TC**, caso: Juan de Dios Valle Molina; **Exp. N° 00286-2010-PHC/TC**, caso: Pier Giorgio Rosso Saénz a favor de Nelly Palomino Chacca; **Exp. N° 04295-2007-PHC/TC**, caso: Luis Eladio Casas Santillán; **Exp. N° 02132-2008-PA/TC**, caso: Rosa Felícita Elizabeth Martínez García; **Exp. N° 1744-2005-PA/TC**, caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga (Voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini); **Exp. N° 04493-2008-PA/TC**, caso: Leny de la Cruz Flores (Voto singular del magistrado Vergara Gotelli); **Exp. N° 05085-2009-PA/TC**, caso: Corporación José R. Lindley (Voto Singular del magistrado Beaumont Callirgos).

(106) **Exp. N° 01939-2011-PA/TC**, caso: Gobierno Regional del Cusco y otro; **Exp. N° 0006-2010-PHC/TC**, caso: Yoni Virginia Ronco Supa; **Exp. N° 04950-2009-PHC/TC**, caso: Luis Ignacio Aguirre Rojas; **Exp. N° 00079-2008-PA/TC**, caso: Celso Leonidas San Martín Camacho; **Exp. N° 00037-2012-PA/TC**, caso: Scotiabank Peru S.A.A; **Exp. N° 03282-2012-HC/TC**, caso: Jorge Luis López Domínguez y otros; **Exp. N° 0896-2009-PHC/TC**, caso: A.B.T.; **Exp. N° 3943-2006-PA/TC**, caso: Juan de Dios Valle Molina; **Exp. N° 00286-2010-PHC/TC**, caso: Pier Giorgio Rosso Saénz a favor de Nelly Palomino

En ambos casos, estamos ante vicios que afectan la motivación interna de las resoluciones judiciales(107).

La incoherencia narrativa puede estar presente tanto en la argumentación de los hechos probados(108) como en la argumentación del derecho aplicable al caso(109). Sin embargo, los efectos más perniciosos

---

Chacca; Exp. N° 04295-2007-PHC/TC, caso: Luis Eladio Casas Santillán; Exp. N° 02132-2008-PA/TC, caso: Rosa Felícita Elizabeth Martínez García; Exp. N° 04493-2008-PA/TC, caso: Leny de la Cruz Flores (Voto singular del magistrado Vergara Gotelli); Exp. N° 05085-2009-PA/TC, caso: Corporación José R. Lindley (Voto Singular del magistrado Beaumont Callirgos); Exp. N° 1744-2005-PA/TC, caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga (Voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini).

(107) Exp. N° 01939-2011-PA/TC, caso: Gobierno Regional del Cusco y otro: "En cuanto a los vicios que afectan la motivación interna de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la falta de dicha motivación se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión"; Exp. N° 0006-2010-PHC/TC, caso: Yoni Virginia Ronco Supa; Exp. N° 04950-2009-PHC/TC, caso: Luis Ignacio Aguirre Rojas; Exp. N° 00079-2008-PA/TC, caso: Celso Leonidas San Martín Camacho; Exp. N° 00037-2012-PA/TC, caso: Scotiabank Peru S.A.A; Exp. N° 03282-2012-HC/TC, caso: Jorge Luis López Domínguez y otros; Exp. N° 0896-2009-PHC/TC, caso: A.B.T.; Exp. 3943-2006-PA/TC, caso: Juan de Dios Valle Molina; Exp. N° 00286-2010-PHC/TC, caso: Pier Giorgio Rosso Saénz a favor de Nelly Palomino Chacca; Exp. N° 04295-2007-PHC/TC, caso: Luis Eladio Casas Santillán; Exp. N° 02132-2008-PA/TC, caso: Rosa Felícita Elizabeth Martínez García; Exp. N° 04493-2008-PA/TC, caso: Leny de la Cruz Flores (Voto singular del magistrado Vergara Gotelli); Exp. N° 05085-2009-PA/TC, caso: Corporación José R. Lindley (Voto Singular del magistrado Beaumont Callirgos); Exp. N° 1744-2005-PA/TC, caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga (Voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini).

(108) Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares; Exp. N° 0006-2010-PHC/TC, caso: Yoni Virginia Ronco Supa; Exp. N° 04950-2009-PHC/TC, caso: Luis Ignacio Aguirre Rojas.

(109) Exp. N° 04845-2007/PA/TC, caso: Banco Continental (Voto singular del magistrado Landa Arroyo).

y nocivos se producen en el caso del relato incoherente de los hechos probados, en donde no solo se infringe el deber de motivar las resoluciones judiciales, sino la presunción de inocencia(110) y el mismo principio de legalidad en tanto el discurso fallido e incoherente impide la calificación jurídica de los hechos(111). El control de la coherencia narrativa permite fiscalizar y rechazar el discurso absolutamente confuso que es incapaz de justificar las razones de modo coherente en torno a la decisión que se ha tomado(112). La coherencia narrativa incide en la función comunicativa de la motivación. Todo ello tiene su punto de partida en el hecho de que *"la coherencia de la argumentación en una sentencia forma parte de una debida motivación"*(113).

El TSE ha señalado que: "El vicio de la falta de claridad en los hechos probados deberá apreciarse, según tiene declarado este Tribunal, cuando el juzgador haya redactado el correspondiente relato utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, ambiguas o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes, de tal modo que no sea posible conocer con precisión la conducta que se enjuicia y, por tanto, resulte imposible su calificación jurídica. También ha declarado la jurisprudencia que, en estos casos, la parte recurrente deberá señalar las frases o los párrafos que, en su opinión, resulten incomprensibles,

(110) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 170.

(111) Véase, la Sentencia del TS español N° 339/2010 de fecha 09/04/2010 en la que se sostiene que: "El vicio procesal que se denuncia debe apreciarse, según notoria jurisprudencia de este Tribunal, cuando el juez o Tribunal haya utilizado, para describir los hechos que se declaren probados, términos, frases o expresiones ininteligibles, ambiguas u oscuras, de tal modo que resulte imposible conocer exactamente lo ocurrido, objeto de enjuiciamiento, y, por ende, no sea posible llevar a cabo la calificación jurídica de los hechos sometidos a la decisión del órgano jurisdiccional; constituyendo también un requisito necesario para la estimación del motivo que la parte recurrente concrete, específicamente, la frase o frases que se estimen faltas de claridad (cfr. SSTS 795/2007, 3 de octubre, 850/2007, 18 de octubre, con cita de la STS 578/2003, 14 de abril)".

(112) Voto singular en la STC recaída en el Exp. N° 1744-2005-PA/TC, caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga de los magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda.

(113) Exp. N° 02108-2007-PH/TC, caso: Kelly Zulema Álvarez Tupayachi.

considerándose que, en otro caso, la denuncia carecerá de viabilidad. Igualmente, suelen citarse como incursas en este motivo las omisiones que hagan incomprensible el relato fáctico, si bien, en este supuesto, será preciso ponderar si ello es debido a falta de prueba sobre el particular (en cuyo caso se trataría de una cuestión relativa a la presunción de inocencia) o a defectuosa redacción del factum (supuesto en el que podría apreciarse este vicio procesal)"(114) (F. J. 3).

3. El vicio de la incoherencia narrativa debe distinguirse de la patología referida a la indeterminación global del hecho o la indeterminación del aporte al hecho que cada uno de los intervinientes (si los hay) ha realizado. Si bien muchas veces confluyen en la medida en que la incoherencia narrativa puede generar –y de hecho genera– una indeterminación fáctica, es posible que no haya indeterminación del hecho (v. gr. el delito concreto puede que se encuentre correctamente

(114) Véase, la Sentencia del TS español N° 381/2008 de fecha 16/06/2008. Ponente: Luis Puerta. Asimismo, la doctrina jurisprudencial del TS español se reitera (véase, **Sentencia N° 784/2008** de fecha 14/11/2008) al señalar que: "Conforme a una reiteradísima y uniforme doctrina jurisprudencial (Cfr. STS de 29-7-2008, n° 522/2008), este vicio procesal se origina cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitada o imprecisa, de modo que, por su insuficiencia u oscuridad o por no expresarlos de forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante y dubitada, pueda conducir a subsunciones alternativas o sea imposible realizar la subsunción, consecuencia de la ambigüedad del relato" (F. J. 2). También en la **Sentencia N° 1519/2004** de fecha 27/12/2004 se sostiene que: "El vicio sentencial denunciado no es viable cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces inmersas en un falso cultismo jurídico, con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía".

descrito en sus aspectos básicos), pero sí exista una incoherencia narrativa en el nivel de la intervención penal (autoría o participación) o, incluso, en el relato del suceso, en su cronología, en la ordenación de los hechos individuales, en su estructura, o en la determinación de las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) de los aportes individuales.

No se trata aquí de un defecto del discurso justificativo en cuanto a ciertas y específicas lagunas narrativas que en cualquier argumentación pueden estar presentes, sin que las mismas dejen de ser racionales. Los vicios narrativos deben ser graves y esenciales, y recaer en los aspectos nucleares del discurso justificatorio fáctico(115); de tal manera que lo hagan ininteligible, borroso o escasamente comprensible a cualquier ciudadano. El defecto de claridad de la resolución judicial solo debe derivar en la nulidad, si es que la oscuridad de los conceptos empleados es tan grave que de la misma no se puede inferir razonablemente las razones esenciales o los argumentos que se quiso expresar(116). Los puntos oscuros o las narraciones en partes farragosas o de dificultad en su comprensión no generan una patología insubsanable o que conduzca necesariamente a la nulidad de la resolución judicial. Como ha señalado el TC, es importante que en el control de la motivación de las resoluciones judiciales, en lo que se refiere a la verificación de la coherencia narrativa, se controle específicamente la coherencia de

(115) La Sentencia del TS N° 1142/2009 de fecha 24/11/2009 ha precisado que: "La falta de claridad solo deberá apreciarse cuando el Tribunal haya redactado el relato fáctico utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, oscuras o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes del mismo, de tal modo que no sea posible conocer con precisión qué es lo que el Tribunal declara probado y por tanto, resulte imposible su calificación jurídica (STS. 161/2004 de 9.2)".

(116) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 120: "El vicio se refiere no a cualquier frase o expresión no suficientemente asertiva, sino a aquellas por las cuales se fijan los hechos y las conclusiones fundamentales, de modo que si ellas dejan dudas sobre las pruebas utilizadas, el hecho o la conclusión, no se puede saber si la decisión se funda en la certeza del juez o bien en una sospecha o mero arbitrio suyo".

aquellos argumentos *"respecto de la decisión adoptada"*, es decir, no se trata de dejar sin efecto resoluciones cuando se identifique cualquier incoherencia, sino tan solo cuando la incoherencia narrativa sea relevante para la decisión final del caso(117).

Asimismo, no es necesario que la incoherencia narrativa posea como consecuencia lógica la inversión o alteración de la realidad de los hechos. Basta que se trate de una argumentación incomprensible para el ciudadano promedio o que de sus partes esenciales no puedan inferirse con precisión las conclusiones fácticas (o jurídicas) mínimas. Si bien no es posible negar que los supuestos más graves de incoherencia narrativa pueden terminar en una *"inversión o alteración de la realidad de los hechos"*, este elemento no es necesario para que se repute inconstitucional el discurso justificatorio. Es suficiente que la elaboración y redacción de la resolución judicial (auto o sentencia) sea inaccesible para terceros para que se dé por cumplido este vicio de la motivación.

En algunas ocasiones, la incoherencia narrativa se presenta a través del planteamiento de argumentos contradictorios e incompatibles entre sí(118), o a través de cualquier otro vicio lógico que haga

(117) **Exp. N° 04845-2007/PA/TC**, caso: Banco Continental (Voto singular del magistrado Landa Arroyo).

(118) **Exp. N° 0006-2010-PHC/TC**, caso: Yoni Virginia Ronco Supa: "Según consta de la resolución cuestionada, obrante a fojas 3, se advierte que al dictar el mandato de detención, respecto al peligro procesal, los magistrados emplazados argumentaron que [el actor]: tan sólo se ha limitado a indicar que a la fecha viene conduciendo una tienda de abarrotes y que domicilia en la Prolongación Jaquijahuna sin número del barrio de Izcuchaca del Distrito y Provincia de Anta, lo que pone de manifiesto que la imputada no cuenta con domicilio ni ocupación conocida. Por lo que este Tribunal advierte que el mandato de detención adolece de una falta de motivación interna de razonamiento con respecto al peligro procesal. Así, en cuanto al extremo que analiza si el procesado cuenta con trabajo conocido, se hace incongruente que, por indicar que a la fecha viene conduciendo una tienda de abarrotes, el accionante no pueda tener un trabajo conocido; y que al domiciliar en la Prolongación Jaquijahuana sin número del barrio de Izcuchaca del Distrito y Provincia de Anta, no tenga domicilio conocido; por lo que se configura, a todas luces, una indebida

incomprensible la narración y el discurso justificativo. En otras, la incoherencia en la narración simplemente no permite establecer con claridad la línea de producción de los hechos(119).

---

motivación"; **Exp. N° 04950-2009-PHC/TC**, caso: Luis Ignacio Aguirre Rojas: "De la resolución cuestionada, obrante a fojas 78, se advierte que al dictar el mandato de detención los magistrados emplazados argumentaron que: 'Si bien alega tener domicilio y trabajo conocido es de señalar que en el inmueble señalado como vivienda se habría cometido el hecho imputado, en el cual a la luz de la denuncia, a la hora en que habrían ocurrido los hechos no era ocupada por otra persona. Que, en cuanto al trabajo conocido, el procesado sostiene dedicarse a la venta de comida en un mercado; sin embargo, la licencia de funcionamiento de la municipalidad es concedida a Delfina Daga Cortez, mas no al procesado, por lo que se concluye que existe peligro procesal". Al respecto este Tribunal advierte que el mandato de detención adolece de una falta de motivación interna de razonamiento con respecto al peligro procesal. Así, en cuanto al extremo que analiza si el procesado cuenta con domicilio conocido, este deviene en un discurso confuso, incapaz de trasmitir, de modo coherente, si el demandante tenía o no domicilio conocido, por cuanto el hecho que alude, esto es, el haberse cometido el delito en el domicilio que menciona y el no haberse encontrado otra persona presente, no resulta idóneo para justificar el que tenga o no domicilio. Asimismo, en cuanto a las razones en las que se apoya la decisión para justificar que el imputado no cuenta con trabajo conocido se hace incongruente que por no tener la titularidad de la licencia de funcionamiento de un local de venta de comida el accionante no pueda tener un trabajo conocido; configurándose, a todas luces, una indebida motivación".

(119) **Exp. N° 00728-2008-PHC/TC**, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares en donde se sostuvo: "El magistrado Román Santisteban, en su voto dirimente, en un primer momento señala que: 'la occisa agarró otro cuchillo [el tercero] con el que la atacó [a la acusada, ocasionándole un corte en la región palmar de la mano derecha], dando lugar a que la acusada que portaba un cuchillo de cocina que había cogido anteriormente, comenzó a atacarla, mientras que la damnificada hacía lo mismo; sin embargo, en líneas posteriores, sin mediar fundamentación ni explicación alguna, concluye que: "la occisa privilegió la agresión con un elemento de menor peligrosidad (objeto contundente duro o inclusive sus propios puños), la encausada utilizó primordialmente el arma cortante que portaba en la manos".

El punto justificatorio glosado se debe criticar en la decisión del TC en cuanto analiza exclusivamente el voto dirimente del magistrado que resolvió la discrepancia en el colegiado de la Sala suprema (una posición mayoritaria que se inclinaba por confirmar la declaración de culpabilidad frente a otra

Los casos de incoherencia narrativa grave generan la nulidad del fallo(120).

X) LOS ERRORES LÓGICOS EN LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

1. La motivación presenta una disfuncionalidad y patología manifiesta cuando afecta los principios y reglas lógicas comunes a todo razonamiento, entre los que cabe identificar el razonamiento judicial(121).

La mayoría de legislaciones procesales (v. gr. el CPP peruano, el CPP Chileno) establecen de manera general que: "*En la valoración*

posición minoritaria que votaba por la absolución) y no ingresó –como era de esperarse– a realizar un control constitucional de la resolución en su conjunto que pudo no haber incurrido en este vicio grave. De seguirse la línea del razonamiento del TC, desde el punto de vista lógico y jurídico, lo que debería haber ocurrido es que se anule la fundamentación del voto dirimente y se ordene emitir un nuevo pronunciamiento (dirimente), subsanando y corrigiendo, el error denunciado, ya sea por el mismo magistrado o, como creemos corresponde, por otro magistrado. Asimismo, debe observarse que el voto dirimente integra y forma parte de una decisión que por mandato legal requiere cuatro votos conformes de magistrados supremos para que válidamente exista resolución (art. 141 de la LOPJ) y lo que se analizó por parte del TC es una fundamentación que se añadía y agregaba, pero que no anulaba o desconocía, la fundamentación asumida por la resolución en mayoría, salvo que se hubiera tratado, situación que no es el caso, de un voto dirimente parcialmente discrepante con la posición mayoritaria.

(120) **Exp. N° 01939-2011-PA/TC**, caso: Gobierno Regional del Cusco y otro; **Exp. N° 0006-2010-PHC/TC**, caso: Yoni Virginia Ronco Supa; **Exp. N° 04845-2007/PA/TC**, caso: Banco Continental (Voto singular del magistrado Landa Arroyo); **Exp. N° 04950-2009-PHC/TC**, caso: Luis Ignacio Aguirre Rojas.

(121) Cfr. SENESE, Salvatore, "La Motivación de la verdad fáctica", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), p. 338: "Un modelo normativo de derecho funcional a la tutela de derechos fundamentales de los individuos no puede dejar de exigir del juez rigurosa aplicación de las reglas lógicas que rigen la inducción fáctica y una correlativa justificación de la comprobación del hecho a la luz de aquellas reglas"; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 176.

de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica", lo que implica la configuración de un mandato legal del que depende la validez de la sentencia y en particular de la determinación de los hechos probados(122). No solo las leyes de la lógica tienen una importancia formal (y material) indiscutible en todas las formas del pensamiento y en las distintas clases de argumentos, sino que el derecho mismo a través de diversas regulaciones reconoce su importancia trasformando las leyes y principios del pensamiento en deberes jurídicos de observancia obligatoria para todos los operadores, en especial, los que componen el sistema de justicia (jueces y fiscales). Empero, no se trata de cualquier deber jurídico, llano y simple. Por el contrario, se trata de un deber cualificado del que se hace depender, incluso, la validez intrínseca de la sentencia.

El razonamiento jurídico de la sentencia debe formularse sin violar los principios lógicos (de identidad, contradicción y de tercio excluido). Las afirmaciones, inferencias y conclusiones han de guardar relación entre sí, es decir, deben ser congruentes(123).

2. La infracción de las reglas y los principios lógicos desencadenan vicios en la justificación de los hechos probados que pueden sustentar la nulidad de la resolución judicial. Los vicios más frecuentes son los siguientes: i) La contradicción lógica entre diversas afirmaciones contenidas en la sentencia; ii) Ausencia de relación lógica (falta de razonamiento inferencial) entre las premisas de las que se parte y las conclusiones a las que se arriba; iii) Falta de relación lógica entre la valoración individual de cada una de las pruebas y las conclusiones a las que se llega a través de la valoración conjunta(124). Como señala el

(122) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 110; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 331.

(123) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 156.

(124) Ampliamente, ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 143.

máximo intérprete de la Constitución respecto al cumplimiento de los requisitos lógicos de la sentencia: "*Tan arbitraria es una resolución que no está motivada o está deficientemente motivada como aquella otra en la cual los fundamentos no tienen una relación lógica con lo que se está resolviendo*"(125), o que: "*una motivación ilógica e incongruente vulnera el principio de prohibición de la arbitrariedad (artículos 3, 43 y 44, de la Constitución) y la obligación de la debida motivación establecida por el artículo 139, inciso 5, de la Constitución*"(126).

Las inferencias probatorias deben encontrarse debidamente fundamentadas, más aún si determinan la configuración de ciertos resultados probatorios a partir de los medios de prueba o de ciertos indicios que llevan a promover un razonamiento. La determinación del contenido e interpretación de un medio probatorio no basta para arribar a resultados plausibles. Es necesario verificar que existan de por medio inferencias y razonamientos que las sostengan de manera firme e inequívoca. Sin embargo, la existencia de inferencias por sí mismas no garantizan de manera adecuada el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales ni la valoración racional de la prueba, más aún si las conclusiones que se obtienen de dichas inferencias no son concluyentes, definitivas ni las únicas posibles. En este ámbito es común que el juzgador llegue a un resultado probatorio sobre los hechos, creyendo que con base en las inferencias empleadas se trata de la única conclusión posible y que no hay otra alternativa en la determinación de los hechos. A veces en el razonamiento judicial no se toman en cuenta otras alternativas ni otras posibles opciones (hipótesis) que la atenta valoración de la prueba permite arribar. Aquí se ignoran otras respuestas que se pueden extraer de las pruebas(127).

(125) **Exp. N° 5156-2006-PA/TC**, caso: Vicente Rodolfo Walde Jáuregui; **Exp. N° 02250-2007-PA/TC**, caso: José Antonio Silva Vallejo.

(126) **Exp. N° 00728-2008-PHC/TC**, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares.

(127) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 168: "este error lógico también podría considerarse, desde otra perspectiva, una errónea formulación o conformación de las máximas de la experiencia, en todo caso, desde una u otra perspectiva, torna la valoración de la prueba en irracional".

3. La ausencia de una justificación coherente que muestre el proceso inferencial del juez es, en primer lugar, suficiente para determinar que la sentencia no es constitucionalmente legítima(128). Existe invalidez de una inferencia luego del análisis de las premisas que establece previamente el juez en su decisión.

Se exige coherencia lógica entre el razonamiento de la resolución y la decisión adoptada(129). Por tanto, es posible que la resolución tenga argumentos, pero no necesariamente estos argumentos guarden relación con los hechos decididos, al no contar con una relación lógica con la parte dispositiva de la resolución(130).

Los principios lógicos que más se relacionan con el quehacer jurídico, en especial, el judicial, son el principio de tercio excluido, el principio de identidad, el principio de razón suficiente y el principio

(128) **Exp. N° 04493-2008-PA/TC**, caso: Leny de la Cruz Flores: "La sentencia cuestionada fundamenta la reducción de la pensión alimentaria respecto de la sentencia de primer grado en virtud del deber familiar que estaría asumiendo Jaime Walter Alvarado Ramírez por mantener una relación de convivencia. Pero, para dar por acreditada la unión de hecho le ha bastado al juez del Juzgado de Familia de Tarapoto apreciar una declaración jurada de Jaime Walter Alvarado Ramírez y un certificado de supervivencia de Luz Marina López Rodríguez emitido por la Policía Nacional del Perú. Como ya se expresó en el fundamento 11, supra, si bien es factible ofrecer otros medios probatorios además de la declaración judicial de convivencia a fin de acreditar tal estado (como por ejemplo, testimonios de vecinos, partida de matrimonio religioso, entre otros), ello no implica que con tan solo una declaración notarial suscrita por uno de los supuestos convivientes y un certificado de supervivencia de Luz Marina López Rodríguez, que por su propia naturaleza, no menciona el tiempo que viene domiciliando en determinado lugar, se acredite suficientemente la convivencia alegada por Jaime Walter Alvarado Ramírez. De lo expuesto, se aprecia que no resulta clara la forma en que el Juzgado de Familia arribó a la determinación de que bastaba con la documentación referida supra, para que quede acreditada la unión de hecho durante más de 2 años".

(129) **Exp. N° 02607-2008-PA/TC**, caso: José Vicente Loza Zea; **Exp. N° 0896-2008-PA/TC**, caso: Vicente Rodolfo Walde Jáuregui.

(130) **Exp. N° 5156-2006-PA/TC**, caso: Vicente Rodolfo Walde Jáuregui.

de no contradicción(131). En el campo jurisdiccional en particular en el contexto de la prueba, el principio más usado y recurrido sobre el que debe haber una serie de prevenciones y controles para evitar su infracción es el principio de no contradicción, por el cual un hecho no puede primero darse por no probado y luego considerarse probado; o a la inversa un hecho no puede darse por probado y luego por no probado.

En efecto, es posible que los argumentos de la resolución judicial sean contradictorios entre sí (v. gr. se afirma A y no A; se da por probado un hecho que luego en la misma sentencia se tiene por inexistente). La motivación en el ámbito fáctico es contradictoria, si es que se afirma o niega un hecho y a continuación y en el mismo relato documentado se reconoce, expresa o implícitamente, lo contrario, es decir, que el hecho existe (si es que antes se ha negado) o que no existe (si es que antes se afirmó su existencia). En el contexto fáctico, hay violación al principio de no contradicción cuando un hecho se considera al mismo tiempo verdadero y falso, si se estiman contemporáneamente verdaderos dos hechos recíprocamente incompatibles (v. gr. la coartada) o si se emplean reglas de inferencia incompatibles entre sí(132). En efecto, si bien la fundamentación de las resoluciones judiciales debe entenderse como una unidad, armónica y vinculada entre sí, la violación al principio de no contradicción se produce cuando algunas partes de la resolución se oponen entre sí al afirmarse hechos que luego se niegan o viceversa.

No es que en la motivación los fundamentos contradictorios se destruyan entre sí y dejen el pronunciamiento sin sustento legal(133).

---

(131) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, p. 110; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 331.

(132) Por todos, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, p. 320: "la coherencia inferencial afecta a la estructura de la concatenación de inferencias con la que el juez vincula hechos distintos, secundarios y principales, a los efectos de extraer las consecuencias de los elementos de prueba disponibles".

(133) Sin embargo, así DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, pp. 114 y 157.

En realidad, se trata de un vicio lógico que de incidir en la parte nuclear de la sentencia, debe llevar a la anulación de la misma(134). Un sector de la doctrina considera que la motivación contradictoria es una forma de falta de motivación(135). Como ejemplo de violación de principios lógicos (principio de no contradicción) es posible citar un amparo declarado fundado por el TC peruano contra una Resolución Suprema emitida por el Ministerio del Interior al considerar que: "*Es insostenible y contradictorio que la Resolución Suprema cuestionada alegue desidia o negligencia en el cumplimiento de las funciones del recurrente (segundo considerando) y, al mismo tiempo, la comisión de delitos de desobediencia y contra la fe pública, es decir, acciones que presuponen la presencia de dolo o intencionalidad de quien los comete (tercer considerando), pues o es una cosa o es la otra, pero no las dos a la vez*"(136). Resulta contradictorio sostener que una persona obró dolosamente y a continuación señalar que su actuación irreflexiva no le permitió obtener un conocimiento cabal de los hechos; o que se actuó con emoción violenta y luego señalar que el delito se ejecutó de manera fría y calculada.

(134) El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en reiterada jurisprudencia ha señalado que: "Sobre el referido tópico esta Sala sostiene que la fundamentación contradictoria de las resoluciones judiciales equivale a falta de motivación y se verifica cuando '(...) se niega un hecho o se declara inaplicable un principio de derecho, o viceversa, y después se afirma otro que en la precedente motivación estaba explícita o implícitamente negado, o bien se aplica un distinto principio de derecho' (TSJ, Sala Penal, S. N° 12, 25/6/1959, 'López'; cfr. NÚÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal anotado*, Lerner, 2ª ed., Córdoba, 1986, nota 7 al art. 417, p. 394; DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 156 a 158). Presupuesto lógico de ello es que la contradicción resida en dos juicios referidos al mismo objeto, toda vez que no puede achacarse dicho antagonismo cuando los argumentos o manifestaciones del Tribunal no se refieren a las mismas circunstancias o hechos a probar (T.S.J., Sala Penal, S. N° 20, 9/5/1974, 'Heredia'; S. N° 71, 20/11/1997, 'Manssur'; S. N° 125, 26/10/1999, 'Ateca'; S. N° 67, 7/8/2000, 'Reyna', A. N° 226, 6/7/2004, "Flores", S. N° 138, 1/11/06, 'Gigena', entre otros S. N: 74; 20/04/ 2011 'SCARLATTA, Rodolfo')".

(135) Por todos, DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 114.

(136) **Exp. N° 728-98-AA/TC**, caso: Pedro Augusto Espinoza Lazo.

4. Uno de los vicios lógicos más frecuentes en la fundamentación de las resoluciones judiciales es el incurrir en una ***petición de principio*** (*petitio principii*) que se caracteriza porque la proposición que ha de ser probada se incluye implícita o explícitamente entre las premisas del silogismo o lo que debe ser probado se establece como un hecho indiscutible del razonamiento, presuponiendo algo que en realidad debe ser acreditado. Aquí no hay prueba, sino una falacia, ya que se concluye en un determinado resultado, porque la misma ha formado parte de la premisa.

Un ejemplo, paradigmático de la falacia de petición de principio es la teoría de la *conditio sine qua non* que es una de las explicaciones históricas de la relación de causalidad. Otro ejemplo en el campo de la valoración de la prueba se produce cuando la verosimilitud de la sindicación que hace un coimputado respecto a otra persona procesada se infiere del hecho de su propia autoinculpación, pasando por alto la posibilidad de que la autoinculpación tal vez pueda ser falsa. No se prueba en realidad la credibilidad del coimputado, sino que se llega a sustentar la misma únicamente sobre la base de un hecho concreto: su propia confesión. Otro caso de petición de principio es el hecho de inferir que un testigo que declaró después de mucho tiempo dice completamente la verdad y, según su testimonio, no lo hizo antes por miedo, pese a que lo correcto es investigar y cerciorarse si efectivamente el testigo declaró la verdad, al margen de si su declaración tardía efectivamente corresponde a la causa invocada o a otros móviles (v. gr. odio, resentimiento). También es buen ejemplo de esta falacia, el razonamiento del juez que concluye que determinado testigo de cargo le resulta creíble y que su declaración no es falsa debido a que en el juicio oral supo contestar todas las preguntas de la defensa o porque negó enfáticamente los cargos de la defensa acerca de que su declaración era falsa(137).

(137) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 172.

5. El principio de razón suficiente en el campo de la fundamentación de los hechos probados exige que haya inferencias y razonamientos adecuados, los cuales han de derivar obligatoriamente de la prueba actuada y producida dentro del proceso(138), según las reglas del debido proceso y el contradictorio. Cada conclusión o resultado probatorio debe encontrarse respaldada de manera legítima en uno o varios elementos de prueba. La afirmación o negación de un hecho debe tener sustento probatorio suficiente(139). Si los hechos existen o no, ello se debe únicamente a las pruebas actuadas. Por tanto, se viola el principio de razón suficiente cuando se arriba a determinadas conclusiones sin base probatoria alguna, mediante puras sospechas o inferencias que no se desprenden de manera directa de ciertas circunstancias. También se infringe el principio de razón suficiente cuando las conclusiones a las que se llega van en contra de los hechos alegados en el proceso o en contra de los medios de prueba; lo mismo ocurre si es que se decide ignorando la prueba actuada y adquirida legítimamente.

Uno de los vicios lógicos frecuentes es concluir en la responsabilidad penal de una persona por el hecho, muchas veces circunstancial y contingente, de encontrarse en el lugar de comisión del delito, sin que se aporte otro medio de prueba adicional o indicios anteriores, concomitantes o posteriores que permitan sostener dicha conclusión

(138) Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 331.

(139) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 159: "la conclusión debe ser concordante: a cada conclusión afirmada o negada, debe corresponder convenientemente un elemento de convicción del cual se puede inferir aquella". Luego señala que: "se viola esta regla cuando se basa en elementos probatorios inexistentes o falseados en su contenido o significado. En una palabra, no se debe apoyar en antecedentes inexactos o alterados. Una interpretación o utilización arbitraria de la fuente de convencimiento conduce a la falsa motivación de la sentencia, como en el caso de extraer un cargo delictuoso de una manifestación testimonial que no lo contiene" (p. 160); BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 331.

de modo seguro(140). La presencia física de una persona en el lugar del crimen o en las inmediaciones no lo hace por sí mismo y de manera autónoma culpable de nada. Si bien este hecho puede ser tomado como indicio de oportunidad e, incluso, de capacidad comisiva no basta para dictar una sentencia condenatoria. Por tanto, ese simple dato objetivo no puede llevar a configurar una responsabilidad penal, si es que no se añaden otros indicios(141).

De modo semejante, se quebranta el principio de razón suficiente si es que las conclusiones sobre los hechos que se obtienen derivan de datos o informaciones precarias y débiles que permiten llegar desde el punto lógico a dos o más conclusiones distintas(142).

La simple posesión de dinero no es un comportamiento que justifique por sí mismo una inferencia lógica segura, fiable y definitiva acerca de la comisión del delito de lavado de activos o la pertenencia a una organización criminal. El sostener que la simple tenencia de bienes o dinero constituye la comisión del delito de lavado de activos supone contravenir la presunción de inocencia y configura un mero delito de sospecha(143).

---

(140) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*: N° 12, p. 284, quien atinadamente señala que "el único hecho de haber estado fulano en el lugar del crimen no lo acredita, sin más como autor del mismo"

(141) **Exp. N° 04122-2011-PHC/TC**, caso: Ilber Meneses Alarcón.

(142) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 162: "Violaría esta regla la sentencia que se sustentara, como única prueba, en el testimonio de un demente al que le falta la salud necesaria para comprender y relatar lo visto o lo oído, o cuando la existencia del acceso carnal se funda esencialmente en el solo dicho de un imbécil cuya capacidad testimonial ha sido terminantemente negada por el perito oficial".

(143) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 87: "también con el poseer del art. 301 el legislador pretende hacer de la noche el día, es decir, del no blanqueo, blanqueo: quien solo posee dinero de origen ilícito no lo lava, no lo blanquea, lo guarda simplemente igual de sucio que en origen".

El recibir una transferencia de dinero de un familiar cercano (hermano, padre, esposo, etc.) que se encuentra en otro país no constituye por sí una conducta delictiva, y no puede ser tomado como prueba plena de la comisión del delito de lavado de activos, salvo que el Ministerio Público (o las demás partes procesales) demuestren que se trata de una operación de conversión o transferencia en donde el origen del dinero es delictivo y el receptor de la transferencia lo sabía. Aquí no se puede invertir la lógica de la carga de la prueba que es uno de los componentes de la presunción de inocencia y en la que al Ministerio Público le corresponde probar de manera suficiente todos los extremos de la acusación, tanto los elementos objetivos y subjetivos del ilícito, v. gr. se debe probar que el familiar que recibe el dinero sabía de las actividades delictivas de su pariente y que la concreta transferencia bancaria poseía un origen delictivo. No se puede partir de la sospecha y de la creencia, sin más, de que determinadas operaciones en determinado tiempo tenían origen delictivo, peor cuando no se aporta prueba de cargo que destruya la presunción de inocencia (v. gr. transferencia es por una suma millonaria que no se corresponde con actividades habituales, la persona carecía de actividad laboral conocida, etc.). Por otro lado, el acompañar a una persona para el alquiler del inmueble que luego es intervenido con droga no es determinante para poder sostener que el acompañante se dedica a la comercialización de droga(144).

(144) La Segunda Sala Pena Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el R.N. N° 885-2007 de 14 de enero del 2008 ha señalado que "(...) el hecho que se acredite que el encausado Cárdenas Ruiz haya acompañado a su coacusado Castillo Mayuri para el alquiler del inmueble intervenido no significa o no es determinante para poder sostener que el primero de ellos se dedique a la comercialización de droga, tanto más si no fue capturado en el lugar de los hechos, no se acreditó que haya vivido en dicho lugar o exista una relación de causalidad con el delito cometido; que, al respecto es preciso indicar que conforme a los criterios de la imputación objetiva es necesario que el agente, mediante su acción, cree una situación de la que aparezca como muy probable la producción de daño a intereses jurídicamente protegidos o que aumente un peligro ya existente. Desde este punto de vista resulta ineludible acreditar el nexo de causalidad entre la acción y el resultado –debe ser un resultado

Asimismo, del hecho que a una persona se le encuentre en posesión de un arma de fuego no es correcto inferir su pertenecencia automática a una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas. La convalidación en sede constitucional de una sentencia condenatoria afirmando que *"al momento de su detención se le incautó un arma de fuego", con lo que se evidencia que el encausado Mario Fernando Ramírez Daza "formaba parte de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, pues no sólo se encargó de recibir la droga incautada, con un peso aproximado de una tonelada, sino también se encargó de dirigir a sus coencausados en el acondicionamiento"*(145), viola el principio de razón suficiente. Se deja de lado el razonamiento elemental de que no toda persona que porta armas pertenece a una organización ni toda persona que no las porta deja de pertenecer a una organización delictiva.

Constituye un vicio lógico en la motivación de los hechos probados el inferir una relación de autoría en un delito de homicidio sobre la base del número de heridas que tenía la víctima respecto a la cantidad de heridas que registraba el agresor del hecho. Al respecto, debe tomarse en cuenta la sentencia del TC recaída en el caso **Llamoja Hilares** donde se sostuvo que: "Del fundamento 14. b) y d), se desprende que el Tribunal penal parte de la sentada premisa de que al existir desproporcionalidad en las heridas, esto es, supuestamente 4 heridas en la accionante frente a las 60 heridas que presentó la occisa, la recurrente 'es autora del resultado muerte', y más aún que [estas heridas] fueron ocasionadas 'con violencia'. Y es que el Tribunal penal parte de la premisa de que en un contexto de forcejeo y de lucha entre madre e hija con el uso de instrumentos cortantes (cuchillos), ambas partes contendientes necesariamente deben presentar igual cantidad de heridas en el cuerpo; de no ser así,

---

jurídicamente reprochable–. En el caso *sub judice* no se presentan ninguno de dichos supuestos, puesto que no existen pruebas idóneas que acrediten que el encausado Cárdenas Ruiz tenga una relación con la comercialización de droga".

(145) Véase, la STC peruano del **Exp. N° 02601-2009-PHC/TC**, caso: Mario Fernando Ramírez Daza.

concluye que quien presente menos heridas, será sin duda el sujeto activo del delito de parricidio, mientras que aquel que presente más heridas será el sujeto pasivo de dicho ilícito. De esta conclusión, se advierte que el razonamiento del Tribunal penal se basa más en criterios cuantitativos antes que en aspectos cualitativos como sería de esperar [más aún, si se trata de una sentencia condenatoria que incide en la libertad personal], permitiendo calificar de manera indebida los criterios cuantitativos como supuestos jurídicamente no infalibles, lo que es manifiestamente arbitrario; pues, en efecto, puede ocurrir todo lo contrario, que quien presente menos heridas sea en realidad el sujeto pasivo del delito de parricidio (incluso con una sola herida), y que quien presente más heridas en el cuerpo sea en puridad el autor de dicho ilícito; de lo que se colige que estamos ante una inferencia inmediata indeterminada o excesivamente abierta, que da lugar a más de un resultado posible como conclusión"(146).

(146) **Exp. N° 00728-2008-PHC/TC**, caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares: "Así las cosas, efectuado un examen de suficiencia mínimo, resulta evidente que no estamos ante una sentencia válida y constitucionalmente legítima, sino, por el contrario, ante una decisión arbitraria e inconstitucional que contiene una solución revestida de la nota de razonabilidad, y que no responde a las pautas propias de un silogismo jurídico atendible, sino a criterios de voluntad, y es precisamente aquí donde se ha enfatizado nuestro examen, ya que la balanza de la justicia constitucional no puede permitir la inclinación hacia una conclusión en un determinado sentido cuando de por medio existen otras conclusiones como posibles resultados (cuanto mayor es la distancia, y por tanto mayor es el número de probabilidades, menor es el grado de certeza de la inferencia). En síntesis, toda apariencia de lógica nos conduce a resultados absurdos e injustos. Si ello es así, la sentencia expedida es irrazonable, y por tanto inconstitucional, porque su ratio decidendi se halla fuera del ámbito del análisis estrictamente racional. Con base a lo dicho, de la argumentación del Tribunal penal, se observa que las conclusiones que se extraen a partir de sus propias premisas son arbitrarias y carecen de sustento lógico y jurídico; pues exceden los límites de la razonabilidad, esto es, que no resisten el test de razonabilidad, por lo que este Colegiado Constitucional encuentra que existen suficientes elementos de juicio que invalidan la decisión cuestionada por ser arbitraria y carente de un mínimo de corrección racional, no ajustada al principio de interdicción de la arbitrariedad (artículos 3, 43 y 44, de la Constitución) y a la debida motivación de las resoluciones judiciales (artículo 139, inciso 5, de la Constitución)".

Si bien es incorrecta la inferencia que del número de heridas que tiene la víctima respecto al atacante se pretenda concluir que una persona es responsable de homicidio, la sentencia del TC no toma en cuenta otros graves indicios que demuestran, más allá de los glosados por dicha sentencia, la vinculación como autora de Llamoja Hilares en el parricidio que se le atribuía y que la sentencia anulada da acabada cuenta, tales como: i) La inspección técnico-criminalística que encontró en la azotea del inmueble donde se perpetró el homicidio una bebida gaseosa mezclada con poderoso raticida el día de los hechos, cuestión que fue aceptada en su primera declaración por parte de la acusada; ii) La clase y naturaleza de las heridas que tenía tanto la víctima como la autora de los hechos que indican la existencia de un ataque por parte de la condenada más que de una conducta defensiva; iii) El dictamen, las conclusiones y la ratificación pericial de los médicos legistas que descartaban la tesis de la supuesta legítima defensa de Llamoja Hilares y que apuntaban a la comisión de un homicidio; iv) El hecho de que aun aceptando la tesis de la legítima defensa (imperfecta) está probado que Llamoja Hilares luego que su madre cayó al piso consecuencia de la herida mortal permitió que ella muriera desangrada sin que le prestará algún auxilio o realizara algún acto para impedir el resultado; v) Luego de ocurrido los hechos trasladó arrastrando el cuerpo de su madre hasta el baño del primer piso; vi) Procedió a limpiar las manchas de sangre en el lugar de los hechos.

6. La doctrina está de acuerdo en señalar que no todo vicio lógico supone y obliga necesariamente a declarar la nulidad de la sentencia. Por ejemplo, un vicio marginal que no guarda relación directa con la *ratio decidendi* del fallo no tiene por qué terminar desplegando un efecto nulificante, el error o vicio lógico en el que se incurre para que sea relevante debe ser decisivo y esencial(147). Si el vicio lógico

(147) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 165: "No se produce la invalidación, ni parcialmente cuando el vicio no es decisivo, como cuando no obstante el defecto resta el mínimo de motivación necesaria para justificar el dispositivo o cuando se trata de una cuestión no esencial, o si la contradicción carece de interés jurídico o si se trata de una

recae en la valoración de la prueba del hecho principal o en la *ratio decidendi* de la valoración de la prueba de la circunstancia agravante no quedará otra opción que decretar la nulidad de la sentencia, v. gr. cuando existe una falta de motivación de la circunstancia agravante (o atenuante) de una figura delictiva.

XI) LA MOTIVACIÓN IMPLÍCITA O TÁCITA

Otro vicio en la fundamentación de los hechos probados en el proceso se produce en los casos de motivación implícita que, sin embargo, muchas veces se encuentra admitida por la doctrina y por la jurisprudencia. Esta clase de motivación aparece cuando en la determinación de un hecho o la valoración de una prueba a los que el juez no se refiere expresamente en su argumentación sería incompatible con otro hecho, o con otra prueba, a los que la fundamentación sí hace referencia expresa.

Se trata en buena cuenta de la afirmación corriente de que si el juez acepta un hecho X, o una prueba X, se entiende que quedan descartados los enunciados fácticos incompatibles con X o una prueba incompatible con Y. La doctrina está de acuerdo en sostener que la motivación implícita es una clase de patología de la motivación o sencillamente representa una no motivación(148), en cuanto la determinación de un hecho o la valoración de una prueba no implica que se encuentre excluida de cualquier forma y necesariamente un hecho o una prueba contraria.

Si X es incompatible con Y, y el juez se inclina por la determinación del enunciado fáctico X, o por la prueba X, ello no le exime de pronun-

---

circunstancia irrelevante, intrascendente o de un pormenor secundario del desenvolvimiento del hecho principal, que de ser exacta la contradicción afirmada no lo alteraría en su esencia".

(148) Véase, TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 270. En la doctrina nacional expresamente: SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, pp. 736 y ss.; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, p. 329.

ciarse por el hecho incompatible o por la prueba contraria. La exclusión de un hecho incompatible o de una prueba incompatible debe llevar a justificar por qué se acepta un hecho o una prueba y no su opuesto. Si se elige X y no se fundamenta la exclusión de Y, estamos ante un caso de falta de motivación. El juez por lo menos debe fundamentar por qué considera que los hechos o las pruebas son incompatibles y por qué justificadamente acepta y prefiere un hecho o una prueba sobre otra prueba o hecho que considera incompatible. Debe tanto motivar por qué acepta un hecho X, o una prueba X, como debe también motivar por qué no acepta un hecho o una prueba incompatible.

XII) LA MOTIVACIÓN POR REMISIÓN

Una forma también criticable de motivación es la denominada motivación por remisión. La motivación por remisión se caracteriza porque el órgano jurisdiccional no realiza una justificación autónoma de la decisión explicitando por su cuenta las razones fácticas o de derecho, sino que, por el contrario, efectúa un reenvío de las razones a otra resolución jurisdiccional o administrativa(149), de igual o menor rango. La particularidad de esta forma de motivación no tanto es el reenvío formal a otra resolución debido a que hace suyas las razones de otra resolución, sino más bien porque carece de una justificación propia o autónoma.

En el Perú, por mucho tiempo, existía una regulación legal expresa que autorizaba la utilización de la motivación por remisión. El artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía que: "Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, *pudiendo estos reproducirse en todo o en parte solo en segunda instancia, al absolver el grado*". Como consecuencia de esta regulación

(149) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 365: "En general, se tiene por motivación per relationem cuando el juez no elabora para un punto decisorio una justificación autónoma ad hoc sino que aprovecha la justificación contenida en otra sentencia"; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 395.

el TC peruano convalidó la motivación por remisión(150) igual que la jurisprudencia de la Corte Suprema(151). Sin embargo, este panorama cambió radicalmente a partir de la vigencia de la Ley N° 28490, publicada el 12 abril del 2005, precepto que modificó esencialmente el contenido del artículo 12 de la LOPJ considerando expresamente que la motivación por remisión no constituía motivación suficiente al prescribir: "Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero

(150) Véase, las STC recaídas en los **Exp. N° 0474-2003-AA/TC**, caso: Asociación de Comerciantes Señor de los Milagros de Pedregal (Fundamento 5): "Precisamente, es este último supuesto de motivación el que la recurrente cuestiona en el presente amparo. En efecto, para desestimar la alegación de indebida o carente motivación de la sentencia de segundo grado, la Sala emplazada señaló que 'este extremo del recurso se desestima porque la sentencia de vista es una sentencia confirmatoria de la [de] primera instancia, resultando que en virtud del artículo 12 de la LOPJ ambas sentencias se integran', sin perjuicio de recordar, además, la merituación de otros elementos probatorios que justificarían la decisión judicial. De modo que, tratándose parcialmente de un supuesto de motivación por remisión, al que, como antes se ha dicho, se añadieron otras razones, el Tribunal Constitucional considera que también debe desestimarse este extremo de la pretensión"; **Exp. N° 1291-2000-AA/TC**, caso: Asociación Real Club de Lima (Fundamento 2): "Finalmente, tampoco puede decirse que la sentencia vulnere el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución, en el extremo en que no contiene mención expresa de la ley aplicable. Al tratarse de una resolución que íntegramente confirma la apelada, contiene una motivación por remisión, que es lícita y no vulnera derecho constitucional alguno"; **Exp. N° 4592-2004-PHC/TC**, caso: Luis Ángel Cieza Alvarado (Fundamento 9); **Exp. N° 0999-2004-HC/TC**, caso: Víctor Fernández Piedra: "de autos se verifica que la Ejecutoria Suprema cuestionada sí contiene una motivación suficiente de su decisión, solo que ésta ha sido efectuada 'por remisión' a la resolución obrante de fojas 108 109, en la que se analizan los argumentos por los que se ha estimado la existencia de responsabilidad penal del recurrente".

(151) Véase, la **Cas. N° 2476-2002** de fecha 28 de mayo del 2003 quien considera que: "El colegiado recoge los fundamentos pertinentes de la sentencia de primera instancia, facultad que le concede el artículo doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que puede reproducir en todo o en parte los fundamentos de la resolución apelada, por lo que la alegada falta de pronunciamiento respecto al extremo apelado sobre la aplicación de la fórmula polinómica, que sí fue considerada en primera instancia, tal como lo menciona el propio recurrente; siendo que, en la resolución de vista se ha confirmado tal aspecto por los fundamentos expuestos en la sentencia emitida por el *aquo*".

trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. *Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente*"(152).

La Corte IDH, en el caso **Eischer vs Brasil**, sin que de manera expresa y definitiva haya repudiado y proscrito la motivación judicial por remisión, pareciera que la considera excluida de los alcances de la Convención Americana al señalar que: "El Tribunal considera que la Corregedoria-Geral da Justiça debió motivar su decisión respecto de la ausencia de faltas funcionales atribuidas a la jueza Khater que se mencionaban en la investigación penal de la interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas, y no limitarse a señalar que los hechos ya habían sido analizados por el Tribunal de Justicia del Estado de Paraná, cuando precisamente dicho Tribunal señaló que la actuación

(152) Véase, la **Cas. N° 838 -2006-Lima** de fecha 06 de octubre del 2006 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en donde expresamente se sostiene: "que si bien el texto primigenio del artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial facultaba a los jueces revisores a expedir decisiones sustentadas tácitamente en la reproducción de los fundamentos alegados por los jueces de primera instancia, tal facultad quedó proscrita con la modificación incorporada a dicho texto mediante la Ley veintiocho mil cuatrocientos noventa, publicada el doce abril del dos mil cinco, en virtud de la cual todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, disposición que alcanza –en especial– a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado"; **Cas. 2124-2008-Lima**, p. 30202 (30/05/2011): "La reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida 'no constituye motivación suficiente', en otras palabras, la norma en comento no prohíbe que la resolución de grado se sustente en los mismos fundamentos de la apelada (motivación por remisión), pero considera que no debe ser la única porque ello conllevaría a una motivación insuficiente, es decir, además de aquellas consideraciones que se reproducen, el órgano de segunda instancia deberá expresar sus propias motivaciones, así sean breves, siempre que expresen fundamentación jurídica y sean congruentes con lo resuelto".

de la jueza no configuraba un delito penal, pero sí podría constituir una falta funcional. *En caso de entender que no habían existido dichas faltas, como se desprende de la decisión, el órgano administrativo debió establecer las razones por las cuales llegó a esa conclusión y, en su caso, analizar por qué no hubo responsabilidad de la jueza Khater, y no hacer una remisión a un Tribunal cuya competencia material era distinta y que justamente había determinado la necesidad de una investigación administrativa*" (las cursivas son nuestras).

La doctrina distingue, de manera general, dos clases de motivación por remisión: i) la motivación por remisión interna dentro de la causa; y ii) la motivación por remisión externa a la causa(153). Consideramos necesario postular una enérgica y frontal crítica contra la motivación por remisión en cualquiera de sus formas, objetando su legitimidad e incompatibilidad respecto a los principios y valores del ordenamiento jurídico, lo cual no significa, claro está, que los jueces cuando resuelven una apelación deban de diferenciar su motivación totalmente de la fundamentación del juez a quo(154).

En la valoración de la prueba, la motivación por remisión normalmente se presenta cuando la resolución se remite sin más a determinados actos o al contenido de ciertos y determinados medios de prueba, sin explicar ni sustentar su contenido y menos su valor probatorio(155); v. gr. la sentencia se remite a la sesión tal en la que declaró determinado testigo sin fijar y menos interpretar el sentido de su testimonio. Es usual que el órgano judicial (o administrativo) se remita genéricamente a las actas del juicio, o a ciertas incidencias que resuelven articulaciones promovidas por las partes sin que establezca un mayor (y necesario) razonamiento en este aspecto.

(153) Véase, COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, p. 397.

(154) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, p. 367, quien recuerda que dicha situación, además de no ser necesaria, es imposible.

(155) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 143, nota 59.

XIII) FALTA DE MOTIVACIÓN, DOBLE INSTANCIA E *IN DUBIO PRO REO*

1. Uno de los problemas más importantes en el ámbito de la motivación de los hechos probados es determinar y resolver si los casos en los que se discute el *in dubio pro reo* o una decisión judicial en la que se pone en entredicho la existencia de hechos probados más allá de la duda razonable puede ser objeto de control de motivación por el Tribunal superior(156).

Una postura doctrinal y jurisprudencial muy extendida considera que la fijación de los hechos probados, sobre todo la que tiene que ver con el respeto al principio de inmediación, la libertad en la valoración de los medios de prueba no puede discutirse en sede recursiva o dentro del control de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

Sin embargo, a este criterio se le reprocha mantener aspectos completamente discutibles desde el punto de vista convencional y constitucional, al atentar contra las garantías del debido proceso como es el ***derecho al recurso*** (que en materia penal se presenta también como el ***doble conforme***(157)) que se afectaría si es que no se le reconoce al ciudadano la facultad de impugnar la decisión de hechos probados

(156) Véase, DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 152.

(157) La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso **Barreto Leyva contra Venezuela** de fecha del 17 de noviembre del 2009 ha precisado que: "La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo".

en su integridad(158). Asimismo, si es que se reconoce como aquí la posibilidad de someter a control la valoración de la prueba en especial la fundamentación de dicha valoración, queda claro que se afecta este derecho en caso se permita y legitime decisiones arbitrarias, sesgadas y unilaterales en cuanto a valoración de los hechos y pruebas.

Un proceso penal con garantías y una decisión sobre los hechos probados reclama no solo un buen juicio de primera instancia, tomando en cuenta la obtención adecuada de la prueba, según las reglas metodológicas y su ponderación de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sino que exige también un buen juicio de segunda instancia, con todas las garantías y con el respeto a las reglas metodológicas elementales en cuanto a la búsqueda de la verdad y la obtención de la prueba. Dicha situación implica la posibilidad de control y de racionalidad, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, de los actos del juicio de primera instancia, de la prueba y de la decisión que puso fin a la controversia (sentencia)(159). La regla que debe imperar en este ámbito es el de la mayor fiscalización y control posible por el Tribunal Superior del juicio de la decisión de primera instancia con la única limitación del ámbito de la impugnación. Salvo cuestiones estructurales de imposible superación, debe configurarse la tendencia de conceder la mayor revisión de la decisión inicial. La falta de contacto con el material probatorio no puede ni debe ser excusa para el control de la valoración racional de la prueba, más aún si con la distancia particular del juicio de primera instancia puede alejarse de cualquier

(158) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 142; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 166: "la ausencia de explicitación del razonamiento probatorio empleado tornaría en ineficaz e inútil cualquier tipo de control judicial que tuviera como finalidad revisar la apreciación probatoria realizada por el juzgador de instancia".

(159) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, pp. 213 y 220; BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos", en: *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, p. 20.

posición intimista o irracional en la apreciación del diverso material probatorio(160) (ut supra).

Uno de los aspectos que suele discutirse con mayor rigor y profundidad respecto a la decisión judicial es si existen dudas esenciales o dichas dudas son marginales y, por tanto, irrelevantes, en la declaración de los hechos probados. Desde el punto de vista epistémico, resulta criticable que se vete el control de la valoración de la prueba en aquellos casos en los que se pone en juego la racionalidad o no del sistema de valoración de la prueba y se prohíbe expresamente dar respuesta a problemas tan arduos y delicados como es determinar si se cumple o no con un determinado estándar probatorio que no es tema de escasa monta, más aun si dicho estándar se conecta con la vigencia de uno de los principios constitucionales más importantes como es la presunción de inocencia (art. 2,24, e de la Const.; art. 8.2 de la CADH; art. 14.2 del PIDCP) que específicamente establece en nuestra legislación que: "*En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado*" (art. II del TPCPP). En efecto, resulta irracional que un ciudadano sostenga que respecto a la prueba actuada en un proceso existe una situación de duda razonable sobre su culpabilidad, pero pese a ello se expide un fallo condenatorio en su contra y se impida llevar dicho asunto a un control superior vía recurso o que dicha tesis defensiva no se vea analizada, desarrollada y menos refutada en el proceso por otras instancias, afectándose de manera directa el deber de motivar las resoluciones judiciales.

(160) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 215: "es claro que el conocimiento por parte del juez de primera instancia de que su actuación podría ser eventualmente objeto de esta clase de control jurisdiccional, preactuaría sobre su conciencia profesional llevándole a extremar la racionalidad en la formación y la justificación de las decisiones". Luego señala: "En la segunda instancia debe ejercerse plenitud de jurisdicción. Esta se extenderá, por tanto, también a la evaluación de la racionalidad de la estructura del juicio en materia de la habitualmente llamada prueba directa. El juzgador de segunda instancia no puede eludir el juicio ante una manifiesta incoherencia o una patente falta de justificación de aspectos centrales de la decisión sobre el hecho" (p. 221).

2. Una de las críticas que se debe dirigir a la valoración de la prueba que se formula en la sentencia que resuelve el recurso impugnativo del juicio de culpabilidad es que a veces dicho fallo se limita a constatar si el razonamiento judicial realizado por el tribunal a quo es arbitrario, razonable o si se trata de una valoración plausible, sin atender ni responder a los agravios de la defensa o de quien de manera general interpone el recurso (parte civil, Ministerio Público) y menos se plantea la necesidad de examinar otras posibles alternativas a la ponderación de las pruebas. Una decisión judicial respetuosa de la valoración racional de la prueba y del deber de motivar las resoluciones judiciales debe analizar si de la valoración de los hechos declarados probados en la instancia inferior es posible llegar a otras conclusiones razonables. En tal línea, se reclama la exigencia de que se razone sobre otras posibles alternativas o hipótesis fácticas que pueden alcanzarse sobre la base del mismo material probatorio; de tal manera que se debe descartar expresa y detalladamente las posibles hipótesis alternativas planteadas por las partes. Como sostiene Sánchez-Vera: "*ello es sustituir el principio de que la prueba lo fue más allá de la duda razonable, por el principio de preponderancia de la razonabilidad, pues hemos de insistir: lo racional solo lo es, desde un taxativo punto de vista lógico, si han sido descartadas otras posibles alternativas, motivadamente, no si lo plasmado en la sentencia, por y ante sí, es racional aisladamente*"(161).

El limitarse solamente a un control de no arbitrariedad manifiesta supone afectar muchas veces el principio procesal de congruencia y el principio *tamtum apellatum tamtum devolutum*.

XIV) PATOLOGÍA EN LA JUSTIFICACIÓN DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

1. Otro caso de vicio de la motivación de los hechos probados viene dado por los errores en la aplicación de las máximas de la experiencia.

(161) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 169.

Los vicios más frecuentes en los que se incurre en la aplicación de las máximas de la experiencia en el ámbito de la justificación de los hechos probados son los siguientes: i) Contradicción de un hecho dado por probado con una máxima de la experiencia que goza de reconocimiento general; ii) Falta de fundamentación explícita en el razonamiento judicial de la máxima de la experiencia empleada(162); iii) La ausencia de confrontación y análisis de la máxima de experiencia utilizada con otras máximas de experiencias invocadas por las partes o que sencillamente tienen un mayor (o igual) grado de aceptación; iv) La falta de justificación y razonamiento acerca de los hechos y/o circunstancias que pueden hacer inaplicable una o más máximas de la experiencia en el caso que se analiza(163).

En el proceso penal se debe buscar aplicar máximas de experiencia específicas que surgen o nacen también de situaciones o contextos determinados, tomando en cuenta las particularidades concretas y la serie de hechos que se valoran. Una máxima de la experiencia genérica debe ceder ante una máxima más específica y que es pertinente a los hechos o la situación que se pretende enjuiciar(164). Debe quedar claro

(162) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, p. 163: "la sentencia que razona en contra de esas máximas, o que se funda en pretendidas máximas de la experiencia inexistentes, constituye un vicio indudable en su motivación que será controlable en casación. La motivación, pues, será falsa cuando una de las premisas esté constituida por un hecho no cierto, incompatible con la experiencia misma, como, por ejemplo, si se admite que se puede atravesar una pared de cemento con un cuchillo o incompleta, si una de las premisas está dada por un hecho que se pretende de la experiencia común, cuando en realidad exige una demostración particular sustentada en las pruebas v. gr. Se atribuyen a ciertas enfermedades determinados efectos prescindiendo del dictamen pericial".

(163) Véase, ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, p. 143.

(164) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 153.

que no todas las máximas de la experiencia tienen la misma eficacia, consistencia e, incluso, validez ni aseguran en todo momento y lugar la explicación suficiente y adecuada de los hechos(165). Las reglas se obtienen de cada ámbito y sector de la vida social o de un determinado contexto del tráfico económico, social, cultural o jurídico. La experiencia social no es general ni abstracta, sino que comprende una serie de sectores y actividades concretos en la que se desarrolla y ejecuta la conducta humana.

Sin embargo, resultan sumamente discutibles y escasamente confiables las máximas de la experiencia construidas *ad hoc* para resolver un caso concreto y que no tienen una base general o asentada en la inducción y en la observación de una serie de casos semejantes(166). Como ejemplos discutibles de máximas de la experiencia se proponen los casos en los que se afirma que "*los testimonios de los policías son más fiables que los de cualquier otro testigo*", "*la sindicación del agraviado siempre tiende a ser verdadera*", "*los niños siempre dicen la verdad*".

Las relaciones de uno de los imputados con un testigo [v. gr. relación amical o relación laboral] no debe ser motivo para rechazar el valor probatorio de la declaración(167). El que una persona tenga un automóvil con el cual se ha causado un accidente no quiere decir que ella precisamente manejaba al momento del hecho.

Por ello, se ha de tener precauciones y sumo cuidado de arribar a conclusiones que se basen en supuestas leyes de la experiencia que no encuentren sustento en criterios objetivos y racionales. Se debe estimar como ilógica la justificación externa cuando el juez asume una máxima de la experiencia que contrasta radicalmente con el sentido común o cuando su validez es altamente discutible de cualquier ángulo que se lo mire.

---

(165) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, p. 287.

(166) Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia Probatoria", en: *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, p. 86.

(167) Véase, ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, p. 104.

2. Las máximas de la experiencia de contenido racional y fiable deben distinguirse de las generalizaciones espurias o *pseudo reglas* que carecen de fundamento en la realidad y que representan conclusiones en las que se revelan prejuicios y tendencias inconscientes e ideas preconcebidas. El juez en la fijación de la máxima de la experiencia no debe expresar su sola opinión personal, su singular visión del mundo o particular apreciación de los hechos. Se trata de pseudo conocimientos que no tienen un asiento empírico-objetivo y que no cuentan con un grado mínimo de confianza. Como señala Taruffo: "*ninguna inferencia que tenga la pretensión de alcanzar conclusiones fiables puede fundamentarse en esta clase de generalizaciones. Por el contrario, cualquier inferencia que se fundara en ellas conduciría a conclusiones completamente erradas, obviamente carentes de cualquier grado de confirmación apreciable*"(168). Dicho panorama obliga a que el Tribunal superior examine la racionalidad y la justificación externa de la máxima de la experiencia y no solo se limite exclusivamente a constatar la existencia de una estructura argumentativa cualquiera.

Por otro lado, la libre valoración de la prueba debe guardar extremo cuidado en no violar las leyes de la lógica ni incurrir en saltos fácticos como ocurre cuando se pretende fijar responsabilidad penal por un hecho determinado sobre la base de haberse demostrado la participación en otro hecho(169). La acreditación de la autoría de un hecho [v. gr. homicidio] no implica que la persona sea autora y responsable de otro hecho.

Si es que no se controlara el empleo de las máximas de la experiencia se tendría que avalar y dar por cierta cualquier justificación que los Tribunales brinden para razonar y concluir sobre los hechos por más extravagantes e irracionales que fueran las inferencias empleadas(170).

(168) Por todos, TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, pp. 238 y ss.

(169) Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, p. 104.

(170) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 167.

EXCURSO: LOS ERRORES Y SESGOS COGNITIVOS (PROCEDIMIENTOS HEURÍSTICOS) EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. Uno de los factores más relevantes que determinan la relatividad de la verdad dentro del proceso lo constituye el carácter no impersonal del investigador y del actor principal del proceso que es el juez. Hay aquí un halo de subjetividad(171). El magistrado por más esfuerzo que realice por ser objetivo se encuentra condicionado por diversas circunstancias sociales, políticas, personales, emocionales, creencias y por valores éticos(172); de tal modo que en la esfera de aplicación del derecho el juez no se puede liberar del todo de la influencia de su apreciación personal y su contexto(173).

La consideración del juez como indiferente indagador de la verdad [Beccaria] resulta absolutamente ingenua. Dicha fórmula no describe una realidad ni tampoco la actividad judicial cotidiana, sino que representa un ideal, un *telos* y algo a lo que se aspira, pero que no se alcanza(174). El magistrado muchas veces actúa bajo presión de sus prejuicios, por emociones y sentimientos, no siempre racionales o compatibles con la búsqueda objetiva e imparcial de la verdad.

El juez no solo puede desfigurar la finalidad del proceso [*búsqueda de la verdad*] de manera intencional; v. gr. a través de una conducta parcial con una de las partes, una valoración interesada y arbitraria de las pruebas. También lo puede realizar de manera involuntaria cuando: i) Permite que prospere una imputación carente de base fáctica sobre

(171) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, p. 122: "el desarrollo de la actividad probatoria acusa una inevitable carga de subjetividad difícilmente controlables, que se filtran en los enunciados relativos a los hechos que concurren en el momento probatorio y en el de la decisión y su motivación".

(172) Por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 56.

(173) Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, pp. 291 y 302.

(174) Ampliamente: FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 56.

la cual no es posible desarrollar una prueba de cargo y de descargo adecuada y suficiente(175); ii) No realiza una adecuada indagación de los hechos al no cubrir los vacíos probatorios esenciales que dejan las partes y que de haberse realizado se explicaría la comisión o no del hecho delictivo; iii) Efectúa una errónea [involuntaria] apreciación de los hechos y de las pruebas, generándose como resultado del proceso una condena o una absolución injusta que no se corresponde con la prueba actuada.

2. El juez cuando razona utiliza una serie de mecanismos racionales como también emplea criterios heurísticos.

Los procedimientos heurísticos son aquellas técnicas o prácticas que sirven para resolver problemas, generar soluciones y plantear hipótesis de la más diversa índole. Comprende el procesamiento de información, la formulación de tesis, la decisión sobre situaciones, la elección de conductas, entre otros factores(176). Con el empleo de los procedimientos heurísticos, se logra reducir el trabajo, se simplifica tareas complejas (se ahorra tiempo, recursos) y una serie de etapas y pasos de un razonamiento complejo. Su uso es común en los diversos aspectos de la vida humana y en los distintos sectores y niveles del conocimiento en el que el Derecho no es la excepción.

Sin embargo, los resultados a los que se acceden con el empleo de las técnicas heurísticas no siempre son fiables, seguros ni garantizan el éxito. Por el contrario, hay una destacada propensión al error y a incurrir en determinados sesgos. En el campo judicial, el uso de una

(175) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 129: "Solo si el tema de juicio consiste en un hecho empírico taxativamente determinado en todos sus elementos constitutivos –la acción, el resultado y la culpabilidad– puede ser objeto de prueba en sentido estricto, así como comprobación contradictoria e imparcial; en cambio, no se puede probar, y todavía menos contradecir, una acusación indeterminada o expresada mediante valoraciones, tanto inverificables como no confutables".

(176) Cfr. MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, 2/2011, p. 3.

heurística puede llevar a la condena, a pesar de la permanencia de dudas razonables que hacen vacilar a la hipótesis accusatoria(177).

3. En el derecho es muy común, aunque poco estudiado, el empleo de la técnica heurística. Su valor se extiende a áreas tan disímiles como el derecho de daños, el derecho penal, el derecho de seguros, el derecho de patentes, el derecho procesal y en general está presente en las decisiones judiciales, en especial en el campo de fijación de los hechos, la búsqueda de la evidencia y la valoración de la prueba.

En efecto, muchas veces la valoración de la prueba está sujeta a determinados sesgos o errores cognitivos de quienes realizan la ponderación (v. gr. jueces, fiscales, abogados, etc.). Se trata de conductas inconscientes, mecánicas e, incluso, a veces también deliberadas que terminan afectando la racionalidad de la valoración individual o global de la prueba. Si bien la mayor frecuencia estadística de los casos de sesgos y errores cognitivos se producen en la evaluación de los hechos y la ponderación de la prueba (ámbito fáctico), también dichos sesgos pueden surgir a nivel de la aplicación del derecho, ya sea cuando hay un conflicto de normas o hay un abanico de soluciones jurídicas posibles(178).

---

(177) Cfr. BERTOLINO, Marta, "Prove neuro-psicologiche di verità penale", en: *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, p. 9, para quien el depender de los mecanismos cognitivos espontáneos puede ser muy peligroso para el juicio sobre la responsabilidad penal, porque ellos son deficientes en cuanto a los criterios de corrección formal necesarios para los fines del control explícito de las hipótesis explicativas del hecho de delito, en particular cuando se trata de la hipótesis acusatoria.

(178) Cfr. MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, 2/2011, pp. 16 y 11: "Naturalmente que, en principio, es en el terreno fáctico donde los sesgos influirán en mayor medida en el dictado de las resoluciones judiciales, apartando al juez del discurso racional. Ahora bien, no es descartable que determinados sesgos, en atención a su naturaleza, puedan también afectar, aunque sea en menor medida, a la elección del órgano judicial sobre las normas a aplicar, en los supuestos en los que exista un eventual conflicto de normas o varias soluciones jurídicas posibles".

No todas las personas, entre los que se incluye a jueces, fiscales y abogados incurren en sesgos cognitivos. Sin embargo, resulta indiscutible e innegable que estos fenómenos se producen de manera frecuente en la realidad, independientemente de la formación profesional, inteligencia y competencia funcionarial, operando (de allí el peligro) como criterios pragmáticos e inconscientes de razonamiento en donde el sujeto, la mayor parte de veces, no advierte ni es consciente de la influencia que ejercen dichos sesgos en su razonamiento(179). El mayor problema en estos casos no es la existencia misma de los sesgos cognitivos, sino que el juez o tribunal considere que se encuentra libre y exento de dichos sesgos y de esta manera no implemente ninguna tarea y mecanismo de control necesario y pertinente para neutralizarlo. Justamente, uno de los mecanismos y técnicas que permite el control de los sesgos y errores cognitivos es la motivación de las resoluciones judiciales(180).

Los principales errores y sesgos cognitivos son los siguientes:

a) El sesgo de confirmación

También llamado *confirmatio bias*(181). El juez, como cualquier investigador de los hechos, debe estar prevenido a fin de no dejarse

(179) Cfr. ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, pp. 21 y 25: "Y aunque los profesionales no son inmunes a sus efectos, cabe pensar que un juez profesional estará, si los conoce, en una situación propicia para evitarlos o para, al menos, mitigar sus consecuencias. Para conseguir este fin es necesaria la incorporación al derecho procesal, a la teoría del delito y a la jurisprudencia de las aportaciones del análisis conductual del derecho"; MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación"; en: *Dret* 2/2011, p. 7.

(180) Cfr. MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, 2/2011, p. 30.

(181) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 271; MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, 2/2011, p. 8: "Este proceso mental se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de

llevar en la justificación de su decisión final por la primera impresión que le causan determinadas pruebas que confirman su hipótesis inicial o la reconstrucción de los hechos a la que quiere llegar(182). Se trata en buena cuenta de evitar la consagración de la *"tendencia a la verificación"* o el *"síndrome de la primera impresión"*(183) que no es otra cosa que la inclinación humana a tomar en cuenta solo los elementos, prueba, datos o indicios que confirman sus creencias o una hipótesis inicial. Se trata de una confirmación sesgada o unilateral en la medida en que se recuerda, pondera y valora la información en forma selectiva o se la interpreta de forma unilateral. Dicho problema es mayor en aquellos casos en los que están involucradas variables emocionales y las creencias profundamente arraigadas. Lo particular en estos casos –con resultados comprobados por la psicología– es que las personas tienden a preferir aquellas fuentes que ratifican sus ideas preexistentes, sus corazonadas e intuiciones como también tienden a interpretar una prueba dudosa o ambigua en sentido favorable a lo que inicialmente pensaban. Hay aquí una primacía de las creencias, una prevalencia de los criterios irracionales sobre puntos de vista objetivos y neutrales. La extensión de estos mecanismos psicológicos no solo se limita a la fase de la valoración de la evidencia, sino también a la fase heurística

---

forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma. El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis. Es un tipo de sesgo cognitivo, es decir, un error sistemático del razonamiento inductivo".

(182) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, p. 199: "en definitiva, sin perjuicio de ir alcanzando conclusiones intermedias, lo que no es admisible es que el juez se quede con las primeras impresiones que reciba de un medio de prueba, porque pueden ser completamente erróneas, sufriendo a partir de entonces los peores riesgos del anclaje y ajuste. Es decir, deben reducirse a unidad las ideas, pero no a costa de quedarse con la primera conclusión que le surja despreciando todo el resto de elementos a partir de entonces, que podrían haberle hecho cambiar de conclusión"; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 172.

(183) Por todos, TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 271.

de averiguación e investigación de los hechos en donde lo que se busca es recolectar prueba de un determinado contenido o signo(184).

En el plano jurídico, la *confirmation bias* puede presentar dos matices. Por un lado, la **búsqueda sesgada de información o evidencia** demuestra la tendencia de las personas a buscar información o prueba que confirme la hipótesis o la idea inicial que manejaban. En vez de buscar todas las pruebas disponibles y recolectar de manera imparcial la información positiva o negativa las personas se inclinan por una determinada conclusión o signo de la evidencia. Por otro lado, la ***interpretación sesgada*** de la información por el cual una persona (juez o fiscal) puede llegar a inferir conclusiones erradas de una prueba determinada con el fin de confirmar su creencia o hipótesis inicial. Es posible que se llegue a ignorar deliberadamente aspectos y evidencia que refutan de manera seria, rigurosa y contundente la hipótesis inicial o las creencias de la que se parte(185).

b) El sesgo de anclaje

1. El ***sesgo de anclaje o ajuste***(186) que se caracteriza por la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (anclaje), que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional. Los múltiples estudios realizados acreditan cómo este procedimiento mental da lugar a resultados diferentes, simplemente por el hecho de que se haya empezado por un valor distinto. De lo

(184) Cfr. MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, 2/2011, p. 8.

(185) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, p. 172.

(186) Véase, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 161; MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, en: 2/2011, p. 5; ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, p. 11.

anterior se deriva que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis del sujeto, y provoca errores que pasan inadvertidos para el propio interesado(187).

2. El ordenamiento jurídico previene este sesgo distinguiendo y separando el marco funcional y las competencias entre el Ministerio Público y la actividad jurisdiccional.

En materia penal, una de las expresiones legislativas más importantes en las que se plasma el control y evitación de los sesgos cognitivos está dada por la división de funciones de investigación a cargo del Ministerio Público y el juzgamiento a cargo de los órganos jurisdiccionales o en el antiguo modelo procesal la separación entre las tareas de instrucción y juicio. Solo manteniendo una división de roles, una separación del trabajo y un desdoblamiento funcional entre quien investiga y juzga es posible lograr una administración de justicia sin prejuicios, sin contaminación y que es depositaria de un control racional(188), respetándose la esencia de la función jurisdiccional(189). Solo así existe la posibilidad de un verdadero proceso(190). En ese sentido, el Ministerio Público averigua e imputa, y el juez juzga. La imputación pasa a ser un acto de parte(191). La división de tareas entre el Ministerio Público y el juez se desarrolla en un contexto de completa independencia y autonomía, sin que haya una relación de jerarquía o de predominio entre ambos órganos(192).

---

(187) Cfr. MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, 2/2011, p. 5.

(188) Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 34.

(189) Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Principios del Proceso Penal* [Trad. de Santiago Sentís Melendo], Buenos Aires, Ejea, 1971, p. 133.

(190) Cfr. VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y El Principio Acusatorio*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 22.

(191) Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Principios del Proceso Penal*, p. 132.

(192) Cfr. ASENCIO MELLADO, José MARÍA, *Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*, p. 19.

3. Una problemática cercana a la división funcional de roles en la investigación y juzgamiento de los delitos y que se relaciona con los *sesgos de anclaje*, como también con la *confirmatio bias*, es la configuración de las causales de recusación y/o inhibición referidas a los casos en que los magistrados han conocido con anterioriedad el pleito o litigio(193). El art. 53 del NCPP regula como causal de recusación y/o inhibición el hecho de que: "*Cuando hubieren intervenido anteriormente como juez o fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima*" (art. 53.1.d)(194). Con ello se trata de garantizar que el funcionario involucrado en la causal no posea un prejuicio o idea particular sobre los hechos a la hora de ejercer la función jurisdiccional (y también fiscal), contaminando su actividad, ya sea por prejuzgar los hechos o anticipar bien la inocencia o la culpabilidad de la persona. Si bien la hipótesis tradicional en este caso se da cuando el juez (o fiscal) conoció con anterioridad los hechos en un determinado procedimiento(195), la causal se extiende también a los supuestos en los que se ha intervenido como testigo, perito o abogado de una de las partes(196), o actuó de oficio en su

(193) Cfr. MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, 2/2011, p. 13.

(194) El art. 29, inc. 7, del ACPP: "Cuando hayan intervenido en la instrucción como jueces inferiores, o desempeñado el Ministerio Público, o intervenido como peritos o testigos, o por haber sido defensores del inculpado o del agraviado".

(195) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha precisado en el R.N. N° 3786-2006 de 25 de septiembre del 2006 que "en el caso de autos se advierte que el Vocal recusado conoció el presente proceso en su primera fase como Juez Penal por el lapso de un año aproximadamente, periodo en el cual llevó a cabo diversas actuaciones como la toma de la declaración instructiva del encausado, las declaraciones preventivas de los agraviados, declaraciones testimoniales de testigos, así como la expedición del correspondiente Informe Final, actos que, como resulta obvio, no pueden ser calificados de mero trámite, sino de impulso procesal que justifica su apartamiento del proceso en atención a lo dispuesto por la norma acotada".

(196) Respecto a la condición de abogado como causal de inhibición o recusación debido que el magistrado se había desempeñado anteriormente como miembro de un estudio de abogados que contrató con el Estado, la jurisprudencia de la

Corte Suprema ha señalado que: "el inciso séptimo del artículo veintinueve del Código de Procedimientos Penales, constituye una causal objetiva de recusación o apartamiento voluntario, (la misma en la que se basa la presente inhibición) circunstancia a la actuación del Magistrado en funciones anteriores ajenas a las de Juez y presupone la pre-existencia de una relación como abogado de una de las partes procesales, cuyo ejercicio profesional puede asumirse ya sea de modo personal o como parte de un Estudio Jurídico; a este respecto, el artículo doscientos noventa y uno del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que la conformación de esta clase de estudios colectivos es puesta en conocimiento de las Cortes y el Colegio de Abogados del distrito judicial respectivo. Que realizando un análisis de lo actuado se advierte efectivamente que mediante resolución este Supremo Tribunal declaró fundada la inhibición formulada por el señor vocal supremo San Martín Castro en el proceso seguido contra el inculpado Salazar Monroe en la causa signada con el número A. V cuarenta y seis - dos mil tres por el delito de asociación ilícita para delinquir y colusión ilegal en agravio del Estado, por los fundamentos antes expuestos. Que en este sentido, aun cuando de autos no se advierta una actuación específicamente concreta que habría desplegado el magistrado, ya sea autorizando escritos u otros actos vinculados a la defensa en el juicio, se evidencia –por su condición de asesor del estudio jurídico– la presencia de un motivo (aunque anterior al proceso) contrapuesto al interés del procesado de autos, que hace necesario su apartamiento del conocimiento de la causa, a fin de reafirmar el Derecho a un juez imparcial que como parte del debido proceso resulta de observancia ineludible, en atención al principio contenido en el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado concordante con el inciso primero del artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; máxime, si ya con anterioridad se ha expresado tal consideración para aceptar su apartamiento de un proceso en contra del procesado Salazar Monroe, por lo que existiendo la misma razón jurídica por estrictos criterios de igualdad jurídica, debe existir el mismo derecho aplicable" (Véase, la resolución de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia en el **Exp. A. V. 31-2003** de 14 de abril del 2005). En el mismo sentido, se estableció que: "el señor vocal titular de la Corte Suprema de Justicia, doctor San Martín Castro, hace de conocimiento de esta Sala que integró el Estudio Jurídico que contrató con el Estado para el apoyo y conformación de la Procuraduría Ad Hoc en los casos judiciales que dieran lugar a su intervención en defensa de los intereses del Estado", y que durante la vigencia de ese contrato se inició la presente causa en la que el procurador público, doctor José Ugaz Sánchez Moreno, se constituyó en Parte Civil, razón por la que, en aplicación extensiva del numeral siete del artículo veintinueve del Código de Procedimientos Penales, se inhibe de su conocimiento; que,

condición de juez abriendo instrucción por un delito que no había sido comprendido en la denuncia fiscal(197). De manera semejante, la jurisprudencia tanto nacional como comparada, viene entendiendo

---

en respaldo de sus afirmaciones acompaña copia de un certificado de trabajo expedido por el Gerente Administrativo del citado Estudio Jurídico –ver fojas cuatro–, por el que se deja constancia que laboró para dicha empresa hasta el doce de marzo de dos mil cuatro. (...) por resolución de fecha diecinueve de diciembre de dos mil uno se abrió instrucción –entre otros– contra Juan Fernando Dianderas Ottone por delito contra la Administración Pública –violencia contra Funcionario Público–, previsto y sancionado en el artículo trescientos sesenta y seis del Código Penal, en agravio del Estado, y por resolución de nueve de enero de dos mil dos, a mérito de la solicitud del Procurador Público Ad - Hoc, José Ugaz Sánchez Moreno, se tuvo al Estado por constituido en Parte Civil (...) si bien el numeral siete del artículo veintinueve del Código de Procedimientos Penales establece como causal de inhibición –entre otros supuestos– haber sido defensor del agraviado, en el caso de autos el Vocal que formula inhibición ha formado parte de una corporación que se vinculó contractuamente con el Estado para defenderlo en diversos procesos judiciales derivados de actos ilícitos que le causaron perjuicio, relación obligacional publicitada mediante el Diario Oficial El Peruano con fecha cuatro de enero de dos mil uno, en que se hizo pública la Resolución Ministerial número cero cero seis guión dos mil uno guión JUS" (Véase, la resolución de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la **Inhibición N° 05-2005** de 12 de julio del 2005).

(197) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el **R.N. N° 5561 - 2006** de 08 de febrero del 2007 ha precisado como causal de recusación: "Que en el caso que ha motivado este cuaderno incidental existen motivos fundados para dudar de la imparcialidad de la juez del Sexto Juzgado Penal Especial de Lima, doctora Carolina Lizárraga Houghton, lo que se advierte de las decisiones que ha venido dictando en el desarrollo del procedimiento; que, en efecto, sin previo requerimiento fiscal, de motu propio, amplió el auto apertorio de instrucción contra la recurrente por delito contra la Fe Pública en la modalidad de Falsificación de Documentos Públicos arrogándose una función persecutoria que corresponde con exclusividad al Ministerio Público y, por tanto, el deber que le asiste de garantizar a las partes una decisión con absoluta independencia e imparcialidad; que, por lo demás, dicha decisión se declaró nula por la Quinta y Sexta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, la primera al declarar fundada en parte la acción de Hábeas Corpus interpuesta por la recurrente y la segunda al declarar fundada la nulidad deducida por la misma".

que si se declara la nulidad del proceso y se ordena un nuevo juicio oral el órgano jurisdiccional que conoce el nuevo proceso debe estar integrado por magistrados distintos a los que inicialmente conocieron el proceso(198), o sencillamente que el nuevo juicio oral debe estar a cargo de otro colegiado(199).

4. Asimismo, la prevención de los sesgos cognitivos, ya sea cuando se inicia una investigación preliminar o un proceso penal, reclama que no hayan inclinaciones a favor de las tesis de una u otra parte y que los funcionarios involucrados realicen su labor con imparcialidad y objetividad(200). Por ejemplo, a veces se tiende a dar mayor crédito a la hipótesis explicativa de culpabilidad la que se asienta en una determinada evidencia; v. gr. una sindicación o un testimonio. La actitud imparcial en la búsqueda de la verdad por parte de jueces y fiscales no solo es una garantía y exigencia epistémica, sino que se relaciona directamente con la vigencia del principio de presunción de inocencia.

---

(198) Cfr. MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, 2/2011, p. 15.

(199) Cfr. Véase, las sentencias de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el **R.N. N° 3641-2001** de 25 de mayo del 2012; la sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el **R.N. N° 4826-2008** de 28 de enero del 2009. También las sentencias de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el **R.N. N° 1646-2010** de 19 de agosto del 2010 **R.N. N° 1051-2009** de 21 de abril del 2010; **R.N. N° 2746-2009** de 28 de abril del 2010; **R.N. N° 3502-2009** de 28 de mayo del 2010; **R.N. N° 36-2009**; **R.N. N° 1825 - 2009** de 17 de agosto del 2010; **R.N. N° 4314-2009** de 12 de agosto del 2010; de 28 de mayo del 2010; **R.N. N° 3334-2009** de 26 de mayo del 2010; **R.N. N° 1159-2009** de 15 de abril del 2010; **R.N. N° 3550-2009** de 23 de septiembre del 2010; **R.N. N° 2485-2009** de 30 de septiembre del 2010; **R.N. N° 3781-2009** de 21 de septiembre del 2010; **R.N. N° 3397-2009** de 21 de septiembre de 2010; **R.N. N° 4687-2009** de 07 de julio del 2010; **R.N. N° 4076-2007** de 03 de diciembre del 2008; **R.N. N° 3826-2005** de 21 de diciembre del 2005; **R.N. N° 1456–2009** de 10 de mayo del 2010; **R.N.N° 4318-2005** de 24 de enero del 2006, entre otras sentencias.

(200) Cfr. BERTOLINO, Marta, "Prove neuro-psicologiche di verità penale", en: *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 7.

El TEDH en el caso **Barberà, Messegué y Jábardo versus España** ha señalado que el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está bajo responsabilidad de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable.

Al respecto, vale recordar el Informe de la Comisión IDH en el caso ***Raquel de Mejía*** **contra Perú** (Caso 10.970 Informe N° 5/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 168 1996) en la que se analizó el contenido de la presunción de inocencia con base en lo prescrito por el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicho informe, la Comisión IDH señaló que: "El principio de inocencia construye una presunción en favor del acusado de un delito, según el cual este es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable. *La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable*. Por el contrario, *su responsabilidad reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta*"(201).

(201) También se señaló que: "En este contexto, otro concepto elemental del derecho procesal penal, cuyo objeto es preservar el principio de inocencia, es la carga de la prueba. En el procedimiento penal, el onus probandi de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado. Así, la moderna doctrina sostiene que el imputado no tiene necesidad de probar su inocencia, construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, quien condena debe construir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible. Por lo tanto, lo esencial es que el juez que entienda en la causa esté exento de todo prejuicio en cuanto a la culpabilidad del imputado y que

De igual manera la Comisión IDH en el caso **Salinas Sedó y otros versus Perú** (Informe N 27/94; Caso 11.084 - Perú del 30 de noviembre de 1994) ha precisado que el Estado peruano violó la convención debido a que: "*Los Oficiales miembros del Fuero Privativo Militar que juzgaron a los reclamantes en el presente caso tenían la obligación de abordar la causa sin prejuicio alguno y bajo ninguna circunstancia debieron considerar a priori, como en efecto sucedió en el presente caso, que los acusados eran culpables*".

El TC peruano ha declarado que la imparcialidad puede verse afectada con las declaraciones del fiscal, del juez o de los integrantes del tribunal fuera de la investigación o del proceso que se encuentren tramitando, respectivamente. Si bien (el fiscal y el juez) son titulares del derecho a la libertad de expresión, cuando efectúan declaraciones relacionadas con el ejercicio de las funciones que ejercen, deben actuar con neutralidad y prudencia, no pueden evidenciar o proyectar prejuicios o juicios de valor sobre el investigado en el caso del fiscal o sobre el imputado o alguna de las partes en el caso del juez o de los integrantes del tribunal, ni tampoco convicciones personales sobre lo investigado o sobre el objeto de juzgamiento, ya que ello afectaría su imparcialidad(202). El fiscal, el juez o los integrantes del tribunal al efectuar declaraciones deben actuar con una diligencia aun mayor a la empleada por los particulares u otros funcionarios públicos, en aras de evitar situaciones que puedan comprometer y menguar su imparcialidad en la investigación o en el proceso que se encuentren tramitando. Por esta razón, en el artículo 324.1 del NCPP se enfatiza que la investigación preparatoria "tiene carácter reservado"(203).

---

le conceda a éste el beneficio de la duda, es decir, que condene una vez que haya adquirido la certeza o convicción de responsabilidad penal y que, desde luego, descarte toda duda razonable de inocencia". Véase, también, la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Reinaldo Figueredo Planchart versus Venezuela (Informe N° 50/00, caso 11.298 de 13 de abril del 2000).

(202) **Exp. N° 00156-2012-PHC/TC**, caso: César Humberto Tineo Cabrera.

(203) **Exp. N° 00156-2012-PHC/TC**, caso: César Humberto Tineo Cabrera.

c) El sesgo retrospectivo

Por su lado, el *sesgo retrospectivo* se presenta cuando se conocen los resultados de determinados hechos pasados, generándose la tendencia a considerar que si se presentan efectivamente las consecuencias, los mismos eran más previsibles de considerar de lo que realmente lo eran en el caso concreto(204). Se denomina también determinismo sigiloso, por cuanto se tiene la sensación que el resultado era inevitable y que en su producción no había ningún elemento propio del azar y la incertidumbre. Es muy común en los estrados judiciales(205). Su uso es frecuente en los casos de condena por delito doloso en el tráfico viario, en el Derecho penal de la construcción o en el campo del Derecho penal económico, en especial, a título de dolo eventual por considerar que las consecuencias eran previsibles y altamente probables para el autor de los hechos. Por este sesgo, casos comunes de imprudencia son tratados como si fueran casos emblemáticos de delito doloso.

En el plano práctico de manera gráfica se revela como expresión de un conocimiento presente y seguro *"siempre supe que iba a pasar"*, *"lo sabía"*, *"ya lo había supuesto"*, *"se tiene la suerte del ganador"*, *"ya lo decía yo"* o en la jocosa expresión del Chapulín Colorado: *"lo sospe-*

(204) Cfr. MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, 2/2011, p. 6: "Una vez que el individuo tiene conocimiento del resultado, se provoca un cambio de perspectiva del sujeto de manera que el resultado le parece inevitable. El sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre lo acontecido".

(205) Cfr. ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret*, 4/2011, pp. 15 y 23: "Probablemente el sesgo que más afecta a las decisiones judiciales, al igual que todos los juicios históricos es el sesgo retrospectivo. Por nuestra experiencia en los procedimientos penales podemos decir que el sesgo retrospectivo opera de forma generalizada y es extraordinariamente difícil de eliminar. Afecta, de hecho, de forma en buena medida inconsciente, incluso a quienes son perfectamente conocedores de su existencia".

chaba desde un principio". Las personas sobreestiman su capacidad para predecir un resultado que no lo podían haber hecho con el conocimiento concreto de las circunstancias. Se trata de un sesgo en el que se exagera el desarrollo de los acontecimiento por el conocimiento posterior de las consecuencias; v. gr. un conocimiento potencial se lo considera un conocimiento real y actual, debido a que se supone que la persona sabía o se representó el curso causal o la producción del evento.

Las personas que tienen información sobre las causas de un determinado resultado frente a la producción de un evento semejante, por lo general, suelen atribuir el resultado a las causas que ellos conocen de antemano. La información previa y el conocimiento adquirido determinan el juzgamiento de los hechos.

El sesgo retrospectivo es muy próximo a la **falacia del historiador** que se produce cuando se da por supuesto que quienes tomaron una decisión en el pasado podían considerar las cosas desde el punto de vista y con la información que se obtiene tiempo después de haber tomado la decisión.

Como ejemplos referidos al sesgo retrospectivo se tiene en el campo de las discusiones públicas y la producción de eventos catastróficos o relativamente inusuales (v. gr. terremotos, inundaciones, ataques terroristas, epidemias, desórdenes, etc.) el hecho que los periodistas y políticos dan por sentado que dichos eventos se sabían de antemano o en todo caso que por lo menos se podían prever y, por tanto, evitar sin ninguna clase de problema, asignando errores y responsabilidades pese a que normalmente se trata de hechos imprevistos.

El sesgo restropectivo se presenta en el campo de la valoración de las pruebas cuando frente a las pruebas disponibles y a la reconstrucción de los hechos, el juez se inclina y elige la hipótesis más compatible y afín a las conclusiones que en su momento plantearon los medios de comunicación cuando se informó sobre el caso. También se presenta cuando el juez resuelve la controversia dando la razón al abogado que le presentó en su alegato de apertura una historia más convicente y creíble de los hechos al margen de la ponderación racional de las pruebas que arrojan, por el contrario, un resultado distinto.

d) El sesgo de grupo

Por su parte, el *sesgo de grupo* se caracteriza por provocar un error al valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo (profesional, social, político, etc.), por el solo hecho de pertenecer a ese grupo(206). Los prejuicios pueden ser tanto positivos como negativos y pueden darse por la vinculación o no del propio sujeto a uno de los grupos involucrados, mostrando simpatía, interés o simplemente afinidad.

En ese sentido, uno de los sesgos más frecuentes en el sistema de justicia, en especial en el campo de la valoración de la prueba, es el denominado sesgo de grupo por el cual los jueces muestran su inclinación y simpatía de primera mano por los informes periciales oficiales (v. gr. pericias contables, tributarias, psicológicas, psiquiátricas, médico-legales, etc.). Aquí se sobrevalora la pericia y las conclusiones a las que llega un informe suscrito por un funcionario público (perito), el título que ostenta y su adscripción a la rama estatal, en desmedro de cualquier otro informe pericial que se practica en el proceso. Se trata en buena cuenta de un sesgo cognitivo en el que se da mayor valor a una pericia oficial que a una o varias pericias de parte por el solo hecho de que ha sido elaborada por un funcionario estatal. Más que reparar en el contenido, la metodología, las conclusiones y la capacidad del perito, hay una inclinación elemental (consciente o inconsciente) por la condición de funcionario estatal de quien realiza el informe, generándose una empatía burocrática o por afinidad por parte del órgano jurisdiccional, quien muestra una especial confianza por el informe y las conclusiones. Tanto jueces y los peritos oficiales pertenecen al cuerpo funcionarial de la administración pública. Por la concurrencia de este sesgo no se realiza un análisis de contenidos, ni de calidad en la formulación de la metodología, trabajo y conclusiones, sino la ponderación se basa en un análisis puramente formal de quien autoriza y suscribe el informe. Hay una falacia de autoridad

(206) Por todos, MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret*, 2/2011, pp. 8 y ss.

y una sobreestimación del informe por el solo hecho de provenir de un funcionario público.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha sostenido en el delito de defraudación tributaria que el informe de presunción del delito del ente recaudador de tributos: "goza de una presunción *juris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia, pues no fue cuestionado en su falsedad ni inexactitud y tampoco se aportaron pruebas o datos relevantes y no conocidos con entidad suficiente para restarle mérito al elemento probatorio"(207). Esta línea jurisprudencial es semejante a la sostenida por la jurisprudencia penal española en la que se afirma que no cabe dudar de la imparcialidad de los inspectores de hacienda dada su condición de funcionarios públicos, cuya actuación debe estar dirigida a servir con objetividad los intereses generales (**Sentencia del TSE de 28 de marzo del 2001**). La máxima instancia de la justicia española ha señalado que: "El valor de los dictámenes periciales emitidos por los Inspectores de la Agencia Tributaria (que tienen la condición de funcionarios públicos), no vulnera los derechos fundamentales del acusado atendiendo a que el funcionario público ha de servir con objetividad a los intereses generales, sin perjuicio obviamente del derecho de la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el Ministerio Fiscal" (**TSE, 29 de mayo del 2009**).

La Corte Suprema de Justicia del Perú ha reconocido el valor probatorio de los informes de parte de la Superintendencia Nacional Tributaria (SUNAT) y exige que en el proceso se debe verificar: "un aporte pericial, que no es posible desdeñar o, por meras razones formales, estimarlo insuficiente. El concurso pericial, indispensable en estos casos, está cumplido. No es óbice que el informe pericial sólo sea de parte o, en su caso, sólo exista un informe de parte, cuya diferencia desde el ámbito subjetivo es quién elabora el informe pericial

(207) Véase, la Ejecutoria suprema dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en **R.N. N°1338-2009** de 10 de agosto del 2010; Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en **R.N. N° 1528-2009** de 03 de agosto del 2010: "que esta prueba pericial que goza de una presunción juris tantum de imparcialidad, objetiva y solvencia".

y se somete a examen por las partes procesales en el acto oral"(208); de tal manera que: "no es posible sostener que el proceso penal está incompleto y que la sentencia se basó en datos no consolidados pericialmente. La ausencia de pericia oficial no es óbice para estimar incompleta la causa a los efectos de sustentar una sentencia; esa ausencia, meramente formal, no perjudica el proceso y será del caso analizar el Informe de la SUNAT, siempre que haya sido sometido a contradicción, que es lo que ha sucedido en el presente caso. Por lo demás, el informe pericial de la SUNAT procede de un órgano técnico del Estado y ha seguido los procedimientos específicos correspondientes de fiscalización tributaria –cruces de información, colaboración de terceros y otros medios válidos– para detectar injustos tributarios. Se trata, propiamente, de una pericia institucional y como tal, ha de valorarse"(209). Frente a las objeciones dirigidas al informe de parte de la SUNAT la Corte Suprema destaca que los imputados no presentaron un informe contable alternativo(210) que refute las conclusiones del ente recaudador.

La doctrina y jurisprudencia española está de acuerdo en señalar que la vinculación de los peritos con la Administración no genera un interés personal, ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales; sometidos a las causas de recusación; sin perjuicio de que el dictamen se someta al oportuno examen contradictorio y a la debida valoración pericial,

(208) Véase, la Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en **R.N. N° 5388-2008** de 24 de marzo del 2010.

(209) Véase, la Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en **R.N. N° 5388-2008** de 24 de marzo del 2010.

(210) Véase, la Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en **R.N. N° 5388-2008** del 24 de marzo del 2010 en donde se sostiene que: "Las partes acusadas frente al informe pericial de la SUNAT, que sustentó los cargos, no acompañaron una refutación contable que acredite la inconsistencia técnica del informe en cuestión. Así las cosas, desde una perspectiva acusatoria, no pueden reclamar una ausencia pericial quienes para fortalecer su resistencia no presentaron una pericia técnica que refute el punto de partida del órgano público legalmente habilitado para el control tributario".

conforme a las reglas de la sana crítica (véase, STS 12 de febrero de 1997; 30 de abril de 1999; 6 de noviembre de 2000; 28 de marzo de 2001; 5 de diciembre de 2002; 3 de enero de 2003), sin que sea suficiente para suponer que faltará a su imparcialidad y objetividad y que tiene interés en la causa, el dato de haber sido quien instruyó el expediente administrativo.

Nadie discute que la credibilidad del perito es un tema relevante en la valoración de la prueba y que constituye un criterio valioso en el análisis de los enunciados probatorios tendientes a confirmar una determinada hipótesis. Sin embargo, la procedencia pública del informe y la (aparente) objetividad del mismo no debe llevar a exagerar su importancia y a considerar automáticamente que se trata del único factor a tener en cuenta o que representa el elemento más importante en la evaluación del dictamen pericial. Se recuerda con razón que la credibilidad de un perito no pasa por su cargo funcionarial(211), por sus gestos, expresión facial o la convicción de sus afirmaciones, sino por el hecho de si su informe y trabajo concuerda con los conocimientos científicos vigentes en un momento histórico dado y si para obtener dicha conclusión se ha empleado una metodología reconocida y los procedimientos empleados por los especialistas en la materia. No importa como en el caso del testigo el recuerdo, su capacidad sensorial o evocativa. Lo relevante es que el resultado al que arriba lo haya conseguido respetando escrupulosamente la metodología científica(212). Tampoco basta que el perito posea un título oficial, que preste juramento con todas las formalidades prescritas en la ley, que

(211) Cfr. VÁSQUEZ, Carmen, *Estándares de Prueba y prueba científica. Ensayos de Epistemología Jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 17: "aun cuando la imparcialidad del perito es importante, podría no determinar la calidad del peritaje: un perito imparcial puede cometer errores, tener creencias falsas, usar técnicas con grados de fiabilidad cuestionables, ser incompetente, etc.; entonces, considerar única y exclusivamente este criterio oscurece otro tipo de parcialidades, digamos, más cognoscitivas que personales, reduciendo en un sentido importante lo sustantivo a la forma".

(212) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*, p. 130.

posea una conducta moral intachable o que se encuentre inscrito en el Registro de peritos oficiales(213). La afectación del nivel de credibilidad de los peritos no solo proviene de los peritos de la parte imputada, sino también de los peritos propuestos por el Ministerio Público, o de los expertos que sustentan la acusación, pues normalmente ellos obran dentro de la psicología institucional de persecución del delito propia del Ministerio Público o de la Policía, a la vez que les mueve la expectativa de poder contar con un vínculo económico estable con la administración, situación que resta seriedad y valor a su trabajo(214).

En el ámbito de las pericias científicas, lo gravitante es el análisis de la metodología empleada, la exhaustividad en el estudio del marco fáctico, las premisas técnicas de las que se parte, los criterios objetivos de evaluación, el consenso alcanzado en la comunidad científica, el discurso racional empleado y las conclusiones aportadas. Importa más el contenido y la evaluación material del informe pericial que la persona y el carácter funcionarial o no del autor del informe. El debate que debe trazarse, impulsado por la discusión racional entre las partes, no es tanto si la pericia merece mayor o menor crédito por ser oficial, sino si tiene base y sustento racional para asumirse de manera plausible y si pasa el control de refutación promovida por una de las partes o el análisis crítico formulado por el órgano jurisdiccional. El sesgo de grupo no solo advierte este peligro, sino que ayuda a prevenir y evitar una ponderación tan errada como peligrosa(215).

---

(213) Ibídem, p. 140.

(214) Ibídem, p. 138.

(215) Cfr. MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación" en: *InDret*, 2/2011, p. 18: "Creo que no es necesario hacer demasiados esfuerzos argumentales para demostrar lo equivocado de este razonamiento: es evidente que el órgano judicial encargado de resolver el caso debe otorgar prevalencia a los postulados del dictamen pericial que entienda mejor razonado y más sólido, con independencia del origen, funcionarial o no, de su autor. No cabe duda de que la relación del perito con los litigantes puede ser un elemento más, junto a otros, a tomar en cuenta a la hora de valorar la consistencia de sus conclusiones (se trata de una postura racional, hasta el punto de que el

legislador ha previsto la figura de tacha o recusación de los peritos, en caso de concurrir relaciones con los litigantes –o con el objeto de la pericia– que pongan en duda su imparcialidad), pero ello no debe mover al órgano judicial a otorgar una prevalencia automática a los informes de los peritos insaculados por el juzgado o dependientes de la administración de justicia (pues es evidente que ni esos peritos, ni sus informes, per se, aportan mayor ciencia, en todos los casos, sobre los hechos controvertidos)".

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en: *Doxa*, N° 8, 1990.

ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en: *Formación y valoración de la Prueba en el proceso penal*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2010.

La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico, Revista de Derecho, Vol. XIX - N° 2 - diciembre 2006.

ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Lima, Palestra Editores, 2007.

ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011,

ALONSO GALLO, Jaime, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal", en: *InDret* 4/2011.

ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005.

En torno a la jurisdicción, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

Justicia Penal, derechos y garantías, Lima-Bogotá, Palestra - Temis, 2007.

Cultura Constitucional de la Jurisdicción, Bogotá, Siglo del hombre editores-Universidad Eafit, 2011.

Prueba y convicción judicial en el proceso penal, Buenos Aires, Hammurabbi, 2009.

ARAGÓN REYES, Manuel, "La eficacia jurídica del principio democrático", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, N° 24, septiembre-diciembre de 1988.

"El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, N° 19, 1987.

"La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, N° 17, mayo-agosto de 1986.

ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1995.

ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, Lima, INPECC, 2008.

Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal, Lima, INPECC, 2008.

Derecho Procesal Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 6ª ed., 2012.

Introducción al Derecho Procesal, Valencia, Tirant lo Blanch, 5ª ed., 2010.

Principio acusatorio e imparcialidad. La inconstitucionalidad del art. 220 del Código de Procedimientos Penales, Lima, Grijley, 2013.

ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, Lima, Palestra Editores, 1ª reimpr., 2006.

"Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en: *Isonomía*, N° 6, abril de 1997.

"Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez", en: *Jueces para la democracia*, N° 22, 1994.

"El Derecho como argumentación", en: *Isegoría*, N° 21, 1999.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. PG*, Lima, Ara Editores, 2004.

"Casación por infracción de la ley y motivación de la sentencia", en: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994.

BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

BALAGUER CALLEJÓN, F., *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999.

BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal* (Trad. de Conrado Finzi), Buenos Aires, Depalma, 1989.

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

"Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", en: *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, Ejemplar 4-Volumen 2, N° 2-Segundo Semestre de 2010.

BENTHAM, Jeremías, Tratado de las Pruebas Judiciales (Trad. de M. Ossorio Florit), Buenos Aires, Ejea, 1971.

BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en: *Doxa*, N° 8, 1990.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Lima, Rao, 5ª ed., 1999.

BLANCO CORDERO, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 13, 2011.

BULYGIN, Eugenio, "Sentencia Judicial y creación de Derecho", en: *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

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

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

CAFFERATA NORES, José, *La Prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Depalma, 4ª ed., 2000.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, (Trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1973, T. I.

CANESTRARI, Stefano, "La Estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N° 4, Lima, Grijley – Instituto Peruano de Ciencias Penales, N° 4, 2003.

CARNELUTTI, Francesco, *Principios del Proceso Penal* (Trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1971.

Cómo se hace un proceso, México, Edit. Colofón, 6ª ed., 2002.

CAPPELLETTI, Mario, *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, Buenos Aires, Ed. Platense, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

CASTILLO ALVA, José Luis, "La obligación constitucional de motivar las resoluciones del Ministerio Público", en: *Gaceta Penal y Procesal Penal,* Lima, Gaceta Jurídica, N° 38, 2012.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1960.

CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2005, T. I y II.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo* (Trad. de Pablo Larrañaga), México, Fontamara, 2ª ed., 2004.

COMOGIO, Luigi, *Poteri delle parti e ruolo del giudice nella fase istruttoria del processo civile ordinario*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. I, 1999.

DE CAMARGO ARANHA, AdalLberto José Q. T., *Da Prova no Processo Penal*, Sao Paolo, Saraiva, 3ª ed., 1994.

DE ARAUJO CINTRA, Antonio – PELLEGRINI GRINOVER, Ada – DINAMARCA, Candido, *Teoria Geral do Processo*, Sao Paolo, Malheiros, 10ª ed., 1994.

DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2ª ed., 1ª reimpr.

DÍAZ CABIELE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente obtenida*, Madrid, Civitas, 2001.

DÖHRING, Erich, *La Prueba. Su Práctica y Apreciación*, Buenos Aires, Ejea, 1972.

DOLCINI, Emilio, *Commentario breve al Codice Penale* (Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala), Padova, Cedam, 4ª ed., 2003.

EDWARDS, Carlos Enrique, *La Prueba Ilegal en el Proceso penal*, Córdoba, Lerner, 2000.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, Colex, 1995.

EZQUIAGA, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, Lima, Grijley, 2011.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del Derecho procesal [hacia una teoría y ley procesal generales]*, Barcelona, Bosch, 1990.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima, Palestra Editores, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel y otros), Madrid, Trotta, 1995.

"Justicia penal y democracia: El contexto extraprocesal" (Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez), en: *Jueces para la democracia*, Madrid, N° 4, 1988.

"Garantías" (Trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), en: *Jueces para la democracia*, julio/2000, N° 38.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

La Prueba y verdad en el derecho, Madrid, Marcial Pons, 2 ed., 2005.

FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora Letizia Gianformaggio), Bogotá, Temis, 2008.

FIANDACA, Giovanni Enzo, *Diritto Penale*. Bologna, Zanichelli, 4ª ed., 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988.

FLORIÁN, Eugenio, *De las Pruebas Penales* (Trad. de Jorge Guerrero) Bogotá, reimpr. de la 3ª ed., 1990, T. I y II.

FRAMARINO DE MALATESTA, Nicola, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Bogotá, Temis, 4ª ed., 1997, Vol. II.

FRISTER, Helmut, "La certeza personal como presupuesto de la condena penal", en: *InDret*, julio de 2011.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La Ineficacia de la Prueba Obtenida con violación de Derechos fundamentales*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

GARBOLINO, Paolo, *La logica del probabile e la prova giuridica*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II, 1999.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Interpretar, Argumentar y decidir, en Interpretación y aplicación de la ley penal", en: *Anuario de Derecho penal*, Lima, 2005.

"¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en: *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La Prueba por indicios en el proceso penal*, Lima, Editorial Reforma, 2010.

GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado *de Derecho Administrativo [PG]*, Madrid, Tecnos, 13ª ed. Vol. I.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "El Papel del Poder Judicial en la Transición democrática", en: *Isonomía*, N° 18/abril 2003.

"El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías", en: *Isonomía*, N° 12, abril 2000.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 3ª ed., 2010.

La Argumentación Jurídica (en coautoría con Alfonso García Figueroa), Lima, Palestra Editores, 2ª ed., 2005.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control de la fiabilidad probatoria: "prueba sobre la prueba" en el proceso penal*, Valencia, Eds. de la Revista General de Derecho, 1999.

GHIRARDI, Olsen, *Introducción al Razonamiento Forense*, Buenos Aires, Dunken, 2003.

GIANFORMAGGIO, Letizia, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "¿Qué es la Imputación Objetiva?", en: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 1990.

"Causalidad, Omisión e Imprudencia", en: *Ensayos Penales*, Madrid, Tecnos, 1999.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal en el Estado de Derecho*, Lima, Palestra Editores, 1999.

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

GÖSSEL, Karl Einz, "Sobre la Valoración probatoria, Apreciación de la prueba y reglas de la prueba" (Trad. de Ezequiel Malarino), en: *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal [PE]*, Valencia, Tirant lo Blanch, T. I.

HAACK, Susan, *Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología* (Trad. de María Ángeles Martínez García), Madrid, Tecnos, 1997.

Ciencia, Sociedad y Cultura. Ensayos escogidos, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2008.

HÄBERLE, Peter, "El Tribunal Constitucional como poder político", en: *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 125, julio-septiembre 2004.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus derivadas en el Proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal* (Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Barcelona, Bosch, 1984.

Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución (Trad. de Atilana Camacho, Tania Ixche), México, Ubijus, 2009.

Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, Granada, Comares, 2006.

HESSE, Konrad, "La Jurisprudencia y la Jurisdicción Constitucional", en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 4, 2005.

HRUSCHKA, Joachim, "Sobre la difícil prueba del dolo" (Trad. de Ramón Ragués), en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, Lima, Grijley – Instituto Peruano de Ciencias Penales, N° 4, 2003.

IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, Giuffrè Editore, 1997.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales, Lima, Palestra Editores, 2009.

La motivación de las sentencias. Un imperativo constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

"Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo'", en: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 2, 2001.

"Un erróneo reflejo de la presunción de inocencia en los veredictos de inculpabilidad y las sentencias absolutorias. Análisis del voto particular a la STC 192/2005", en: *Diario La Ley*, N° 6416.

"Dos usos desviados de la 'presunción de inocencia'", en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, 2006, Vol. 7, T. I.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la Prueba en Materia penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

ISRAEL, Jerold H. – KAMISAR, Yale – LAFAVE, Wayne R. – KING, Nancy J., *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introducido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal* (Trad. de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, Comares, 2003.

AMBOS, Kai, *Principios del Proceso Penal Europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

LAKATOS, Imre, *Escritos Filosóficos 1. La metodología de los programas de investigación científica* (Trad. de Juan Carlos Zapatero), Madrid, Alianza Editorial, 2ª ed., 1ª reimpr., 2010.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Trad. de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1980.

LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, 2005.

LOPERA MESA, Gloria Patricia, "La Problemática de la Justicia Constitucional", en: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 5, 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal penal*, Pamplona, Aranzadi, 2006.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *Democracia, División del Poder y Poder Judicial*, El Poder Judicial en el Estado Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2001.

MACCORMICK, Neil, "Retórica y Estado de Derecho", en: *Isegoría*, N° 21, noviembre 1999.

"La Argumentación Silogística. Una defensa matizada", en: *Doxa*, N° 30, 2007.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale [PG]*, Padova, Cedam, 4ª ed., 2001.

MANZANERO, A. L. y MUÑOZ, J. M., *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales*, Madrid, Sepin, 2011.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, "Entre el Homicidio y las lesiones", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 5.

MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale* [PG], Milano, Giuffre, 2004.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la Prueba prohibida en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal* (Trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Buenos Aires, Astrea, T. I, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, Lima, Jurista Editores, 2012.

El Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Barcelona, Bosch, 1999.

MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Madrid, Revista de Legislación, 2ª ed., 1857.

MONER MUÑOZ, Eduardo, "El Dolo y su control en el Recurso de Casación", en: *Elementos subjetivos de los tipos penales* (Director: José Jiménez Villarejo), Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.

MONTAÑÉS, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1999

MONTERO AROCA, Juan, *Principios del Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

MORENO, J. J. – NAVARRO, P. E. – REDONDO, M. C., "Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial", en: *Doxa*, N° 8, 1990.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en: *InDret* 2/2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

NAVARRO, Pablo, "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho", en: *Doxa*, 1993, N° 14.

NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, Madrid, Ariel, 2000.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

NÚÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal anotado*, Lerner, 2ª ed., Córdoba, 1986.

PABON PARRA, Pedro Pablo, *Oralidad–Testimonio Interrogatorios y Contra interrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2009.

PASTOR ALCOY, Francisco, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

PASTORE, Baldassare, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso de filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2013.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Dolo y Error: Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso penal", en: *Estudios sobre la Independencia Judicial y el Proceso penal*, Lima, Grijley, 2005.

"La causalidad, *¿Una solucion procesal para un problema dogmatico?*", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLIX, Fasc. III, septiembre-diciembre 1996.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, "El Recurso de casación y el derecho del condenado a someter a revisión crítica su condena", en: *Libro Homenaje a González-Cuéllar García*, Madrid, Colex, 2003.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 7ª ed., 2000.

PICO I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, José María Bosch, 1997.

RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 15ª ed., 2001.

RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. Catorce Años de Jurisprudencia sistematizada*, Lima, Idemsa, 2001.

PIETRO SANCHÍS, Luis, *Interpretación Jurídica y Creación judicial del Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2007.

ROMANO, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, T. I, Milano, Giufre editore, 2ª ed., 1995.

RAGUÉS I VALLES, Ramón, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, Año 2004.

ROSELLI, Federico, *Il ragionamento del giudice e la motivazione del provvedimento. il controllo sul ragionamento probatorio attraverso il controllo sulla motivazione nella giurisprudenza della corte di cassazione*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II, 1999.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal* (Trad. de Gabriela Córdoba y Daniel R. Pastor), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Derecho Penal (Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García-Conlledo, y Javier de Vicente Remesal), Madrid, 1997.

"Acerca de la Normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo", en: *La Teoría del Delito en la discusión actual*, Lima, Grijley, 2005.

RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, PUCP, 1999, T. I.

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la democracia*, N° 18, 1993.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 1992, vol. 2.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Lima, Grijley, 2003, 2ª ed., 2003, Vol. I y II.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

SENESE, Salvatore, "La Motivación de la 'verdad fáctica'", en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora: Letizia Gianformaggio), Bogotá, Temis, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad", en: *Consideraciones sobre la Teoría del Delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez, Bogotá, Temis, 1988.*

STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell'innocente e la Tutela delle Vittime*, Milano, Giuffrè, 3ª ed., 2003.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal [PG] I*, (Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

STRUENSEE, Eberhard, "La Prueba Prohibida", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, Grijley, Año II, N° 4, julio-diciembre 1994.

TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, Lima, GTZ, 2009.

La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal, Lima, GTZ, 2010.

TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (Trad. de Daniela Accatino Scagliotti), Madrid, Marcial Pons, 2010.

La Motivación de la Sentencia Civil (Trad. de Lorenzo Córdova Vianello), México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

La Prueba de los Hechos (Trad. Jordi Ferrer Beltrán), Madrid, Trotta, 3ª ed., 2009.

Páginas sobre justicia civil (Trad. de Maximiliano Aramburu Calle), Madrid, Marcial Pons, 2009.

Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil (Trad. de Beatriz Quintero Prieto), Bogotá, Temis, 2006.

La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova, en: *La Prova nel Processo Civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II, 1999.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Relación de Causalidad. Indicaciones para una actualización", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, Lima, Grijley, 2001, N° 2.

TWINING, William, "De nuevo, los hechos en serio", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 32, 2009.

UBERTIS, Giulio, *Profili epistemologici della prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II, 1999.

Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio), en: *Criminalia, Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2010.

VÁSQUEZ, Carmen (Editor), *Estándares de Prueba y prueba científica. Ensayos de Epistemología Jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y El Principio Acusatorio*, Barcelona, Bosch, 1994.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. PG*, Lima, Grijley, 2006.

VOLK, Klaus, "Concepto y Prueba de los elementos subjetivos", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, Lima, Grijley – Instituto Peruano de Ciencias Penales, N° 3, 2002.

WALTER, Gerhard, *Libre Apreciación de la Prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial* (Trad. de T. A. Banzhaf), Bogotá, Temis, 1985.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán* (Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WESSELS, Johannes, *Derecho Penal [PG]* (Trad. de Conrado Finzi), Buenos Aires, Depalma, 1980.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y Hecho en el derecho* (Trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría), México, Fontamara, 1ª reimpr., 2003.

ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial* (en coautoría con Manuel Luján Túpez y José Luis Castillo Alva), Lima, Ara Editores, 2005.

ZUGALDÍA, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual", en: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 39, Fasc. 2, 1986.

ÍNDICE

Prólogo de Pablo Talavera Elguera 7

Prólogo de José María Asencio Mellado 17

Abreviaturas 25

CAPÍTULO PRIMERO

LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA. EL ABANDONO DEL CRITERIO PSICOLÓGICO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

I) Regulación legal de la valoración de la prueba 27

II) La regulación en el derecho comparado 32

III) Los sistemas de valoración de la prueba. La prueba legal y el libre convencimiento 35

A) El sistema de la prueba legal 36

B) El sistema del libre convencimiento 45

a) La íntima convicción 52

b) La sana crítica 57

IV) Una evolución incompleta: el abandono de la valoración de la prueba como convicción del juez (criterio psicológico) por una concepción racional de los hechos probados (criterio normativo) 73

Capítulo Segundo
REQUISITOS DE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

I) La necesidad de la prueba para fundar una decisión judicial racional 93

II) Los criterios racionales de control en la valoración de la prueba 98

III) La exclusión de métodos irracionales 102

IV) Solo se puede valorar la prueba admitida, actuada y sometida al contradictorio y a todas las garantías del debido proceso 108

V) La exclusión de la prueba prohibida de la valoración racional de la prueba 116

VI) La determinación verdadera de los enunciados fácticos como condición necesaria (no suficiente) de una decisión justa 122

Capítulo Tercero
LA MOTIVACIÓN COMPLETA (EXHAUSTIVA) DE LA PRUEBA

I) Fundamento constitucional 133

II) ¿Por qué los jueces deben dar cuenta de la prueba y de la reconstrucción de los hechos? 141

III) La motivación como justificación racional 145

IV) Motivación y explicación 156

V) Las funciones del deber de motivar las resoluciones judiciales... 161

a) La función endoprocesal de la motivación 164

b) La función extraprocesal de la motivación 168

VI) La motivación de la valoración de la prueba: entre un irracionalismo moderado y un cognoscitivismo crítico 174

VII) La motivación completa y exhaustiva 177

VIII) La motivación completa y exhaustiva en la valoración de la prueba 184

IX) La obligación de que en materia penal se pruebe y justifique cada uno de los elementos del injusto culpable 192

X) La obligación de valorar y motivar todos los medios de prueba disponibles. El control de refutación 208

XI) La obligación de motivar la valoración de la prueba de manera completa se extiende a las sentencias absolutorias 216

XII) La extensión (el *quantum*) de la motivación 225

XIII) La vinculación del juez a la ley y a los hechos probados limita (y exige evitar) el poder de las mayorías y la presión de los medios de comunicación. La no sujeción del juez a los poderes fácticos 238

XIV) La falta de cultura de la motivación de la prueba 242

Capítulo Cuarto
EL ALCANCE DE MOTIVAR LOS HECHOS PROBADOS

I) Algunos problemas de la obligación de motivar los hechos probados 251

a) Generalidades 251

b) La fundamentación de la prueba testimonial 253

c) La fundamentación de las *"constataciones judiciales"* 258

d) La motivación de las máximas de la experiencia 260

II) La fundamentación de la prueba directa y la prueba indirecta. 266

III) La motivación de la valoración de la prueba y su relación con los principios de inmediación y oralidad 278

IV) El contexto de descubrimiento y contexto de justificación en los hechos probados 290

Capítulo Quinto
LA TÉCNICA DE LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

I) Generalidades 295

II) El método analítico de valoración de las pruebas 301

a) El juicio de fiabilidad probatoria 308

b) La determinación del contenido e interpretación del significado del medio de prueba 316

c) El resultado probatorio (eficacia) del concreto medio de prueba respecto a la hipótesis planteada 321

III) El método de valoración global de las pruebas 325

Capítulo Sexto
LOS VICIOS DE LA MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

I) La falta de motivación de los hechos probados. 345

II) Ausencia de motivación por empleo de frases genéricas y cláusulas de estilo 351

III) Falta de motivación por indeterminación general del hecho o por indeterminación concreta del aporte al hecho 353

IV) Falta de motivación en la determinación de la prueba de cargo. 360

V) La problemática de la prueba omitida, su conexión con la valoración de la prueba y el deber de motivar las resoluciones judiciales 365

VI) La sobrevaloración y tergiversación del sentido de la prueba.. 379

VII) La falacia *descriptiva* de la prueba como patología de la motivación 387

VIII) La (prohibición de) valoración de la prueba inconstitucional. 389

IX) La falta de motivación por incoherencia narrativa 397

X) Los errores lógicos en la motivación de la sentencia 406
XI) La motivación implícita o tácita 419
XII) La motivación por remisión 420
XIII) Falta de motivación, doble instancia e in dubio pro reo 424
XIV) Patología en la justificación de las máximas de la experiencia.. 427
Excurso: Los errores y sesgos cognitivos (procedimientos heurísticos) en la valoración de la prueba 431
a) El sesgo de confirmación 434
b) El sesgo de anclaje 436
c) El sesgo retrospectivo 444
d) El sesgo de grupo 446
Bibliografía 453