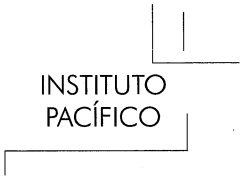
JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

PARTE GENERAL

INSTITUTO PACÍFICO



LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Autor:
©José Luis Castillo Alva, 2023

Primera edición - Octubre 2023

Copyright 2023
Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje: Katherine Cuadros Angeles

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C.-2023
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña, Lima-Perú
Central: 619-3700
E-mail: preprensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 1000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501052300486
ISBN : 978-612-322-474-5
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° : 2023-09347

Impresión a cargo de:
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 619-3720

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Este libro está expuesto a fe de erratas.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

A mis hijos
María José y Rafael José.

A mi hermano Lalo,
por tantos años en que caminamos juntos
y por su apoyo incondicional.

A mi familia.

PRESENTACIÓN

El libro que se publica es fruto de años de trabajo, de lecturas, de experiencias y diálogos, su elaboración ha demandado un tiempo considerable y ahora se somete a la evaluación del lector peruano y de habla hispana.

El trabajo se concentra en brindar una visión actualizada de los problemas de la parte general del derecho probatorio en materia penal. Para ello, se ha acudido tanto a la jurisprudencia como a la doctrina especializada (manuales, monografías y artículos), tanto peruana como extranjera, que brinda aportes sustanciales a los problemas sobre la prueba, tanto desde la perspectiva jurídica como desde la epistemológica.

En el manejo de la literatura sobre la prueba no solo se toman en cuenta las grandes contribuciones producidas en los últimos 40 años, sino que se enfatiza en aquellos trabajos que muestran compatibilidad con el derecho peruano y, en especial, con el tratamiento normativo de la actividad probatoria que se incorpora en el Código Procesal Penal peruano, destacando, de manera especial, los aportes de la doctrina italiana, cuya legislación ha influenciado de manera decisiva en la de nuestro país.

Pese a que se reconocen los importantes e indispensables aportes de la epistemología en el ámbito de la prueba, el enfoque normativo que se asume responde a la necesidad de interpretar nuestro derecho vigente y brindar soluciones viables a sus problemas, que son comunes a muchos países de la región. Se ha creído conveniente interpretar el derecho peruano más que asumir posiciones teóricas que, siendo valiosas, no han sido todavía objeto de recepción legislativa y se encuentran en plena discusión.

Pese a que es común en materia probatoria desarrollar los trabajos sobre la base de autores clásicos y libros de uso tradicional de hace más de un siglo, se ha tratado en la obra de abordar con cierta profundidad nuevos temas (las reglas probatorias, la hipótesis alternativa; la prueba contraria, la admisión —o inadmisión— de los medios de prueba y las limitaciones probatorias) y ahondar, con trabajos últimos, los temas clásicos en materia probatoria (*v. g.*, la verdad en el proceso penal, el

procedimiento probatorio, el objeto de prueba, la pertinencia de los medios de prueba, la regla de exclusión de la prueba ilícita).

No se trata de un trabajo concluido y menos cerrado, ya que los temas tratados pueden abordarse, cada uno de ellos, monográficamente con mayor profundidad, y hay algunos problemas probatorios que no se han abordado por razones de tiempo y espacio (*v. gr.*, la iniciativa probatoria y la prueba de oficio; la actuación y asunción de la prueba; la prueba atípica; la fiabilidad probatoria) y que quedan pendientes de desarrollo.

Nunca un trabajo académico de años de reflexión y estudio es una tarea individual. Es, más bien, una empresa colectiva que involucra a muchas personas e instituciones. Como la gratitud es la memoria del corazón y el espejo del alma, debo agradecer al Dr. Pablo Talavera, quien me despertó el interés por los temas probatorios y a quien debo tantas conversaciones y aprendizajes; a Jordi Ferrer, por permitirme aprender, enseñar y discutir en la Universidad de Girona; a José María Asencio, por su gran formación y magisterio; a Gonzalo del Río Labarthe, por los debates y diálogos permanentes sobre los hechos, casos, pruebas y el derecho. Asimismo, dirijo mi reconocimiento al Instituto Pacífico, por la publicación y el cuidado en la edición del libro, en especial, a Alejandro Rojas y Carlos Atocsa.

Magdalena del Mar, 10 de septiembre del 2023

LISTA DE ABREVIATURAS

BGHST	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafrecht [Decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán]
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Cas.	Casación
CC	Código Civil
CE	Constitución española de 1978
Cfr.	Confer (comparar)
Const.	Constitución Política del Perú
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPC	Código Procesal Civil
CPP	Código Procesal Penal de 2004
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
f.	fojas
L.E.Crim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal (de España)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
núm.	número
p. / pp.	página / páginas
párr.	párrafo
PE	Parte especial (del derecho penal)
PG	Parte general (del derecho penal)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
pp.	páginas
R. N.	Recurso de nulidad
T.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TP	Título preliminar

TPCPP	Título preliminar del Código Procesal Penal
TS	Tribunal Supremo (de España)
v. gr.	verbi gratia (por ejemplo)
vol.	volumen

TABLA *de* CONTENIDO

Presentación 7
Lista de abreviaturas 9

Capítulo I
LA VERDAD Y EL PROCESO PENAL

I. Introducción 23
II. La noción de verdad 26
III. Portadores de verdad 28
IV. Las teorías de la verdad 30
IV. 1. La verdad como correspondencia o adecuación 32
A. La versión clásica de la teoría de la correspondencia 32
B. La teoría semántica de la verdad 34
C. La teoría de la verdad como correspondencia en el derecho 37
D. Críticas 41
E. Conclusión 42
IV. 2. La teoría pragmática de la verdad 43
A. Planteamiento general 43
B. La posición de Peirce, James y Dewey sobre la verdad 44
C. El pragmatismo en el derecho. El *realismo pragmático* de González Lagier 48
D. Críticas 49
E. Conclusión 52
IV. 3. La teoría de la verdad como coherencia 53
A. Exposición 53
B. La verdad como coherencia en el derecho 55
C. Críticas 57
D. Conclusión 63
IV. 4. La teoría de la verdad como consenso 63
A. Exposición 63
B. La teoría de la verdad como consenso en el derecho 67
C. Críticas 69
D. Conclusión 76

Capítulo II
EL DERECHO A LA PRUEBA

I. El fundamento constitucional y convencional 79
II. Derecho a la prueba y proceso penal 83
III. El derecho a la prueba y la jurisprudencia constitucional 91
IV. El contenido esencial del derecho a la prueba 96
V. Las dimensiones del derecho a la prueba 102
VI. El derecho fundamental a la prueba es un derecho autónomo 104
VII. El derecho a la prueba no es un derecho ilimitado que supone adquirir toda clase de pruebas 107
VIII. La titularidad del derecho a la prueba 110
IX. El efecto irradiante (vertical y horizontal) del derecho a la prueba 112
X. La concepción amplia y la concepción restrictiva del derecho a la prueba. ¿El derecho a la prueba se extiende a la investigación preparatoria o es un derecho que se ejercita exclusivamente en el juicio oral? 117

Capítulo III
LAS REGLAS PROBATORIAS

I. La necesidad de regulación jurídica de la actividad probatoria 137
II. El ámbito de regulación y la naturaleza de las reglas probatorias 145
A. Ámbito de regulación 145
B. La naturaleza de las reglas probatorias 146
C. La consecuencia de la naturaleza de las normas probatorias 153
D. La posición personal 154
E. Las reglas probatorias y derecho penal 161
III. La función institucional de la prueba 163
IV. Las reglas probatorias y la realización de los valores jurídicos. El fundamento epistemológico y político 165
V. La función de garantía de las reglas probatorias. La prevención del error 174
VI. Las reglas probatorias sirven para la averiguación de la verdad y la protección de los derechos fundamentales 176
VII. La regla de exclusión probatoria y las reglas legales de evaluación probatoria ... 179

Capítulo IV
EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

I. Introducción 189
II. Proceso y procedimiento 189
III. Definición del procedimiento probatorio 195
IV. El debido procedimiento probatorio 198
V. El debido procedimiento probatorio y el cumplimiento de las formalidades legales y constitucionales 201

VI. Procedimiento probatorio, valores e ideología 209
VII. Procedimiento probatorio y modelos de regulación. 210
VIII. La concepción racional de la prueba 215
IX. La importancia del respeto al debido procedimiento probatorio. El caso de la presentación de las declaraciones juradas 226
X. El procedimiento probatorio como actividad temporal y preclusiva. Las limitaciones temporales en la búsqueda de la verdad 229

Capítulo V
EL OBJETO DE PRUEBA. LA HIPÓTESIS IMPUTATIVA

I. El objeto de prueba en el proceso penal. Aspectos generales 237
II. ¿En el proceso se prueban hechos o enunciados linguísticos sobre hechos? 245
III. ¿Qué se entiende por imputación? 249
IV. La imputación como hipótesis de trabajo 254
V. El proceso penal como empresa dirigida a comprobar la imputación 265
VI. Los hechos (enunciados fácticos) como hipótesis variables 272
VII. La función de delimitación de la imputación del objeto de prueba 276
VIII. ¿Qué clase de hechos pueden acreditarse en el proceso penal? 282
A. La conducta humana 283
B. Los hechos de la naturaleza 286
C. Cosas, bienes, objetos materiales y documentos 286
D. Estados físico-psíquicos, civiles y condiciones personales 288
E. El estado de peligrosidad y las situaciones de peligro 290
F. Lugares 293
G. Los hechos internos o los estados mentales: el dolo, la culpa, las emociones, las perturbaciones de la conciencia 294
H. ¿Se pueden probar los hechos futuros? 300

Capítulo VI
LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

I. La carga de la prueba en el derecho 307
II. La prueba de cargo debe ser aportada por la acusación 317
A. La presunción de inocencia y la carga de la prueba 317
B. Una regla de racionalidad mínima: quien afirma algo lo debe probar ... 321
C. La presunción de inocencia y la carga de la prueba en los tribunales de justicia nacionales e internacionales 323
III. Las manifestaciones de la presunción de inocencia como regla probatoria 328
A. La existencia de actividad probatoria 328
B. La actividad probatoria de cargo 333
C. La obligación constitucional, convencional y legal de que se prueben todos y cada uno de los elementos de la imputación 349
i. La imputación constitucionalmente fundada 349

ii. La imputación y el principio de legalidad penal 352
iii. El principio de la presunción de inocencia exige la prueba suficiente de cada uno de los elementos del delito 357
D. La actividad probatoria de cargo debe ser completa y suficiente 369

Capítulo VII
LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA

I. Noción 385
II. La hipótesis principal y el control epistémico de la no refutación 388
III. La hipótesis alternativa y las partes procesales 393
IV. La hipótesis alternativa y su acreditación. El caso de la coartada 395
V. La hipótesis alternativa y la prueba contraria 417
VI. La hipótesis alternativa y la justificación de la decisión judicial 418
VII. La hipótesis alternativa y la jurisprudencia 422
A. La hipótesis alternativa y la jurisprudencia de la Corte IDH 422
B. La hipótesis alternativa y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú 423

Capítulo VIII
EL DERECHO A LA PRUEBA CONTRARIA

I. Regulación y fundamento normativo 439
II. La prueba contraria. Manifestaciones y alcance 443
III. La prueba de cargo y de descargo 448
IV. El derecho a la prueba contraria y el principio de igualdad de armas 451
V. La prueba principal y la prueba contraria 459
VI. La prueba positiva y la prueba negativa 461
VII. La prueba contraria y el procedimiento probatorio 465
VIII. La pericia y la prueba contraria 467
IX. El valor probatorio de la prueba contraria 478
X. La prueba contraria y su soporte jurisprudencial 481

Capítulo IX
LA PERTINENCIA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

I. La regulación normativa 487
II. Definición 489
III. La pertinencia del medio de prueba en el proceso penal. Su relación con la hipótesis imputativa y la hipótesis alternativa 496
IV. La pertinencia como juicio individualizador y el respeto al contradictorio 499
V. El fundamento 502
VI. La pertinencia y la relevancia 508
VII. La relevancia desde el punto de vista lógico y extralógico 521

VIII. El alcance del juicio de pertinencia 524
IX. La función del juicio de pertinencia 533
X. La pertinencia, la formación de la decisión del juez y los hechos controvertidos 537
XI. Pertinencia, verosimilitud, admisibilidad y eficacia de un medio de prueba 538
XII. La pertinencia y el principio de buena fe 543
XIII. La pertinencia y la prueba prohibida 547
XIV. La pertinencia y el patrimonio cognoscitivo en un contexto histórico 548

Capítulo X

LA ADMISIÓN (O INADMISIÓN) DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. LAS LIMITACIONES PROBATORIAS

I. La admisión (o inadmisión) de los medios de prueba 553
A. Alcance 553
B. La pertinencia y la admisibilidad de los medios de prueba 556
C. Las reglas jurídicas de la admisibilidad de la prueba 560
D. El derecho a la prueba y la admisibilidad de los medios de prueba pertinentes 562
E. La facultad del juez de admitir los medios de prueba 564
F. La inadmisibilidad de los medios de prueba 573
G. La inadmisibilidad del ofrecimiento de la prueba y la inadmisibilidad de la solicitud de la prueba 578
H. El principio *pro probationem* 579
I. La exigencia constitucional de que los medios de prueba se deben admitir sin dilaciones indebidas 582
J. La admisibilidad de las pruebas atípicas 584
K. ¿Puede la parte que propuso un medio de prueba que se admitió al proceso desistirse de dicha prueba? 590
L. ¿Cierta clase de procesos tienen medios de prueba restringidos para acreditar la pretensión? 595
II. Las limitaciones en la admisión de los medios de prueba 596
II.1. Los medios de prueba manifiestamente sobreabundantes 598
A. La prueba superflua o redundante en el derecho comparado 598
B. Definición 599
C. La exigencia de "manifiesta" sobreabundancia 602
D. Alcance 604
E. El fundamento 606
F. ¿La sobreabundancia probatoria es cuantitativa o cualitativa? 608
G. La sobreabundancia probatoria homogénea y heterogénea 609
H. La redundancia probatoria y la corroboración suficiente 610
I. La sobreabundancia probatoria puede ser declarada de oficio por el juez 612
J. Los cuestionamientos a la regla de limitación probatoria por la existencia de los medios de prueba sobreabundantes 614

II.2. Los medios de prueba de imposible consecución 617

Capítulo XI
LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

I. El fundamento 623
A. El fundamento constitucional y convencional 623
B. La regla de exclusión de la prueba ilícita y la protección de los derechos fundamentales 628
C. El alcance de la prueba ilícita 638
II. La regla de exclusión de la prueba ilícita como norma constitucional directamente aplicable 641
III. El ámbito de aplicación de la regla de exclusión. Su efecto expansivo a toda clase de proceso 650
IV. ¿Los particulares pueden incurrir en la obtención y/o práctica de una prueba prohibida? 657
V. La violación del contenido esencial de los derechos fundamentales como centro de gravedad de la regla de exclusión de la prueba ilícita 662
VI. Las pruebas obtenidas "directa o indirectamente" con la violación de los derechos fundamentales 672
A. Las pruebas ilícitas obtenidas directamente 672
B. Las pruebas ilícitas obtenidas indirectamente 674
C. La prueba independiente 684
VII. La necesidad de regulación legal expresa de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita 688
VIII. El titular de la carga de la prueba en los casos de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita 694

Capítulo XII
EL ESTÁNDAR DE PRUEBA FINAL. LA DECISIÓN DE CONDENA MÁS ALLÁ DE UNA DUDA RAZONABLE

I. La regulación normativa 703
II. Los estándares de prueba en el sistema jurídico 706
III. Los estándares de prueba en el sistema penal y el principio de progresividad de la imputación 712
IV. La decisión de condena más allá de la duda razonable como el estándar probatorio más alto del ordenamiento jurídico 718
V. El fundamento del estándar probatorio necesario para condenar 723
A. La presunción de inocencia 723
B. Las garantías mínimas del debido proceso 727
C. La protección de la persona humana y la prohibición de condena al inocente 729
D. La distribución de los riesgos en el proceso penal. Quien afirma algo lo tiene que probar 733

VI. El contenido esencial del principio de la confirmación de la hipótesis acusatoria más allá de una duda razonable 737
VII. La interpretación, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, de la duda razonable 748
VIII. Duda razonable y contradictorio 754
A. Duda razonable y el modelo dialéctico del proceso penal 754
B. Duda razonable y epistemología falsificacionista 759
C. La duda razonable "interna" o "externa" 761
IX. El alcance del principio de la confirmación de la hipótesis acusatoria más allá de una duda razonable 764
A. La duda razonable recae en los elementos constitutivos del delito 764
B. La duda razonable puede recaer en las eximentes de responsabilidad penal, las causas de extinción del delito y las causales de la determinación judicial de la pena 768
C. La duda razonable y las garantías mínimas del debido proceso. El caso de la prueba prohibida 775
D. La duda razonable en la prisión provisional 778
E. La duda razonable sobre la fiabilidad y la calidad de la prueba 780
X. La obligatoria refutación de la hipótesis alternativa propuesta por las partes 784

Capítulo XIII
EL MODELO LEGAL DE LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA

I. Racionalidad y prueba. La concepción racional de la prueba 787
II. El modelo legal de la evaluación de la prueba: la sana crítica 795
II.1. La sana crítica en el derecho comparado. Los modelos de regulación 795
II.2. La sana crítica en el CPP peruano 801
II.3. La sana crítica: sentido y límites 805
II.4. El libre convencimiento y la sana crítica 809
II.5. Las limitaciones legales a la sana crítica en el CPP 815
II.6. La sana crítica y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 819
III. Las reglas de la sana crítica 825
III.1. Las reglas de la lógica 825
A. La importancia de la lógica en la decisión sobre los hechos 825
B. La lógica en el análisis de la prueba 826
C. Los principios lógicos más frecuentes en la argumentación de los hechos 830
D. Los vicios lógicos de las decisiones judiciales 835
III.2. Las reglas de la ciencia 852
A. La importancia de la prueba científica 852
B. Ciencia y proceso 856
C. La prueba científica 859
D. La prueba científica y el control crítico del juez 864
E. La Corte Suprema de Justicia y un ejemplo de control de la prueba científica 873

III.3. Las máximas de la experiencia 874
A. La regulación normativa 874
B. La determinación de las máximas de la experiencia. Su individualización y especificidad 875
C. Alcance 878
D. La normativización de las máximas de la experiencia 882
E. La elección (no arbitraria) de la máxima de la experiencia 883
F. Las máximas de la experiencia y la motivación de las resoluciones judiciales 884
G. Las máximas de la experiencia no pueden suplir la falta de prueba sin quebrantar la presunción de inocencia 887
H. Las máximas de la experiencia y las conjeturas 889
IV. La motivación de los "resultados obtenidos y los criterios adoptados" en la evaluación de la prueba 891
IV.1. Los criterios adoptados y los resultados obtenidos 891
IV.2. La motivación de los resultados obtenidos y los criterios adoptados 901

Capítulo XIV
LA MOTIVACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA

I. La función epistémica del proceso 915
II. La evaluación de la prueba como actividad legal y racional 917
III. Las reglas jurídicas y la libertad del juez en la evaluación de la prueba 919
IV. La evaluación de la prueba. Su significado en el procedimiento probatorio 921
V. La motivación de las resoluciones judiciales y la evaluación racional de la prueba. Las dos caras de una misma moneda 928
VI. La evaluación de la prueba es una tarea de todas las partes procesales. Se trata de una actividad transversal que se extiende a todas las etapas del proceso 933
VII. ¿La evaluación de la prueba es un acto emotivo o un acto cognoscitivo? La prueba no se valora, se evalúa 939
VIII. Las reglas positivas y negativas de valoración de la prueba 946
IX. El derecho fundamental a la prueba y su incidencia en la evaluación racional de la prueba 952
IX.1. El derecho a la prueba y sus exigencias constitucionales y convencionales en la evaluación racional de la prueba 952
A. El derecho a la prueba 952
B. El derecho a la prueba, la evaluación racional de la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales 954
C. La faceta *positiva* del derecho fundamental a la prueba en la motivación de la evaluación de la prueba 958
D. La faceta *negativa* del derecho fundamental a la prueba en la motivación de la evaluación de la prueba 967
IX.2. El distinto alcance del derecho a una evaluación racional de la prueba en el ámbito civil y en el ámbito penal 973

A. La regulación y el tratamiento de la evaluación de la prueba en el Código Procesal Civil. La motivación de la valoración de las pruebas esenciales 973
B. La regulación y el tratamiento de la evaluación de la prueba en el Código Procesal Penal. El principio de exhaustividad de la motivación de la valoración de la prueba 975
X. Los límites de la evaluación racional de la prueba. La prueba legítimamente adquirida 981
XI. La prohibición de uso automático en el juicio oral de los actos de investigación el artículo 325 del CPP 992
XI.1. La regulación legal 992
XI.2. El carácter bifásico del proceso penal peruano 992
XI.3. La finalidad de los actos de investigación 995
XI.4. El fundamento del artículo 325 998
XI.5. La sentencia se debe basar en medios de prueba, no en actos de investigación 999
BIBLIOGRAFÍA 1005

CAPÍTULO I

LA VERDAD Y EL PROCESO PENAL

SUMARIO: I. Introducción. **II.** La noción de verdad. **III.** Portadores de verdad. **IV.** Las teorías de la verdad. IV.1. La verdad como correspondencia o adecuación. A La versión clásica de la teoría de la correspondencia. B. La teoría semántica de la verdad. C. La teoría de la verdad como correspondencia en el derecho. D. Críticas. E. Conclusión. IV.2. La teoría pragmática de la verdad. A. Planteamiento general. B. La posición de Peirce, James y Dewey sobre la verdad. C. El pragmatismo en el derecho. El realismo pragmático de González Lagier. D. Críticas. E. Conclusión. IV.3. La teoría de la verdad como coherencia. A. Exposición. B. La verdad como coherencia en el derecho. C. Críticas. D. Conclusión. IV.4. La teoría de la verdad como consenso. A. Exposición. B. La teoría de la verdad como consenso en el derecho. C. Críticas. D. Conclusión.

"Las ideas de justicia y verdad son, a pesar de la iniquidad del mundo, las más poderosas fuerzas que lo mueven".

Charles Sanders PEIRCE [1]

I. INTRODUCCIÓN

1. Uno de los tópicos más frecuentes en la literatura jurídico procesal y en la filosofía del derecho es la referencia a la *verdad* como criterio rector y guía tanto del proceso como de la actividad probatoria. Su importancia en el derecho es de tal magnitud que solo puede compararse con el interés que despierta la problemática de la justicia.

La búsqueda de la verdad en el proceso no solo constituye el motor del mismo, sino que la determinación de lo que ocurrió efectivamente en la realidad también tiene notables consecuencias prácticas, valorativas y sociales. Mientras que en el campo de la ciencia la búsqueda de la verdad proporciona la mayoría de las veces un notable desarrollo en el bienestar de la humanidad, en el derecho la búsqueda de la verdad representa no solo uno de los criterios legitimadores del ordenamiento jurídico y, en especial, del sistema de justicia, sino además una actividad que genera enormes costos no solo económicos, y que supone la afectación de los derechos fundamentales, ya sea de modo provisional (*v. gr.*, prisión preventiva) o definitivo (*v. gr.*, sentencia condenatoria).

2. En el proceso penal, la búsqueda de la verdad es un **camino doloroso**, cargado de sinsabores, paradojas y desencuentros, y que implica, por lo general, alguna restricción a los derechos fundamentales de la persona, desde su comparecencia obligada al proceso hasta la restricción de su libertad a través del instituto de la prisión provisional. Muchas veces para investigar la verdad es necesario privar de la libertad a una persona, con el fin de que no entorpezca la actividad probatoria o no se sustraiga de la acción de la justicia.

Las consecuencias de un proceso penal en la investigación de la verdad —tal como señala HASSEMER— son más graves y duras que la búsqueda de la verdad rea-

1 PEIRCE, Charles Sanders, *Qué es el pragmatismo*, en *Obra filosófica reunida*, t. II, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 424.

lizada por las ciencias empíricas, pues cada sentencia condenatoria afecta de manera grave la vigencia de los derechos fundamentales[2] (vida, libertad patrimonio). En el mismo sentido, anota FERRAJOLI: "la investigación judicial no es una búsqueda (de la verdad) puramente intelectual, sino el presupuesto de decisiones sobre las libertades de los ciudadanos en las que el poder, en ausencia de límites normativos, tiende indefectiblemente a prevalecer sobre el saber[3]".

3. Sin embargo, pese a la indiscutible importancia y trascendencia de la verdad en el derecho y, en especial, al protagonismo central que despliega en el proceso, la referencia a la verdad o a los criterios que la componen es completamente difusa, superficial y poco clara. Se trata a lo sumo de una **idea guía** que posee un escaso contenido racional.

Creemos que cualquier discusión acerca de la importancia de la verdad en el derecho y, en especial, en el proceso debe llevar, ante todo, a esclarecer su contenido y a discutir acerca de las diversas teorías de la verdad que pueden plantearse. No solo hay una teoría de la verdad, sino varias teorías, lo cual hace necesario identificarlas, conocerlas y debatir acerca de su sentido y límites, a fin de que el uso de la palabra *verdad* y su relevancia jurídica vaya de la mano de la discusión filosófica y de la teoría del conocimiento. Solo así la verdad dejará de ser una palabra hueca, ambigua, polisémica, que genera emociones positivas, pero que difícilmente cumple un papel racional y racionalizador en el campo jurídico.

En este capítulo, frente a las diversas teorías de la verdad que subsisten en el campo filosófico y en la teoría del conocimiento, pretendemos exponer y discutir las teorías de la verdad más importantes, como la teoría de la verdad como correspondencia en sus diversas formulaciones, la teoría pragmática de la verdad, la teoría de la verdad como coherencia y la teoría consensualista de la verdad.

4. La **importancia del estudio de las teorías de la verdad** para la teoría de la prueba y la argumentación (jurídica) fáctica se desprende de las siguientes razones:

i) El derecho tiene como uno de sus valores más importantes a la justicia. La verdad es un valor requerido para la realización del valor justicia, pues no puede haber justicia sin verdad.

ii) Uno de los fines del proceso es la búsqueda y la realización de la verdad, interpretada como la reconstrucción de un hecho o una parcela del

2 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 186. También: MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 110.

3 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 154.

pasado, lo que requiere una determinación *verdadera* de los enunciados fácticos y de lo que efectivamente ocurrió.

iii) El fin, tanto jurídico como epistemológico, que justifica la actividad probatoria a nivel del proceso es la búsqueda de la verdad. La prueba es un medio que permite conocer lo que efectivamente ocurrió en el pasado y posibilita una reconstrucción verdadera de los hechos.

iv) La argumentación, como empresa y actividad racional, tiene a la verdad como uno de sus valores más preciados. Toda forma de argumentación, independientemente de su clase y los destinatarios, debe estar al servicio de la verdad. La argumentación que prescinde de la verdad, bien como punto de partida o como fin, es mero ejercicio sofista.

v) El derecho, y en especial la argumentación judicial, legislativa o forense, tiene a la verdad como uno de sus criterios legitimadores más importantes en la medida que la dota de racionalidad y sentido.

vii) La motivación de las sentencias judiciales, como forma de argumentación jurídica, requiere de una motivación adecuada y suficiente del juicio fáctico (o juicio histórico), lo que supone una determinación verdadera de los enunciados fácticos.

viii) Las teorías de la verdad ayudan a identificar qué clase de verdad se puede lograr en el proceso y cuál puede ser el contenido y los límites de dicha *verdad.*

viii) La adopción y elección de una determinada teoría de la verdad tiene una influencia directa en la configuración epistémica del proceso y de las institucionales procesales.

ix) La adopción de una determinada teoría de la verdad posee una influencia decisiva y condiciona una determinada concepción de la prueba judicial. Por ejemplo, no es posible sostener una concepción puramente ideal de la verdad (*v. gr.*, teoría coherentista de la verdad) y asumir una concepción racionalista crítica acerca de la prueba.

x) El conocimiento de las teorías de la verdad sirve para clarificar y racionalizar la discusión acerca de la verdad dentro de la argumentación jurídica, especialmente en la argumentación judicial.

II. LA NOCIÓN DE VERDAD

5. La noción de verdad es capital y de una importancia decisiva en los campos de la filosofía[4], la teoría del conocimiento[5], la filosofía del lenguaje[6], la lógica[7], en cualquier área de la ciencia[8], así como también despliega su valor en el campo de la ética, la historia, el derecho y la religión[9]. El conocimiento y la acción racional han de contar como uno de sus fines el obtener determinados resultados y conclusiones verdaderas como única manera de orientar a las personas de forma segura, fiable y razonable en el mundo. Cualquier teoría científica, como cualquier sistema filosófico, aspira al conocimiento de la verdad o, por lo menos, tiene la pretensión de representarlo[10].

Sin embargo, la importancia de la noción de verdad va de la mano con el hecho de que la palabra *verdad*, como muchas otras palabras, no posee un significado inequívoco[11]; a lo que se añade que los estudios que se han elaborado alrededor de la verdad no han contribuido a reducir su ambigüedad[12].

4 Cfr. Russell, Bertrand, *Sobre la naturaleza de la verdad y la falsedad*, en *Ensayos filosóficos*, 8ª reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 180; Schaff, Adam, ¿Qué entendemos por *"verdad"?*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 136: "No existe ninguna gran escuela filosófica que no se refiera, en alguna de sus posiciones, a un problema tan esencial como el de la verdad". De modo distinto: Tarski, Alfred, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 85: "En general, no creo que exista algo así como el problema filosófico de la verdad".

5 Cfr. Keller, Albert, *Teoría general del conocimiento*, Barcelona, Herder, 1988, pássim.

6 Por todos, Habermas, Jürgen, *Teorías de la verdad*, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, 6ª ed., Madrid, Cátedra, 2011, p. 114 y ss.

7 Cfr. Quine, Willard Van Orman, *Los métodos de la lógica*, Barcelona, Ariel, 1981, p. 15: "La lógica, como cualquier otra ciencia, posee como objetivo la búsqueda de la verdad. Lo que es verdadero son los enunciados; y la búsqueda de la verdad consiste en el empeño por separar los enunciados verdaderos de los restantes, los que son falsos".

8 Destaca este aspecto: Haack, Susan, *Filosofía de las lógicas*, 2a. ed., Madrid, Cátedra, 1991, p. 112; Popper, Karl R., *Conjeturas y refutaciones*, Barcelona, Paidós, 2008, p. 298: "nuestro objetivo como científicos es descubrir la verdad acerca de los problemas que abordamos, y debemos abordar nuestras teorías como intentos serios de descubrir la verdad. Si no son verdaderas, pueden ser, sin duda, pasos importantes hacia la verdad, instrumentos para ulteriores descubrimientos".

9 Véase, Puntel, Lorenz B., *Verdad como concepto semántico-ontológico*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 255.

10 Cfr. Russell, *Sobre la naturaleza de la verdad y la falsedad*, cit., p. 180; Schaff, ¿Qué entendemos por *"verdad"?*, cit., p. 136.

11 Cfr. Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., pp. 59 y 84; Puntel, *Verdad como concepto semántico-ontológico*, cit., p. 253.

12 Por todos, Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., p. 59 y 84.

6. Desde un punto de vista histórico y tradicional que parte de Aristóteles, se considera que cualquier definición de verdad debe reconocer que "es verdadero decir que lo que es, es y que lo que no es, no es". En relación con este criterio, se apunta que hay una verdad, pero a la vez muchas verdades. Con ello se acepta una definición de verdad general que no es ambigua[13], ni relativa, pero a la vez se reconoce que hay muchas y variadas proposiciones que son verdaderas y que tienen carácter empírico, matemático, lógico o de otra naturaleza[14]. Esta postura se distingue del llamado monismo lógico, que se encuentra relacionado estrechamente con el monismo ontológico, por el cual se considera que la verdad es solo una, igual que la realidad[15]. Para el monismo lógico no hay nada totalmente verdadero, salvo la verdad total y que lo que parecen verdades aisladas en realidad son verdades en el sentido de que forman parte del sistema de la verdad total.

El sostener que una afirmación es verdadera supone que las cosas son como las que se afirma, al margen e independientemente de si alguien, muchos o todos la creen verdadera. La afirmación verdadera puede desprenderse de una determinada teoría o si hay prueba o evidencia a favor de la afirmación.

7. En los campos de la filosofía, la lógica y la epistemología, es frecuente distinguir entre *definiciones* de verdad y *criterios* de verdad[16], o entre la naturaleza de la verdad y los criterios de verdad[17]. Mientras que una definición brinda el significado de la palabra *verdadero*, los criterios de verdad aportan un test o puntos de vista para evaluar si una proposición o un enunciado es verdadera o falsa.

Algunas teorías de la verdad más que plantear definiciones de verdad solo brindan criterios o test que permiten determinar si un enunciado puede ser considerado como verdadero o no. Por ejemplo, se considera que una de las ventajas de la teoría semántica de la verdad es el ser una teoría definicional y no criterial de la verdad; asimismo una de las críticas que se dirige a la teoría de la coherencia es el proporcionar solo un criterio y no una definición de verdad.

---

13 Sin embargo, en la doctrina procesal se sostiene que no se puede dar una noción general de verdad ya que esta es indefinible y lo único que se puede hacer es identificar (y expurgar) algunos malentendidos que oscurecen el discurso acerca de la verdad, véase, por todos: Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 98.

14 Ampliamente, Haack, Susan, *La unidad de la verdad y la pluralidad de verdades*, en *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2008, p. 68.

15 Cfr. Russell, Bertrand, *La teoría monista de la verdad*, en *Ensayos filosóficos*, 8a. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 159.

16 Véase, Haack, *Filosofía de las lógicas*, cit., p. 109.

17 Cfr. Russell, *Sobre la naturaleza de la verdad y la falsedad*, cit., p. 181: "un criterio es una especie de marca de fábrica, esto es, cierta característica comparativamente obvia que es una garantía de autenticidad".

III. PORTADORES DE VERDAD

8. Uno de los problemas vinculados estrechamente a la noción de verdad es el tema de los **portadores de la verdad**[18], denominados también *operadores de la verdad*[19]. Cuando se afirma que algo es verdadero o falso, la respuesta dependerá en buena cuenta de qué se entiende por ese algo. Para algunos, los portadores de verdad son los hechos; para otros, las oraciones, las creencias; unos dirán, los enunciados y otros, las proposiciones. En efecto, el predicado *verdadero* se emplea, a veces, en relación a fenómenos psicológicos (*v. gr.*, juicios o creencias), otras veces en relación con objetos físicos y a veces se presenta haciendo referencia a entes ideales (*v. gr.*, proposiciones)

La respuesta final a los portadores de verdad depende no solo de criterios lógicos, científicos o epistemológicos, sino de la toma de partido por determinadas inclinaciones y postulados filosóficos. Toda teoría de la verdad se apoya y parte de fijar un criterio (o ítem) como portador de verdad y algún otro como verificador del criterio asumido. Como señala Haack, "ya que probablemente la verdad es una propiedad, habría que ser capaz de identificar el tipo de ítem que la posee[20]".

9. Una postura considera que las oraciones son portadores de verdad[21], en especial, las denominadas *oraciones enunciativas*. Por oraciones se entiende una cadena de palabras (o expresiones) del lenguaje natural, gramaticalmente correcta y completa; *v. gr.*, el pasto es verde, abre la ventana, alcanza el plato.

Se distinguen entre tipos de oración e instancias de oración. Una instancia de oración es un objeto físico, una serie de marcas en el papel o las ondas sonoras[22]. Las oraciones están formadas por palabras que pertenecen a un lenguaje específico. Una oración que es verdadera en un lenguaje puede ser falsa en otro lenguaje o carecer de algún significado.

18 Al respecto, y solo de manera ejemplificativa: Goldstein, Laurence / Brennan, Andrew / Deutsch, Max y Lau, Joe, *Lógica. Conceptos claves en filosofía*, Valencia, Universidad de Valencia, 2008, pp. 61 y ss.; Haack, *Filosofía de las lógicas*, cit., pp. 96, 100, 103 y ss.

19 Véase, Puntel, *Verdad como concepto semántico-ontológico*, cit., p. 262.

20 Haack, *Filosofía de las lógicas*, cit., p. 100.

21 Por todos, Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., pp. 60, 62, 66 y 70; Davidson, Donald, *Estructura y contenido de la verdad*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, p. 211; Quine, Willard Van Orman, *Filosofía de la lógica*, 3a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1981, p. 38.

22 Por todos, Haack, *Filosofía de las lógicas*, cit., p. 96.

10. Otra postura estima que los enunciados son portadores de verdad[23]. Los enunciados están compuestos de oraciones que a la vez están formadas por palabras. Las palabras que forman los enunciados no son verdaderas ni falsas. Por enunciado se entiende lo que se dice cuando se emite una oración[24] o los juicios cuya finalidad consiste en la descripción de una realidad o de una parte de la realidad desde algún punto de vista[25]. Los enunciados pueden ser verdaderos o falsos. Un enunciado pretende reflejar un estado de cosas o describir algunos hechos. Sin embargo, el pretender reflejar un estado de cosas o ciertos hechos no convierte al enunciado en verdadero. Una cosa es la pretensión de verdad del enunciado y otra muy distinta es la verdad del mismo[26]. En este sentido, un enunciado es verdadero si y solo si se corresponde con un estado de cosas o refleja un hecho efectivamente ocurrido en la realidad. El que el enunciado sea falso no quiere decir que se niegue un enunciado; lo único que se afecta es el valor de verdad del enunciado.

De los diversos actos lingüísticos o actos del habla que puede realizar una persona (*v. gr.*, órdenes, mandatos, promesas, preguntas, etc.) solo una determinada clase de actos del habla pueden ser verdaderos en la medida que buscan constatar algo. Dichos actos del habla, denominado *actos del habla constatativos*, son las afirmaciones[27].

11. Uno de los planteamientos más extendidos es la que considera que son las proposiciones las portadoras de verdad[28]. Pese a la polisemia y discusión que se teje alrededor de esta definición tanto desde el punto de vista lógico y filosófico[29], es necesario entender proposición como contenido ya sea de un enunciado o de

23 Ampliamente, Austin, John L., *Verdad*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 120. También: González Lagier, Daniel, *Inferencia probatoria*, en *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, Lima, Palestra, 2005, p. 97.

24 Véase, Haack, *Filosofía de las lógicas*, cit., p. 97. En el ámbito jurídico: Guibourg, Ricardo / Echavi, Delia Teresa / Urquijo, María Eugenia, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 36 y ss.; Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, 2a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 22.

25 Cfr. Schaff, ¿Qué entendemos por "*verdad*"?, cit., p. 140.

26 Austin, John L., *Verdad*, cit., p. 130.

27 Véase, Habermas, *Teorías de la verdad*, cit., p. 114.

28 Cfr. Peirce, Charles Sanders, *La base del pragmaticismo en las ciencias normativas*, en *Obra filosófica reunida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, t. II, p. 462; Schaff, ¿Qué entendemos por "*verdad*"?, cit., p. 138: "entendemos por verdad un juicio verdadero o una proposición verdadera, esto es, un juicio o una proposición que se corresponde con la realidad objetiva"; Goldstein/Brennan/Deutsch/Lau, *Lógica. Conceptos claves en filosofía*, cit., p. 64. En contra, Quine, *Filosofía de la lógica*, cit., pp. 22, 30. Para quien: "la acrítica aceptación de las proposiciones entendidas como significaciones de oraciones es una de las varias manifestaciones de un difundido mito: el mito de la significación".

29 Por todos, Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., p. 60.

una creencia. No es correcto identificar la proposición con el vehículo o medio en el cual se expresa (*v. gr.*, timbre de voz, estilo de escritura, situación)[30].

La proposición supone un proceso de abstracción que incide en tomar en cuenta el mensaje o el contenido de lo que se transmite, dejando de lado determinadas características situacionales que son coyunturales y pasajeras.

Finalmente, hay quienes consideran que los portadores de verdad son las creencias dado que la verdad de los enunciados es una noción derivada de la verdad de las creencias. En ese sentido, "un enunciado es verdadero cuando una persona que lo cree, cree con verdad; y falso cuando una persona que lo cree, cree falsamente[31]".

12. En todo caso, lo que debe quedar claro es que los hechos y la realidad objetiva no es ni verdadera ni falsa. Los hechos (o la realidad) existen o no existen, pero no son verdaderos ni falsos. Como señala Schaff: "La realidad objetiva no es ni verdadera ni falsa, simplemente es, existe. Los objetos del mundo exterior —seres humanos, animales, casas, mesas— existen y no tiene ningún sentido aplicarles los adjetivos verdadero o falso[32]". Como lo dijo de manera gráfica Bertrand Russell: "Cuando, por ejemplo, vemos que hace sol, el sol mismo no es "verdadero", pero el juicio "hace sol" sí es verdadero[33]".

Las entidades extralingüísticas no pueden ser verdaderas ni falsas; de las entidades no lingüísticas en todo caso solo puede ser afirmada o negada su existencia, más no propiamente la verdad o falsedad[34].

IV. LAS TEORÍAS DE LA VERDAD

13. A lo largo de la historia de la filosofía se han elaborado diversas concepciones acerca de la verdad, las mismas que se han aglutinado y sistematizado bajo la denominación de las *teorías de la verdad*. El papel central que cumple la verdad en el saber humano lleva a que su noción comprenda una serie de aspectos, problemas, intereses que se recogen en las mencionadas teorías de la verdad[35].

Se reconoce que la denominación genérica y amplia referida a la teoría de la verdad no tiene un significado preciso sino encierra una connotación muy variada en

30 Véase, Goldstein/Brennan/Deutsch/Lau, *Lógica. Conceptos claves en filosofía*, cit., pp. 64 y 65.

31 Por todos, Russell, *Sobre la naturaleza de la verdad y la falsedad*, cit., p. 181.

32 Schaff, ¿Qué entendemos por "*verdad*"?, cit., p. 139.

33 Cfr. Russell, *Sobre la naturaleza de la verdad y la falsedad*, cit., p. 181.

34 Cfr. Ubertis, Giulio, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 16, citando a Rudner.

35 Cfr. Keller, *Teoría general del conocimiento*, cit., p. 117.

el que se recogen un conjunto de posturas y criterios de carácter muy heterogéneo. Más que hablar de una teoría de la verdad, en realidad, se afirma que hay teorías de la verdad que se dividen a su vez en subteorías[36]. Con todo, la denominación de *teorías de la verdad* no es pacífica ni tiene unánime reconocimiento[37].

14. Dentro de las teorías de la verdad más extendidas y de mayor repercusión se encuentra la teoría de la verdad como correspondencia, que tiene su antecedente en la filosofía de Aristóteles y ha sido adoptada por diversos filósofos a lo largo de la historia. Se parte por considerar que la verdad de una proposición consiste en la adecuación de los hechos y la relación con el mundo objetivo. En tiempos recientes, esta postura ha sido asumida por pensadores como Bertrand Russell, Wittgenstein, Tarski, Karl Popper, entre otros. La teoría de la correspondencia posee diversas variantes y manifestaciones, como la teoría lógica-semántica (Tarski), la teoría semántica formal (Tugendhat), la teoría semántica ontológica (Puntel), las teorías lógicas empíricas (Russell, Wittgenstein, Carnap), las teorías dialéctico-materialistas (Marx, Schaff, Horkheimer), entre otras[38].

También merece destacarse la teoría de la verdad como coherencia que remarca la idea de que la verdad consiste en las relaciones de coherencia entre un conjunto de creencias y proposiciones. Sus representantes más destacados son Bradley, Neurath y Rescher.

Otra teoría destacada de la verdad es la teoría pragmática, que se caracteriza por la estrecha relación que promueve entre la verdad y la acción, como destaca la importancia de la verdad para la práctica. La verdad, para el pragmatismo, supone que dicha noción es portadora de un rendimiento práctico que sirve para identificarla y que representa una utilidad en el contexto de la acción humana. Los partidarios más famosos de esta posición son Peirce, James y Dewey.

Una teoría de la verdad que ha logrado una notable acogida en diversos campos, entre ellos el jurídico, es la denominada *teoría consensual o intersubjetiva de la verdad*, que basa su planteamiento en el discurso justificativo, la acción comunicativa, la posibilidad de acuerdo y de consenso racional fundado. Sus partidarios más famosos son Habermas, Appel y Lorenz.

---

36 Cfr. Puntel, *Verdad como concepto semántico-ontológico*, cit., p. 262.

37 Por ejemplo, Moritz Schlick (*Sobre el fundamento del conocimiento*, en A. J. Ayer [compilador], *El positivismo lógico* México, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 220) considera que "debe observarse que la palabra *teoría* es inapropiadamente empleada en este sentido, porque las observaciones sobre la naturaleza de la verdad tienen un carácter completamente distinto del de las teorías científicas, las cuales consisten siempre en sistemas de hipótesis".

38 Véase, Nicolás, Juan Antonio y Frápolli, María José, *La verdad en el centro de la reflexión filosófica*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 19 y ss.

Las diversas teorías de la verdad también se clasifican como teorías prooracionales, teorías fenomenológicas, teorías hermenéuticas, en sus diversas variantes y sentidos[39].

15. Cabe resaltar que las diversas teorías sobre la verdad no se encuentran desligadas entre sí, o poseen una clara autonomía respecto al resto de teorías en giro. Estas etiquetas se basan en criterios clasificatorios que tienen un fin ordenador y de guía útil para un problema central en la filosofía y la vida humana.

Debe quedar claro que cualquier intento de dar cuenta acabada de las teorías de la verdad trasciende de por sí los estrechos límites de este trabajo, por lo que los interesados se deben remitir a las obras generales de filosofía, así como a los estudios monográficos que abordan esta problemática tan ardua como interesante[40]. Solo se analizarán aquí de manera puntual las teorías de la verdad más importantes y que tienen una acogida directa y repercusión en el ámbito jurídico.

IV.1. LA VERDAD COMO CORRESPONDENCIA O ADECUACIÓN

A. La versión clásica de la teoría de la correspondencia

16. La teoría de la verdad como correspondencia o adecuación es la teoría que ejerce mayor influencia y protagonismo entre las teorías de la verdad. Representa el punto de referencia obligado de cualquier teoría de la verdad que se pretende construir[41]. Dicha teoría ha estado vigente desde Aristóteles hasta nuestros días[42]. Por ejemplo, la teoría pragmática de la verdad toma como una de sus referencias centrales a la idea de correspondencia[43]. De igual manera, una variante de la teoría coherentista de la verdad no renuncia a la idea de correspondencia[44].

---

39 Ampliamente, Nicolás/Frápolli, *La verdad en el centro de la reflexión filosófica*, cit., pássim.

40 Al respecto, y solo de manera ejemplificativa: Goldstein/Brennan/Deutsch/Lau, *Lógica. Conceptos claves en filosofía*, cit., pp. 57, 66 y ss.; Haack, *Filosofía de las lógicas*, cit., p. 109; Nicolás/Frápolli, *La verdad en el centro de la reflexión filosófica*, cit., p. 9 y ss.

41 Cfr. Puntel, *Verdad como concepto semántico-ontológico*, cit., p. 258; Nicolás/Frápolli, *La verdad en el centro de la reflexión filosófica*, cit., p. 21.

42 Cfr. Keller, *Teoría general del conocimiento*, cit., p. 117.

43 Véase, James, William, *Concepción de la verdad según el pragmatismo*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 535 y 541; Peirce, Charles Sanders, *La doctrina de las posibilidades azarosas*, en *Obra filosófica reunida*, t. I, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 194: "La verdad consiste en la existencia de un hecho real que corresponde a la proposición verdadera"; Dewey, John, *Proposiciones, asertabilidad garantizada y verdad*, en *La miseria de la epistemología*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2010, pp. 144 y 145.

44 Cfr. Rescher, Nicholas, *Verdad como coherencia ideal*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 523, 526 y 527: "El coherentista, por tanto, no tiene por qué renunciar

La teoría de la verdad como correspondencia ha sido materia de intensos debates, formulaciones y críticas en todas las épocas.

Como sabemos, la formulación más gráfica y clara de esta teoría fue planteada por Aristóteles, quien en su obra *Metafísica* (1011b25) llegó a señalar lo siguiente: "Decir de lo que es, que es, y lo que no es, que no es, es lo verdadero". Esta noción de verdad, así como su desarrollo, se extendió a la largo de la filosofía griega, medieval, moderna y contemporánea.

17. Es posible distinguir entre un **sentido débil** y un **sentido fuerte** de la teoría de correspondencia. En un sentido débil, esta teoría es una intuición de sentido común que debe ser tenida en cuenta por cualquier noción o teoría de la verdad, en la medida que quiera tener valor y alguna relación con la realidad. En un sentido fuerte, la teoría de la correspondencia se encuentra vinculada a una epistemología realista y supone la objetivación del sujeto, que participa en la relación cognoscitiva en cuanto interpreta la relación sujeto-objeto como una relación entre cosas que es posible comparar objetiva y externamente en el mundo[45].

La teoría de la correspondencia tiene como eje central su indiscutible dependencia de la realidad. No hay en sí enunciado, oración, que sea verdadero (portador de verdad), sino porque la realidad la hace verdadera. La verdad de un enunciado no depende de la calidad moral de quien juzga, ni de la elaboración conceptual previa, sino solamente de los hechos y la parcela de la realidad que se juzga. La verdad y la falsedad siempre tienen una base objetiva que es la realidad[46]. Es real —dice Peirce— aquello que tiene tales y cuales caracteres, ya piense alguien que tiene esos caracteres o no[47]. El lenguaje es importante, pero más decisiva es la relación de un enunciado con el mundo, pues, como señala Quine: "No hay oración que sea verdadera sino porque la realidad la hace verdadera"[48]. En la historia de la filosofía, el tema de la

---

a la adecuación. Si bien el coherentista define la verdad en términos de coherencia ideal, continúa aceptando el principio de adecuación".

45 Ampliamente, Nicolás/Frápolli, *La verdad en el centro de la reflexión filosófica*, cit., pássim.

46 Cfr. Russell, *Sobre la naturaleza de la verdad y la falsedad*, cit., pp. 182 y 185: "Advertimos, que, cuando juzgamos con verdad, ha de encontrarse fuera de nuestro juicio alguna entidad que de algún modo le corresponda, mientras que cuando juzgamos con falsedad no existe tal entidad correspondiente". Véase también Peirce, *La base del pragmaticismo en las ciencias normativas,* cit., p. 468.

47 Peirce, *Qué es el pragmatismo*, cit., p. 423.

48 Quine, *Filosofía de la lógica*, cit., pp. 34, 163 y 35: "Hablar de la verdad de una oración determinada no es más que dar un rodeo: lo mejor es decir la oración y hablar así no acerca del lenguaje, sino acerca del mundo. Mientras nos refiramos sólo a la verdad de oraciones aisladamente dadas, la teoría perfecta de la verdad será siempre la que Wilfried Sellars llamó teoría de la desaparición de la verdad". Luego señala: "el predicado *verdad* nos advierte que, pese a la ascensión semántica que nos hace hablar de oraciones, seguimos con la vista puesta en el mundo" (p. 37).

realidad ha sido siempre el núcleo sobre el que se ha levantado la noción de verdad. No es posible edificar una idea de verdad al margen, de espaldas y sin considerar de modo alguno a la realidad[49].

18. Detrás de la teoría de la correspondencia se aglutinan una serie de planteamientos, con grandes similitudes, y a la vez diferencias entre sí, en los que se toman en cuenta criterios propios de la filosofía del lenguaje, como la teoría semántica o la teoría verificacioncita (no semántica), como es el caso del neopositivismo; o criterios de filosofía política como ocurre con el materialismo dialéctico[50]. En todo caso, se trata de variantes que reconocen y parten de un fondo común.

La teoría de la correspondencia constituye la teoría de la verdad más extendida en el campo de la filosofía, la epistemología y en los múltiples campos del saber humano. Ha sido la teoría predominante en el siglo XX y en la actualidad.

Una las nociones más problemáticas de la teoría de la correspondencia es establecer el sentido de lo que se entiende por adecuación[51]. Al respecto existe una pluralidad de acepciones[52]. Algunos interpretan adecuación como referida a la identidad[53] y otros como referida al reflejo de la realidad en la mente (teoría del reflejo)[54]. Se habla también de una relación múltiple del espíritu, con los otros varios términos del que se ocupa el juicio[55].

B. La teoría semántica de la verdad

19. Si la teoría de la correspondencia es la teoría de la verdad que más influencia ha ejercido, la teoría semántica es la teoría de la correspondencia más extendida y la más ampliamente aceptada en los campos de la filosofía[56], la lógica, la epistemología[57] y el derecho[58].

---

49 Cfr. Puntel, *Verdad como concepto semántico-ontológico*, cit., p. 278.

50 Al respecto, Schaff, ¿Qué entendemos por "*verdad*"?, cit., pp. 136 y ss.

51 Cfr. Keller, *Teoría general del conocimiento*, cit., p. 119.

52 Véase, James, *Concepción de la verdad según el pragmatismo*, cit., p. 541.

53 Cfr. Puntel, *Verdad como concepto semántico-ontológico*, cit., p. 282.

54 Cfr. Schaff, ¿Qué entendemos por "*verdad*"?, cit., pp. 140, 141 y 149.

55 Véase, Russell, *Sobre la naturaleza de la verdad y la falsedad*, cit., pp. 189 y ss.

56 Cfr. Carnap, Rudolf, *Observaciones sobre la inducción y la verdad*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 111 y ss.; Davidson, *Estructura y contenido de la verdad*, cit., p. 189 y ss., aunque con ciertas precisiones.

57 Cfr. Popper, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, 2a. ed., 1a. reimp., Madrid, Tecnos, 2011, p. 322, nota; Popper, Karl R., *Conjeturas y refutaciones*, pp. 152, 217, 264 y ss.

58 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 67; Ferrua, Paolo, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, en *La prova nel dibattimento penale*, 4a. ed., Torino,

La concepción semántica reivindica y hace justicia a las intuiciones vinculadas a la concepción aristotélica de la verdad, de las que toma en cuenta su idea básica. Se trata de una versión moderna y mejorada de la noción aristotélica de la verdad[59]. Es un planteamiento de orientación lingüístico-analítico que entiende a la verdad como una propiedad del lenguaje y, en concreto, de los enunciados lingüísticos[60].

La semántica es una disciplina que se ocupa de ciertas relaciones entre las expresiones del lenguaje y los objetos (o estados de cosas) al que se refieren esas expresiones. Las nociones de la semántica están comprendidas en varias áreas de la ciencia empírica; sin embargo, el dominio más fértil para el desarrollo de la semántica es la lingüística como estudio empírico de los lenguajes naturales. Los conceptos semánticos típicos son los de designación, satisfacción y definición. Mientras que las palabras designan, satisfacen y definen relaciones (entre ciertas expresiones y los objetos a los que se refieren estas expresiones), la palabra *verdadero* posee una naturaleza lógica diferente en cuanto expresa una propiedad (o denota una clase) de ciertas expresiones como son las oraciones[61].

Giappichelli, 2010, p. 347; Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., p. 16; Ubertis, Giulio, *Profili epistemologici della prova*, en *La prova nel processo civile,* vol. II, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, p. 463; Taruffo, Michele, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, en *Discusiones*, N.° 3, 2003, p. 39; Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 118, 170, 180 y ss.; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 98 y ss.; Taruffo, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, pp. 13 y ss.; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Ni fiscal ni instructor, ni Habermas "procesalista" (a pesar de Vives Antón)*, en *Jueces para la democracia*, N.° 16 y 17, 1992, p. 57 y ss.; Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 19; Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 49; González Lagier, *Inferencia probatoria,* cit., p. 99. Luego, González Lagier matiza su criterio asumiendo una posición pragmática-realista de la verdad que va de la mano con una concepción propia del realismo pragmático en el derecho. No es que se abandone la teoría correspondentista de la verdad, sino que se enfatiza que ella depende de los esquemas conceptuales y las teorías que se utilizan en la averiguación y determinación de los hechos como también de los objetivos y valoraciones sociales.

59 Cfr. Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., p. 79 y 84: "En lo que a mí respecta, no tengo duda alguna de que nuestra formulación se conforma al contenido intuitivo de la de Aristóteles. Estoy menos seguro respecto de las formulaciones posteriores de la concepción clásica, pues son, por cierto, muy vagas".

60 Cfr. Keller, *Teoría general del conocimiento*, cit., p. 120.

61 Véase, Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., pp. 64 y 65: "Acaso valga la pena decir que la semántica, tal como se la concibe en este trabajo (y en trabajos anteriores del autor), es una disciplina sobria y modesta que no tiene pretensiones de ser una panacea universal para curar todos los males y las enfermedades de la humanidad, sean imaginarios o reales. No se encontrará en la semántica remedio alguno para la caries dental, el delirio de grandeza o los conflictos de clase. tampoco es la semántica un artificio para establecer que todos, con excepción del que habla o sus amigos, dicen disparates".

La primera preocupación de la teoría semántica es proporcionar una definición de la verdad que sea materialmente adecuada y formalmente correcta. La noción materialmente adecuada parte por dotar de significado una noción vieja con la suficiente precisión a fin de que cualquiera pueda determinar si la definición cumple su tarea. Por su parte, la corrección formal de la verdad supone dar las reglas formales a las que se debe someter la definición de verdad describiendo la estructura formal del lenguaje en el que se dará la definición[62].

20. Según Tarski, la noción de verdad debe relacionarse con las oraciones enunciativas de un determinado lenguaje específico, ya que una misma expresión que es una oración verdadera en un lenguaje puede ser falsa o carente de significado en otro[63]. Una frase o una oración solo puede definirse dentro de la lengua específica a la que pertenece. La concepción semántica posee una relación directa con la teoría del lenguaje, toda vez que "las convenciones fundamentales que regulan el uso de cualquier lenguaje requieren que toda vez que nos pronunciemos acerca de un objeto, sea el nombre del objeto el que se emplee y no el objeto mismo. Por consiguiente, si deseamos decir algo de una oración —por ejemplo, que es verdadera— debemos usar el nombre de esa oración y no la oración misma[64]".

La definición de la verdad se vuelve rigurosa en aquellos lenguajes cuya estructura y composición se ha especificado exactamente, como es el caso de los lenguajes formalizados. En el caso de otros lenguajes como, por ejemplo, los lenguajes naturales o hablados el significado de la verdad es más o menos vago, y su solución solo puede ser aproximada, nunca definitiva[65].

Una de las nociones íntimamente ligadas a la definición de verdad es la de *satisfacción,* a la que se define señalando que ciertos objetos satisfacen una función si esta se convierte en una oración verdadera cuando reemplazamos sus variables libres por nombres de los objetos dados. Para una oración hay solo dos casos posibles: una oración, o bien es satisfecha por todos los objetos, o no es satisfecha por objeto alguno. Como en la matemática y en la lógica, se apunta que la noción de verdad no coincide con la de demostrabilidad, pues todas las oraciones demostrables son verdaderas, pero hay oraciones verdaderas que no son demostrables[66].

62 Véase, Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., pp. 59 y 60.

63 Véase, Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., p. 60.

64 Véase, Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., p. 63.

65 Véase, Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., pp. 73, 74 y 76.

66 Véase, Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., p. 68.

La teoría semántica de la verdad no tiene la pretensión de ser la única correcta o la única posible en la definición de verdad, máxime si la misma palabra encierra una clara ambigüedad en la que no es posible alcanzar una solución clara y definitiva. Frente a las diversas teorías de la verdad, es posible que nos veamos frente a diversas concepciones de la verdad, incompatibles entre sí pero igualmente claras y precisas[67].

21. Una de las ventajas de la teoría semántica es que se ajusta y amolda a las diversas posiciones gnoseológicas que se pueda tener. Se considera que es completamente neutral con el caso del realismo ingenuo, el realismo crítico, el idealismo, el empirismo o una posición metafísica[68].

El mérito de Tarski fue restablecer la teoría de la verdad como correspondencia (que se había tornado en especulativa y altamente sospechosa), reivindicando la idea de la relación de la verdad con los hechos. Lo básico de esta posición es que al hablar de correspondencia con los hechos debemos usar un metalenguaje en el que podemos hacer referencia a dos cosas: a los enunciados y a los hechos a los que se refieren estos enunciados[69].

C. La teoría de la verdad como correspondencia en el derecho

22. En el ámbito jurídico se afirma que la concepción general de verdad que es más adecuada al proceso judicial resulta ser la semántica, que define las condiciones de uso del término *verdadero*, independientemente de las convicciones epistemológicas de cada uno[70]. Se opta por una teoría correspondentista de la verdad radicalmente porque, independientemente de lo que es conocido o puede ser conocido por un sujeto, la verdad o falsedad de un enunciado está al margen de nuestras creencias[71].

La concepción semántica de la verdad no supone la negación de que la justificación de la decisión judicial pueda ser falsa o que en determinado caso pueda haber una reconstrucción equivocada de los hechos. Ella permite la crítica a las decisiones judiciales consideradas injustas, bien porque se establece la condena a un inocente (o la absolución de un culpable), bien porque y dicha reconstrucción equivocada

67 Véase, Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., pp. 78 y 79.

68 Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., p. 86.

69 Por todos, Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., pp. 275 y ss.

70 Cfr. Ubertis, *Profili epistemologici della prova*, cit., p. 463.

71 Cfr. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., p. 18.

se basa en la ausencia de elementos cognoscitivos o en la defectuosa valoración de la prueba introducida al proceso[72].

La teoría semántica de la verdad constituye uno de los pilares fundamentales del garantismo[73]. Dicha teoría se relaciona de manera directa con el principio de estricta legalidad en materia penal[74], pues para sostener la afirmación de que una persona cometió un delito necesariamente tendrá que comprobarse la relación de correspondencia entre el enunciado fáctico y el hecho descrito en la norma penal. El carácter delictuoso de una conducta pasa tanto por la descripción de que realiza la ley penal como por que dicha conducta se subsume en la descripción legal y por qué el enunciado descrito por el Ministerio público se corresponde con el hecho que ha ocurrido en la realidad. La determinación o no de una conducta como delictiva no pasa por el consenso, por los criterios de utilidad, de conveniencia social o por el mayor o menor grado de aceptación o repudio que subsista acerca del carácter reprobable del acto.

23. En efecto, en el campo del derecho procesal, tanto penal y civil, la asunción de la teoría de correspondencia es predominante. Por ejemplo, se afirma que "la verdad del enunciado histórico que forma parte del enunciado factual del proceso y de la sentencia supone una relación de correspondencia entre una entidad lingüística y otra entidad extralingüística"[75]. La correspondencia no es un criterio de verificación, sino el significado del término *verdadero* que es compatible con cualquier teoría epistémica de la verdad[76]. También en el campo de la filosofía del derecho y desde la perspectiva de la epistemología judicial[77] se asume la posición de la verdad como correspondencia semántica.

---

72 Cfr. Tuzet, Giovanni, *Filosofía de la prueba jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 96: "los jueces o jurados podrían creer en su fuero interno que un sujeto es culpable, pero reconocer que no se produjeron elementos suficientes en su contra, así como podrían creer que no lo es, pero constatar que hay elementos suficientes para inculparlo"; Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., pp. 18 y 19.

73 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, pp. 67 y ss.; Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 74; Andrés Ibáñez, *Ni fiscal ni instructor, ni Habermas "procesalista"*, cit., p. 57.

74 Cfr. Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 74 y ss.

75 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 347.

76 Cfr. Andrés Ibáñez, *Ni fiscal ni instructor, ni Habermas "procesalista"*, cit., p. 57.

77 Cfr. González Lagier, *Inferencia probatoria,* cit., p. 99; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 19: "la aceptación del concepto de verdad como correspondencia, por ser éste el más adecuado para dar cuenta de las exigencias de la aplicación del derecho: aplicar la norma que prescribe una consecuencia jurídica para el caso que se dé el hecho *h* requiere que se haya producido *h* y, por tanto, que los enunciados que se declaran probados en el proceso se correspondan con lo ocurrido en el mundo"; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases*

De manera general, se sostiene que la búsqueda de la verdad se basa en la correspondencia de los enunciados con los hechos ocurridos y no en teorías como la de la coherencia y la aceptabilidad de los enunciados[78]. La verdad no tiene que ver con el mayor o menor consenso que puede haber en la sociedad, en determinado contexto, acerca de cómo han ocurrido ciertos hechos. Una hipótesis o teoría que es aceptada por la sociedad y que tiene un alto nivel de coherencia puede llegar a ser falsa[79]. El consenso puede partir del error y de la afirmación de hechos falsos.

24. Uno de los procesalistas y juristas más importantes del siglo XX, Michele Taruffo, se decanta de manera clara por la teoría de la verdad como correspondencia, a la cual reconoce como la única postura válida a nivel del proceso, tanto civil como penal. Así, por ejemplo, ha sostenido que este concepto de verdad es el único que resulta sensato en el contexto del proceso[80] y que es necesario adoptar una concepción *correspondentista* de la verdad, de ninguna manera "ingenua" y críticamente madura[81], según la cual la verdad externa existe y constituye el baremo de medida, el criterio de referencia que determina la verdad o falsedad de los enunciados que se ocupan de ella[82]. Señala que existen razones filosóficas y epistemológicas de notable

---

argumentales de la prueba, cit., pp. 49, 50, 51, 52 y 60: "si decir que un enunciado fáctico es verdadero significa que los hechos que describe han sucedido, el concepto de verdad requerido por el cognoscitivismo es el semántico de la verdad como correspondencia o adecuación, no el de verdad como coherencia o como aceptabilidad justificada. Estos últimos pueden ser un test o criterio de verificación, pero no son la verdad"; Gascón Abellán, Marina, *Concepciones de la prueba. Observación a propósito de "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", de Michele Taruffo*, en *Discusiones*, N.° 3, 2003, pp. 44 y ss.; Gascón Abellán, Marina, *Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2002, N.° 19, p. 490: "el cognoscitivismo presupone, de un lado, una tesis epistemológica mínimamente realista (existen hechos independientes que podemos conocer) y, de otro, el concepto semántico de la verdad como correspondencia (entre el enunciado y los hechos que describe), y no el sintáctico de la coherencia o el pragmático de la aceptabilidad justificada". Luego señala: "creo que la adopción de un concepto correspondencialista de verdad (y la subyacente tesis epistemológica realista) supone atribuir a la contrastación empírica el papel de criterio principal de verdad" (p. 491).

78 Cfr. González Lagier, *Inferencia probatoria,* cit., p. 99: "De manera que la palabra verdad, tanto en la expresión verdad material como en la expresión verdad procesal significa correspondencia con la verdad, así que aquí no encontramos razones para sostener que sean dos tipos de verdades".

79 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 67; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 313; Ferrua, Paolo, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, en *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, editado por Letizia Gianformaggio, Bogotá, Temis, 2008, p. 236.

80 Taruffo, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, cit., p. 39; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 118, 170, 180 y ss.; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 98; Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, cit., pp. 13 y ss.

81 También a favor del realismo no ingenuo: Tuzet, *Filosofía de la prueba jurídica*, cit., p. 93.

82 Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 95.

importancia a favor de acoger la idea base de la verdad como correspondencia, aunque se deja abierto el problema de los métodos para la determinación de la verdad[83]. A su favor, alega, por lo menos, dos argumentos:

El primer argumento es que la norma sustantiva que usa el juez como criterio para la decisión presupone la *konkrete Tatbestand* (es decir, el hecho jurídicamente calificado que es objeto de la decisión) se haya verificado efectivamente fuera del proceso y de sus narraciones, esto es, en el mundo de los acontecimientos reales empíricos, históricos, materiales. Si dicho hecho no se ha producido "en la realidad", no se puede aplicar la norma, y si se aplica, es suficiente para calificar como injusta la decisión. La segunda razón es que en el proceso se usan pruebas y que estas no sirven para producir narraciones, sino para proporcionar informaciones sobre acontecimientos que se conjetura que sucedieron fuera del proceso. En cierto sentido, la prueba es el nexo entre los discursos que se hacen en el proceso y los acontecimientos del mundo real: una película muestra "lo que sucedió"; una grabación permite oír "lo que se ha dicho"; un testigo veraz narra "lo que se ha visto o ha escuchado" en el mundo de los hechos reales. Mediante este nexo el juez reconstruye "la realidad" de los hechos relevantes para la decisión[84].

A ello se agrega que la administración de la justicia tiene que ver con fenómenos del mundo real y no con imaginaciones, sueños o novelas. La idea de que se debe ganar o perder una causa sobre la demostración de la efectiva realidad de los hechos (además de la correcta interpretación de las normas) es un lugar común y obvio. Asimismo, está de por medio la exigencia de que se considere en el proceso la posibilidad de una correspondencia entre la determinación judicial de los hechos y los eventos del mundo real a los que la decisión se refiere[85]. Nadie discute la importancia de las narraciones y diálogos del proceso y, en general, no se puede desdeñar las estructuras del discurso, pero lo más importante es determinar si las narraciones de los hechos que realizan los actores del proceso, entre los que se incluye al juez, tienen o no alguna correspondencia con la verdad[86].

La teoría de la verdad como correspondencia es aplicable a cualquier clase y tipo de hechos que el juez deba verificar[87], ya sea que se traten de hechos materiales, de hechos institucionales producidos en contextos sociales extremadamente sofisticados y complejos, de hechos psíquicos o de cualquier otro tipo.

83 Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 170.

84 Taruffo, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, cit., p. 39.

85 Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 171.

86 Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 171 y 172.

87 Taruffo, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, cit., p. 40.

D. Críticas

25. Las críticas que se dirigen a la teoría clásica de la correspondencia remarcan de que no es capaz de definir los términos de la relación de correspondencia y de ofrecer un criterio operativo de verdad[88]. La denominada relación de correspondencia no se clarifica de manera suficiente, acabada y puntual al existir una serie de problemas para alcanzar su definición[89] (vaguedad, indeterminación, etc.); de tal manera que la noción de verdad como correspondencia hace inútil el concepto de verdad.

Se remarca —como crítica general a cualquier variante de la teoría de la correspondencia— que no es posible comparar las palabras (o las creencias) de una persona con el mundo, toda vez que el intento siempre debe concluir con la adquisición de más creencias. No se explica cómo es posible comparar y relacionar los enunciados y la realidad, peor aún si tienen un sentido completamente diferente, amén de que no se precisa cómo es posible determinar la estructura de los hechos[90]. Se apunta, además, que no proporciona claridad a los vehículos de verdad (sean oraciones, enunciados) que puede decirse que correspondan[91].

Asimismo, no queda claro qué se entiende por *intellectus* y por *cosa* como nociones básicas para entender la relación de adecuación o de ajuste[92]. Los hechos o la realidad muchas veces no se reflejan ni se adecuan de manera satisfactoria con la mente o los pensamientos, tal como lo acreditan los casos de percepción falsa de los hechos. El intelecto y la propia conciencia no son un espejo perfecto que refleja la estructura y composición del mundo real como para que se considere que hay efectivamente una relación de correspondencia.

26. Asimismo, se destaca que, pese al intento de brindar una definición materialmente adecuada y formalmente correcta, Tarski no logró cumplir su cometido, ya que, como dice Davidson, "Lo que está claro es que Tarski no definió el concepto de verdad, ni siquiera aplicado a oraciones. Tarski mostró cómo definir un predicado de verdad para cada uno de entre un conjunto de lenguajes que se comportan bien, pero sus definiciones, por supuesto, no nos dicen qué tienen en común estos predicados[93]".

---

88 Cfr. Nicolás/Frápolli, *La verdad en el centro de la reflexión filosófica*, cit., p. 21.

89 Cfr. Haack, *Filosofía de las lógicas*, cit., pp. 113 y 117.

90 Por todos, Hempel, Carl, *La teoría de la verdad de los positivistas lógicos*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 506.

91 Véase, Davidson, *Estructura y contenido de la verdad*, cit., p. 219.

92 Cfr. Keller, *Teoría general del conocimiento*, cit., p. 119.

93 Cfr. Davidson, *Estructura y contenido de la verdad*, cit., pp. 198 y 208: "Mi propio punto de vista es que Tarski no ha dicho mucho de lo que queremos saber acerca del concepto de verdad, y de que debe haber más. Debe haber más porque no hay ninguna indicación en el trabajo formal de

Otra de las objeciones contra la teoría semántica es que, pese a partir del lenguaje en el estudio de la verdad, no relaciona a esta con el uso (o los usos) del lenguaje en determinados contextos, al mismo tiempo que su mayor utilidad se encuentra en la aplicación de los lenguajes formalizados (lógica, matemática, etc.) y no resulta útil en el caso de los lenguajes naturales y de uso corriente (lenguaje coloquial), peor aun cuando el concepto de verdad debe estar relacionado con el intercambio lingüístico real. En efecto, a este criterio se le reprocha, luego de reconocer su innegable logro técnico, de que solo sirve para las fórmulas logradas de los lenguajes formales (lógicos y matemáticos), pero no para todas las proposiciones de los lenguajes naturales[94]. La tarea de emprender para la concepción semántica una teoría de la verdad para el lenguaje coloquial, si no es imposible, es extremadamente compleja y los resultados no son para nada positivos, debido a la indeterminación y profunda vaguedad de esta clase de lenguaje[95].

También se le reprocha el no abordar el análisis de criterios vinculados inevitablemente al concepto de verdad como son los conceptos de *creencia*, *significado* y demás actitudes proposicionales[96].

E. Conclusión

27. La teoría de la verdad como correspondencia, pese a las críticas que se le formula, es la teoría de la verdad que se debe asumir en el derecho, pues dicha teoría parte de relacionar los enunciados y proposiciones con la realidad externa. La verdad de los enunciados solo se puede sostener cuando se contrastan con los hechos de la realidad a los que se refieren. Constituye la teoría de la verdad que más se ajusta a la naturaleza y al fin del proceso (aplicación del derecho a través de una reconstrucción de los hechos planteados por las partes), a las instituciones procesales (postulación de pretensiones y pruebas, contradictorio y debate, sentencia, etc.) y, sobre todo, a la prueba jurídica.

Se trata, en buena cuenta, de una teoría realista, no puramente lógica, formal o ideal.

Tarski de qué es lo que sus distintos predicados de verdad tienen en común, y esto debe formar parte del contenido del concepto".

94 Ampliamente, Haack, *La unidad de la verdad y la pluralidad de verdades*, cit., p. 80 y ss.

95 Ampliamente lo reconoce: Puntel, *Verdad como concepto semántico-ontológico*, cit., p. 260; Keller, *Teoría general del conocimiento*, cit., p. 121.

96 Véase, Davidson, *Estructura y contenido de la verdad*, cit., pp. 208 y 243.

IV.2. LA TEORÍA PRAGMÁTICA DE LA VERDAD

A. Planteamiento general

28. El pragmatismo[97], como corriente del pensamiento que se inicia a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, refleja una serie de postulados de representantes de la filosofía americana que, a partir de Peirce, James, Dewey y otros autores, participan de una concepción común de la filosofía que se opone al puro racionalismo y al formalismo al tomar en cuenta la estructura y composición del mundo real[98]. Para esta doctrina, la praxis (acción) es la fuente, el contenido y la finalidad de todo conocimiento y de todo valor. Se trata de una *filosofía de la acción*, personal y social.

El pragmatismo no es una doctrina ni una filosofía metafísica, sino un método para averiguar los significados de las palabras difíciles y los conceptos abstractos, que no es otro que el método experimental, propio de las ciencias[99]. Esta filosofía, según reconocen sus cultores, está muy cercana al positivismo y lo que la distingue es que mantiene una filosofía purificada, la aceptación del cuerpo principal de creencias instintivas, e insiste en mantener la concepción de la verdad del realismo escocés[100].

29. Frente a la dualidad tradicional de la metafísica que utiliza la noción del sujeto y el objeto, se asigna un lugar central a la acción humana que permite integrar y explicar la relación "sujeto-objeto". Ya no se trata de una simple relación pasiva, solitaria entre un "yo" y la "materia", o el mundo circundante, sino de una relación activa, dinámica en la que el sujeto y el objeto se relacionan a través de la praxis y la acción.

El conocimiento no es algo estático que dependa solo de las condiciones del sujeto, sino que aparece como un proceso continuo, temporal que lleva a revisar de manera constante el sistema de creencias. La investigación importa tanto para el pasado como para el presente, pero, en especial, para el futuro, y aparece como la acción de un conjunto de hombres que buscan lograr, a través de una empresa conjunta, el desarrollo de la sociedad.

---

97 Para una historia detallada de cómo se inició el pragmatismo, véase: Peirce, *Qué es el pragmatismo*, cit., pp. 482 y ss.

98 Son célebres las palabras de James respecto a que mientras el pragmatismo mira al futuro, el racionalismo se orienta a la eternidad pasada; véase, James, *Concepción de la verdad según el pragmatismo*, cit., p. 547.

99 Cfr. Peirce, Charles Sanders, *Pragmatismo*, en *Obra filosófica reunida*, t. II, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 484.

100 Por todos, Peirce, *Qué es el pragmatismo*, cit., p. 419.

Uno de los conceptos capitales del pragmatismo es el concepto de la verdad[101], el cual postula la necesidad —sin renunciar a lo noción de correspondencia— de conectarla con la referencia a determinadas consecuencias prácticas, a criterios de utilidad y de verificación empírica. Para el pragmatismo, la noción de utilidad es la base y el núcleo de todo significado. En efecto, la noción de utilidad ocupa un lugar central y protagónico. El conocimiento y la creencia (aun si no es científica) se justifica si es que funciona satisfactoriamente. Aquí la verdad se relaciona estrechamente con las consecuencias del quehacer práctico y su oposición a mantener un criterio metafísico idealista desconectado de la praxis.

Es frecuente la distinción entre la corriente clásica del pragmatismo (Peirce, James, Dewey) y la corriente neopragmatistas, entre los que se cuentan Quine, Putnam, Rorty y otros. Lo que distingue a ambas corrientes, que comparten un mismo tronco y raíces comunes, son básicamente dos cuestiones[102]. Por un lado, el denominado *giro lingüístico* del neopragmatismo por el que se abandonó la idea frecuente y repetida de la experiencia para ahondar en la problemática del lenguaje. Por otro lado, se encuentra la relativización de la importancia del método científico[103], que era uno de los pilares fundamentales del pragmatismo clásico. La ciencia, más que gozar de una estrategia cognoscitiva, es una suma y conjunto de virtudes morales[104]. También se destaca que los neopragmatistas no están interesados, como sí ocurría con el pragmatismo clásico, en la problemática de la filosofía moral y la filosofía social.

B. La posición de Peirce, James y Dewey sobre la verdad

30. Es muy famosa y extendida la definición de Peirce sobre la verdad, a la que entiende de la siguiente forma "la opinión destinada a ser aquella con la que todos los que investigan estarán de acuerdo finalmente es lo que entendemos por verdad, y el objeto representado en esta opinión es lo real[105]". La realidad es independiente,

101 Richard Rorty (*La verdad sin correspondencia*, en *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 572) considera a la teoría de la verdad de esta escuela filosófica como "la más famosa doctrina pragmatista".

102 Cfr. Rorty, *La verdad sin correspondencia*, cit., p. 564.

103 Cfr. Putnam, Hilary, *Las mil caras del realismo*, Barcelona, Paidós, 1994, p. 139.

104 Véase, Rorty, *La verdad sin correspondencia*, cit., p. 578.

105 Peirce, Charles Sanders, *Cómo esclarecer nuestras ideas*, en *Obra filosófica reunida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, t. I, pp. 186 y 187: "Nuestra perversidad y la de otros pueden posponer indefinidamente el establecimiento de la opinión; podría incluso causar concebiblemente que una proposición arbitraria fuese aceptada universalmente mientras dure la raza humana. No obstante, ni siquiera eso cambiaría la naturaleza de la creencia, que sólo podría ser el resultado de la investigación llevada lo suficientemente lejos; y si, tras la extinción de nuestra raza, surgiera otras con las facultades y la disposición para la investigación, esa opinión verdadera tendría que

no necesariamente del pensamiento en general, sino solo de lo que usted o yo o cualquier número finito de hombres piensen de ella. En sentido semejante, afirmó: "todos esperamos que las diferentes investigaciones científicas que estamos llevando a cabo conduzcan, finalmente, a alguna conclusión definitivamente establecida, una conclusión que tratamos de anticipar en alguna medida. El acuerdo sobre esa proposición última que anhelosamente anticipamos, el acuerdo sobre eso, cualquier cosa que resulte ser, es la verdad científica[106]".

Peirce señala que hay una sola cosa necesaria para aprender la verdad: el deseo activo y enérgico de aprender lo que es verdadero. "Si quieres aprender la verdad, seguro que llegarás a ella, finalmente, sin importar lo tortuoso que sea el camino. No importa lo erróneas que pueden ser tus ideas sobre el método al principio, pues serás forzado a la larga a corregirlas, siempre que tu actividad esté motivada por ese deseo sincero. Incluso, aunque al principio lo desees solo a medias, si puede continuarse la experiencia lo suficiente, ese deseo conquistará a la larga a todos los demás. Pero cuanto más verazmente se desea la verdad, desde el punto de partida, más corto, por siglos, será el camino a ella[107]". Ello, en buena medida, depende de la voluntad de aprender, que a la vez supone una insatisfacción con el estado de opinión propio. La investigación tiene que ser provocada por una duda definida o al menos por una interrogación, lo cual implica reconocer, primero, la sensación de que no sabemos algo, segundo, un deseo de saberlo y, tercero, un esfuerzo —que implica la disposición a trabajar— para ver cómo puede ser realmente la verdad[108].

31. Existen cuatro formas de neutralizar la correcta búsqueda de la verdad y una investigación: i) mediante una aserción absoluta por la cual no podemos estar seguros de nada en la ciencia; ii) sostener que determinados cosas, hechos o situaciones no pueden conocerse (es relativamente sencillo sostener que una pregunta no tiene hoy una respuesta, lo cual no significa que no pueda contestarse en algún momento dado el desarrollo de la ciencia y el conocimiento); iii) sostener la afirmación frecuente de que este u otro elemento de la ciencia es básico, último, independiente de todo lo demás y totalmente inexplicable; iv) sostener que esta o

---

ser aquella a la que llegarían finalmente. La verdad que cayó abatida se alzará otra vez, y la opinión que resultará de la investigación no dependería de lo que cada quien pudiera efectivamente pensar".

106 Peirce, Charles Sanders, *Sobre la lógica de extraer la historia de los documentos antiguos*, en *Obra filosófica reunida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, t. II, p. 142.

107 Peirce, Charles Sanders, *La primera regla de la lógica*, en *Obra filosófica reunida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, t. II, p. 98.

108 Peirce, *La primera regla de la lógica*, cit., p. 99.

aquella ley o verdad ha encontrado su última y perfecta formulación y que el curso ordinario de la naturaleza no puede ser penetrado nunca[109].

La idea de verdad se encuentra ligada a las creencias que una persona puede tener. Las creencias —dice Peirce— no son un modo momentáneo de la conciencia: son un hábito de la mente que perdura esencialmente durante algún tiempo y que, son en su mayor parte (al menos), inconscientes; y como otros hábitos, están perfectamente satisfechas consigo mismas. La duda es un género completamente contrario. No es un hábito, sino la privación de un hábito[110]. Para que haya diferencia entre dos creencias diferentes sobre la misma cuestión se debe considerar la diferencia en la conducta que se deriva de adoptar una creencia u otra. Si no existe diferencia en la conducta, ambas creencias no son efectivamente diferentes. No obstante, una creencia puede llevar a que una persona elija determinadas proposiciones a las que designa con la palabra *verdad* solo para expresar la determinación de aferrarse a su elección[111].

32. Uno de los representantes más conspicuos del pragmatismo es William James (1842-1910). Su noción de verdad parte de una base intuitiva y reconoce el significado literal como adecuación a la realidad, así como la falsedad significa inadecuación con la realidad. Las ideas verdaderas son las que podemos asimilar, hacer válidas, corroborar, verificar; las ideas falsas son las que no. La verdad es un proceso, no es algo inmóvil, estancado, sino que se hace cierta por los acontecimientos, lo que lleva a considerarla como un proceso consistente en la verificación. La posesión de pensamientos verdaderos es la posesión de valiosos instrumentos de acción[112].

James expresa tajantemente que la verdad "lejos de ser un fin en sí mismo, es solamente un medio preliminar de otras satisfacciones vitales". La noción de *verdad* y *utilidad* se encuentran estrechamente vinculadas. Por ello se afirma que es "útil porque es verdadera" o que es "verdadera porque es útil". La verdad siempre conduce a algo que vale la pena, a lo que es útil o genera satisfacciones. La Verdad, en singular y con mayúscula, exige abstractamente ser reconocida, pero las verdades concretas, en plural, necesitan ser reconocidas solo cuando es conveniente. El valor práctico de las ideas verdaderas se deriva de la importancia práctica de sus objetos para nosotros. Los objetos no son importantes en todo momento y, puesto que todo objeto puede, llegado el momento, ser temporalmente importante, es posible que se posea una reserva de verdades extra[113].

109 Peirce, *La primera regla de la lógica*, cit., pp. 100 y 101.
110 Peirce, *Qué es el pragmatismo*, cit., p. 417.
111 Peirce, *Cómo esclarecer nuestras ideas*, cit., p. 185.
112 James, *Concepción de la verdad según el pragmatismo*, cit., pp. 535 y 536.
113 James, *Concepción de la verdad según el pragmatismo*, cit., p. 537.

Una de las nociones con las que trabaja James el concepto de verdad es la de verificación que le permite adquirir su carácter dinámico. En la constatación de una proposición se aceptan tanto las verificaciones directas como las indirectas. Se afirma que: "donde la evidencia circunstancial basta, no necesitamos testimonio ocular". Los procesos que se verifican indirectamente o solo potencialmente pueden ser tan verdaderos como los procesos plenamente verificados. La mayoría de ideas no admiten el careo y la contrastación directa con la realidad. Otra de las nociones con la que se trabaja es la de la creencia. La verdad descansa en un gran caudal de sistema de creencias adquiridas, ya sean espontáneas o derivadas. La verdad está hecha de creencias previas que han sido aceptadas. Las creencias actúan respecto a la verdad como una suerte de sistema de crédito, ya que "nuestros pensamientos y creencias pasan en tanto que no haya nadie que los ponga a prueba". Por ejemplo, el hecho de que no se conozca Japón o que nunca se haya visto a un tigre no quiere decir que estos no existan[114].

El pragmatismo no solo trabaja con hechos sociales o con la realidad empírica. También en el campo de la lógica y la matemática se pueden encontrar verdades de las que es posible tener creencias falsas y creencias verdaderas. Por regla, aquí las creencias son absolutas e incondicionales y no se necesita una verificación sensorial. La ley posee en este ámbito un carácter eterno. Por tanto, la conformidad de las ideas con la realidad supone tanto una conformidad con la realidad empírica como con la realidad abstracta[115].

El pragmatismo no renuncia a la idea de adecuación, propia de la teoría de la correspondencia, a la que interpreta en sentido práctico. Se afirma que la adecuación es una cuestión de orientación a lo que es útil, que debe ser tomado en un giro completamente práctico capaz de permitirle abarcar cualquier proceso de conducción de una idea presente a un término futuro a condición de que se desenvuelva de manera próspera[116].

33. Por su parte, Dewey adopta la definición de verdad de Peirce como la mejor definición de verdad. Sin embargo, lejos de utilizar dicha referencia de verdad prefiere la terminología de *asertabilidad garantizada,* que sería la que caracteriza aquellas creencias a las que se les da el título de conocimiento; en el sentido de que únicamente las creencias verdaderas son conocimiento. No se renuncia a la idea

114 James, *Concepción de la verdad según el pragmatismo*, cit., pp. 538 y 539: "Comerciamos uno con las verdades del otro, pero las creencias concretamente verificadas por alguien son los pilares de toda la superestructura".

115 James, *Concepción de la verdad según el pragmatismo*, cit., pp. 529 y 540.

116 James, *Concepción de la verdad según el pragmatismo*, cit., p. 542.

de verdad como correspondencia, pero se la entiende en un sentido operativo y conductual[117].

Todo conocimiento, o aserción garantizada, depende de la investigación y de que la investigación se encuentre conectada a lo que es cuestionable y cuestionado. Se rechaza todo enunciado intrínsecamente dogmático, entendiéndose por dogmático a cualquier enunciado del que se afirme que posee una verdad autoevidente; se acepta, en su lugar, la probabilidad y los grados de probabilidad[118].

El conocimiento está compuesto por los datos suministrados por la observación y por un proceso inferencial. Para llegar a una aserción garantizada es necesario un elemento inferencial que nunca aparece como tal, ya que es necesario la observación y la percepción. Se da aquí tanto una distinción y una cooperación entre la inferencia y la observación. Las proposiciones, como portadores de verdad, son lo que es afirmado, no lo que es garantizado. Son medios, instrumentos mediante los cuales se llega a obtener creencias para cuya aceptación hay una base adecuada; a la vez, las creencias son medios para lograr determinados resultados deseados[119].

El método experimental en la ciencia natural se toma como un cambio drástico que proporciona datos que resultan nuevos, tanto en su detalle como en su tipo, y que conduce a nuevas materias y a formular nuevas teorías.

C. El pragmatismo en el derecho. El *realismo pragmático* de González Lagier

34. En el campo jurídico, en relación con la prueba y la presunción de inocencia, ha sido sostenida recientemente por el profesor González Lagier una posición vinculada a la teoría pragmática de la verdad que se denomina *realismo pragmático* en el derecho.

Se parte por considerar que nuestros objetivos determinan nuestros conceptos y que nuestros conceptos determinan (junto con la realidad) nuestros juicios de verdad. Tal premisa supone dos cosas: i) no hay una respuesta única a la pregunta acerca de cuál es el concepto correcto de causalidad, acción o de intención: el concepto apropiado para los científicos o los filósofos no tiene por qué serlo para el derecho; ii) la objetividad no consiste en la supremacía de un esquema conceptual sobre el otro, sino en su adecuación a los fines que perseguimos. Los conceptos que interesan en la prueba judicial de los hechos deben cumplir con la función de mediar entre los datos empíricos ofrecidos por la realidad y las calificaciones jurídicas ofrecidas por las normas, con el fin de posibilitar la aplicación de éstas últimas.

117 Véase, Dewey, *Proposiciones, asertabilidad garantizada y verdad*, cit., pp. 134 y 146.

118 Dewey, *Proposiciones, asertabilidad garantizada y verdad*, cit., p. 137.

119 Dewey, *Proposiciones, asertabilidad garantizada y verdad*, cit., pp. 138 y 141.

Dichos conceptos tienen, en última instancia, una finalidad práctica y normativa, y dependen de nuestras intuiciones normativas y valorativas acerca de cómo debe ser una adscripción de responsabilidad justa[120]. Pero también tienen que reconstruir de una manera aceptable la realidad en la que viven los sujetos destinatarios de las normas (porque eso es parte de nuestras intuiciones acerca de cómo adscribir responsabilidad). Como los conceptos tienen una finalidad teórica y una finalidad práctica, cuentan con dos tipos de condiciones de corrección: por un lado, las que impone su pretensión de captar el mundo (o la percepción habitual en la realidad social de los hechos que se pretende definir) y, por el otro, las que le impone su pretensión de servir para una adjudicación justa de responsabilidad[121].

Las discusiones alrededor de los conceptos y teorías acaban siendo dependientes de aspectos normativos o valorativos, y se encuentran, además, sujetas a nuestras prácticas, valores, intuiciones sobre la justicia, interpretaciones del derecho, etc. Con todo, si bien el derecho puede construir esquemas conceptuales, lo que entienden por intención o causalidad los juristas no pueden ser algo irreconciliable desde el punto del lenguaje común y con la realidad. Por ello, la verdad no consiste sin más en una correspondencia entre nuestras creencias y la realidad, sino en la correspondencia entre nuestras creencias y la realidad bajo un esquema conceptual justificado como el medio más eficaz para lograr los fines que persigue la institución que genera ese esquema conceptual[122].

En buena cuenta, la verdad ya no depende solo de cómo es la realidad, sino también de nuestros esquemas de interpretación de la realidad. Es más, no sabemos cómo es la realidad independientemente de nuestros conceptos. Al afirmar "es verdad que p", no se está afirmando sin más que en la realidad ha ocurrido un hecho "p", sino que estamos diciendo que en la realidad ha ocurrido un hecho "p" para los aceptantes del esquema conceptual x, pero no necesariamente para los aceptantes de un esquema conceptual distinto. Por tanto, un hecho puede existir bajo un esquema conceptual y no existir bajo otro. La teoría de la verdad como correspondencia se reinterpreta: solo hay correspondencia una vez que se acepte un determinado esquema conceptual[123].

D. Críticas

35. Una de las críticas que se le formula a la teoría pragmática de la verdad reside en que la investigación y la verdad no tienen por qué coincidir con la utilidad

120 Cfr. González Lagier, Daniel, *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2013, pp. 364 y ss.

121 Cfr. González Lagier, *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, cit., p. 365.

122 Cfr. González Lagier, *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, cit., p. 366.

123 Cfr. González Lagier, *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, cit., p. 365.

de cierta premisa o proposición, como tampoco es necesario que haya una determinada repercusión práctica de la verdad. Los conceptos de utilidad y aplicación práctica no tienen necesaria e inevitablemente que guardar relación y vinculación directa con la noción de verdad[124].

La verdad puede procurarse por la sola satisfacción intelectual o por el interés genuino en la investigación, al margen de cualquier relevancia utilitaria. Como señala Laudan, "Reconociendo que resolver un problema intelectual es una exigencia de la vida en todo punto tan fundamental como la comida o la bebida, podemos eliminar la peligrosa pretensión de que la ciencia es legítima sólo en la medida de que contribuye a nuestro bienestar material o a nuestra despensa de verdades eternas. Considerado a esta luz, el rechazo de la indagación científica teórica es equivalente a la negación de lo que puede ser nuestro rasgo humano más característico[125]".

Incluso la noción de verdad en un área del conocimiento puede estar en oposición y ser contraria a determinados intereses, ser inútil o carecer de cualquier posibilidad de aplicación, pero no por ello deja de ser verdad ni su enorme valor puede ser despreciado. El hecho de que la verdad no llegue a servir a la práctica, a la solución de ciertos problemas, individuales o sociales, no quiere decir que se deba descartar su búsqueda, que deba ser reemplazada por otros valores o criterios, o que la proposición formulada sea falsa.

36. Desde el punto estrictamente lógico, se observa que si bien es posible que algunas creencias que favorecen nuestros propósitos, deseos o voluntad sean verdaderas, es también posible que en otros casos no lo sean o que no haya relación alguna entre verdad y utilidad, entre deseos y realidad, entre voluntad y verdad[126]. El parentesco obligado de verdad, actividad científica y el quehacer práctico propio de esta teoría es más propio de una "filosofía para ingenieros" que de una inquietud filosófica general y más amplia[127]. Se pasa por alto, por ejemplo, que en la actividad científica el desarrollo de conocimientos teóricos, y la mayor parte de la

124 Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, cit., p. 96: "es contrario al progreso de la ciencia medir la importancia de investigación alguna exhaustiva o primordialmente en términos de su utilidad y aplicabilidad. Sabemos, por la historia de la ciencia, que muchos resultados y descubrimientos de importancia hubieron de esperar siglos hasta recibir aplicación en algún tiempo"; Keller, *Teoría general del conocimiento*, cit., p. 123; Goldstein/Brennan/Deutsch/Lau, *Lógica. Conceptos claves en filosofía*, cit., p. 77; Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 52.

125 Laudan, Larry, *El progreso y sus problemas. Hacia una teoría del crecimiento*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1986, p. 279.

126 Cfr. Russell, Bertrand, *El pragmatismo*, en *Ensayos filosóficos*, 8a. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 121; Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 53.

127 Véase, Goldstein/Brennan/Deutsch/Lau, *Lógica. Conceptos claves en filosofía*, cit., p. 76.

mejor ciencia, no se encamina a la solución de problemas prácticos y socialmente beneficiosos[128]. En efecto, uno de los problemas que posee la teoría pragmática de la verdad es que no solo desconoce la diferencia entre ciencia teórica y ciencia aplicada[129], sino que de acuerdo a sus postulados de funcionalidad, operatividad y utilidad, solo podría considerarse como ciencia a la ciencia aplicada, que es a la postre la que sirve en la práctica.

El cambio de una concepción de la verdad basada en la correspondencia de un enunciado con la realidad por la de una mayor utilidad práctica deja sin respuesta adecuada y suficiente a las preguntas de qué debe entenderse por utilidad o qué criterios se deben emplear para alcanzar un mayor (o menor) rendimiento de lo estimado como útil. Para determinar qué es verdadero antes se debe saber qué se entiende como útil o bueno. Sin la noción previa de utilidad o de bondad no es posible comprender y desentrañar el significado de lo verdadero[130].

37. Una de las objeciones más duras contra el pragmatismo es que hace depender al concepto de verdad de la cuestión de si la creencia favorece al objetivo que se pretende alcanzar; de tal manera que si la creencia es compatible con la finalidad, ella es verdadera, y si no favorece el objetivo, se la estima falsa. Si se parte, como pretenden los pragmatistas, de entender que una creencia es verdadera si tiende a la satisfacción del deseo, lo que ocurre es que la noción de verdad no guarda relación alguna con la epistemología o la lógica, sino más bien con la psicología y, en especial, con una categoría psicológica específica como es la voluntad o el deseo.

Para entender y descubrir lo que es verdadero solo se tiene que preguntar cómo actúa la gente para obtener lo que desea y solo serían verdaderas las creencias que sirven al deseo o ayudan a satisfacerlo. Sin embargo, como bien señala Russell, "la verdad no es lo mismo que favorecer nuestros propósitos, de la misma manera que la nube no es igual que la lluvia. Cuando decimos que una creencia es verdadera, el pensamiento que queremos comunicar no es el mismo que cuando decimos que la creencia favorece nuestros propósitos; así, verdadero no significa favorecer nuestros

128 Por todos, LAUDAN, *El progreso y sus problemas. Hacia una teoría del crecimiento*, cit., p. 278: "Incluso en aquellos casos en que la teorización de alto nivel ha tenido un resultado práctico, éste ha sido, en gran medida accidental; tales aplicaciones fortuitas no han sido ni la motivación para la investigación, ni la regla general. Si tuviésemos que tomar en serio el enfoque utilitarista de la ciencia, tendría entonces que seguirse un amplio reordenamiento de prioridades, puesto que es manifiesto que el reparto actual de talentos y recursos en la ciencia no refleja las prioridades prácticas probables".

129 Al respecto, véase, BUNGE, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, Pamplona, Laetoli, 2013, pp. 16 y ss.; BUNGE, Mario, *Ciencia, técnica y desarrollo*, 3a. ed., Pamplona, Laetoli, 2014, pp. 25 y ss.

130 Cfr. KELLER, *Teoría general del conocimiento*, cit., p. 123.

propósitos en el mismo sentido que nube no significa lluvia"[131]. Si se es consecuente con la noción pragmatista de la verdad, queda claro que si lo que cuentan son los efectos como los fines y propósitos (beneficiosos) que despliega en la práctica una proposición determinada. Así, pueden pasar como verdaderas aquellas proposiciones o teorías que se saben de antemano falsas, pero que al final prestan un gran servicio y logran cumplir con un determinado fin[132].

38. Desde el punto de vista jurídico, se considera que un defensor consecuente del pragmatismo, en caso de que integre un jurado en lo criminal, no tendría en cuenta la evidencia en contra de una persona, sino que buscaría a la persona del pueblo que fuera más conveniente castigar y vería en los posibles arquetipos de criminal una ocasión para sancionar ejemplarmente a quien cumple con determinadas características y un cierto perfil, pues, al fin y al cabo, no se trata necesariamente de castigar al culpable, sino de aplicar la ley a quien parezca tal o simplemente sea "más beneficioso o útil" someter a la horca[133].

Otra de las críticas que se dirigen al pragmatismo es que se funda en el escepticismo como núcleo de su filosofía al sostener que nada es cierto, que todo es susceptible de revisión y que es imposible alcanzar una verdad de la que se pueda estar seguro, salvo que sea útil para la práctica o la vida. Por un lado, se sostiene que "puesto que todas las creencias son absurdas, podemos creer lo que es más conveniente", y, por el otro, que lo único que debe preocuparnos es lo que se considera y estima como verdadero. Más que distinguir entre lo verdadero y lo falso, se distingue entre creencia verdadera y creencia falsa; o lo que se considera verdadero o se estima falso[134].

E. Conclusión

39. La teoría pragmatista de la verdad es una teoría que posee importantes objeciones de tipo filosófico y epistemológico, y que en el derecho es difícilmente asumible. En el contexto del proceso, las pruebas no pretenden resultados útiles o beneficiosos, sino que buscan determinar si los hechos que se le atribuyen a una persona han ocurrido o no. Que de la determinación adecuada y "verdadera" de los

131 Ampliamente, Russell, *El pragmatismo*, cit., pp. 111 y 118.

132 Cfr. Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 276; Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 53.

133 Por todos, Russell, Bertrand, ¿Puede el hombre ser racional?, en *Ensayos escépticos*, Madrid, RBA Libros, 2013, p. 61.

134 Véase, Russell, *El pragmatismo*, cit., p. 127; Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 53.

hechos se puedan inferir consecuencias útiles para la sociedad no quiere decir que el sentido y la finalidad de la prueba sea conseguir un fin pragmático.

Si bien no se puede negar que el derecho tiene fines prácticos y que, en particular, el proceso busca alcanzar fines socialmente útiles, los fines del derecho y del proceso no solo están formados por dichos objetivos. También se tiende a la realización y obtención de valores ideales, como la justicia en la emisión de una decisión, la paz social, la igualdad, etc.

IV.3. LA TEORÍA DE LA VERDAD COMO COHERENCIA

A. Exposición

40. Esta postura sostiene que una proposición es verdadera si y solo si dicha proposición resulta coherente con otras proposiciones pertenecientes a un determinado sistema de conocimientos y enunciados aceptados previamente. La verdad de una proposición no se entiende si es que no se relaciona ni vincula, desde el punto de vista lógico, con otro conjunto y sistema (mayor y más amplio) de proposiciones ya asentadas. No se trata, por supuesto, de un abigarrado y arbitrario conjunto de proposiciones de cualquier talante y valor, sino de un sistema de proposiciones racionales y armónicas entre sí.

Para esta teoría, la verdad es una propiedad que pueden tener ciertos sistemas de enunciados como un todo. Dicho con mayor claridad, la verdad consistiría en cierta conformidad entre los enunciados[135], que sin ser idénticos resultan compatibles entre sí. Se considera que la ciencia es un sistema compuesto por enunciados de un cierto tipo y clase. Cualquiera de estos enunciados puede, o bien combinarse o bien compararse con cualquier otro, con el propósito, por ejemplo, de extraer conclusiones a partir de los enunciados que se han combinado, o para comprobar si estos son o no compatibles entre sí. Pero los enunciados nunca se comparan con una realidad, con los hechos[136].

La coherencia supone una mínima y elemental claridad de los enunciados, a fin de poder determinar su compatibilidad y relación con otros[137]. Constituye

135 Por todos, Neurath, Otto, *Proposiciones protocolares*, en A. J. Ayer (compilador), *El positivismo lógico* México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 205 y 213.

136 Cfr. Hempel, *La teoría de la verdad de los positivistas lógicos*, cit., pp. 504 y 506.

137 Cfr. Neurath, *Proposiciones protocolares*, cit., p. 206: "cada teoría estructurada científicamente debe hacerse comprensible, en sus líneas fundamentales, a un cochero en el lenguaje propio de éste".

la primera condición que ha de cumplir cualquier sistema o teoría que pretende acceder a resultados plausibles.

41. Los partidarios de esta teoría sostienen que es posible demostrar que la verdad equivale a la coherencia ideal en el sentido de que la verdad de una proposición supone la coherencia óptima de esta con una base de datos ideal. Se distingue en este ámbito entre coherencia ideal y la coherencia aparente. La coherencia ideal es llamada también coherencia óptima, ya que tiene a su disposición una base de datos perfecta, mientras que la coherencia aparente solo toma en cuenta los datos imperfectos de los que se disponen. Sin embargo, el hecho de que se aluda a la idealización no debe entenderse como si la coherencia estuviera en condiciones de proporcionar en la práctica un acceso incondicional a la verdad[138].

La validez de la teoría de la coherencia reside en que debe demostrar que es capaz, en condiciones ideales, de proporcionar un acceso a la verdad genuina de las cosas. La coherencia ideal, se insiste, es una coherencia óptima que tiene a su alcance una base de datos perfecta. La base de datos perfecta ha de poseer dos características: debe ser completa (o comprehensiva) y ser adecuada[139].

42. La teoría glosada estima lo siguiente: (i) no existe una proposición o enunciado verdadero si es que no se lo conecta de manera inmediata con un conjunto de enunciados más amplios y lógicamente de mayor cobertura; de tal forma que cualquier proposición es sólo parcialmente verdadera y posee cierto grado de verdad; (ii) el gran reto de la filosofía y de la ciencia es encontrar no tanto la verdad de las proposiciones individuales como un gran concepto de "Verdad", de la que derivan y se validan las demás proposiciones (aquí desempeña un papel descollante el principio lógico de no contradicción).

Las proposiciones empíricas poseen una coherencia y estructura distinta a las proposiciones matemáticas. No es correcto preguntarse si los enunciados matemáticos guardan coherencia con el mundo en la medida que solo se requiere que sean compatibles con los axiomas iniciales establecidos para determinar su verdad o falsedad.

La teoría de la verdad como aceptabilidad racional se apoya también en la idea de coherencia tanto de las proposiciones teóricas como de las experimentales[140]. No es posible que haya aceptabilidad racional de cierto sistema de creencias sin que dicho sistema sea a su vez coherente. Se trata de un requisito de todo saber que quiera reputarse como científico.

138 Por todos, Rescher, *Verdad como coherencia ideal*, cit., pp. 518 y 519.

139 Ampliamente, Rescher, *Verdad como coherencia ideal*, cit., pp. 523 y ss.

140 Por todos, Putnam, Hilary, *Razón, verdad e historia*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 64.

B. La verdad como coherencia en el derecho

43. En el campo jurídico, las teorías de la coherencia ejercen una notable influencia en el campo de la filosofía del derecho contemporáneo. La coherencia ha pasado a ocupar un lugar especialmente relevante en el derecho, tanto en lo que se refiere a la justificación de las proposiciones fácticas como a la justificación de las proposiciones normativas[141]. El planteamiento coherentista en el derecho no solo comprende los enunciados fácticos, sino también los enunciados normativos.

Se distingue entre la teoría de la verdad como coherencia y la teoría de la justificación como coherencia. La primera considera que un enunciado es verdadero si dicho enunciado pertenece a un conjunto coherente de enunciados verdaderos, mientras que la segunda considera que la justificación es una cuestión de coherencia. La teoría de la coherencia de la justificación no requiere ni presupone que se acoja una teoría coherentista de la verdad, de tal manera que es posible que se asuma una teoría coherentista de la justificación, pero al mismo tiempo se adopte una teoría realista de la verdad, es decir, una teoría no coherentista de la verdad.

44. Desde la teoría de la verdad como coherencia, la selección y aceptación de un enunciado fáctico conduce a elegir el enunciado que es más plausible, razonable y coherente, lo que depende básicamente de las estructuras argumentativas que operan en el nivel pragmático y semántico. El planteamiento fáctico que prevalece y que es objeto de mejor evaluación es el que describe una historia plausible, creíble tanto en su coherencia interna como externa. En muchos casos, la noción de verdad como correspondencia se sustituye por la de plausibilidad[142].

La aceptación de creencias en función a la coherencia es una vía adecuada para obtener creencias que son (probablemente) verdaderas en las que se utiliza una inferencia de la mejor explicación. La admisión de una teoría basada en la coherencia (explicativa) requiere que dicha teoría y narración satisfaga ciertos requisitos como, por ejemplo, brindar la mejor explicación fundada en las pruebas disponibles, lo que permite, incluso, ampliar la calidad de la explicación en la medida que haya más pruebas y elementos que corroboren la historia.

Los partidarios de esta posición reconocen que las inferencias coherentistas son inferencias derrotables; de tal modo que exigir que las teorías coherentistas —o cualquier otra teoría de la inferencia probatoria— nos asegure la verdad de las conclusiones supondría ignorar la naturaleza no-monotónica del razonamiento probatorio. El problema de la inducción, es decir, el problema de mostrar que las

141 De manera amplia: Amaya, Amalia, *Coherencia y verdad en el derecho*, [2013] pp. 1 y ss. https://www.filosoficas.unam.mx/~amaya/publicaciones/Coherencia-y-verdad-en-el-Derecho.pdf

142 Véase, Amaya, *Coherencia y verdad en el derecho*, cit., pp. 4 y ss.

inferencias no deductivas son confiables, afecta, sin duda, a las teorías coherentistas, pero no parece sensato hacer depender la validez del coherentismo —o de cualquier otra teoría de la inferencia no-deductiva— de su capacidad para resolver de manera definitiva el problema de la inducción[143].

Si bien se destaca que la verdad es un estándar fundamental para evaluar los estándares de la justificación jurídica, hay también otros criterios distintos a la coherencia que ayudan a determinar y evaluar si una determinada teoría de la justificación es la adecuada. El hecho de que se reconozca la importancia de la verdad y la coherencia en el campo del derecho no quiere decir que sea el único parámetro de evaluación y rigor de las diversas teorías jurídicas.

45. Una de las variantes coherentistas más importantes a nivel del proceso es el caso de la **concepción narrativista del proceso judicial**, que considera a dicho escenario como el lugar donde concurren diversas narraciones que se enfrentan entre sí, en el que se trata de presentar la historia (la narración) más plausible, más sólida y creíble. Las partes y sus defensas presentan determinadas versiones de los hechos y el juez debe elegir entre las versiones presentadas la que le parezca más convincente, tras lo cual puede realizarse, llegado el caso, un ajuste narrativo[144]. Las narraciones de las partes no siempre describen los hechos tal como ocurrieron en la realidad, sino que asumen determinadas estrategias narrativas. Cada una de las narraciones en el proceso se discute a través del contradictorio y la aportación de pruebas, a fin de lograr que el juez se convenza de la mayor plausibilidad de una de ellas o elija la que brinda una mejor explicación del caso.

Se postula que la idea de que la coherencia narrativa opera como control de la *quaestio facti* aplicable al decisivo relato judicial de los hechos probados, y que la noción de esta coherencia tiene por objeto el análisis estructural de las narraciones. y no tanto el examen de la verdad de la narración de los hechos[145].

---

143 De manera amplia: Amaya, *Coherencia y verdad en el derecho*, cit., pp. 10 y ss.: "En resumen, no hay, me parece, razones concluyentes para rechazar el valor de los estándares coherentistas de justificación como herramientas para la búsqueda de la verdad (como correspondencia) en el proceso. Esto, no obstante, no implica minimizar el reto que supone articular una teoría coherentista de la prueba que tenga la capacidad de mostrar que existe una relación apropiada entre coherencia y verdad. Las estrategias utilizadas por los epistemólogos y filósofos de la ciencia, así como las distintas versiones del coherentismo defendidas por éstos, son recursos valiosos para desarrollar una teoría coherentista de la prueba que, aunque —huelga decirlo— no logre asegurar la verdad de sus conclusiones, nos lleve a aceptar creencias acerca de los hechos que sean, probablemente, verdaderas".

144 Cfr. Calvo González, José, *La verdad de la verdad judicial (Construcción y régimen narrativo)*, [s/f] pp. 1, 4 y ss. http://webpersonal.uma.es/-jcalvo/docs/verdadjudicial.pdf

145 Cfr. Calvo González, José, *La controversia fáctica. Contribución al estudio de la quaestio facti desde un enfoque narrativista del Derecho*, [2007] pp. 11 y ss. http://webpersonal.uma.es/-JCALVO/docs/controversia.pdf

C. Críticas

46. Desde el plano filosófico, se le reprocha a la **teoría de la verdad como coherencia** el partir de postulados idealistas y puramente metafísicos[146] al concebir la verdad—por lo menos, en un importante sector de sus adeptos— como una cuestión puramente ideal a modo de predicado de los juicios y de las proposiciones. Esta postura no tiene relación alguna con los hechos, estado de cosas o una determinada parcela de la realidad. Lo que importa aquí no es tanto si los hechos han ocurrido o no, si la realidad convalida y permite verificar cada una de las aserciones sostenidas; lo decisivo es la relación lógica, la inmanencia y compatibilidad de los juicios y/o proposiciones con un sistema mayor de proposiciones. Se trata, en suma, de lograr solo una verdad formal, interna, lógica y referencial dentro de un sistema ideal de proposiciones.

La teoría de la verdad como coherencia puede ser muy útil en el campo de las ciencias formales (como la lógica o la matemática), pero su valor es altamente discutible al momento de lidiar con proposiciones empíricas que dependen de la verificación (comprobación) de las hipótesis formuladas y de la evidencia recogida[147]. En este ámbito, no es posible edificar una definición de verdad, o un criterio de verdad, al margen de nociones tan básicas como la realidad, los hechos y la experiencia humana[148].

47. Esta teoría solo toma en cuenta los enunciados científicos, a los que considera como modelos de coherencia, y deja de lado a un conjunto de enunciados que, sin guardar relación alguna, de manera directa o indirecta, con la ciencia, tienen una importancia descollante en la vida humana. Los enunciados científicos, aunque relevantes, no agotan ni representan la única clase de enunciados posibles; de tal manera que se deja sin explicar una variedad de enunciados que no calzan dentro del saber estrictamente científico[149]. Es posible que haya proposiciones verdaderas que no necesariamente encajen dentro de un sistema o de un conjunto de proposiciones. Si una proposición (enunciado no científico) no cuenta con un sistema que la recoja, ello no quiere decir —como parece indicar la teoría de la coherencia— que la proposición sea falsa. Hay muchos enunciados que son verdaderos sin que se relacionen de manera directa con un saber científico o con otra clase de proposi-

146 Ampliamente, Goldstein/Brennan/Deutsch/Lau, *Lógica. Conceptos claves en filosofía*, cit., pp. 74 y ss.

147 Cfr. Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, México, Siglo XXI, 2001, p. 27.

148 Cfr. Ayer, Alfred Jules, *Verificación y experiencia*, en *El positivismo lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 237 y 239; Bunge, *Diccionario de filosofía*, cit., 2001, p. 27: "De un cuerpo de conocimientos sobre los hechos de una clase no solo se espera que sea coherente (internamente coherente), sino también que se corresponda con los hechos a las que se refiere".

149 Por todos, Schlick, *Sobre el fundamento del conocimiento*, cit., p. 221.

ciones, *v. gr.*, la afirmación "estoy escribiendo hoy, viernes" puede ser verdadera, independientemente de si se conecta con un saber científico determinado.

Una proposición puede ser verdadera aunque no tenga relación con alguna clase de ciencia. También en el saber vulgar y en la vida cotidiana hay afirmaciones verdaderas. La verdad no es patrimonio exclusivo de la ciencia ni se requiere un saber sistemático para que haya proposiciones verdaderas. Por otro lado, también en la ciencia se encuentran premisas o proposiciones falsas.

48. Una de las críticas que se dirige contra la teoría de la verdad como coherencia es que como el conocimiento humano es finito, la coherencia que se logra también es finita y por tanto, relativa, tanto en su contenido como en su alcance. La coherencia solo es posible predicarla dentro del "sistema de verdades" conocido y no más allá, pues no puede haber ninguna coherencia con lo desconocido e ignorado; de allí que sea difícil la adaptación de esta teoría a conocimientos y descubrimientos nuevos de la ciencia. Al igual que la teoría de la correspondencia, que tiene problemas para explicar de qué manera los enunciados se "*corresponden*" con la realidad, la teoría de la coherencia presenta también inconvenientes para especificar cuáles deben ser las relaciones apropiadas entre creencias y proposiciones para que sean "coherentes" en el sentido que se pretende[150].

Esta teoría pasa por alto que dentro del conjunto de verdades y del sistema humano de conocimientos hay un buen número de teorías, creencias, enunciados y proposiciones que se dan por ciertos y correctamente establecidos pese a que se trata, en algunos casos, de creencias o enunciados meramente provisionales, cuya falsedad con el correr del tiempo se demuestra, o que se encuentran en un grave y profundo error. Ello revela que la coherencia no solo es relativa, sino que muchas veces se edifica sobre la base del error o, incluso, sobre criterios opuestos a lo que, en esencia, es la verdad. Por lo tanto, en la medida que las premisas son defectuosas y limitadas, no es posible estructurar un sistema coherente.

La teoría de la coherencia, en la medida que solo se guíe por criterios formales, renunciando a otros tipos de variables, corre el riesgo de construir un coherente conjunto de proposiciones falsas en el que hay lugar para un sistema lógico materialmente incorrecto[151]. Con el pretexto de la coherencia, de lo correctamente estructurado, muchos enunciados pueden presentarse como verdades cuando en realidad no lo son ni tienen esa calidad. Como dice Schlick, "[si estas estructuras

150 Cfr. Haack, *Filosofía de las lógicas*, cit., p. 117.

151 Véase, Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 277: "la coherencia, o consistencia, no es un criterio de verdad, simplemente porque hasta los sistemas cuya consistencia es demostrable pueden ser falsos de hecho"; Russell, *La teoría monista de la verdad*, cit., p. 167; Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 52.

son consideradas verdaderas] entonces hay que considerar que los cuentos de hadas, arbitrarios, son tan verdaderos como un relato histórico, o como los enunciados de un libro de química, siempre que el cuento esté construido de tal manera que no encierre ninguna contradicción[152]".

49. Por otro lado, la teoría coherentista de la verdad presupone tanto una noción perfecta de investigación como un concepto perfecto y demasiado optimista de la ciencia en el que todos los conocimientos se sistematizan, se relacionan y coordinan entre sí (epistemología perfecta), situación que contrasta con los criterios y modelos científicos vigentes en el mundo. Se pasa por alto que si bien la coherencia forma parte de un criterio elemental de la ciencia y de la epistemología, no las agota ni las explica satisfactoriamente[153]. La teoría coherentista de la verdad es una manifestación y un vestigio de la comprensión del conocimiento científico y de la ciencia basado en un sistema deductivo y axiomatizado que ha dominado la ciencia desde la cosmología de Euclides hasta Newton, y que concibe a la misión de la epistemología como la construcción de un sistema deductivo perfecto, planteamiento que ha sido refutado de forma plausible por el falsacionismo y por otras corrientes del pensamiento[154].

Esta teoría fracasa debido a que no aporta ninguna prueba de que solo puede darse un sistema coherente de conocimientos y, en caso de que se acepte de que pueda existir varios sistemas coherentes, no brinda criterios relevantes para determinar cuál de ellos es el sistema verdadero[155]. El hecho de que haya enunciados coherentes no quiere decir que dichos enunciados sean verdaderos. Es posible que dos enunciados sean falsos y a la vez coherentes entre sí.

---

152 Schlick, *Sobre el fundamento del conocimiento*, cit., p. 221: "Con auxilio de la fantasía puedo describir un mundo grotesco lleno de aventuras extravagantes: el filósofo que sustente la teoría de la coherencia tiene que creer en la verdad de mi relato siempre que yo tenga cuidado de que sean mutuamente compatible mis enunciados, y de que tome la precaución de evitar toda colisión con la descripción habitual del mundo, colocando la escena del cuento en una estrella lejana, en donde no nos sea posible una observación. En un sentido estricto, efectivamente ni siquiera necesito tomar esa precaución; también puedo exigir que los demás se adecúen a mi descripción, y no al contrario. Entonces no pueden alegar, digamos, que tal acontecimiento contradice las observaciones, porque, de acuerdo con la teoría de la coherencia, no se trata de observaciones, sino únicamente de la compatibilidad de enunciados". Asume esta crítica: Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 53.

153 Cfr. Haack, *Filosofía de las lógicas*, cit., p. 118; Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 52.

154 Por todos, Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 270 y ss.; Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 52.

155 Cfr. Keller, *Teoría general del conocimiento*, cit., p. 122.

50. El coherentismo no explica ni alienta el progreso científico, ni el conocimiento humano en general, pues, como todo lo que quiere es construir y sistematizar un sistema armonioso de conocimientos autoreferencial y autosuficiente, no toma en cuenta que la ciencia progresa y se desarrolla a partir de problemas específicos que exigen una solución, teórica o práctica, al margen de si los mismos se pueden subsumir "coherentemente" en un sistema mayor o en un contexto más amplio de axiomas, principios o reglas. La ciencia comienza su trayectoria y tiene su reto en la solución de problemas, no en la edificación de un sistema de conocimientos perfecto e impecable[156].

Se le reprocha también manejar un concepto de verdad puramente circular[157] o tautológico, pues, al afirmar que dos o más proposiciones son coherentes, señala que dichas proposiciones pueden ser verdaderas si es que se las conecta y relaciona entre sí, pero no de manera aislada; de tal forma que si una de las proposiciones conectadas resulta ser falsa, esto afecta la verdad de la otra proposición, que inevitablemente —al menos desde la perspectiva lógica— debe ser considerada como falsa, pese a que, si se relaciona con otros hechos o estado de cosas, puede ser considerada verdadera. Para esta teoría, en buena cuenta, cualquier proposición o enunciado puede llegar a ser verdadero en la medida que se le haga encajar o pertenecer a un conjunto plausible de premisas.

51. Si bien es posible, desde el punto de vista lógico y pragmático, conectar un conjunto de creencias sin que entre ellas medien contradicciones, siempre y de manera última, dichas creencias tendrán que apoyarse (*v. gr.*, las creencias primeras o fundamentales) en criterios externos (hechos, sucesos, etc., distintos a las propias creencias), que, por lo general, poseen su correlato y apoyo en la realidad objetiva. La racionalidad y el valor de las creencias no dependen de puros actos de fe, de criterios circulares o de otras creencias fundamentales y decisivas, sino de la realidad que configura el mundo e influye tanto en las personas como en sus creencias.

La teoría de la coherencia no aporta una definición de verdad o falsedad, sino solo uno de los criterios posibles que pueden existir[158]. Se le objeta, incluso, que no sirve para proporcionar un criterio unívoco de verdad, debido a que por medio de ella se puede llegar a un número de sistemas congruentes de enunciados que pueden llegar a ser falsos e incompatibles entre sí[159]. La teoría de la coherencia permite relacionar y compatibilizar una proposición dentro de un sistema; sin

156 Cfr. Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 272.

157 Cfr. Goldstein/Brennan/Deutsch/Lau, *Lógica. Conceptos claves en filosofía*, cit., p. 75.

158 Cfr. Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 52; Ayer, *Verificación y experiencia*, cit., p. 236.

159 Cfr. Schlick, *Sobre el fundamento del conocimiento*, cit., p. 221 para quien la única manera de evitar este absurdo sería no permitir que se abandonara o se modificara ningún enunciado, y,

embargo, no logra explicar de manera satisfactoria la posibilidad de que existan varios sistemas, compuestos por diversidad de proposiciones, que, incluso, pueden ser contradictorias entre sí[160].

52. Desde el punto de vista jurídico, una hipótesis o teoría que es aceptada por la sociedad y que tiene un alto nivel de coherencia puede llegar a ser falsa[161]. Las narraciones sumamente coherentes y plausibles muchas veces nada tienen que ver con la verdad, de tal modo que la coherencia de la narración no permite sostener la veracidad del relato. Por ello, no es posible reducir la verdad de los hechos a la coherencia contextual de la narración. Como señala Taruffo, "basta pensar en una declaración testifical coherente pero falsa o una reconstrucción judicial de los hechos bien motivada bajo el aspecto argumentativo, pero no fundamentada en las pruebas para darse cuenta que difícilmente se puede aceptar, en el contexto del proceso, la ecuación coherencia = verdad[162].

Desde la perspectiva procesal, al testigo, cuando declara ante una autoridad (judicial, fiscal, administrativa, etc.), no se le exige que sea coherente con sus propias declaraciones, que no se contradiga, que lo declarado guarde relación con las demás pruebas recogidas en el proceso, sino que lo que declare corresponda con la verdad, esto es, que deponga lo que realmente percibió de los hechos o de la conducta de una determinada persona[163].

53. La aceptación de la teoría de la verdad como coherencia en el derecho traería consigo la revisión de las nociones elementales de racionalidad jurídica y del núcleo mismo del sistema de justicia, que no se apoya en criterios formales o ideales como la coherencia, sino en la determinación y reconstrucción de si un hecho ha ocurrido o no en la realidad. La verdad de un enunciado depende de su contrastación con la realidad, no de su compatibilidad con otro enunciado ajeno a la realidad.

---

además, especificar los que han de mantenerse, a los cuales habría que adaptarse sucesivamente al resto.

160 Cfr. Ayer, *Verificación y experiencia*, cit., p. 237.

161 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 67; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 174, 313 y ss.; Ferrua, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., p. 236.

162 Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 174; Gascón Abellán, *Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz*, cit., p. 491: "Tal vez el coherentismo y el consensualismo puedan tener pleno sentido en el conocimiento de normas y valores, o incluso en relación con el mundo microscópico, pero en relación con el mundo macroscópico, como afirma Reichenbach, si no podemos confiar en la observación empírica como una de las fuentes de la verdad estamos a un paso del misticismo".

163 Cfr. Popper, Karl R., *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 286; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 62.

La compresión de muchas instituciones del proceso se conecta de manera directa con la realidad empírica y no con enunciados puramente ideales, basados en la noción de coherencia. Por ejemplo, la noción de imputación entendida como atribución de haber cometido un evento delictivo alude a que una persona habría ejecutado una conducta que se estima criminal dentro de unas coordenadas espaciales y temporales determinadas que son tomadas como hipótesis. La imputación se basa en la hipótesis de que una persona determinada (*v. gr.*, Juan) ha intervenido en la comisión de un hecho punible. Por su parte, la actividad probatoria no se encamina a obtener y establecer una clase de información que dé lugar a enunciados coherentes entre sí, o a lograr una pura racionalidad ideal, metafísica, sino que busca establecer si una determinada hipótesis de la que se parte —y que es susceptible de ajuste— se puede comprobar y si efectivamente tiene referencia en la realidad. La prueba no se admite, practica y valora en el proceso con el objetivo de crear o construir enunciados ideales, sino a fin de verificar y comprobar si determinados enunciados poseen correlato empírico. Por otro lado, las consecuencias jurídicas derivadas de haber realizado un hecho previsto en la ley no se imponen ni se aplican a puros enunciados ideales que son coherentes entre sí. La aplicación de una sanción, o cualquier consecuencia jurídica, requiere la comprobación de la realización de un hecho concreto por una persona determinada. El proceso posee un claro fin pragmático, impregnado de criterios valorativos que buscan vincular la imposición de una consecuencia a la comprobación de que un hecho o conducta se llevó a cabo efectivamente.

54. La escasa utilidad de la teoría de la verdad como coherencia en el campo de los enunciados fácticos en el derecho conduce a que muchos de los partidarios de la teoría coherentista de la justificación adopten una noción de la verdad como correspondencia (Tillers, MacCormick), admitiendo, sin embargo, que la mayor utilidad de la aplicación de la teoría coherentista se produce cuando se trasladan sus planteamientos a los enunciados jurídicos normativos (proposiciones normativas)[164].

En el campo jurídico, los enunciados fácticos que se ventilan en el proceso son hechos humanos únicos e irrepetibles de una persona, los cuales, si bien pueden encajar en determinadas descripciones legales, no por ello pueden relacionarse con otros hechos semejantes que tienen sus propias e individuales características. Los hechos del mundo existen y ocurren cada uno con sus particularidades y situaciones específicas, y no pertenecen a un conjunto coherente de hechos de la realidad. Los enunciados referidos a hechos no son verdaderos cuando se conectan con otros enunciados, o con criterios lingüísticos, sino cuando se relacionan y corresponden a la realidad externa y objetiva. La verdad no depende de la coherencia y relación de

164 Por todos: Amaya, *Coherencia y verdad en el derecho*, cit., pp. 8 y ss.

enunciados, ya que ella está sujeta a criterios externos que son ajenos a los propios enunciados.

D. Conclusión

55. La teoría de la verdad como coherencia, si bien puede servir como un test de control del juicio de hecho en la sentencia, no explica la necesidad de concebir como uno de los fines del proceso la reconstrucción (verdadera) de los hechos, que va más allá de la simple compatibilidad interna de los enunciados y que requiere una clara vinculación con la realidad.

Es posible que haya enunciados y narraciones procesales absolutamente coherentes y plausibles entre sí, pero que en su contrastación con los hechos y las pruebas resulten claramente falsos o sin ninguna clase de sustento fáctico.

IV.4. LA TEORÍA DE LA VERDAD COMO CONSENSO

A. Exposición

56. Según una extendida opinión, un enunciado es verdadero si, y solo si, bajo las exigentes presuposiciones pragmáticas de los discursos racionales, es capaz de resistir todos los intentos de refutación sin ningún tipo de limitación espacial, social o temporal, es decir, si puede ser justificado en una situación epistémica ideal[165]. Lo que se tiene por verdadero tiene que poder defenderse con razones convincentes no solo en otro contexto, sino en todos los contextos posibles, lo cual no es otra cosa que en todo momento y frente a cualquiera[166].

Para Habermas, la verdad pertenece categorialmente al mundo de los "pensamientos" y no de las percepciones. Con ello, se aleja del criterio común y exten-

165 Por todos, Habermas, Jürgen, *El realismo después del giro lingüístico*, en *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*, 2.ª reimp., Madrid, Trotta, 2011, p. 47 y 249; Apel, Karl-Otto, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 37 a 147; Putnam, *Razón, verdad e historia*, cit., p. 59: "Desde la perspectiva internalista, la verdad es una especie de aceptabilidad racional (idealizada) —una especie de coherencia ideal de nuestras creencias entre sí y con nuestras experiencias, considerándolas como experiencias representadas en nuestro sistema de creencias— y no una correspondencia con estado de cosas independientes de la mente o del discurso".

166 Cfr. Habermas, Jürgen, *Verdad y justificación. El giro pragmático de Rorty*, en *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 249: "un enunciado es verdadero, si bajo las exigentes condiciones de discurso racional, puede resistir todos los intentos de refutación".

dido acerca de que las percepciones son el paradigma del conocimiento y de que las diversas teorías de la verdad se han construido alrededor de estos elementos[167].

Un enunciado verdadero no es otra cosa que un enunciado que puede justificarse en condiciones epistémicas ideales[168], en una comunidad ideal de comunicación[169], o aquello que puede ser aceptado racionalmente bajo condiciones ideales (o en una situación ideal del habla[170]). La situación ideal del habla no es ni un fenómeno empírico ni una simple construcción, sino una suposición inevitable que recíprocamente nos hacemos en los discursos[171].

La noción de verdad se encuentra influenciada directamente por el lenguaje, el medio lingüístico y el discurso empleado, de tal manera que la verdad de un enunciado no puede concebirse como la correspondencia de algo con el mundo, pues, de ser así, se tendría que salir de la referencia del lenguaje.

57. Habermas, en un primer momento, definió el concepto de *verdad* de modo procedimental como acreditación bajo las condiciones (muy exigentes) de la práctica de la argumentación. Dicha práctica se apoya en las siguientes exigencias: (a) un espacio público abierto y plena inclusión de todos los afectados; (b) el reparto equitativo de los derechos de comunicación; (c) la ausencia de violencia de una situación en la que sólo puede valer la coacción del mejor argumento; (d) la sinceridad de las manifestaciones de todos los participantes[172].

En buena cuenta, la verdad de un enunciado no puede medirse por evidencias contundentes, definitivas y últimas, sino solamente por razones justificatorias que

167 Ampliamente, Habermas, *Teorías de la verdad*, cit., pp. 132 y 133.

168 Véase, Putnam, *Razón, verdad e historia*, cit., pássim; Putnam, *Las mil caras del realismo*, cit., p. 126: "Lo que sea un hecho puede en principio ser establecido de manera que exija el asentimiento de todas las *personas racionales*, donde a menudo se considera que esto significa que todas personas cultas, o todas las personas inteligentes".

169 Ampliamente, Apel, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, cit., pp. 37 a 147.

170 De manera exhaustiva: Habermas, *Teorías de la verdad*, cit., pp. 113, 153: "Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación".

171 Habermas, *Teorías de la verdad*, cit., p. 155.

172 Cfr. Habermas, *Teorías de la verdad*, cit., p. 153. Para este autor, las situaciones ideales de habla tienen que cumplir, primero, dos condiciones triviales: "1) Todos los participantes potenciales en un discurso tienen que tener la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de suerte que en todo momento tengan la oportunidad tanto de abrir un discurso como de perpetuarlo mediante intervenciones y réplicas, preguntas y respuestas, 2) Todos los participantes en el discurso tienen que tener igual oportunidad de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, dar explicaciones y justificaciones y de problematizar, razonar o refutar pretensiones de validez de ellas, de suerte que a la larga ningún prejuicio quede sustraído a la tematización y a la crítica".

nunca son concluyentes[173]. En el discurso, se pueden buscar y encontrar buenas razones o mejores razones, pero nunca razones irrefutables. Las pretensiones de validez (o de verdad) en un discurso, en una comunicación, suponen que una persona asienta lo que se afirma siempre que entienda lo que se ha dicho y posea los conocimientos y capacidades suficientes.

La idea a la que se acude como sustento de la verdad es la del *consenso fundado,* que es el acuerdo al que se llega en el discurso, el cual es un criterio de verdad y que postula que el resultado de un discurso no puede decidirse ni por coacción lógica ni por coacción empírica, sino por la fuerza del mejor argumento. La fuerza generadora de consenso de un argumento tiene que ver con la adecuación del lenguaje y del correspondiente esquema conceptual empleados con fines argumentativos[174].

58. En una posición similar, en el campo de la filosofía de la ciencia, se sostiene que la racionalidad científica requiere de una decisión colectiva, no individual. Ninguna proposición o teoría puede aceptarse como científica si antes no es avalada y aceptada por la comunidad de científicos que forman parte de la disciplina correspondiente. Se anota que es el consenso entre los que trabajan en un área determinada lo que determina lo que constituye conocimiento en dicha disciplina[175].

El método científico se entiende como una exigencia de verificación intersubjetiva de hipótesis, teorías, hechos y experimentos. Si bien se reconoce que los hombres de ciencia pueden cometer errores, se admite al mismo tiempo que la comunidad científica ha demostrado ser notablemente autocorrectora.

59. Posteriormente, Habermas emprendió la revisión de su concepto de verdad asumiendo una noción de verdad no epistémica, concebida en términos pragmatistas y que mantiene el concepto discursivo de *aceptabilidad racional*[176].

El discurso racional y la argumentación continúa siendo el único medio disponible para cerciorarse de la verdad, ya que las pretensiones de verdad que devienen problemáticas no pueden examinarse de otra forma. Según afirma, "no hay ningún acceso inmediato, ningún acceso que no esté filtrado discursivamente, a las con-

173 Véase, Habermas, *Teorías de la verdad*, cit., pp. 113, 122, 153 y 158; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 78 y ss.; Habermas, *Verdad y justificación. El giro pragmático de Rorty*, cit., p. 249.

174 Al respecto, Habermas, *Teorías de la verdad*, cit., pp. 139, 140 y 144.

175 Por todos, Brown, Harold I., *La nueva filosofía de la ciencia*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, pp. 198 y 200: "el conocimiento científico en cualquier época es lo que los científicos consideran activamente como tal, y el conocimiento científico de una época puede ser rechazado como erróneo por la siguiente. pero el rechazo de las afirmaciones aceptadas se hará, por su parte, sobre la base de las opiniones realmente adoptadas, las cuales son ellas mismas falibles".

176 Cfr. Habermas, *El realismo después del giro lingüístico*, cit., p. 50.

diciones de verdad de las creencias empíricas[177]". Las pretensiones de verdad solo pueden hacerse efectivas gracias a la fuerza de convicción y calidad de las buenas razones. Una afirmación se acredita solamente por medio de razones, es decir, en la instancia de las refutaciones posibles y no en los desengaños experimentados por la práctica. El nuevo punto de vista de Habermas supone asumir una interpretación explícitamente antirrealista (constructivista) de ética del discurso[178].

Se reconoce que el acuerdo al que se llega a través de una justificación constructiva y con el cual se concluye de manera satisfactoria el discurso debe conducir a los participantes e interesados a admitir que su conocimiento puede ser falible y mejorable[179]. No es correcto sostener que las creencias racionales o las convicciones están compuestas y se basan siempre en juicios verdaderos. Habermas, para calificar una creencia como racional, considera que es suficiente que pueda ser sostenida como verdadera, basándose en buenas razones, en un determinado contexto, esto supone exigir que la creencia pueda ser racionalmente aceptada. La racionalidad de un juicio no significa su verdad, sino solo su aceptabilidad en un contexto dado. Quien comparte ideas que son falsas no es por ello, y de manera inmediata, irracional. Irracional es aquél que defiende dogmáticamente sus creencias y que se aferra a ellas a pesar de que no las puede fundamentar[180].

Se plantea el uso cautelar del predicado *verdad*, en la medida que "p" puede estar muy bien justificado en condiciones ideales, pero puede acabar siendo falso. La argumentación, si bien es necesaria y permite llegar a acuerdos, también es falible y no puede conducir a cerrar el diálogo y la discusión[181].

60. Se distingue en este ámbito entre **acuerdo** y **entendimiento** respecto a quiénes participan en el discurso.

El acuerdo solo se consigue cuando los participantes en el discurso pueden aceptar una pretensión de validez por las mismas razones, mientras que un entendimiento se produce cuando uno de ellos considera que el otro, a partir de sus preferencias y circunstancias dadas, tiene buenas razones (que son buenas para él) para sostener la intención declarada, sin que se tenga que hacer suyas o adherirse a

177 Cfr. Habermas, *El realismo después del giro lingüístico*, cit., pp. 50 y 249.

178 Véase, Lafont, Cristina, *Realismo y constructivismo en la Teoría moral kantiana: el ejemplo de la Ética del discurso*, en *Isegoría*, 2002, N.° 27, 2002, pp. 117 y 118.

179 Cfr. Habermas, *El realismo después del giro lingüístico*, cit., p. 53.

180 Cfr. Habermas, Jürgen, *Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos del* habla, en *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 104.

181 Cfr. Habermas, *El realismo después del giro lingüístico*, cit., p. 49.

dichas razones[182]. El acuerdo supone una aceptación de las razones expuestas y el entendimiento, una comprensión de los motivos y las razones expuestas en el discurso sin que ello suponga su adhesión. El acuerdo y el entendimiento se alcanzan a través de la argumentación que adquiere la forma de una pugna en torno a los mejores argumentos a favor o en contra de la pretensión de validez controvertida y sirve a la búsqueda de la verdad[183].

61. En este ámbito, también es común la distinción entre la aceptabilidad racional aquí y ahora, y la aceptabilidad racional en general. Se trata de diferenciar la verdad en sentido absoluto de aquello que creemos verdadero sobre la base de criterios, de evidencias y de argumentos que se dispone en un determinado tiempo e historia[184]. La noción de verdad (o de pretensión de verdad) se encuentra estrechamente vinculada a los argumentos y evidencias que se disponen, los cuales pueden ser limitados e insuficientes; de allí que el concepto de *verdad* sea siempre revisable. Si el predicado racional tiene algún sentido y debe desplegar su funcionalidad, los estándares de racionalidad válidos para nosotros tienen que ser, si no justificados, al menos explicados[185].

Los discursos y los diversos enunciados sobre la realidad que se desarrollan en el tiempo cuentan con claras limitaciones respecto al futuro. No se sabe si los enunciados que hoy se sostienen y son racionalmente aceptables, aún en las mejores circunstancias y situaciones, no se sabe si se mantendrán luego y resistirán los intentos de refutación[186].

B. La teoría de la verdad como consenso en el derecho

62. En el campo jurídico, la teoría de la verdad como consenso es asumida por diversos autores. Por ejemplo, en España, Vives Antón ha señalado que "sólo desde la teoría consensual de la verdad pueden explicarse las autorizaciones para investigar y las limitaciones y prohibiciones de hacerlo; sólo así pueden excluirse, por ejemplo, la validez de las pruebas ilícitamente obtenidas, cosa que no podría hacerse desde una perspectiva epistemológica si se sustenta la idea de la verdad como correspondencia[187]".

182 Cfr. Habermas, *Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos del habla*, cit., p. 112.

183 Cfr. Habermas, *Verdad y justificación. El giro pragmático de Rorty*, cit., p. 244.

184 Cfr. Wellmer, Albrecht, *Verdad, contingencia, modernidad*, en *Finales de partida. La modernidad irreconciliable*, Madrid, Cátedra, 1996, pp. 177 y 178.

185 Cfr. Habermas, *Verdad y justificación. El giro pragmático de Rorty*, cit., p. 259.

186 Por todos, Habermas, *Verdad y justificación. El giro pragmático de Rorty*, cit., p. 250.

187 Vives Antón, Tomás Salvador, *La reforma del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 263.

En la misma línea, Muñoz Conde apunta lo siguiente:

> La necesidad de una motivación de las decisiones judiciales, entendida como argumentación intersubjetiva, comunicable lingüísticamente, y racionalmente verificable de las razones por las que se ha llegado a una determinada valoración y, por tanto, a una decisión en base a ella, es, pues, la lógica consecuencia de una teoría consensual de la verdad, única posible en un proceso penal respetuoso con las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos implicados en el mismo; pero también única teoría compatible con el principio de que todo el mundo es inocente mientras se demuestre lo contrario, es decir, con la presunción de inocencia[188].

63. En el derecho procesal penal latinoamericano, una de las obras mejor logradas y difundidas, cuya autoría corresponde a los profesores colombianos Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, también asume la tesis de que en el proceso penal se debe mantener la posición de la teoría de la verdad como consenso. Se considera que la verdad en el proceso es el producto del diálogo, la argumentación y la interacción subjetiva. Por ejemplo, se sostiene lo siguiente:

> En el modelo procesal construido en la Constitución colombiana, diversos elementos llevan a inferir que estamos ante un sistema de construcción colectiva de un consenso sobre la verdad. Es decir, un modelo donde la verdad —lo ocurrido fácticamente y su valoración— no está inferida de una actuación lineal, dirigida por el Estado, sino de un modelo argumentativo donde las diversas tesis compiten[189].

Según este criterio, la introducción del modelo acusatorio comporta una redefinición del concepto de *verdad*, el cual tiene como fundamento la construcción de la verdad. Las partes llegan al juicio con distintas visiones de la realidad y será la confrontación entre tales visiones y la adecuada argumentación la que determine lo verdadero. El desplazamiento de la búsqueda de la verdad hacia la construcción de la realidad implica que el Estado ha sido despojado del monopolio de la verdad.

Por otra parte, significa que se distingue entre la verdad conforme al sistema jurídico y aquella verdad que puede surgir de otros sistemas de la sociedad. El

188 Muñoz Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, cit., pp. 118 y 119.

189 Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general*, 6a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, T. I, p. 225.

sistema jurídico es dependiente de la verdad producida por fuera del sistema y la admisibilidad jurídica de dicha verdad extrasistemática está sujeta a que se respeten requisitos y elementos impuestos por el propio sistema jurídico. El punto central de este planteamiento es aceptar la ausencia de un monopolio estatal sobre la verdad, lo cual supone el reconocimiento de las distintas construcciones valorativas y concepciones explicativas del mundo que conviven en una sociedad[190].

C. Críticas

64. Las críticas que se plantean a esta concepción son diversas.

Se destaca, por ejemplo, que las referencias a las condiciones epistémicas ideales, a una comunidad ideal de comunicación, o a aquello que puede ser aceptado racionalmente bajo condiciones ideales, están en contradicción con las condiciones humanas finitas de la comunicación, con el conjunto limitado de medios y recursos lingüísticos; además, suponen la negación de la historia de la realidad humana y de la existencia humana finita. Se afirma que la comunicación ideal sería la muerte de la comunicación[191]. Es más, aun si se considera a la comunicación ideal como un criterio regulativo, se llegaría a la paradoja de que se trata de un ideal cuyo cumplimiento sería el fin de la historia humana[192].

La llamada *situación ideal de habla* constituye (pese a los esfuerzos para su construcción y sustentación) una mera ficción y el uso de una variable lingüística que carece de todo respaldo empírico y epistémico. Solo basta con tomar en cuenta las condiciones estructurales de la comunicación, en la que influyen una serie de factores y elementos que de por sí hacen difícil la misma y que bajo ninguna forma abonan y contribuyen a una situación ideal. La *situación ideal de habla* tendría sentido si todos los seres humanos, además de compartir y entenderse a través de un mismo lenguaje, participasen de las mismas capacidades intelectuales, del mismo conocimiento, del mismo interés de llegar a un acuerdo y un consenso racional o si todos los seres humanos compartiesen una misma base racional. Como es visible, esta postura para arribar a la llamada *situación ideal del habla* parte de una imagen ideal del hombre sobreestimando sus capacidades, conocimientos y posibilidades de acuerdo racional. Las distintas capacidades humanas no se logran compensar, como señala Habermas, "mediante dispositivos institucionales, [...] [ni] pueden neutrali-

190 Bernal Cuéllar/Montealegre Lynett, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general*, cit., pp. 225, 226, 228 y ss.

191 Cfr. Wellmer, *Verdad, contingencia, modernidad*, en *Finales de partida. La modernidad irreconciliable*, cit., p. 180.

192 *Loc. cit.*

zarse en cuanto a las consecuencias negativas que puedan tener sobre el declarado fin de una equidistribución de las oportunidades de emplear actos de habla[193]".

65. Por otro lado, el hecho de que la verdad dependa del consenso significa que la misma puede perderse en cualquier momento ni bien el acuerdo comience a erosionar o surjan voces discrepantes por cualquier motivo, no siempre racional. Lo que en un momento se creyó "consensualmente" como verdadero, por diversas razones y causas, puede ya no tenerse como tal, sin que hayan cambiado las estructuras reales que llevaron a asumir una premisa como verdadera. La discrepancia sobre un asunto empírico, alrededor del que no se logra obtener consenso sobre una determinada materia, revela, en buena cuenta, que la verdad no puede alcanzarse.

66. Resulta difícilmente comprensible que la verdad —que es una cuestión vinculada al conocimiento, a la investigación, a los "hechos", a las pruebas tal cual se presentan— de pronto sea un acto de mera voluntad, de adhesión acrítica a un enunciado o de mera decisión en una determinada creencia. La voluntad de una persona, la firme y férrea convicción en una creencia, no hace a algo verdadero, del mismo modo que la falta de aceptación de un enunciado, o su nulo consenso, no hace que pierda este la condición de verdadero. Incluso, el sostener de manera clara y decidida que un enunciado es falso para un grupo de personas, o para la sociedad en general, no vuelve y convierte automáticamente a dicho enunciado en falso.

La voluntad, la adhesión o el acuerdo no hacen a algo "real" ni convierten a una proposición, por arte de magia, en verdadera.

67. La verdad no es una noción que dependa de la asunción mayoritaria de un conjunto de creencias que se adopta por un número amplio de personas, de un punto de vista hegemónico o de lo que se cree de manera abierta y sin reservas en la sociedad. La verdad es uno de los valores básicos de una democracia y de un Estado constitucional, pero no tiene nada que ver con una aceptación social extendida de ciertos enunciados y creencias. La verdad no depende de la "voz del pueblo", "de las creencias mayoritarias", "de lo estimado socialmente como verdadero" o de la "adhesión a ciertos puntos de vista". La verdad existe aun cuando nadie crea y/o acepte un determinado enunciado, y subsiste aun cuando no obtenga ningún consenso o "aceptación racional".

Si bien en la concepción de verdad influyen criterios culturales y contextos temporales, de época a época, no se sigue de manera inmediata que la noción de verdad sea relativa y condicionada a si existen acuerdos entre las personas. El hecho de que las teorías imperantes en una época o los conocimientos alcanzados lleven

193 Véase, Habermas, *Teorías de la verdad*, cit., p. 155.

a una determinada conclusión (provisional) y a una aceptación no quiere decir automáticamente que dichas teorías y conocimientos sean verdaderos, más aún si luego son refutados y abandonados debido a que el progreso científico demuestra su falsedad y anacronismo. El concepto de *verdad* no depende del tribalismo, de una convención o de un criterio histórico hegemónico[194]. Por ejemplo, aunque por más de mil años se consideró que la tierra era plana, no quiere decir que dicha proposición haya sido verdadera, pues ello supondría afirmar que la tierra ha cambiado de forma hoy en día.

68. El consenso racional sobre un enunciado es difícilmente practicable y genera condiciones difíciles de cumplir por más sana que sea la intención que tengan sus propulsores. Si se afirma que un enunciado (o un argumento) ha logrado consenso, se debe partir de la verificación de dos presupuestos: (i) no puede haberse dejado de analizar algún contraargumento o una evidencia disponible contraria a la conclusión que se pretende sostener; (ii) no puede excluirse a algún interesado en la discusión siempre que tenga algo qué sostener o decir[195]. Ambas exigencias son difícilmente alcanzables en la realidad y, en cuanto suponen una idea regulativa, llevan más a un consenso hipotético que a un consenso racional.

La noción de verdad no debe estar sujeta a determinados consensos o acuerdos, ya sea en la sociedad o en la comunidad científica, en un contexto histórico determinado, pues no siempre lo que piensa o cree la mayoría tiene que ser verdadero o correcto[196]. La mayor acogida de una premisa, de una proposición o de una teoría dentro de la sociedad, o de los participantes en un diálogo, no prueba ni es garantía que sea verdadera; *v. gr.*, el hecho de que en épocas pasadas se haya creído de manera ampliamente mayoritaria que el sol giraba alrededor de la tierra no quiere decir que dicha teoría haya sido verdadera.

No es correcto pretender sustituir la noción normativa de justificación, que toma en cuenta la solidez de la evidencia para valorar determinada afirmación científica, por la noción descriptiva de aceptación social, que se basa en la aprobación o consenso que existe alrededor de una afirmación a los ojos de la comunidad. Los criterios de evidencia que sustentan una afirmación son distintos, en cuanto a estructura y sentido, a los supuestos valores sociales que fundamentan una determinada

194 Cfr. Haack, Susan, *Evidencia e Investigación. Hacia una reconstrucción en epistemología*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 304.

195 De modo similar: Wellmer, *Verdad, contingencia, modernidad*, en *Finales de partida. La modernidad irreconciliable*, cit., p. 182.

196 Cfr. Haack, *La unidad de la verdad y la pluralidad de verdades*, cit., p. 85: "pero podemos estar de acuerdo que *p* cuando *p* no es verdadero, y podemos no estar de acuerdo que *p* cuando *p* es verdadero".

creencia y que pueden estar sometidos a procesos de negociación social y a transacciones que no solo están de espaldas a la evidencia, sino en contra de la misma[197].

La comprensión de la verdad como consenso puede traer consigo la paralización de la investigación, del conocimiento, del desarrollo de la ciencia y del progreso mismo de la humanidad, en la medida que, como ya se ha logrado un acuerdo sobre algo en determinada materia, se pierde el interés por mejorar o por asumir criterios alternativos o discrepantes. Una vez alcanzado el consenso, automáticamente carece de sentido proseguir el debate, el análisis, puesto que el mismo se clausura irremediablemente.

69. Las posibilidades de consenso en una sociedad dependen de una serie de factores y condiciones, tanto externos (tipo de sociedad, desarrollo cultural, etc.) como internos (*v. gr.*, capacidades intelectuales semejantes, formación, etc.), que difícilmente tienen que ver con lo que se entiende de manera genuina por verdad. Los intereses (no siempre los mejores ni los de carácter epistémico), las causas y razones que impulsan o hacen el consenso poco o nada se relacionan con la verdad o con criterios de racionalidad. Por el contrario, el consenso (artificial, no racional) muchas veces es influido por factores sociales, económicos o políticos como, por ejemplo, una determinada ideología en boga, las creencias superficiales e instintivas de las personas, o porque a un gobierno le interesa eliminar la posible disidencia en determinadas áreas de investigación (*v. gr.*, la de las células madres).

La verdad como consenso, en la sociedad postmoderna de la información, corre el riesgo de asumir la forma —completamente peligrosa, nociva y perversa, contraria a los valores de la civilización— de aquello que piensan los espectadores cautivos de programas de televisión, lectores de prensa sensacionalista o los sujetos que responden al sondeo de opinión[198]. Tras la defensa de (supuestos) principios sólidos, con una buena propaganda se puede lograr extender y mantener el poder de dominación, el consenso acerca de la opresión no violenta de culturas y de los disidentes. Con una hegemonía en la prensa no es difícil mantener el consenso y la conciencia acrítica ante eventos devastadores e, incluso, crímenes horrendos. La verdad no puede ser lo que parece creíble o sobre lo que hay consenso, máxime si viene impulsado por la desinformación y la presentación arbitraria de la realidad[199].

70. Por otro lado, se puede tener enunciados y afirmaciones convincentemente presentados y muy bien argumentados, pero al mismo tiempo dichos enunciados

197 Por todos, Haack, Susan, *Resolviendo el puzzle de la ciencia*, en *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2008, p. 143.

198 Cfr. Norris, Christopher, *Teoría acrítica: posmodernismo, intelectuales y la guerra del golfo*, Madrid, Catedra, 1997, p. 232.

199 Cfr. Norris, *Teoría acrítica: posmodernismo, intelectuales y la guerra del golfo*, cit., p. 200.

pueden ser completamente falsos[200]. Con ello, la verdad se sustituye por la retórica y las buenas razones por discursos de fachada que pretenden envolver y presentar ciertos contenidos. Por tanto, es posible que la verdad se construya formalmente alrededor del consenso, pero sobre supuestos errados y falsos[201].

Desde el punto de vista político, se subraya que la verdad como consenso se apoya en bases difícilmente liberales, que colisiona más bien con el respeto a la disidencia y la tolerancia a la opinión ajena. Como recuerda Popper, "el liberal no sueña con un perfecto acuerdo en las opiniones; solo desea la mutua fertilización de las opiniones y el consiguiente desarrollo de las ideas. Aun cuando resolvamos un problema con universal satisfacción, al resolverlo creamos muchos nuevos problemas acerca de los cuales es probable que discrepemos. Y esto no debe lamentarse[202]".

La verdad de los hechos existe al margen del punto de vista que se tenga de los acontecimientos, de las coincidencias que puede haber sobre un determinado asunto, o de un mejor o peor discurso con determinado contenido y una particular retórica[203].

71. Desde el punto de vista jurídico y, en concreto, desde la perspectiva procesal, difícilmente se puede conciliar el proceso, especialmente el proceso penal, con las teorías de la verdad como consenso. Si bien en todo proceso hay un diálogo, un debate, y las partes argumentan cada una sus pretensiones, no es posible predicar que se encuentren en un plano de igualdad material de posiciones. El Ministerio Público y los órganos de persecución siempre tienen un predominio en el proceso; de tal manera que no se puede predicar, por ejemplo, que la defensa se encuentra en un plano de igualdad y que se cumple con la exigencia de una comunidad ideal de comunicación o de una situación ideal del habla[204]. El hecho de que en el proceso

200 Este aspecto es reconocido, incluso, por los partidarios de la teoría consensualista de la verdad, véase: Habermas, *Verdad y justificación. El giro pragmático de Rorty*, cit., p. 243.

201 Cfr. Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 67.

202 Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 422.

203 Cfr. Norris, *Teoría acrítica: posmodernismo, intelectuales y la guerra del golfo*, cit., p. 134: "Por ejemplo, el apoyo popular a la guerra del golfo fue logrado mediante una campaña desinformadora a gran escala de los medios de comunicación que suprimió muchas verdades —históricas, geopolíticas, documentales— y se aprovechó de la ignorancia generalizada de lo que estaba ocurriendo día a día, de los bombarderos de las poblaciones civiles, de la extensión del llamado daño colateral y del empeño de lograr objetivos de guerra que excedían las previsiones oficiales de las Naciones Unidas con respecto a la ocupación Iraquí de Kuwait".

204 Andrés Ibáñez, *Ni fiscal ni instructor, ni Habermas "procesalista"*, cit., p. 52: "el proceso penal se caracteriza, incluso, formalmente, por la asimetría de las posiciones de los protagonistas (juez y partes y, en alguna medida, hasta acusación pública o defensa); porque es constitutivamente coactivo para el imputado, porque no puede presuponerse que (todos) los interesados en obtener una decisión persigan la realización los fines del ordenamiento, y no sus particulares intereses; porque, en fin, confluye sobre él una serie de condiciones restrictivas".

haya comunicación y se utilicen una serie de argumentos no quiere decir que dicha comunicación sea ideal, óptima y la mejor. En el proceso hay hablantes, pero ni dichos hablantes gozan de las condiciones ideales de comunicación (*v. gr.*, recursos, medios y tiempo limitado, etc.) ni se trata de un escenario puramente racional por el trasfondo de violencia (física o psicológica) que encierra.

Asimismo, la noción de verdad de Habermas, entendida como la afirmación o el discurso que "es capaz de resistir todos los intentos de refutación sin ningún tipo de limitación espacial, social o temporal, es decir, si puede ser justificado en una situación epistémica ideal", es absolutamente inviable y opuesta al marco de las afirmaciones y al discurso que se maneja en el proceso, cualquiera sea su clase, ya que en este ámbito el discurso, por razones pragmáticas, tiene estrictas limitaciones temporales (no puede ser indefinido ni puede prolongarse de manera abierta), además de contar con limitaciones estructurales de tipo económico, logístico y humano.

En el proceso penal, pese a la afirmación de que se trata de un espacio público institucionalizado de discusión entre las posiciones de las partes, hay sobre (y contra) el imputado un claro e indiscutible ambiente coactivo, en la medida que subsiste una amenaza latente —incluso puede haber una concreta afectación a la libertad personal—, que hace muy difícil el afirmar que hay una plena libertad de los intervinientes para esgrimir sus posiciones y argumentos. En el proceso penal, no hay un discurso libre de dominación[205]. En todo caso, dicho ambiente de plena libertad puede tenerlo el Ministerio Público, el actor civil, pero no el imputado o las partes pasivas que ven amenazados no solo su posición jurídica, sino sus derechos fundamentales, con el desarrollo y, en especial, con la decisión final del proceso.

En el proceso penal, y en el proceso en general, los protagonistas, en concreto los sujetos procesales, no persiguen los mismos fines ni tienen los mismos intereses, ni les interesa tampoco llegar a determinados consensos o siquiera buscan la verdad por acuerdo. El imputado busca ser absuelto de los cargos a toda costa, el abogado defensor busca ganar el caso o, si no, obtener la mejor solución para su cliente. El enfrentamiento de las partes, a veces extremo y cruento, hace que el proceso, en especial el juicio, no sea el contexto adecuado para lograr acuerdos, consensos o adhesiones. Incluso cuando se llega a dichos acuerdos, muchas veces se lo hace con desprecio y perjuicio a la verdad. ¿Cómo puede predicarse que en el proceso penal se busca la verdad por consenso si la sentencia condenatoria se impone contra la voluntad del procesado?, ¿cómo puede haber consenso o acuerdo si hay alguien que se opone a una determinada forma de conclusión del proceso: ¡la condena!? Si en

205 Por todos, Hassemer, *Fundamentos de derecho penal*, cit., p. 165 y ss.

el proceso se busca la verdad como consenso, el imputado y su defensa, por regla, serán los principales objetores de dicha noción.

En el proceso penal no se cumplen, por lo menos, dos requisitos de la teoría de la verdad como consenso: (i) la falta de violencia en una situación en la que sólo puede valer la coacción del mejor argumento; (ii) la sinceridad de las manifestaciones de todos los participantes. Esto es así porque claramente el proceso penal es una expresión de la violencia estatal formalizada en el procedimiento y, además, porque los partícipes del proceso no siempre son sinceros y tienen derecho a guardar silencio, e, incluso, pueden mentir.

72. Por su parte, la verdad como consenso aplicado al proceso penal confunde el método legal de adquisición de las pruebas y de formación del juicio bajo los parámetros de la contradicción, con los criterios de verdad. En efecto, los criterios de verdad no son cognitivos, epistémicos o están vinculados a la realidad, sino que responden únicamente a criterios procedimentales relacionados con el respeto a las reglas que permiten a las partes expresarse y argumentar[206] con base en los hechos y a las pruebas.

73. Por otro lado, las formas de acuerdo procesal, que suponen el logro de ciertos beneficios luego de aceptar la culpabilidad (*v. gr.*, conclusión o terminación anticipada del proceso), no cumplen con una de las exigencias de la teoría de la verdad por consenso, como es que haya una decisión racional voluntaria, ya que dichos acuerdos solo pretenden de manera egoísta y particular obtener un beneficio que consiste en una rebaja de la pena.

No se trata de una decisión ideal, sino de una motivada por un plan calculado para obtener un determinado tratamiento ventajoso, aun a costa de la verdad. Por ejemplo, es posible que en determinado acuerdo premial la persona acepte más hechos y circunstancias que los que realmente ha cometido o sucedieron, o que acuerde, o consensue, determinados hechos de manera estratégica a fin de librarse de otras imputaciones y hechos muchas más graves y perjudiciales. No toda aceptación de la culpabilidad se basa en hechos ciertos, debidamente probados, sino que responde a una estrategia procesal que busca obtener la mayor ventaja posible del imputado.

74. La teoría de la verdad como consenso no solo es difícilmente conciliable con las bases y estructura del proceso penal contemporáneo, sino también con los medios y elementos más importantes de toda forma y clase de proceso: las pruebas. Ello se desprende de la afirmación de Habermas de que, en "buena cuenta, la verdad de un enunciado no puede medirse por evidencias contundentes, definitivas y

206 Andrés Ibáñez, *Ni fiscal ni instructor, ni Habermas "procesalista"*, cit., p. 58.

últimas, sino solamente por razones justificatorias que nunca son concluyentes[207]". En efecto, para Habermas, más importante que la evidencia que respalda, o contrasta, un enunciado es el reparo en los argumentos y las razones que justifican dicho enunciado.

Incluso, si se aplican los postulados consensualistas a las pruebas dentro del proceso penal, se tendría que el valor de todo enunciado y de las pruebas que los sustentan (o refutan) depende del grado de consenso que hay entre los participantes del proceso, y no tanto del valor objetivo que efectiva y realmente posee un medio de prueba (*v. gr.*, la pericia científica de ADN), al margen de si es aceptado o no por los participantes del proceso. De esta manera, no es complicado imaginar que puede haber acuerdo y consenso para negar valor probatorio a una prueba (no necesariamente prohibida) que posee un indiscutible valor objetivo en la solución del caso; como también puede haber acuerdo para dotar de valor objetivo a una prueba cuyo resultado, o la calidad de información que brinda, sencillamente es cero o de muy bajo valor.

D. Conclusión

75. La teoría de la verdad como consenso pese a su gran difusión y su aparente compatibilidad con la teoría de la argumentación jurídica, al hacer depender la verdad del acuerdo que haya en la sociedad, o en los intervinientes en el diálogo, sobre determinados asuntos, hechos o temas, no puede aplicarse al proceso (y, en especial, al proceso penal), en donde no hay un ambiente de plena libertad entre los intervinientes ni hay una situación ideal del habla.

Una gran campaña mediática propulsada por los medios de comunicación o agentes especialistas en Tik Tok, puede lograr presentar a un inocente como culpable y a un culpable como inocente, generando el mayor consenso posible.

207 Véase, Habermas, *Teorías de la verdad*, cit., pp. 113, 122, 153 y 158; Habermas, *Facticidad y validez*, cit., pp. 78 y ss.; Habermas, *Verdad y justificación. El giro pragmático de Rorty*, cit., p. 249.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA PRUEBA

SUMARIO: I. El fundamento constitucional y convencional. **II.** Derecho a la prueba y proceso penal. **III.** El derecho a la prueba y la jurisprudencia constitucional. **IV.** El contenido esencial del derecho a la prueba. **V.** Las dimensiones del derecho a la prueba. **VI.** El derecho fundamental a la prueba es un derecho autónomo. **VII.** El derecho a la prueba no es un derecho ilimitado que supone adquirir toda clase de pruebas. **VIII.** La titularidad del derecho a la prueba. **IX.** El efecto irradiante (vertical y horizontal) del derecho a la prueba. **X.** La concepción amplia y la concepción restrictiva del derecho a la prueba. ¿El derecho a la prueba se extiende a la investigación preparatoria o es un derecho que se ejercita exclusivamente en el juicio oral?

I. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

1. La doctrina nacional[208] y la comparada[209] están de acuerdo en señalar que el derecho a la prueba (llamado *derecho fundamental a la producción de pruebas*[210])

208 Cfr. Bustamante Alarcón, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima, Ara, 2001, pp. 82 y ss.; Alfaro Valverde, Luis Genaro, *Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal*, en *Manual del Código Procesal Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, pp. 69 y ss.; Talavera Elguera, Pablo, *La prueba penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2017, pp. 23 y ss.

209 En el derecho italiano: Taruffo, Michele, en Taruffo, Michele (a cura de), *La prova nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 79 y ss.; Taruffo, en Comoglio, Luigi Paolo / Corrado Ferri / Michele Taruffo, *Lezioni sul proceso civile. Il proceso ordinario di cognizione*, 5a. ed., Bologna, Il Mulino, 2011, t. I, p. 462; Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 56 y ss.; Comoglio, Luigi Paolo, *Le prove civili*, 3a. ed., Torino, UTET, 2010, pp. 35, 47 y ss.; Ferrua, Paolo, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 2017, vol. I, pp. 122 y ss.; Tonini, Paolo y Carlotta Conti, *Il diritto delle prove penali*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 2014, pp. 61 y ss. En el derecho brasileño: Marinoni, Luiz Guilherme y Daniel Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, 4a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2015, p. 768; Cambi, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 44; Cambi, Eduardo, *O direito a prova no proceso civil*, en *Revista de Faculdade de Direito da UPRF*, vol. 34, 2000, p. 148; Badaró, Gustavo, *Epistemologia judiciária e prova penal*, Sao Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2019, p. 42; Gomes Filho, Antonio Magalhaes, *Direito a prova no processo penal*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 84 y 85; Paula Ramos, Vitor de, *Direito fundamental à prova*, en *Revista de Processo*, vol. 224, 2013, pp. 41 y ss.; Delfino da Silva, Fernando César, *Direito fundamental à prova e a responsabilidade na sua produção*, en *1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*, 2016, pp. 737 y ss. https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/issue/view/46

210 Cfr. Delfino da Silva, *Direito fundamental à prova e a responsabilidade na sua produção*, cit., p. 738: "Consagra-se, no processo, o direito fundamental à produção das provas, assim, autor e réu deverão produzir as provas indispensáveis para a comprovação do seu direito. Trata-se de ônus que recai sobre àquele que alega, sob pena de não ter reconhecido o seu direito. Não obstante, a livre e ampla produção de provas esbarra no livre convencimento motivado do magistrado que, poderá, em decisão fundamentada indeferir determinada produção de provas". En la doctrina peruana: Reynaldo Bustamante Alarcón (*El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 101) alude al derecho a producir la prueba necesaria.

es un derecho de rango constitucional[211], un derecho público subjetivo[212] o un derecho fundamental de carácter procesal[213].

No se trata de un simple derecho de carácter legal o de rango ordinario que se encuentra recogido en las leyes o códigos procesales. Una violación al derecho a la prueba supone una afectación de la Constitución y a los principios y valores recogidos en ella.

Antes de la irrupción del constitucionalismo democrático, el derecho a la prueba era considerado simplemente como un derecho subjetivo y una facultad procesal de las partes que podía ejercitarse en un proceso determinado.

2. La importancia del derecho a la prueba como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico se comprueba con el reconocimiento expreso que realizan algunas constituciones políticas. Ya no se trata solo de una simple categoría que es recogida por los Códigos procesales, sino de un derecho fundamental de la persona que representa una garantía mínima y un elemento necesario del acceso a la justicia, del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

En el derecho comparado, se ha identificado que algunas constituciones políticas regulan de manera expresa el derecho a la prueba, tal como ocurre con el artículo 24.2 de la Constitución española ("a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa"), el artículo 111.2 de la Constitución de Italia ("obtenga la convocatoria y el interrogatorio de personas en su defensa en las mismas condiciones que la acusación, y que se obtenga cualquier otro tipo de prueba a su favor"), el artículo 29 de la Constitución colombiana ("a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra"), el artículo 76.7.h de la Constitución de Ecuador ("presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra[214]"), el artículo 17.8 de la Constitución de Paraguay (reconoce el derecho de toda persona sujeta al proceso

211 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 87; Cambi, *O direito a prova no proceso civil*, cit., p. 150; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 25.

212 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 43; Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., pp. 84 y 85, (para quien se trata de un derecho público o cívico, en la medida que tienen como sujeto pasivo al Estado, representado por la figura del órgano jurisdiccional, quien está obligado a tornar efectivas las postulaciones de las partes en relación a las actividades probatorias legítimas y lícitas); Cambi, *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 44; Cambi, *O direito a prova no proceso civil*, cit., p. 148; Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 5a. ed., Bogotá, Temis, 2006, T. I, p. 26, quien alude a un "derecho subjetivo de probar" o a un "derecho subjetivo procesal".

213 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 83.

214 El artículo 78 prescribe el tratamiento especial de las víctimas: "Art. 78. Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin

penal a "que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas") y el artículo 20.B.IV de la Constitución de México ("se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley").

La Constitución peruana no regula de manera expresa el derecho a la prueba (*ut infra*).

La fundamentabilidad del derecho a la prueba es tanto **formal** como **material**. Formal, debido a que, como una garantía, se ubica dentro del contexto del respeto al debido proceso y a un proceso justo, en especial, al derecho de defensa y el principio de contradicción. Material, en atención a que el derecho a la prueba se relaciona con la exigencia de verdad, del adecuado esclarecimiento de los hechos y como un requisito de una decisión justa y materialmente correcta. Este derecho representa la manifestación de la autodeterminación personal que busca hacer valer una pretensión procesal apoyada en datos externos y objetivos y que es un elemento decisivo de las relaciones jurídicas, de la justicia y la seguridad jurídica[215].

3. Los tratados de derechos humanos no regulan de manera específica y concreta el denominado *derecho a la prueba*. En realidad, el derecho humano que se recoge y posee un tratamiento explícito es el denominado *derecho a interrogar a los testigos*[216]. Dicha regulación internacional lleva a sostener a que el derecho a la prueba cuenta con una consagración definitiva, expresa y clara en la legislación interna de un país[217] como también se plantea que deriva de la concurrencia de los principios de amplia defensa, contradictorio y del debido proceso legal[218].

El apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que el acusado tendrá derecho "A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

El artículo 14 del Pacto confiere a toda persona el derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías en la substanciación de cualquier acusación

---

dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado".

215 Cfr. Paula Ramos, *Direito fundamental à prova*, cit., pp. 42 y ss.

216 Ampliamente: Castillo Alva, José Luis, *El derecho a interrogar a los testigos*, Lima, Instituto Pacífico, 2017, pássim.

217 Cfr. Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., p. 82.

218 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 43.

de carácter penal formulada contra ella. Un aspecto esencial del principio del juicio equitativo es el de la igualdad de medios entre la acusación y la defensa[219]. La facultad de interrogar a los testigos se conecta estrechamente con el derecho de defensa y todas sus manifestaciones, entre ellas, el derecho a contar con el tiempo y los medios suficientes para interrogarlos[220].

Por su parte, el literal f) del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la "garantía mínima" del "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos". La Corte IDH ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa[221].

El Convenio Europeo de Derechos humanos en su artículo 6 inciso 3, literal d, reconoce que el imputado tiene como mínimo el derecho: "a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra". En caso de que no se pueda interrogar a los testigos, al imputado y a su defensa se les convierte en incapaces de someter la credibilidad del testimonio al escrutinio racional o de lanzar cualquier duda sobre sus declaraciones[222].

En el sistema de la *common law*, el derecho a la prueba, denominado también *right to evidence*, se vincula al modelo adversarial del proceso, que es reflejo de su particular cultura jurídica, que se basa en la iniciativa probatoria de las partes y da lugar a un estilo competitivo de procedimiento que forma parte del derecho fundamental a ser oído en juicio y comprende el derecho a presentar pruebas de toda clase e interrogar a los testigos de cargo y de descargo[223].

219 Comunicación n.º 307/1988, John Campbell c. Jamaica, 12 de mayo de 1993; párr. 6.4. El TEDH: Huseyn y otros c. Azerbaiyánn, 26 de julio del 2001, párr. 196.

220 Al respecto, Comunicación N.° 250/1987, Carlton Reid c. Jamaica, 20 de julio de 1990, párr. 11.3.

221 Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. Chile del 29 de mayo del 2014, párr. 242; J. C. Perú 27 de noviembre del 2013, párr. 208; Castillo Petruzzi c. Perú del 30 de mayo de 1999, párr. 154.

222 Sadak y otros c. Turquía del 17 de julio del 2001, párr. 65; Tseber c. República Checa, 22 de febrero del 2013, párr. 59.

223 Cfr. Damaska, Mirjan, *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 96 y ss.; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 43; Chiesa Aponte, Ernesto, *Compendio de evidencia (en el sistema adversarial)*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 31, 62, 63 y ss.

El derecho a la prueba posee una extensión más amplia y extensa que el derecho a interrogar a los testigos; en todo caso, este derecho es solo una manifestación de aquel derecho. El derecho a la prueba tiene que ver con la facultad de una parte de poder ofrecer y/o presentar cualquier medio de prueba (no solo testimonial) a un proceso o procedimiento, a que se adquiera la información de dicho medio, y que se la analice y evalúe de manera objetiva e imparcial a fin de adoptar una decisión sobre los hechos. Mientras el derecho a interrogar a los testigos implica también lograr su comparecencia al proceso y que se los interrogue de manera directa y cruzada, el derecho a la prueba no solo se restringe a lograr un interrogatorio de los testigos, sino a lograr la admisión, actuación y evaluación de todo medio de prueba pertinente, al margen de su clase o tipología.

En un proceso configurado constitucionalmente, las partes tienen derecho no solo a presentar e interrogar a los testigos, sino también a obtener la información probatoria de cualquier medio de prueba, sea de carácter personal, documental o pericial. Los testigos solo son una clase de pruebas que se pueden ofrecer en el proceso. Puede haber un proceso sin testigos que puede resolverse de manera favorable a una de las partes, decidiendo de manera imparcial la controversia.

Pese a la mayor amplitud y a la capacidad explicativa del derecho a la prueba en relación al derecho a interrogar a los testigos, desde el derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, el derecho a interrogar a los testigos puede ser tomado como un buen banco de pruebas y un criterio válido para interpretar y desarrollar el alcance constitucional y convencional del derecho a la prueba, pese a que se trata de una problemática específica dentro del derecho probatorio y el ejercicio del derecho fundamental a la prueba.

II. DERECHO A LA PRUEBA Y PROCESO PENAL

4. El derecho a la prueba es el derecho del ciudadano, en un proceso a demostrar la verdad de sus afirmaciones, que son el contenido de su pretensión[224]. La persona tiene derecho a probar que las afirmaciones que alega son ciertas y a las que, una vez probadas, el ordenamiento jurídico asigna determinadas consecuencias jurídicas. Se lo define como el derecho de las partes a producir toda prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de pruebas pertinentes que estén en posesión de otras partes o de terceros, y que todas esas pruebas sean debidamente consideradas por el tribunal.

224 Ampliamente, Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 28; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 54.

En un proceso penal democrático, se le reconoce al imputado el derecho a que no solo pueda influir en la aplicación de la ley y en el resultado del proceso, sino también en la construcción de la situación de hecho y el desarrollo del procedimiento[225]. Se cuenta con el derecho fundamental para acreditar que determinados hechos han ocurrido, que los hechos que se atribuyen no han ocurrido o que han ocurrido de una manera distinta a como se señala en la imputación.

El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y de defensa[226]. Según Comoglio, "el derecho de prueba es el derecho de actuar en el proceso 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[227]". El ejercicio del derecho de prueba está sujeto a un determinado procedimiento probatorio que es regulado —ya sea en sus líneas generales, o de manera minuciosa— por el Código Procesal tanto en lo que se refiere a la búsqueda, la admisión, la actuación y la valoración de la prueba[228].

Toda persona, cuando plantea una acción en un determinado proceso (o investigación), tiene el derecho a ofrecer y proponer los medios de prueba que considere necesarios, con el fin de acreditar sus afirmaciones acerca de la existencia

225 Cfr. Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, 1a. reimp., Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, p. 93: "Para el imputado es al menos de la misma importancia, qué hechos pueden valer como probados como la correcta comprensión de una norma legal".

226 Por todos, Taruffo, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en Taruffo, Michele (a cura de), *La prova nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 2012, 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"; Taruffo, Michele, *Investigación judicial y producción de la prueba por las partes*, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 15, N.° 2, diciembre, 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". En sentido semejante, remarcando su conexión con el derecho de defensa: Tuzet, Giovanni, *Filosofia della prova giuridica*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 254.

227 Comoglio, Luigi Paolo, *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. En la doctrina peruana: Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 102: "el derecho a probar permite a su titular producir la prueba necesaria para acreditar o verificar la existencia o inexistencia de aquellos hechos que configuran una pretensión o una defensa (sea que estén contenidos en una demanda o en una contestación, o en cualquier acto jurídico procesal de parte), o que han sido incorporados por el juzgador para la correcta solución del caso concreto".

228 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 62.

o la inexistencia de un hecho[229], así como para constatar o de que un determinado suceso histórico ocurrió de una determinada forma y no de otra. El derecho a ofrecer medios de prueba no solo se focaliza en acreditar determinados hechos principales o constitutivos descritos en la ley, sino también en acreditar algunos hechos secundarios.

5. El derecho a probar se vincula a la acreditación de una concreta pretensión en cualquier tipo de proceso y es una condición indispensable para que esta tenga éxito[230]. Sin el ejercicio del derecho a la prueba, cualquier pretensión es solo una afirmación sin sustento.

El derecho a la prueba constituye un aspecto insuprimible de las garantías de defensa y del contradictorio que se refleja en el derecho a obtener y producir una prueba legítima, e implica también el poder requerir la producción de las pruebas que deben ser pertinentes, relevantes y lícitas[231]. La importancia extraordinaria de la prueba a nivel del proceso, y en el campo general del derecho, lleva a entender que es un requisito indispensable para la aplicación de la ley al caso concreto y para el ejercicio de los derechos fundamentales. Sin la materialización del derecho a la prueba, no podría aplicarse el derecho y la ley, ni se podría ejercer la jurisdicción y la tutela judicial efectiva. La prueba viabiliza y es condición necesaria para la aplicación y la vigencia del derecho[232].

Un aspecto esencial del debido proceso es el respeto al principio del contradictorio, que supone que las partes deben tener la oportunidad de actuar (alegar y probar) de manera eficaz en el desarrollo del proceso; asimismo, deben contar con la oportunidad de exponer sus razones, sus argumentos, deben tener la posibilidad de presentar las pruebas destinadas a acreditar la veracidad de sus alegaciones y deben poder pronunciarse sobre los medios de prueba ofrecidos por su adversario como deben también conocer todos los actos practicados por el juez (o el fiscal) a fin de impugnarlos, según sea el caso[233]. Algún sector de la doctrina no concede autonomía al derecho a la prueba, sino que lo ubica dentro del cuadro del contradictorio

229 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 138.

230 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 43; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 28.

231 Cfr. Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., p. 81; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 43.

232 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 26.

233 Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, *O conteúdo da garantía do contraditório*, en *Novas tendencias do Direito processulae*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 20; Barbosa Moreira, José Carlos, *Aspectos processuais civis na nova constituição*, en *Revista de Direito Processual* 29, Rio de Janeiro, 1989, p. 59 ss.

de las partes, pese a reconocer que la actividad probatoria representa el momento central y clave del proceso[234].

6. El derecho fundamental a la prueba reviste una capital importancia a nivel del proceso penal en todas sus etapas (la investigación, la etapa intermedia y el juicio oral). La actividad probatoria constituye el núcleo y la espina dorsal del proceso. Los principales valores que se buscan y legitiman el proceso penal son la verdad y la justicia, que solo se pueden alcanzar con una actividad probatoria diligente, responsable y con el cumplimiento de un estándar de prueba objetivo para cada fase del proceso penal. Si la verdad y la justicia fueran indiferentes para el derecho, el despliegue de la actividad probatoria en el proceso sería innecesaria e inútil (Damaska) y se vaciaría de contenido al derecho fundamental a la prueba.

En el proceso penal, los sujetos procesales tienen un papel protagónico en la actividad probatoria y en el ejercicio del derecho a la prueba, tanto en lo que atañe a la introducción del material probatorio como en el control de las pruebas aportadas por las demás partes, sea que se presenten pruebas contrarias que confirmen una hipótesis alternativa o se cuestione la fiabilidad o la credibilidad de otras pruebas, en especial, del cargo. El control probatorio, como manifestación del derecho a la prueba, supone realizar al interno del proceso una fiscalización de la actividad probatoria de las demás partes y del juez[235]. Dicho control posee dos modalidades: por

234 Véase, Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., pp. 41 y 43, quien lo considera un aspecto insuprimible de las garantías de defensa y contradictorio que encuentra confirmación y refuerzo en el texto constitucional que consagra la garantía que nadie será privado de su libertad sin un debido proceso legal (artículo 5, LIV); Nery Junior, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)*, 11a. ed., Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 223: "Caso a) não haja nos autos prova da existência do fato, b) for ele controvertido e, ainda, c) a parte insistir na realização da prova, a parte tem direito à realização da prova, vedado ao juiz dispensa-la. Na hipótese de o juiz, nestas circunstâncias, indeferir a prova, haverá cerceamento de defesa, com a nulidade da decisão e dos atos processuais que lhe seguirem"; Pellegrini Grinover, Ada / Scarance Fernandes, Antonio / Magalhaes Gomes Filho, Antonio, *As nulidades no proceso penal*, 9a. ed., Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 137.

235 Cfr. Taruffo (*Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 163), quien destaca que en el proceso adversarial hay la prevalencia del control de las partes lo que implica una menor preocupación por la plenitud de las informaciones que sirven para la determinación de los hechos. Julio B. J. Maier (*Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2a. ed. y 3a. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, T. I, p. 577) alude a **probar y a controlar la prueba**: "Tradicionalmente, se ha incluido en el principio de contradicción el derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario. Ello no es incorrecto, pues, sobre todo el control de la prueba del adversario, representa una manifestación del contradictorio, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus consecuencias, es una manifestación imprescindible de la posibilidad de oponerse a la persecución penal". En el derecho comparado: Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., pp. 92, 109 y ss.; Diamantaras de Figueiredo, Daniel, *O direito ao confronto na produção da prova penal*, São Paulo, Marcial Pons, 2020, pp. 175, 182, 185 y ss.

un lado, el **control probatorio epistemológico,** que permite evaluar la relevancia, la calidad y la fiabilidad probatoria de los medios de prueba que acreditan o no una determinada hipótesis (imputativa o defensiva); por el otro lado, el **control probatorio jurídico**, que se relaciona con el cumplimiento del debido procedimiento probatorio y la necesidad de respetar las garantías mínimas de la actividad probatoria (como cumplir con la constitucionalidad y la legalidad de los medios de prueba), y de la evaluación de los resultados probatorios (como el cumplimiento del estándar de prueba necesario, para adoptar una determinada decisión).

El control probatorio que se realiza en el proceso supone la posibilidad de las partes de vigilar el procedimiento probatorio y la adquisición de información que se logra en cada una de sus etapas como una manifestación central del derecho a la prueba[236]. Uno de los controles más probatorios más importantes es el que se dirige a preservar la legalidad y la constitucionalidad de los actos de investigación o de los medios de prueba que se incorporan al proceso empleando las reglas de exclusión probatorias derivadas de la prueba ilícita.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido el derecho a controlar la prueba de cargo[237] como manifestación del derecho a la prueba. En el caso de la evaluación de los informes periciales, la máxima instancia de la justicia ordinaria peruana sostiene que se debe controlar la metodología científica utilizada y la legitimidad de los peritos[238], y que también se debe controlar la correcta aplicación en el caso

236 Cfr. Taormina, Carlo, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 185.

237 Véase, el **R. N. N.° 794-2016** del 4 de julio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo) "El encausado no pudo contrainterrogar la versión incriminatoria de la sentenciada conformada. Ni a nivel preliminar, instructorio o plenarial existió la posibilidad real de controvertir eficazmente su sindicación, lo cual lesiona el derecho a controlar la prueba de cargo, correspondiente al acusado. El derecho a probar, integrado a la garantía genérica del derecho de defensa, supone no solo la posibilidad de utilizar y ofrecer el material probatorio atinente al caso, sino que, como contraparte, requiere que exista una efectiva oportunidad de participar en la actividad probatoria, tanto por la parte beneficiada como perjudicada (principio de contradicción). En este sentido, no basta con la sola alusión a la lectura de piezas procesales ya recabadas; es preciso que se justifique razonablemente la imposibilidad de su actuación en el plenario, máxime si se trata de la única testigo (impropia) de cargo"; el **R. N. N.° 229-2006** del 9 de agosto del 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Vega Vega) "tal como reconoce la jurisprudencia comparada y la doctrina procesal la validez de la prueba sumarial preconstituida está condicionada a que se practique en presencia de los defensores de las partes, dado su carácter definitivo e irreproducible, respetándose el derecho de contradicción y la función de control de la actividad probatoria, inherente al derecho de defensa; de tal modo que si no hay un adecuado control probatorio por parte de los abogados de la defensa —ya sea de su libre elección o de oficio— dicha prueba no podrá estimarse como prueba de cargo válida; siendo que en este proceso la diligencia de reconocimiento personal no ha contado con la presencia del abogado defensor de los imputados y no ha podido efectuarse el respectivo control probatorio".

238 Véase, la **Casación N.° 305-2011** del 23 de octubre del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Rodríguez Tineo): "una de las funciones y deberes de los Jueces, al valorar un dictamen

concreto de las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos de las deducciones a partir de la prueba acopiada[239].

7. El derecho a la prueba a nivel del proceso penal es el termómetro más importante para medir el **carácter democrático o autoritario** del proceso penal. El sentido democrático del proceso penal obliga a establecer la participación activa y en igualdad de oportunidades de las partes en la configuración de los actos procesales, de la actividad probatoria y en la toma de decisiones. Los medios de prueba se incorporan al proceso y se adquiere la información de la que son portadores a través de la participación, el debate y la contradicción entre las partes. En el caso de la actividad probatoria, como dice Siracusano, el derecho a la prueba constituye uno de los elementos más significativos de transformación de un régimen procesal autoritario a un régimen procesal democrático. Un conocimiento procesal formado en el contradictorio ofrece mayores y mejores garantías que un saber formado unilateralmente[240].

El derecho a la prueba se materializa y posee plena efectividad constitucional cuando se garantiza una participación activa, racional y de pleno debate en igualdad de armas a las partes procesales a fin de que puedan introducir sus hipótesis de trabajo, sus planteamientos y los medios de prueba que los respaldan de manera adecuada y razonable. Solo puede haber un ejercicio real del derecho a la prueba en el proceso cuando las partes pueden participar activamente y desplegar los medios de prueba de manera libre y abierta, sin obstáculos innecesarios e irrazonables.

La clase de proceso penal que se incorpora en la legislación depende de las valoraciones y elecciones ideológicas que se encuentran en la Constitución y en los tratados de derechos humanos (CADH y PIDCP), lo cual supone definir el tipo de vinculación del individuo y el Estado que se ve reflejado, indudablemente, en la forma de organización constitucional de poder[241]. Como señala Zipf, "si la historia

---

pericial está en evaluar o controlar la metodología científica utilizada y la legitimidad de los peritos. Pues, toda conclusión a la que arriben los peritos, por persuasivas que sean, es decir, dotados de plausibilidad y habilidad, no vincula al juzgador, pues estas siempre se dejan a la valoración discrecional del Tribunal"

239 Véase, la **Casación N.° 39-2012** del 18 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein): "deben respetarse las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos de las deducciones a partir de la prueba acopiada; en ese sentido, se exige una construcción racional de la formación de la convicción. La deducción, sobre todo, no debe ser lógicamente contradictoria: de testigos que no saben no es posible deducir conocimiento; de peritos que carecen de seguridad sobre sus conclusiones no se puede extraer seguridad. Vale decir, las deducciones a partir de la prueba deben ser lógicamente sostenibles, asimismo, no pueden contradecir las máximas de la experiencia, menos soslayar los conocimientos científicos".

240 Cfr. Badaró, Gustavo, *Processo penal*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2014, p. 195.

241 Cfr. Rusconi, Maximiliano, *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público*, en *El Ministerio público en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 107.

del derecho procesal penal es, al propio tiempo, una parte esencial, la historia de la relación del ciudadano con el Estado, tal relación caracteriza también hoy la configuración del proceso penal[242]"".

Un sistema penal —y, en particular, el derecho procesal penal— configurado según los cánones constitucionales debe permitir la construcción de la verdad dentro de un proceso de diálogo razonado, en el que se aportan, plantean y eligen aquellas tesis que se consideran más adecuadas y pertinentes para resolver un caso concreto sobre la base del conjunto de pruebas disponibles y del derecho vigente aplicable.

Las partes no deben ser tratadas como objetos, sino como personas dentro del proceso, situación que lleva a exigir su participación, activa y necesaria, en la configuración de la decisión jurisdiccional, y su argumentación, sin que se efectúen distinciones en el manejo del material fáctico como jurídico[243].

La verdad no se obtiene de manera autoritaria, ni es impuesta como si fuera revelada de manera mística u oculta al juez por una autoridad suprema, por su propia conciencia o por el simple hecho de ocupar un cargo. Por el contrario, la verdad y la razonabilidad del proceso penal se edifica sobre la base del debate, de las posiciones opuestas y del consenso que puede y debe existir sobre una determinada materia, tema o pruebas.

En la concepción democrática del proceso, las autoridades estatales (jueces, fiscales, órganos administrativos) deben escuchar a todas las partes por igual, brindando oportunidades semejantes para alegar y probar cada una de sus pretensiones, concediéndoles la posibilidad de influir en las decisiones que se adopten. En dicha visión democrática, las autoridades no aplican el derecho de manera aislada y solitaria, sino como consecuencia de haber instaurado un diálogo racional en el que se consideran los planteamientos fácticos, probatorios y jurídicos de las partes, y se resuelve conforme al debate producido, acogiendo las premisas jurídicas y argumentativas aplicables al caso y que fluyen de la discusión.

En el proceso basado en la Constitución, los actos procesales y sobre todo las decisiones que se adoptan no son consecuencia de un monólogo o de una consideración unilateral del juez, sino de tomar en cuenta los hechos, las pruebas y las alegaciones jurídicas sustentadas por las partes en el escenario procesal. Si bien los jueces deciden de manera independiente y solo están vinculados a la ley y al derecho, la legitimidad y validez racionales de sus decisiones dependen de manera directa de que se valoren y analicen los argumentos de las partes intervinientes en el proceso.

242 Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Edersa, 1979, p. 129.

243 Cfr. Carocca Pérez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 343.

El derecho a ser oído sería un principio convencional y constitucional desprovisto de contenido material en caso de que a los actores del proceso —indiscutibles sujetos de derechos—, aunque fueran formalmente escuchados, se les despojase de su dignidad procesal, lo que ocurriría si sus pretensiones y alegaciones son ignoradas por las autoridades estatales, y no se toman en cuenta (total o parcialmente) a la hora de decidir un caso sometido a su conocimiento.

Un proceso democrático, independientemente del tipo de proceso, supone lo siguiente[244]:

(i) el conocimiento adecuado del tiempo, lugar y objeto del debate;

(ii) el contar con la posibilidad de prepararse para la intervención y el tiempo para organizar la defensa;

(iii) contar con la efectiva posibilidad de intervenir e influir racionalmente en la decisión que se adoptará.

Un proceso democrático siempre estará dispuesto a respetar el derecho de las partes a presentar sus pretensiones, los hechos y las pruebas que lo respaldan como la base jurídica normativa y que lo impregnan de sentido, lo que impide que se reduzca a la persona a un mero objeto del proceso desprovisto de derechos. El debido proceso es un derecho inherente a todo ciudadano, que sirve para que, en la dilucidación de un derecho o de una pretensión que se promueve en su contra, pueda ser escuchado previamente por la autoridad competente.

Un proceso democrático requiere de manera obligatoria lo siguiente:

(i) recibir en igualdad de oportunidades las pretensiones de las partes;

(ii) admitir las pruebas de cada una de las partes exigiendo la pertinencia y utilidad de la prueba;

(iii) recepcionar las alegaciones de las partes en condiciones de igualdad;

(iv) tomar en cuenta las alegaciones referentes a la prueba y a las cuestiones jurídicas a la hora de resolver, ya sea para admitir o rechazar cada uno de los planteamientos.

Un proceso de base democrática supone no solo atender y escuchar a las partes, sino, desde una perspectiva material, conceder a las partes la posibilidad de influir en la decisión a través de los hechos, pruebas y alegaciones jurídicas pertinentes.

244 Cfr. Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito processual penal*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 161.

III. EL DERECHO A LA PRUEBA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

8. El TC peruano ha reconocido la existencia de un derecho constitucional a probar, que, aunque no autónomo, se encuentra orientado hacia los fines propios de la observancia a la protección del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa[245].

El TC peruano ha señalado que el derecho a la prueba 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[246]. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada

245 Exp. N.° 04208-2017-PHC/TC, Caso: César Augusto Monasterio More; Exp. N.° 01137-2017-PA/TC, Caso: Oficina de Normalización Previsional ONP; Exp. N.° 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.° 00624-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Gómez Quenta; Exp. N.° 03997-2013-PH/TC, Caso: Noemí Bessy Landázuri Abanto; Exp. N.° 01032-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Medina Becerra; Exp. N.° 01735-2016-PHC/TC, Caso: Julio Alberto Pisconte Ramos; Exp. N.° 01793-2013-PHC/TC, Caso: Richard Estrada Mestanza; Exp. N.° 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.° 04869-2012-PA/TC, Caso: Juan Roberto Briones Castillo; Exp. N.° 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.° 02714-2012-PA/TC, Caso: Teodoro Yovera Ipanaqué; Exp. N.° 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

246 Véanse, las sentencias de los Exp. N.° 04717-2018-PHC/TC, Caso: Daniel Maximilian da Costa, representado por Howard Ántero Zacarías Torrealva; Exp. N.° 1152-2018-PHC/TC, Caso: Nelva Soledad Rubín Alejandro; Exp. N.° 00778-2018-PHC/TC, Caso: Sur Jhon Paul Torres Castillo representado por Betsabe Rosa Castillo Rodríguez; Exp. N.° 01137-2017-PA/TC, Caso: Oficina de Normalización Previsional ONP; Exp. N ° 00506-2017-PHC/TC, Caso: Ricardo Jorge Paico Ramírez; Exp. N.° 04208-2017-PHC/TC, Caso: César Augusto Monasterio More; Exp. N.° 00417-2017-PA/TC, Caso: Seguro Social de Salud, Essalud representado por Julia Alejandrina Soria de Febres, Abogada; Exp. N.° 05195-2016-PHC/TC, Caso: Moisés Ernesto Astorga Ramos, representado por Leonardo Dalí Zumaeta Huasasquiche; Exp. N.° 03912-2016-PHC/TC, Caso: Luis Abel Arcos Lazo, representado por Ever Benildo Ruiz Vargas; Exp. N.° 02676-2016-PHC/TC, Caso: Ronny Martín Coral Macedo, representado por María Elena Castillo Fernández (abogada); Exp. N.° 02045-2016-PHC/TC, Caso: Dionicio Martínez Marín; Exp. N.° 01361-2016-PHC/TC, Caso: Percy Quispe Misaico; Exp. N.° 06336-2015-PHC/TC, Caso: Jorge Isaacs Acurio Tito, representado por Rosa Eliana Adrianzén Guerrero (Representante); Exp. N.° 00498-2016-PHC/TC, Caso: Edwin Humberto Zárate Martínez, representado por Luis Humberto Zárate Martínez (abogado); Exp. N.° 04982-2015-PA/TC, Caso: Amir Wahbe; Exp. N.° 04081-2015-PHC/TC, Caso: José Aurelio Matamoros Balcázar; Exp. N.° 02046-2014-PAC/TC, Caso: Jorge Adolfo Languasco Fonseca; Exp. N.° 06254-2013-PHC/TC, Caso: Leonidas Arcaya Aquino; Exp. N.° 05530-2013-PA/TC, Caso: Juan Pablo Guzmán Dongo y otro; Exp. N.° 03997-2013-PH/TC, Caso: Noemí

por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado[247].

El derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes

---

Bessy Landázuri Abanto; Exp. N.° 003545-2013-PHC/TC, Caso: Víctor Hugo Huamán Díaz; Exp. N.° 01793-2013-PHC/TC, Caso: Richard Estrada Mestanza; Exp. N.° 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.° 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.° 01735-2016-PHC/TC, Caso: Julio Alberto Pisconte Ramos; Exp. N.° 03801-2012-PHC/TC, Caso: Edmundo Darío Rosales Alvarado; Exp. N.° 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.° 01032-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Medina Becerra; Exp. N.° 02914-2012-HC/TC, Caso: Percy Fertoni Lcurima Díaz; Exp. N.° 00624-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Gómez Quenta; Exp. N.° 02952-2012-HC/TC, Caso: Mario Miguel Chávez Ángeles; Exp. N.° 0195-2012-PA/TC, Caso: Nerea Consuelo Aguirre Gutierrez; Exp. N.° 01412-2012-PHC/TC, Caso: Yue Song Zhu; Exp. N.° 01669-2012-PHC/TC, Caso: David Rafael Palomino Aquije; Exp. N.° 04027-2012-PHC/TC, Caso: José Ignacio de la Puente Mc Farlane; Exp. N.° 03072-2014-PHC/TC, Caso: Rodolfo Rafael Tirado Rivera representado(a) por Alberto Barreda Vizcarra - Abogado; Exp. N.° 03158-2012-HC/TC, Caso: Leonidas Torres Fermín; Exp. N.° 02684-2011-PA/TC, Caso: Pershing Julio Del Carpio Castañeda; Exp. N.° 03898-2012-PHC/TC, Caso: Jorge Ricardo Muñoz Salinas; Exp. N.° 01025-2012-PA-TC, Caso: Asociación Educacional Williamson del Perú; 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.

247 Exp. N.° 04717-2018-PHC/TC, Caso: Daniel Maximilian da Costa, representado por Howard Ántero Zacarías Torrealva; Exp. N.° 00778-2018-PHC/TC, Caso: Sur Jhon Paul Torres Castillo representado por Betsabe Rosa Castillo Rodríguez; Exp. N.° 01137-2017-PA/TC, Caso: Oficina de Normalización Previsional ONP; Exp. N.° 00506-2017-PHC/TC, Caso: Ricardo Jorge Paico Ramírez; Exp. N.° 00417-2017-PA/TC, Caso: Seguro Social de Salud, Essalud representado por Julia Alejandrina Soria de Febres, Abogada; Exp. N.° 05195-2016-PHC/TC, Caso: Moisés Ernesto Astorga Ramos, representado por Leonardo Dalí Zumaeta Huasasquiche; Exp. N.° 03912-2016-PHC/TC, Caso: Luis Abel Arcos Lazo, representado por Ever Benildo Ruiz Vargas; Exp. N.° 06336-2015-PHC/TC, Caso: Jorge Isaacs Acurio Tito, representado por Rosa Eliana Adrianzén Guerrero (Representante); Exp. N.° 02045-2016-PHC/TC, Caso: Dionicio Martínez Marín; Exp. N.° 02676-2016-PHC/TC, Caso: Ronny Martín Coral Macedo, representado por María Elena Castillo Fernández (abogada); Exp. N.° 01361-2016-PHC/TC, Caso: Percy Quispe Misaico; Exp. N.° 00498-2016-PHC/TC, Caso: Edwin Humberto Zárate Mártinez, representado por Luis Humberto Zárate Martínez (abogado); Exp. N.° 04982-2015-PA/TC, Caso: Amir Wahbe; Exp. N.° 02046-2014-PAC/TC, Caso: Jorge Adolfo Languasco Fonseca; Exp. N.° 03072-2014-PHC/TC, Caso: Rodolfo Rafael Tirado Rivera representado(a) por Alberto Barreda Vizcarra — Abogado; Exp. N.° 06254-2013-PHC/TC, Caso: Leonidas Arcaya Aquino; Exp. N.° 05530-2013-PA/TC, Caso: Juan Pablo Guzmán Dongo y otro; Exp. N.° 003545-2013-PHC/TC, Caso: Víctor Hugo Huamán Díaz; Exp. N.° 03898-2012-PHC/TC, Caso: Jorge Ricardo Muñoz Salinas; Exp. N.° 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.° 03801-2012-PHC/TC, Caso: Edmundo Darío Rosales Alvarado; Exp. N.° 04081-2015-PHC/TC, Caso: José Aurelio Matamoros Balcázar; Exp.

para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor[248]. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa[249]. Según este derecho, las partes o un tercero

N.° 03997-2013-PH/TC, Caso: Noemí Bessy Landázuri Abanto; Exp. N.° 01793-2013-PHC/TC, Caso: Richard Estrada Mestanza; Exp. N.° 04027-2012-PHC/TC, Caso: José Ignacio de la Puente Mc Farlane; Exp. N.° 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.° 03158-2012-HC/TC, Caso: Leonidas Torres Fermín; Exp. N.° 02952-2012-HC/TC, Caso: Mario Miguel Chávez Ángeles; Exp. N.° 0195-2012-PA/TC, Caso: Nerea Consuelo Aguirre Gutierrez; Exp. N.° 02914-2012-HC/TC, Caso: Percy Fertoni Lcurima Díaz; Exp. N.° 01025-2012-PA-TC, Caso: Asociación Educacional Williamson del Perú; Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro; Exp. N.° 01412-2012-PHC/TC, Caso: Yue Song Zhu; Exp. N.° 05291-2009-PA/TC, Caso: Luijomar S. A.; Exp. N.° 01536-2008-PA/TC, Caso: Waldimir 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.° 01634-2009-PHC/TC, Caso: Magno Nicanor Laura Delgado; Exp. N.° 02601-2009-PHC/TC, Caso: Mario Fernando Ramírez Daza; 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.

248 Exp. N.° 04717-2018-PHC/TC, Caso: Daniel Maximilian da Costa, representado por Howard Ántero Zacarías Torrealva; Exp. N.° 03119-2018-PHC/TC, Caso: Milagros Giuliana Roque Nole; Exp. N.° 1152-2018-PHC/TC, Caso: Nelva Soledad Rubín Alejandro; Exp. N.° 00778-2018-PHC/TC, Caso: Sur Jhon Paul Torres Castillo representado por Betsabe Rosa Castillo Rodríguez; Exp. N.° 04588-2017-PH/TC, Caso: Julio Hernán Medrano Chaparro, representado por Luis Alberto Mena Núñez (abogado); Exp. N.° 04208-2017-PHC/TC, Caso: César Augusto Monasterio More; Exp. N.° 02550-2017-PHC/TC, Caso: José Antonio Villegas Melgarejo; Exp. N.° 05195-2016-PHC/TC, Caso: Moisés Ernesto Astorga Ramos, representado por Leonardo Dalí Zumaeta Huasasquiche; Exp. N.° 01361-2016-PHC/TC, Caso: Percy Quispe Misaico; Exp. N.° 01773-2016-PHC/TC, Caso: Emilio David Vidal Domínguez; Exp. N.° 00498-2016-PHC/TC, Caso: Edwin Humberto Zárate Mártinez, representado por Luis Humberto Zárate Martínez (abogado); Exp. N.° 06254-2013-PHC/TC, Caso: Leonidas Arcaya Aquino; Exp. N.° 01735-2016-PHC/TC, Caso: Julio Alberto Pisconte Ramos; Exp. N.° 01032-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Medina Becerra; Exp. N.° 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.° 02914-2012-HC/TC, Caso: Percy Fertoni Icurima Díaz; Exp. N.° 00624-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Gómez Quenta; Exp. N.° 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.° 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.° 01412-2012-PHC/TC, Caso: Yue Song Zhu; Exp. N.° 03500-2008-PHC/TC, Caso: D.D.S.T; Exp. N.° 01536-2008-PA/TC, Caso: Waldimir Leder Ibazeta Valdiviezgo; Exp. N.° 01634-2009-PHC/TC, Caso: Magno Nicanor Laura Delgado.

249 Exp. N.° 02684-2011-PA/TC, Caso: Pershing Julio Del Carpio Castañeda; Exp. N.° 05291-2009-PA/TC, Caso: Luijomar S. A.; Exp. N.° 9598-2005-PHC/TC, Caso: Jaime Mur Campoverde; Exp. N.° 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.° 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana; Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro; Exp. N.° 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz; Exp. N.° 02684-2011-PA/TC, Caso: Pershing Julio Del Carpio Castañeda; Exp. N.° 01536-2008-PA/TC, Caso: Waldimir Leder Ibazeta Valdiviezgo.

legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que forman parte de su defensa[250].

El TC español ha señalado que el derecho a la prueba tiene como primer requisito la legalidad de la petición probatoria, en el doble sentido de que "el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento (por todas SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2)" (STC 1/2004, de 14 de enero, FJ 2) y de que "la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2)" (STC 165/2001, de 16 de julio, FJ 2).

9. El TC peruano destaca que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este 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[251]. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sea armonizado con otros derechos o bienes constitucionales —límites extrínsecos—, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión —límites intrínsecos—[252].

La doctrina constitucional del TC peruano señala la necesidad de que en el proceso penal se cumpla con evaluar racionalmente los medios de prueba que han sido admitidos y actuados.

El TC peruano señala lo siguiente: "de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y

250 Exp. N.° 00624-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Gómez Quenta; Exp. N.° 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.° 05291-2009-PA/TC, Caso: Luijomar S. A.; Exp. N.° 9598-2005-PHC/TC, Caso: Jaime Mur Campoverde; Exp. N.° 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana; Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro; Exp. N.° 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz; Exp. N.° 02684-2011-PA/TC, Caso: Pershing Julio Del Carpio Castañeda; Exp. N.° 01536-2008-PA/TC, Caso: Waldimir Leder Ibazeta Valdiviezgo.

251 Exp. N.° 04982-2015-PA/TC, Caso: Amir Wahbe; Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro.

252 Exp. N.° 04982-2015-PA/TC, Caso: Amir Wahbe; Exp. N.° 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro; Exp. N.° 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz".

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[253]". 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[254]. Igual posición ha sido reiterada al sostener que 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[255].

10. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "uno de los derechos instrumentales que integra la garantía de defensa procesal es el derecho a la prueba pertinente (artículo 139, apartado 14 de la Constitución, desarrollado legalmente por el artículo IX, numeral 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal). Este derecho importa que la parte procesal, en la forma y oportunidad estipulada en la ley, tiene la facultad de solicitar la actuación de medios de prueba pertinentes, conducentes y útiles (concordancia de los artículos 155, numeral 2, y 352, numeral 5, literal 'b', del Código Procesal Penal). En esta perspectiva, además, en virtud del principio de adquisición procesal, una vez admitidos los medios de prueba éstos pertenecen al proceso, se independizan de quien los propuso[256]". Se trata de uno de los derechos instrumentales de la garantía de defensa procesal —no del debido proceso—[257]. También destaca que el derecho a la prueba pertinente garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a las solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma. En ese sentido, el juez o tribunal debe garantizar a las partes la atención a sus solicitudes de ofrecimiento de pruebas, siempre que i) sean pertinentes, es decir, que guarden conexión con los hechos objeto del proceso, y, ii) tengan un grado de incidencia

253 Exp. N.° 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.° 01025-2012-PA-TC, Caso: Asociación Educacional Williamson del Perú; Exp. N.° 03562-2009-PHC/TC, Caso: Gerardo Raúl Widauski Kleimberg.

254 Exp. N.° 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro; Exp. N.° 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz.

255 Exp. N.° 03736-2010-PA/TC, Caso: César Augusto Elías García.

256 Véase, la Casación N.° 2118-2019 del 29 de septiembre del 2021 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

257 Véase, la Casación N.° 625-2020 Lambayeque del 22 de noviembre del 2021 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

sobre el objeto del proceso, es decir, resulten relevantes, útiles y necesarios respecto al hecho que pretende ser probado. Empero, cabe precisar que el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes no es ilimitado, su ejercicio debe ser solicitado en la forma y momento legalmente previstos[258].

IV. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PRUEBA

11. El contenido esencial del derecho a la prueba tiene diversas manifestaciones[259]:

El *derecho a investigar* y recoger las fuentes y órganos de prueba que puedan servir para preparar la defensa o la acreditación de las afirmaciones que sustentan la pretensión, actual o futura.

Otra expresión constitucional del derecho a la prueba es el derecho a **ofrecer todos medios de prueba** (o los actos de investigación) disponibles que sean útiles para probar la propia alegación y/o afirmación.

El derecho a la prueba se presenta como **la facultad de obtener la admisibilidad de los medios de prueba** solicitados con base a criterios objetivos a fin de construir el cuadro probatorio idóneo para sostener una pretensión.

---

258 Véase, la **Casación N.° 292-2014 Ancash** del 17 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Pariona Pastrana): "Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia".

259 Cfr. Siracusano, Delfino, *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2011, vol. I, p. 337; Taruffo, en Comoglio/Ferri/Taruffo, *Lezioni sul proceso civile. Il proceso ordinario di cognizione*, cit., t. I, p. 462; Paula Ramos, *Direito fundamental à prova*, cit., pp. 43 y ss.; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 264. Algunos autores consideran que el procedimiento probatorio y el derecho a la prueba se componen de tres elementos: Scalfati, Adolfo y Diletta Servi, *Trattato di procedura penale*, Torino, UTET, 2009, vol. 2, T. I, p. 33, quien distingue con claridad la etapa de admisión, adquisición y valoración de la prueba; Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal* (trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín), Buenos Aires, Ejea, 1952, T. III, p. 198, para quien la prueba exige el ejercicio de una serie de actos procesales, que se pueden agrupar en tres categorías: producción, recepción y valoración de la prueba; Leone, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ejea, 1963, T. II, p. 185 para quien el desarrollo de las actividades en el tema de las pruebas puede agruparse en las categorías de indicación del medio de prueba; producción del medio de prueba, asunción del medio de prueba y reunión de las pruebas. En el derecho peruano: San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, 2a. ed., Lima, Inpecc, 2020, p. 756.

Una manifestación del derecho a la prueba es el **poder asumir y actuar efectivamente los medios de prueba** (o los actos de investigación) que son propuestos y admitidos en el proceso.

Una expresión del derecho a la prueba es el derecho a que se realice una **evaluación racional y debidamente motivada de las pruebas admitidas y actuadas** en el proceso. Para mayor detalle, véase el capítulo IV sobre derecho a la prueba y el procedimiento probatorio.

12. El derecho a la prueba constituye un derecho fundamental que comprende la facultad constitucional de las partes en el proceso (o en la investigación) para que pueda realizar lo siguiente[260]:

i) buscar las fuentes de prueba necesarias para acreditar su pretensión;

ii) ofrecer o proponer los medios de prueba en su oportunidad y en la etapa procesal correspondiente;

iii) la admisión motivada del concreto medio de prueba, siempre que guarde pertinencia y relevancia con el objeto del proceso;

iv) participar en la actuación procesal del medio de prueba admitido con la garantía del contradictorio y la igualdad de armas;

v) obtener una valoración racional de cada medio de prueba admitido y actuado en el proceso y lograr una ponderación individual y global de los mismos, lo que determinará su contenido, razonamiento (inferencias), resultado y una justificación adecuada al momento de decidir;

vi) controlar, y exigir el control de la evaluación racional efectuada por el juez verificando que no se haya omitido el análisis de un medio de prueba relevante, que no se haya alterado su contenido, y que se precise su resultado y su relación con el objeto del proceso y la hipótesis de las partes.

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, se considera que el derecho a la prueba supone lo siguiente: (i) el derecho a utilizar toda la prueba de la cual se dispone a fin de acreditar la verdad de los enunciados fácticos que fundan y dan soporte a la propia pretensión; (ii) el derecho a que la prueba sea adquirida en el

260 Ampliamente, Tonini, Paolo, *Manuale di procedura penale*, 18a. ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 245; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 61; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 264. En el derecho peruano: Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., pp. 103 y ss.

proceso; (iii) el derecho a la valoración racional de toda la prueba adquirida, y (iv) el derecho a obtener una decisión que sea lo suficientemente motivada[261].

13. El derecho a la prueba —en su contenido esencial— no solo se dirige a ofrecer medios de prueba sobre afirmaciones alrededor de hechos principales y secundarios, sino que también se puede orientar a cuestionar los medios de prueba presentados al proceso por cualquiera de las partes[262]. Se parte de la regla de que todo medio de prueba, de típico a atípico, puede ser controvertido.

Es posible acreditar los enunciados referidos a la fiabilidad, credibilidad o calidad probatoria de un órgano o medio de prueba[263] que pueden ser desmentidos, o se les puede restar credibilidad a través del empleo de otros medios de prueba (*v. gr.*, la autenticidad de un documento audiovisual, fotográfico, o los problemas crónicos de percepción de un testigo. Esta problemática, que puede también ser objeto de prueba, se denomina prueba de "hechos auxiliares"[264] o prueba sobre la prueba.

La doctrina procesal distingue entre la eficacia jurídica objetiva de la prueba y la atendibilidad de la prueba[265]. Por ejemplo, la declaración de un testigo ocular de un determinado hecho es un medio de prueba que puede ser muy eficaz para acreditarlo, pero su atendibilidad y nivel de credibilidad pueden ser muy escasos al

261 Por todos, Ferrer Beltrán, Jordi, *El derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, en *Jueces para la democracia*, N.° 47, 2003, pp. 27 y ss.; Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, cit., p. 254.

262 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 105.

263 Cfr. Nappi, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, 10a. ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 213; Cassibba, Fabio, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 23; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 45; Ubertis, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Madrid, Trotta, 2015, p. 51; Dominioni, Oreste, *et al.*, *Procedura penale*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 244; Leone, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ejea, 1963, T. II, p. 181; Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 107 y 108; Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, Lima, Ara, 2007, T. II, pp. 217 y 219; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 152; Caffe-rata Nores, José y Maximiliano Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, 8a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, p. 47; Palacio, Lino Enrique, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 19. En el derecho peruano, Bustamante Alarcón, (*El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 139) señala que el derecho a la prueba "incluye el derecho de su titular a ofrecer los medios probatorios que estime necesarios para cuestionar los medios probatorios que han sido ofrecidos contra ella, o cuya actuación ha sido ordenada de oficio por el juzgador".

264 Cfr. Volk, Klaus, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, trad. de Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez y otros, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, 23/5, p. 315: "los hechos auxiliares tienen también una relevancia indirecta. Las conclusiones que derivan de esta subclase de indicios no tienen como objetivo el hecho principal, sino la fuerza probatoria de la deducción"; Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, Barcelona, Labor, 1936, p. 257.

265 Cfr. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Reus, 1925, T. II, pp. 284 y 285.

tratarse de un testigo sospechoso, poco serio o con problemas graves de percepción. El juez (así como el fiscal) debe estar prevenido de los errores involuntarios de los testigos y de que quien declara no quiera engañar deliberadamente a la administración de justicia[266]. La idea de que siempre los testigos dicen la verdad no solo es una ingenuidad, como lo ha demostrado la psicología del testimonio, sino que, en un sistema de justicia racional, una tesis semejante representa un peligro latente y real que afecta la propia eficacia y credibilidad del sistema.

Un documento público puede tener una importante fuerza objetiva, pero su credibilidad puede estar venida a menos si es que se considera que dicho documento es falso. En sentido distinto, la eficacia objetiva de un contrato privado puede no ser muy alta, pero el documento solo es atendible si es reconocido por las partes.

Se reconoce que parte del contenido esencial del derecho fundamental a la prueba consiste en el derecho de la persona a presentar pruebas, pero también a controvertir las mismas, así como a que el órgano jurisdiccional resuelva dichos cuestionamientos (*v. gr.*, en tachas[267], 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 los sujetos procesales, debe examinarse de manera escrupulosa si dicho derecho se ha respetado en el caso concreto[268].

El derecho a la prueba se afecta cuando no se permite, por ejemplo, a una de las partes a controvertir, discutir o corroborar las pruebas ofrecidas. La Corte Suprema de Justicia anuló una sentencia absolutoria debido a que no se atendió el pedido del Ministerio Público de corroborar la coartada del imputado que había presentado unos documentos respecto a que el imputado estuvo en otro lugar. Al respecto, se señaló lo siguiente:

> del iter procesal del presente proceso se advierte que el acusado afrontó el proceso penal bajo la situación jurídica de reo ausente, y al ser puesto a disposición del Tribunal Superior, esto es el treinta de abril de dos mil doce, se programó su audiencia para el dos de mayo del mismo año —véase a fojas seiscientos sesenta y dos—, sin embargo en la anotada sesión, culminado un escueto interrogatorio al acusado se pasó a los alegatos de cierre, luego de que se rechazó el pedido de la Fiscalía para corroborar la veracidad de las instrumentales que presentó la defensa del acusado en ese acto —con la cual pretendía desvirtuar los cargos en su contra pues el documento indicaba que estuvo en otro lugar en el momento

266 Cfr. Pérez del Valle, Carlos, *Teoría de la prueba y derecho penal*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 5.

267 Exp. N.° 10490-2006-PA/TC, Caso: Elisa Monsalve Romero.

268 Exp. N.° 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz.

> de los hechos materia de imputación—, de suerte que ante el mencionado rechazó se procedió a cerrar los debates y continuar con la requisitoria oral, para finalmente dictar sentencia. Que, en tal sentido, resulta evidente la vulneración al derecho a la prueba que le asiste al recurrente, pues sin ningún sustento legal se decidió arbitrariamente, rechazar aquella probanza, pese a que no se tenía certeza de la veracidad de ese documento, más aún si fue objetado por la parte acusadora, más aún si el sentenciado Yupanqui Salinas en todo momento sindicó al acusado, por tanto, los cargos en su contra aún no han sido dilucidados con la debida prudencia[269].

14. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el derecho a la prueba es concebido como el derecho fundamental que tiene toda persona a que se admitan y actúen los medios probatorios que ofrece y que el Juzgador los valore en forma debida, teniéndolos en cuenta en su sentencia o decisión; que el citado derecho forma parte integrante del derecho a un debido proceso legal y del derecho a la tutela judicial efectiva, en tal sentido tiene cinco elementos que se desprenden del mismo[270]:

(i) derecho a ofrecer determinados medios probatorios;

(ii) derecho a que se admitan los mismos;

(iii) derecho a que éstos se actúen;

(iv) derecho a asegurarlos (su actuación), y

(v) derecho a que se les valore en forma debida.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema sostiene que: "el derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: a) el derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente salvo las excepciones legales; b) el derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) el derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos por las partes; d) el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar su actuación, y e) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas. Como se advierte, el derecho de prueba no solo comprende derechos sobre la propia prueba, sino además contra la prueba de la otra parte, y aun la actuada de oficio; asimismo, comprende el derecho a obtener del

269 Véase, el R. N. N.° 1901-2012 del 14 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Lecaros Cornejo).

270 Véase, la Casación N.° 77-2012 Cusco del 26 de junio del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Barrios Alvarado).

órgano jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente de su decisión, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba actuada[271]".

La máxima instancia de la justicia ordinaria destaca que "el derecho a probar forma parte del derecho constitucional al debido proceso consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, se materializa con los medios probatorios que tienen como objetivos principales corroborar lo expuesto por las partes del proceso según la carga de la prueba que corresponda, producir convicción al juez sobre la controversia y ser el sustento de las decisiones que adopta el juzgador. El derecho a probar también implica la prerrogativa de presentar pruebas y que estas sean admitidas, actuadas y valoradas apropiadamente al momento de sentenciar[272]".

La Corte Suprema sostiene que debe enfatizarse que el derecho a la prueba es fundamental en la medida en que es inherente al justiciable y tiene, además, diversos mecanismos de refuerzos propios de los derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al Juez sobre la verdad del interés material perseguido[273]. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona, por lo que de manera alguna puede expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales[274].

Se advierte de manera nítida una vinculación entre el componente objetivo del derecho a la prueba y el deber de motivación de las resoluciones judiciales, en tanto que este exige que el órgano judicial explique de modo suficiente las razones que sustentan su fallo, y que estas deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso concreto, sino de los hechos debidamente acreditados con la prueba actuada; de modo que sea posible conocer el sustento fáctico y el razonamiento, en virtud de los cuales se absuelve o condena a un imputado, de manera que constituye a su vez un principio constitucional y un derecho, y permite a las partes procesales comprobar si la respuesta, dado al caso en concreto, deviene

271 Véase, la Casación N.° 1210-03 Lima del 12 de enero del 2006.

272 Véase, la Casación N.° 9328-2018 del 6 de agosto del 2020 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente.

273 En sentido distinto: Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 28 para quien: "el derecho de probar no tiene por objeto convencer al juez sobre la verdad del hecho afirmado, es decir, no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino a que acepte y practique las pedidas o presentadas por las partes y las tenga en cuenta en la sentencia o decisión (con prescindencia del resultado de su apreciación)".

274 Véase, el R. N. N.° 1317-2010 del 3 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Voto Dirimente del Juez Santa María Morillo).

de una actividad racional adecuada y apoyada con lo actuado en el proceso y no el resultado de la arbitrariedad judicial[275].

V. LAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA PRUEBA

15. En la doctrina se reconoce que el derecho a la prueba tiene una dimensión objetiva y subjetiva[276].

La **dimensión objetiva del derecho de prueba** supone el derecho a que se admita, actúe y analice todo medio de prueba relevante para acreditar los enunciados fácticos objeto del proceso, sin distinción o limitación alguna. Ninguna prueba tiene preferencia o un valor superior sobre otra, por lo que, salvo mandato legal expreso, no pueden ser excluidas si son relevantes en la investigación de la verdad de los hechos. La **dimensión subjetiva del derecho de prueba** sostiene que este derecho no es una facultad exclusiva de una de las partes del proceso (*v. gr.*, el acusado), sino de todos los intervinientes y partes que poseen un interés legítimo en el desarrollo y resultado del proceso (o la investigación) como manifestación del principio constitucional de igualdad de armas.

El TC peruano ha señalado que "el derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa[277]. Atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular,

275 Véase, el R. N. N.° 3305-2015 del 15 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Cevallos Vega).

276 Por todos, Ubertis, Giulio, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, 4a. ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 201; Ubertis, Giulio, *Il proceso penale. La verifica dell'accusa*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 45.

277 Exp. N.° 04208-2017-PHC/TC, Caso: César Augusto Monasterio More; Exp. N.° 01137-2017-PA/TC, Caso: Oficina de Normalización Previsional ONP; Exp. N.° 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.° 00624-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Gómez Quenta; Exp. N.° 03997-2013-PH/TC, Caso: Noemí Bessy Landázuri Abanto; Exp. N.° 01032-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Medina Becerra; Exp. N.° 01735-2016-PHC/TC, Caso: Julio Alberto Pisconte Ramos; Exp. N.° 01793-2013-PHC/TC, Caso: Richard Estrada Mestanza; Exp. N.° 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.° 04869-2012-PA/TC, Caso: Juan Roberto Briones Castillo; Exp. N.° 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.° 02714-2012-PA/TC, Caso: Teodoro Yovera Ipanaqué; Exp. N.° 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana; Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro.

este, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Esto es así por cuanto el proceso penal no sólo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de los procesados, sino también hacer efectiva la responsabilidad jurídico-penal de las personas, que sean halladas culpables dentro de un proceso penal[278]".

16. Se distingue también entre la dimensión positiva y la dimensión negativa del derecho a la prueba[279].

La **dimensión positiva** implica el reconocimiento a la parte del derecho de emplear todas las pruebas de las que dispone, o que se encuentran a disposición de terceros, con el fin de acreditar la verdad de sus afirmaciones que sustentan su pretensión. Los sujetos procesales tienen el derecho de lograr la reconstrucción más exacta posible de los hechos que son objeto del proceso y sobre los que versará luego la decisión judicial.

Por su parte, la **dimensión negativa del derecho a la prueba** supone el derecho de la parte de oponerse a la admisión de ciertos medios de prueba que son impertinentes o irrelevantes en relación con el objeto del proceso, o el derecho a pedir la exclusión de las pruebas que se obtienen con la violación de los derechos fundamentales y/o al margen del principio de legalidad de la actividad probatoria.

17. El derecho a la prueba posee una dimensión procesal y una dimensión extraprocesal.

La **dimensión procesal del derecho a la prueba** supone entender que el ámbito del ejercicio de este derecho fundamental es el proceso, o toda clase de procedimiento, en el que se pueden proponer, admitir, actuar y analizar los medios probatorios a disposición de las partes y las autoridades estatales (*v. gr.*, jueces, tribunales administrativos). Su centro de gravedad y lugar *par excellence* en el que se desarrolla el derecho de prueba es el nivel de un proceso o cualquier investigación[280].

278 Véase, Exp. N.° 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz. También la Corte Suprema de Justicia en los: R. N. N.° 524-2015 del 3 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 3305-2015 del 15 de marzo del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria (Ponente: Cevallos Vega); la Queja N.° 40-2011 del 6 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

279 Véase, Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., pp. 83 y 89.

280 Considera que no puede hablarse del derecho a probar sino de un punto de vista exclusivamente procesal: Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 26.

Por su parte, la **dimensión extraprocesal del derecho a la prueba** implica que toda persona tiene derecho a investigar, recoger y seleccionar las fuentes de prueba que pueden sustentar las afirmaciones que plantea, y que forman parte de su pretensión, actual o futura. Este derecho fundamental no discurre única y exclusivamente dentro de los cauces formales y en el interior de un determinado proceso (penal, civil, administrativo, laboral, etc.), sino también fuera de él, sobre todo, cuando se investigan y recogen las fuentes de prueba y la evidencia para sustentar una pretensión o una defensa, cualquiera sea su clase. La información que se incorpora a un proceso normalmente existe y se produce fuera y extramuros de él; por ello, es que se alude a una prueba preconstituida y una prueba constituida.

VI. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA ES UN DERECHO AUTÓNOMO

18. Una de las características del derecho a la prueba como derecho fundamental es su autonomía y valor propio dentro de la constelación de derechos fundamentales.

No se trata de un derecho dependiente, de un derecho subordinado o que no cuenta con autonomía conceptual y jurídica. La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-496/15 ha reconocido la autonomía del derecho a la prueba al considerar que "el derecho a presentar pruebas tiene un carácter fundamental autónomo, a la vez que es una de las garantías del más amplio derecho al debido proceso".

Pese a la posición de la autonomía conceptual y jurídica del derecho a la prueba, la doctrina nacional considera que no se trata de un derecho fundamental autónomo, en la medida que constituye un derecho integrante de un derecho fundamental mayor, como el derecho al debido proceso[281] o del derecho de defensa[282]. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el derecho

281 Véase, Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 84.

282 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 755. En el derecho comparado: Ferrer Beltrán, Jordi, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, en Ferrer Beltrán, Jordi (coordinador), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 67: "no es casualidad que en general se considere que ese derecho es una especificación, un derivado, del derecho de defensa y que este, a su vez, es parte del derecho al debido proceso".

constitucional a probar no es un derecho autónomo[283]. De igual forma, la Corte Suprema de Justicia considera que el derecho a probar carece de autonomía[284].

Creemos que el hecho de que se considere el derecho a la prueba como un derecho fundamental lleva consigo la imperiosa necesidad de sostener su plena **autonomía** tanto desde la perspectiva constitucional como desde la procesal. Un derecho constitucional, por regla, es autónomo, y su valor y vigencia no dependen de otros derechos fundamentales como el derecho de defensa, al debido proceso o a la tutela judicial efectiva.

La pertenencia del derecho a la prueba al debido proceso o a la tutela judicial efectiva (artículo 139.3 de la Const.) no significa que su carácter de derecho fundamental sea dependiente o sea una simple extensión. El que un derecho fundamental —el derecho a la prueba o cualquier otro derecho— forme parte del macroderecho del debido proceso o la tutela judicial efectiva no quiere decir que carezca de autonomía. Bajo esa lógica, ningún derecho fundamental de carácter procesal que forma parte del debido proceso (*v. gr.*, el derecho a un juez imparcial e independiente, el derecho de defensa, el derecho a ser investigado en un plazo razonable) podría ser considerado como un derecho autónomo o que goza de valor propio. Todos los derechos fundamentales de carácter procesal serían derechos instrumentales, subordinados y no tendrían un valor por sí mismo.

19. La autonomía del derecho a la prueba es una autonomía de tres tipos:

(i) *Conceptual*, desde el momento en que se distingue lógicamente de otros derechos fundamentales como el derecho de defensa o el derecho a motivar las resoluciones judiciales.

(ii) *Jurídica*, debido a que el derecho a la prueba está dotado de un contenido jurídico propio, distinto a los demás derechos fundamentales.

283 Exp. N.° 04208-2017-PHC/TC, Caso: César Augusto Monasterio More; Exp. N.° 01137-2017-PA/TC, Caso: Oficina de Normalización Previsional ONP; Exp. N.° 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.° 00624-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Gómez Quenta; Exp. N.° 03997-2013-PH/TC, Caso: Noemí Bessy Landázuri Abanto; Exp. N.° 01032-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Medina Becerra; Exp. N.° 01735-2016-PHC/TC, Caso: Julio Alberto Pisconte Ramos; Exp. N.° 01793-2013-PHC/TC, Caso: Richard Estrada Mestanza; Exp. N.° 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.° 04869-2012-PA/TC, Caso: Juan Roberto Briones Castillo; Exp. N.° 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.° 02714-2012-PA/TC, Caso: Teodoro Yovera Ipanaqué; Exp. N.° 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

284 Véase, la Casación N.° 3161-2012 del 4 de junio del 2013 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Calderón Castillo).

(iii) *Constitucional*, en atención a que el derecho a la prueba forma parte del conjunto de derechos constitucionales que derivan de la vigencia de la dignidad de la persona humana.

Si se reconoce que un derecho posee el rango de "fundamental", lleva *ab initio* la condición de que dicho derecho es autónomo. No hay un derecho fundamental dependiente en sentido constitucional. Los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son aquellas que permiten adoptar decisiones sobre la estructura básica del Estado, la sociedad y la persona[285]. En todo caso, se distingue entre la autonomía del derecho fundamental y el ejercicio autónomo de un derecho fundamental[286].

Se debe distinguir entre el fundamento de un derecho constitucional (*v. gr.*, el de la dignidad de la persona humana, al debido proceso) y la autonomía de dicho derecho. Un derecho fundamental (*v. gr.*, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la prueba) puede tener su fundamento en la dignidad de la persona humana o el debido proceso, pero ello no quiere decir que se trata de un derecho dependiente o no autónomo.

El derecho a la prueba posee un valor semejante a los demás derechos fundamentales. No posee un valor menor ni un valor mayor.

285 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 505.

286 Cfr. Aláez Corral, Benito, *El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N.° 21, primer semestre, Madrid, 2013, p. 50: "Ciertamente, se requieren unas determinadas cualidades naturales y legales para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales. Quien, como consecuencia de su menor edad carece de capacidad para escribir o simplemente comunicar, difícilmente puede ejercer ciertas facultades del derecho al secreto de las comunicaciones, quien aún no puede realizar un juicio valorativo, debido a su inmadurez, tampoco puede ejercitar su libertad de conciencia, etc." Luego señala: "la capacidad requerida para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales no puede coincidir con la requerida para obrar con eficacia jurídica en los niveles infraconstitucionales. Ahora bien, dada la importancia social (reflejada en su constitucionalización y garantía internacional convencional) de los intereses y facultades que se protegen y ejercen a través de los derechos fundamentales, ni la falta de capacidad natural o madurez, ni la posibilidad de ejercicio a través de un tercero (heteroejercicio), pueden tener la extensión que habitualmente se ha atribuido por la legislación civil a la capacidad de obrar infraconstitucional. Aunque la capacidad de obrar iusfundamental y capacidad de obrar infraconstitucional pueden tener en común el efecto habilitante para el ejercicio de facultades y derechos, en casi todo lo demás sus diferencias priman sobre sus semejanzas" (p. 51).

VII. EL DERECHO A LA PRUEBA NO ES UN DERECHO ILIMITADO QUE SUPONE ADQUIRIR TODA CLASE DE PRUEBAS

20. El reconocimiento del derecho a la prueba como un derecho fundamental no supone identificarlo como un derecho ilimitado en la admisión de cualquier medio de prueba[287] o acto de investigación. El *ius postulandi* de los medios de prueba debe cumplir con los requisitos formales y materiales previstos en la ley[288]. La aplicación de este derecho no quiere decir que toda petición probatoria o de actuación de una evidencia deba admitirse de manera obligatoria en el proceso. No existe un derecho a que se admita cualquier medio de prueba.

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional a admitir todos los medios probatorios que han sido ofrecidos[289]. Igual ocurre con los actos de investigación o las diligencias que se desarrollan en el marco de las diligencias preliminares o la investigación preparatoria por parte del Ministerio Público. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importan pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos[290].

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, nacional y comparada, se reconoce que el juez admite los medios de prueba, y el fiscal, los actos de investigación, con base en cinco criterios[291]:

(i) Los medios de prueba deben ser pertinentes, es decir, deben guardar relación con la existencia del enunciado fáctico, con la autoría o participación de una persona; de lo contrario, pueden tender a rebatir la credibilidad de una prueba.

(ii) El medio de prueba no debe estar prohibido por la ley, ya sea por afectar la libertad y autodeterminación de la persona o violar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. La ley procesal peruana prescribe que sólo

287 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 123; Ubertis, *Il proceso penale. La verifica dell'accusa*, cit., p. 46; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 155; Cambi, *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 170; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 31; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 106.

288 Cfr. Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 35.

289 Exp. N.° 00288-2012-PHC/TC, Caso: Edmundo Wilfredo Milla Uceda.

290 Exp. N.° 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

291 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 245; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 64 recogen cuatro criterios; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 103.

se podrán excluir los medios de prueba que no sean pertinentes y prohibidos por la Ley (art. 155.2).

(iii) Los medios de prueba no deben ser sobreabundantes o superfluos en el sentido que no deben suponer la adquisición de un resultado cognoscitivo ya obtenido a través de otros medios de prueba. La admisión y actuación de los medios de prueba deben ser racionales, por lo que evitan el desgaste de tiempo y recursos en la admisión de medios de pruebas inútiles cuyo resultado posible ya fue logrado a través de otras pruebas.

(iv) El medio de prueba debe ser relevante o útil en la acreditación del hecho, en el sentido de que el resultado probable debe ser idóneo para demostrar la existencia del hecho a probar.

(v) No se deben admitir aquellos medios de prueba de imposible obtención al interior del proceso. La prueba de imposible consecución es aquella que no podrá obtenerse por concurrir una causa objetiva (antecedente o sobreviniente) que lo impide (*v. gr.*, llamar a declarar a una persona fallecida, pedir hacer una autopsia a un cadáver completamente calcinado).

En efecto, se debe observar la necesidad de que el procedimiento de admisión sea respetado escrupulosamente ponderando que el medio de prueba que se pretende introducir al proceso no esté prohibido por la ley; asimismo se debe verificar la respectiva utilidad del medio de prueba efectuando el respectivo experimento gnoseológico. En este sentido, se requiere que el medio de prueba que se ofrece sea pertinente y guarde relación con el objeto del proceso; de tal manera que debe haber una conexión lógica y, hasta donde sea posible, debe haber una relación técnica o científica entre el medio de prueba que se ofrece y el hecho que se pretende acreditar (*v. gr.*, no se puede introducir al proceso una prueba mágica o supersticiosa). El medio de prueba debe estar dotado, además, de una característica de relevancia en tanto que la evidencia debe ser idónea para aportar un elemento cognoscitivo conforme y compatible con los parámetros epistemológicos históricamente vigentes que deben ayudar a confirmar o desmentir la afirmación probatoria a la que se refiere[292].

La admisión o no de los medios probatorios requiere el análisis de su pertinencia, relevancia y utilidad. No puede supeditarse su admisión en materia penal a partir del análisis particular del delito cometido, la clase de víctima[293], la gravedad

292 Cfr. Ubertis, *Il proceso penale. La verifica dell'accusa*, cit., p. 46.

293 Sin embargo, la STC del **Exp. N.° 00288-2012-PHC/TC**, Caso: Edmundo Wilfredo Milla Uceda, ha señalado que: "El recurrente sostiene que la negativa de practicar un nuevo examen médico al menor agraviado vulneró su derecho a probar; sin embargo, este Colegiado considera que, conforme se señala en el fundamento 26 de la sentencia recaída en el Expediente N.° 6712-2005-PHC/TC, el derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de

de la infracción, la responsabilidad penal de quién ofrece el medio de prueba, el grado de vinculación al hecho, entre otros factores.

El principio de relevancia de la prueba reconoce también algunas excepciones derivadas de una regulación legal específica que busca proteger otros intereses o derechos. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del periodista que es citado a declarar como testigo, a quien se reconoce la facultad de no revelar sus fuentes. Otro caso de limitación normativa de la relevancia de la prueba consiste en la exclusión de la prueba en la segunda o ulterior instancia si dicha prueba estuvo disponible y fue posible usarla desde el inicio del procedimiento.

21. El derecho a la prueba no obliga a que el juez (o el fiscal) se deje convencer o persuadir de manera obligatoria por los medios de prueba ofrecidos por una de las partes acerca de la existencia o inexistencia de los hechos como consecuencia de la admisión o actuación de los medios de prueba ofrecidos[294].

Asimismo, este derecho no obliga a que el juez asigne un determinado valor o resultado probatorio a uno o varios medios de prueba presentados por una de las partes. El derecho a la prueba no obliga al juez a acoger o aceptar el resultado probatorio de un determinado medio de prueba propuesto por una de las partes. El órgano jurisdiccional es libre de conceder el valor y el peso que estime pertinente a un medio de prueba o a las pruebas actuadas en el proceso, siempre que se realice un análisis de manera racional o razonada.

El juez es libre de evaluar la prueba, pero sin ignorar y omitir el análisis de los medios de prueba actuados (o los actos de investigación) ni tergiversar su sentido. Se trata de una libertad razonada que debe ser ejercida con el respeto escrupuloso al derecho a justificar las decisiones judiciales.

---

prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos, *lo que en el caso de autos se justifica teniendo en consideración que el proceso penal seguido contra el recurrente el agraviado es un menor, se trata de un delito de violación sexual y el examen médico legal ha sido materia de análisis y debate en el juicio oral*" (las cursivas son nuestras).

Queda claro que desde el punto de vista constitucional el ejercicio y eficacia del derecho de prueba no puede hacerse depender de la condición de agraviado (menos) o la clase de delito cometido (violación sexual). El hecho de que "**el examen médico legal ha sido materia de análisis y debate en el juicio oral**" no supone una respuesta razonable y satisfactoria a los agravios denunciados, pues no se discute si el examen médico legal se discutió o analizo en el juicio oral, sino la respuesta del órgano jurisdiccional respecto a la negativa de practicar un nuevo examen médico. Se incurre en una falacia de elusión del problema. Asimismo, no se da cuenta si —en lo que guarda íntima solución con la controversia— la defensa estuvo de acuerdo con la decisión de la sala, hecho que descartaría la afectación al derecho de prueba, o impugnó o se reservó el derecho ni el resultado de dicha impugnación.

294 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 106.

VIII. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA PRUEBA

22. La titularidad del derecho a la prueba recae en toda persona que participa —o puede intervenir— en un proceso, ya sea como parte o como tercero legitimado[295]. No importa que sea una parte activa o una parte pasiva. De manera amplia, se entiende que la titularidad del derecho a la prueba recae en quien puede ejercer una determinada acción o pretensión.

Se trata de un derecho de todas las partes del proceso —sean públicas o privadas— a introducir todos los medios de prueba disponibles, relacionados con el objeto del proceso[296] a fin de acreditar la verdad de los enunciados que se han planteado al momento de sustentar su pretensión, con lo que se abre la posibilidad de asegurar de modo pleno que el juez pueda dictar una decisión judicial favorable[297]. El poder de disponer de medios de prueba es una facultad constitucional de las partes a nivel de la investigación y el proceso penal, al margen de si se trata de partes principales o secundarias[298]. Forma parte del derecho de acción y de defensa que se le reconoce a todos los sujetos procesales[299]. En su dimensión subjetiva, se trata de un derecho de las partes —públicas o privadas— a emplear instrumentos cognoscitivos para sustentar una determinada pretensión[300].

23. Si bien en los tratados internacionales de derechos humanos el derecho a la prueba se le reconoce al imputado, por el principio de igualdad de armas y el principio del contradictorio se debe admitir también el ejercicio de este derecho a la parte acusadora (pública o privada) en la etapa intermedia y en el juicio oral. Toda vez que la Constitución y el CPP les confiere iniciativa de persecución penal, obviamente, también les asigna facultades y poderes de participación en la actividad procesal, sobre todo aquellas facultades destinadas a acreditar los hechos en los que se funda la imputación y que deben probar con prueba pertinente y útil, más allá de una duda razonable[301].

295 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 27; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., pp. 107 y 144.

296 Cfr. Taruffo, en Comoglio/Ferri/Taruffo, *Lezioni sul proceso civile. Il proceso ordinario di cognizione*, cit., t. I, p. 462; Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 201; Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 36; Dalia, Andrea Antonio y Marzia Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, 7a. ed., Padova, Cedam, 2010, p. 177.

297 Cfr. Taruffo, en Comoglio/Ferri/Taruffo, *Lezioni sul proceso civile. Il proceso ordinario di cognizione*, cit., t. I, p. 462.

298 Cfr. Florian, Eugenio, *De las pruebas penales*, 4a. reimp. de la 3a. ed., Bogotá, Temis, 2002, T. I, núm. 118, p. 281; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 266.

299 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 337.

300 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 201.

301 Por todos, Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., p. 84.

En el proceso, cualquiera que sea su clase, la legitimidad para ejercer el derecho a la prueba lo despliegan aquellos sujetos procesales, distintos al juzgador, que pueden intervenir en la actividad probatoria, *v. gr.*, el agraviado, denunciante, demandante, demandado, tercero civil[302], etc.

24. La titularidad del derecho a la prueba obliga a que solo se incorporen al proceso y/o procedimiento aquellos medios probatorios que provengan de los sujetos procesales legitimados para producir y ofrecer prueba, tal como es el caso de las partes, de los terceros y del propio juzgador, en caso de que se pretenda incorporar pruebas de oficio[303].

La regla en toda clase de proceso, procedimiento e investigación es que solo se admitan aquellos medios probatorios ofrecidos por aquellos sujetos que se encuentren legitimados para participar en el proceso y, por tanto, en la actividad probatoria.

Asimismo, es posible que, según las reglas procesales, a un sujeto procesal solo se le reconozcan facultades para ofrecer prueba sobre un objeto parcial del proceso, tal como puede ocurrir, por ejemplo, con el actor civil para el caso de la reparación civil en algunos modelos procesales.

25. Se considera que, en el proceso, el sujeto pasivo del derecho a la prueba es el juez, quien está obligado a decretar y practicar las pruebas pedidas por las partes, siempre que cumplan con las formalidades legales[304], como, por ejemplo, que los medios de prueba sean pertinentes y útiles. La inadmisión arbitraria de la prueba que se ofrece en el proceso constituye una auténtica forma de denegación de justicia que puede generar responsabilidades penales, disciplinarias y civiles[305].

Igual ocurre en las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria, en donde se reconoce al imputado —y a los demás sujetos procesales— la facultad de proponer diligencias y actos de investigación que sean pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación (artículo 337.4 del CPP).

En cualquier clase de procedimiento, el sujeto pasivo del derecho a probar es cualquier autoridad que conduzca o decida dicho procedimiento, según la ley de la materia.

26. El alcance de la titularidad del derecho a la prueba lo fija la ley, sustantiva o procesal, que adjudica una serie de competencias y facultades al sujeto que participa

302 Cfr. Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 36.

303 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 146.

304 Cfr. Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., p. 85; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 27.

305 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 27.

en el proceso. Asimismo, cuando la ley no lo precisa, depende del interés concreto y la legitimidad para participar de manera completa o parcial en el objeto del proceso.

Los órganos de prueba (como los testigos o peritos) no pueden ofrecer medios de prueba. Sin embargo, una cosa es que los órganos de prueba no puedan ofrecer pruebas y otra muy distinta es que sus declaraciones, o sus afirmaciones, no puedan ser corroboradas a través de otros medios de prueba (*v. gr.*, otros testimonios, documentos, etc.).

IX. EL EFECTO IRRADIANTE (VERTICAL Y HORIZONTAL) DEL DERECHO A LA PRUEBA

27. El derecho fundamental a la prueba rige en cualquier clase de proceso, procedimiento o investigación.

Su ámbito de aplicación es sumamente extenso y transversal a cualquier procedimiento y/o proceso, sin excepción alguna. Se aplica, en toda su extensión, a cualquier procedimiento de carácter jurisdiccional (penal, laboral, mercantil, civil, etc.), en los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, así como en el antejuicio político o en los procesos disciplinarios, cualquiera sea su índole[306].

Se aplican también en la investigación del delito las diligencias preliminares y la investigación preparatoria.

28. El derecho a la prueba posee una eficacia tanto vertical y horizontal, ya que como derecho fundamental obliga tanto a las instancias públicas como privadas. No solo se ejerce ante las autoridades o los funcionarios públicos, ya que también, por ejemplo, se desarrolla en el derecho disciplinario de las empresas en relación con los trabajadores.

De igual manera, el derecho a la prueba, como todo derecho fundamental, obliga a todos los poderes públicos: tanto al Poder legislativo y al Poder Judicial como a cualquier otra instancia estatal en la que se discutan los intereses de una persona (natural o jurídica), ya sea que se trate de intereses públicos o privados. También se debe respetar este derecho fundamental en cualquier procedimiento privado.

29. El TC peruano sostiene que la Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y a la sociedad en general. El artículo 38 de la Constitución establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre los

306 Véase, Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 84.

particulares y el Estado, sino también al de aquellas establecidas entre particulares[307]. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas, se proyecta también a las relaciones establecidas entre particulares, aspecto denominado como *eficacia inter privatos* o *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales*. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos resulta inexorablemente inconstitucional[308]. En suma, pues, los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico, —incluidos los referidos a la materia laboral— pues ellos forman parte esencial del orden público constitucional[309].

Los dos elementos caracterizadores del Estado Constitucional son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto estos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también al del poder de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares[310].

El Estado social y democrático de derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical —frente a los poderes del Estado— y horizontal —frente a los particulares—. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, ya que estos no solo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales —justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros— recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional[311].

307 Exp. N.° 00537-2007-PA/TC, Caso: Rosario Hermelinda López de Zapata; Exp. N.° 1124-2001-AA/TC, Caso: Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y FETRATEL.

308 Exp. N.° 1124-2001-AA/TC, Caso: Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y FETRATEL; Exp. N.° 3330-2004-AA/TC, Caso: Ludesminio Loja Mori.

309 Exp. N.° 976-2001-AA/TC, Caso: Eusebio Llanos Huasco.

310 Exp. N.° 6204-2006-PHC/TC, Caso: Jorge Samuel Chávez Sibina; Exp. N.° 2725-2008-PHC/TC, Caso: Roberto Boris Chauca Temoche y otros; Exp. N.° 5228-2006-PHC/TC, Caso: Samuel Gleiser Katz.

311 Exp. N ° 00474 2016-PA/TC, Caso: Luciana Milagros León Romero y otra; Exp. N.° 03583-2012-PA/TC, Caso: Miriam Ana Teresa Pastor Martin; Exp. N.° 02799-2011-PA/TC, Caso: Gregorio Puma Quispe.

En el marco del Estado constitucional, el respeto a los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir tanto del propio Estado —*eficacia vertical*— como de los particulares —*eficacia horizontal*—; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual —*dimensión subjetiva*—, sino también del orden objetivo de valores que la Constitución incorpora —*dimensión objetiva*—[312].

Los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o inter privatos. Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38 de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de "respetar" y "cumplir" la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada.

Negar que los derechos fundamentales puedan tener eficacia en las relaciones entre privados importaría tanto como afirmar, como se hizo en el siglo XIX, que la Constitución solo es un documento normativo cuyo ámbito de aplicación comprende a las diversas dependencias estatales. Naturalmente, semejante definición no se corresponde con nuestro concepto de carta magna, según la cual, la Constitución es la ley fundamental de la sociedad y, como tal, vincula, y a ella quedan vinculados, todos los poderes públicos e, incluso, los propios particulares[313].

30. El TC peruano señala que los derechos fundamentales no solo constituyen derechos subjetivos, sino también el componente estructural básico del orden constitucional. Quiere ello decir que estos tienen la capacidad de irradiarse por todo el ordenamiento jurídico, empezando, desde luego, por la ley y las normas con rango de ley. Lo que significa que las leyes deben de interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales, y que, en caso de que así no suceda, los jueces ordinarios se encuentran especialmente comprometidos en resolver las controversias para los cuales son competentes, de conformidad con esos derechos. Como antes se ha expresado, ello se deriva del especial deber de protección que todos los poderes públicos están llamados a desarrollar a partir del carácter objetivo de los derechos fundamentales[314].

La eficacia horizontal también se ha postulado atendiendo a la concepción objetiva de los derechos fundamentales, que impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados,

312 Exp. N.° 00085-2008-PA/TC, Caso: Pedro Ernesto Menéndez Richter.
313 Exp. N.° 410-2002-AA/TC, Caso: Julia Soledad Chávez Zúñiga.
314 Exp. N.° 976-2001-AA/TC, Caso: Eusebio Llanos Huasco.

independientemente de dónde o contra quiénes pueda proceder la lesión; de tal manera que, entre los sujetos pasivos de los derechos, ya no solo se encuentra el Estado, sino también los propios particulares[315].

31. El TC peruano ha señalado, como casos de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, los temas relacionados con derechos laborales[316], salud y medio ambiente[317], así como con la protección del honor[318] y el debido proceso[319], entre otros.

El debido proceso se aplica también a las relaciones *inter privatos,* pues el que las asociaciones sean personas jurídicas de derecho privado no quiere decir que no estén sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales; por el contrario, como cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlas, más aún cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora. En tal sentido, las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto al derecho fundamental al debido proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, y deben incorporarlo a la naturaleza especial del proceso particular que establezcan; a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen[320].

En el caso de asociaciones privadas, si los cargos que se imputan a un asociado no constituyen afectaciones de bienes estatutariamente contemplados, sino que se sustentan en la eventual comisión de ilícitos penales, la posibilidad de expulsar a un asociado sobre la base de ellos constitucionalmente solo puede admitirse si es que judicialmente se ha declarado su responsabilidad penal. Obrar en el sentido inverso, es decir, con la asunción de que la imputación de la comisión de un ilícito penal es razón suficiente para expulsar a un asociado, aun cuando no exista sentencia condenatoria, constituye una manifiesta inversión del principio de presunción de

315 Exp. N.° 02799-2011-PA/TC, Caso: Gregorio Puma Quispe; Exp. N.° 00228-2009-PA/TC, Caso: Flor de María Ibáñez Salvador.

316 Exp. N.° 0206-2005-PA/TC, Caso: César Antonio Baylón Flores.

317 Exp. N.° 04216-2008-PA/TC, Caso: Nory Wilfredo Navarro Ramos y otros; Exp. N.° 964-2002-AA/TC, Caso: Alida Cortez Gómez de Nano.

318 Exp. N.° 03696-2011-PA/TC, Caso: Southern Perú Copper Corporation; Exp. N.° 02982-2010-PA/TC, Caso: Jorge Yamil Mufarech Nemy; Exp. N.° 3362-2004-AA/TC, Caso: Prudenciano Estrada Salvador.

319 Exp. N.° 1461-2004-AA; Caso: Jorge Américo Peña Dioses; Exp. N.° 4241-2004-AA/TC, Caso: Saturnino Ubaqui Pozo; Exp. N.° 00644-2006-PA/TC, Caso: Alberto Bohórquez Carpio; Exp. N.° 1027-2004-AA/TC, Caso: Melquiades Cruz Huamán y otros.

320 Exp. N.° 1461-2004-AA; Caso: Jorge Américo Peña Dioses; Exp. N.° 4241-2004-AA/TC, Caso: Saturnino Ubaqui Pozo; Exp. N.° 00644-2006-PA/TC, Caso: Alberto Bohórquez Carpio; Exp. N.° 1027-2004-AA/TC, Caso: Melquiades Cruz Huamán y otros.

inocencia por el de presunción de culpabilidad, incompatible, desde luego, con la propia Norma Fundamental[321].

32. La afectación al derecho de prueba es posible que provenga tanto de la actividad judicial como de la actividad legislativa. En el primer caso, el juez, pese a la relevancia de la prueba, decide no admitir o recibir la prueba ofrecida. En el segundo caso, la posible violación surge bien cuando la ley restringe la posibilidad de presentar pruebas relevantes sin que haya una justificación racional o algún fundamento que lo justifique, o bien cuando se configura legislativamente una presunción *iure et de iure* de que no se admite prueba en contrario[322].

Una disposición legal que restrinja de modo injustificado el ofrecimiento de medios de prueba o la admisión de los mismos en el proceso, sean estos medios de prueba típicos o atípicos, es contraria a la Constitución por afectar de manera directa un derecho fundamental. De allí que, con razón, un sector de la doctrina penal considera que dichas normas al afectar el núcleo de un derecho fundamental deban ser consideradas nulas e inválidas y, por tanto, inaplicables.

Pese al rango constitucional del derecho a la prueba, se reconoce un ámbito de discrecionalidad del legislador, por ejemplo[323], en los siguientes casos:

(i) Cuando se exige que un determinado hecho sea probado con cierta clase y tipo de medios de prueba y no con otro medio de prueba, *v. gr.*, en el derecho civil determinados contratos solo pueden ser acreditados con documentos o con actos que revistan ciertas formalidades.

(ii) Cuando se exige que en determinados procedimientos solo puedan utilizarse algunos medios de prueba y no otros (*v. gr.*, en la ejecución civil de títulos valores no puede utilizarse la declaración de testigos).

321 Exp. N.° 3312-2004-AA/TC, Caso: Francisco Vainstein Borrani.

322 Véase, Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 55.

323 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 142.

X. LA CONCEPCIÓN AMPLIA Y LA CONCEPCIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA PRUEBA. ¿EL DERECHO A LA PRUEBA SE EXTIENDE A LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA O ES UN DERECHO QUE SE EJERCITA EXCLUSIVAMENTE EN EL JUICIO ORAL?

33. El derecho a la prueba como **derecho fundamental implícito**[324] en el ordenamiento jurídico peruano presenta problemas particulares en cierta clase de procesos.

Por ejemplo, a nivel del proceso penal existe una discusión particular de si el derecho a la prueba rige solo en el ámbito concreto y exclusivo del juicio oral o si se extiende a todas las etapas del proceso penal, entre la que se incluye, en el caso del derecho peruano, por ejemplo, a las diligencias preliminares y a la investigación preparatoria.

Al respecto, se pueden encontrar, en líneas generales, dos puntos de vista.

34. Un primer punto de vista, de carácter restrictivo, considera que a nivel del proceso penal la noción y el ejercicio del derecho a la prueba cuenta con un ámbito de aplicación que se limita al juicio oral, que es el momento estelar en el que se desarrolla la actividad probatoria. La principal consecuencia de este planteamiento es que la inadmisión de una diligencia de investigación no supone la vulneración del derecho a la prueba —salvo en el caso de la prueba anticipada—, sino que implica la lesión de otro derecho fundamental distinto al derecho a la prueba, como lo es el derecho a la defensa, en la medida que el nacimiento y vigencia de este derecho fundamental se remonta al inicio mismo del proceso penal. En la investigación (o instrucción) del delito no existe propiamente un derecho a la prueba, lo que no implica que no cuente con el derecho irrestricto a la defensa[325].

En la doctrina procesal penal peruana se considera que el ámbito de aplicación de este derecho se circunscribe a la etapa intermedia y de enjuiciamiento, y que

---

324 Cfr. Cambi, Eduardo, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 36; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 86; Alfaro Valverde, *Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal*, cit., pp. 79 y ss.

325 Ampliamente, Picó i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, en Lluch, Xavier Abel y Manuel Richard González (directores), *Estudios sobre la prueba penal*, vol. I, *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 29 y 30; Puerta Luis, Luis-Roman, *La prueba en el proceso penal*, en *Revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, N.° 24, 1995, p. 61: "Pero de acuerdo con la garantía constitucional del derecho a la utilización de los medios de prueba, podría decirse que el sistema de proposición, hoy en día hay que considerarlo abierto hasta el mismo acto del juicio oral en la forma que ya lo permite el procedinliento abreviado (art. 793.2 L.E.Crim.)".

llega a comprender las solicitudes de prueba anticipada que pueden requerirse en la investigación preparatoria (artículo 241.1). Se resalta que los actos de investigación no son pruebas, por lo que el derecho a la prueba no los comprende, aunque su desestimación irrazonable o arbitraria puede afectar su entorno jurídico y, en consecuencia, la propia garantía de defensa procesal[326].

En la jurisprudencia peruana esta posición ha sido asumida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia quien ha señalado lo siguiente[327]:

> la materialización del derecho a ofrecer actos de investigación como manifestación extensiva de la garantía de defensa procesal del imputado. Al respecto, cabe distinguir el derecho precedentemente citado sobre el llamado derecho a la prueba, ya que este último tiene un régimen de vigencia circunscripto, en principio, con la alegación defensiva que postula el imputado una vez conocido el objeto del proceso deducido por el fiscal ante el órgano jurisdiccional competente. Su vigencia no está condicionada de la misma manera en el desarrollo de la investigación, pues en ella —como se ha dicho— rige preferentemente el principio de investigación oficial bajo el criterio de objetividad.
>
> Sobre el particular, Picó i Junoy sostiene que el derecho a la prueba deduce su ámbito de aplicación al juicio oral, ya que es en ese momento donde se desarrolla la actividad probatoria, por lo que solo en él se infringe propiamente el derecho en mención. Consecuentemente, la inadmisión de una diligencia durante la etapa de investigación no supone una vulneración del derecho (salvo que se postule la actuación de una prueba anticipada). No se puede olvidar, en este sentido, que las actuaciones de investigación carecen de naturaleza probatoria. Empero, ello no significa que el imputado carezca del derecho de defensa en esta etapa [328].
>
> El Ministerio Público, en efecto, decide la estrategia de investigación, pero se cuida de garantizar en ella el derecho de defensa del imputado, siempre atento a que las diligencias se desarrollen con regularidad (*vid.* art. 65.4 del CPP). El derecho a ofrecer actos de investigación es, de esta manera, una manifestación extensiva de la garantía de defensa procesal del imputado (*vid.* parte *in fine* del art. IX. 1 del CPP).

35. Un segundo punto de vista, considera que el derecho fundamental a la prueba debe interpretarse, en un sentido amplio y extensivo, como un derecho

326 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 756.

327 Véase, la resolución n.º 5 del 22 de septiembre del 2021 en el Expediente N.º 20-2021-3 (Ponente: Villa Bonilla).

328 Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, cit., p. 29.

a utilizar la prueba **en todas y cada una de las etapas del proceso penal**; de tal manera que su alcance no se restringe a una sola fase del proceso penal, como lo es el juicio oral.

El derecho a la prueba como derecho fundamental no es un derecho de una sola y exclusiva etapa procesal, sino un derecho dinámico que se presenta en todas las fases del proceso penal. Así, como el derecho a un proceso con todas las garantías se presenta en todo proceso judicial y en cada una de sus etapas, el derecho a la prueba también rige en todas las etapas del proceso penal[329]. No hay razón constitucional y legal para restringir los alcances del derecho fundamental a la prueba a una sola etapa del proceso penal.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido el alcance del derecho a la prueba en la investigación preparatoria, específicamente, en las diligencias preliminares al sostener que "el derecho a la prueba permite al investigado promover la práctica de actos de investigación relacionados con los hechos que configuran su defensa, ello constituye un derecho protegido constitucionalmente, ya que se encuentra contenido implícitamente dentro del derecho al debido proceso, previsto en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado[330]".

Las razones que conducen a sostener dicha posición son las siguientes:

(i) El artículo IX.1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal prescribe como derecho del imputado el derecho a: "a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes". **El derecho a la prueba no es un derecho meramente formal, sino material** que para que sea efectivo implica que se utilice los medios de prueba (o los actos de investigación) pertinentes en todas las etapas del proceso penal y no en una sola fase.

El derecho a la prueba regulado en el artículo IX.1 del TPCPP no solo rige en una etapa concreta del proceso penal —*v. gr.*, El juicio oral— sino en todas sus fases, como la investigación preparatoria que comprende las diligencias preliminares (artículo 337.2 del CPP[331]). La persona tiene derecho a defenderse aportando medios de prueba y actos de investigación desde que existe una imputación en su contra.

---

329 Véase, HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy*, cit., p. 94: "el imputado debe tener ya durante el procedimiento instructorio un derecho de solicitud de prueba asegurado, que deben existir fundamentos claros para denegar las solicitudes de prueba que puedan ser controlados en forma precisa en caso de que el juez del hecho se haya negado a una solicitud con razón o sin ella".

330 Véase, la Apelación N.° 89-2021 del 21 de septiembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Carbajal Chávez).

331 "Las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria. No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indis-

La regulación que formula el artículo IX.1 del TPCPP no restringe el ejercicio del derecho a la prueba al juicio oral o la etapa intermedia. Por el contrario, se trata de una regulación que debe interpretarse en un sentido amplio.

Las reglas del Título Preliminar del CPP rigen para todas las fases, procesos y procedimientos del Código Procesal Penal y de las leyes procesales de carácter penal. Se trata de disposiciones legales que poseen un **rango materialmente constitucional** cuyo alcance es sumamente amplio.

En la doctrina se afirma que hay derechos fundamentales formales de cuyo contenido no se puede predicar que se traten efectivamente de derechos constitucionales; así como hay también derechos fundamentales materiales que no se encuentran reconocidos en la Constitución. Los derechos formal y materialmente fundamentales son los que encuentran su sentido y justificación en la dignidad de la persona humana[332].

Se reconoce que en la Constitución hay disposiciones que son *normas formalmente constitucionales* que integran el documento normativo, como también hay *normas materialmente constitucionales* que no figuran en la Constitución, pero que tienen la estructura de una norma de nivel constitucional, tal como ocurre con las normas de interpretación constitucional[333] o con las normas que se recogen en el Título Preliminar del Código Civil, del Código Penal, del Código Procesal Penal, entre otros textos legales.

El ejercicio del derecho a la prueba es esencial a nivel de cualquier proceso o procedimiento (público o privado) en el que se busca realizar y concretar una determinada pretensión y obtener una resolución fundada en derecho. Sin la presentación, admisión y evaluación racional de la prueba, no es posible lograr una defensa y una tutela judicial efectiva de las pretensiones de las partes. Asimismo, el hecho de que se busque obtener una resolución fundada en derecho supone como presupuesto el obtener una decisión fundada en prueba. No es posible jurídicamente el sostener la aplicación del derecho sin el apoyo y cobertura de los medios de prueba. En efecto, no puede haber una decisión fundada en derecho si es que no se asienta en la prueba admitida y actuada. Una decisión fiscal o judicial, al margen de los medios de prueba admitidos y actuados en el proceso, constituye el ejemplo paradigmático de una decisión arbitraria.

---

pensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción".

332 Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, 10a. ed., Porto Alegre, Livraria do advogado, 2015, p. 100.

333 Cfr. BARROSO, Luis Roberto, *Curso de direito constitucional contemporaneo*, 5a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2015, p. 108.

(ii) El derecho a la prueba, como otros derechos fundamentales de carácter procesal —como la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el derecho a conocer los cargos de manera detallada, el derecho al juez imparcial, entre otros—, no limita su ejercicio a una concreta etapa del proceso penal, sino que **su alcance y efecto irradiante se extiende a todas las fases del proceso penal.**

Así como se reconoce que el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa nacen desde el momento que existe una imputación de carácter penal, el ejercicio del derecho a la prueba también se debe extender al momento que existe una imputación y la persona debe desplegar la actividad probatoria —entendida en sentido amplio y no estricto— para poder acreditar cada una de sus afirmaciones. Por ejemplo, no se concibe la presunción de inocencia ni la efectividad del debido proceso si a la persona no se le concede la facultad de investigar sobre las fuentes de prueba u ofrecer y actuar medios de prueba de descargo, desde que exista imputación. El derecho a defenderse probando existe desde el instante que hay una imputación formal (*v. gr.*, la apertura de diligencias preliminares) o material (*v. gr.*, la detención en flagrancia) en el proceso penal. No tiene sentido lógico que se admita, sin mayor cuestionamiento, que el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa surgen desde el momento mismo que existe una imputación en contra de una persona, y que el ejercicio del derecho a la prueba se postergue y difiera su reconocimiento recién a nivel del juicio oral. El derecho constitucional a la prueba surge también, de manera automática, desde que existe una imputación, y su ejercicio se activa de modo paralelo y simultáneo con el ejercicio del derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia.

Se opone al sentido del debido proceso y el derecho a una investigación justa el entender que la persona puede defenderse desde que existe una imputación, pero que no se reconoce al mismo tiempo el derecho a defenderse probando y a ofrecer diligencias o actos de investigación de descargo.

Si se dan por cierto los datos y las estadísticas que arrojan que casi un minúsculo grupo de investigaciones y procesos penales llegan a juicio oral. La pregunta que cabe realizar es si, en las investigaciones que se archivan, sobreseen y no se alcanzan a formular una imputación, o que no llegan a juicio, no se ejercita el derecho fundamental a la prueba.

(iii) Desde la perspectiva constitucional, si se asume como aquí que el derecho a la prueba es un derecho fundamental, **se debe optar por una interpretación amplia y flexible del mismo,** tomando como referencia el principio ***pro homine* o *pro persona*.** El derecho a la prueba exige que se adopte un criterio no formalista, sino más bien un planteamiento que permita proteger y afianzar los derechos de

la persona, lo que supone postular que el derecho a la prueba se extiende desde la primera etapa de la investigación del delito y no solo a nivel del juicio oral.

Una interpretación basada en el principio *pro persona* o *pro homine* permite sostener que el ejercicio del derecho fundamental a la prueba se extiende a todas y a cada una de las etapas del proceso penal, y que no es correcto interpretar su sentido, limitando su ejercicio al ámbito reducido del juicio oral. La persona tiene el derecho a presentar actos de investigación pertinentes y útiles como manifestación del derecho a la prueba no solo en una etapa concreta y específica del proceso penal, sino en todas y cada una de sus etapas.

La Corte IDH sostiene que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29[334], entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza[335]. La Corte IDH destaca que "al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable

334 Artículo 29 de la Convención Americana: "Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

335 Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, párr. 57; Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, LA República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 54.

al ser humano"[336] o según el principio *pro homine*[337]. En dicha línea, sostiene en el análisis de un caso peruano: "a la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención —el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos[338]".

Por su parte, el TC peruano ha señalado que "la Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución)"[339]. El TC peruano ha reconocido que los principios interpretativos *pro homine* y *pro libertatis* permiten que ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal (*v. gr.*, las que afectan al derecho al acceso a la justicia constitucional), se opte por aquella interpretación que conduzca a una alternativa lo menos limitadora posible de los derechos fundamentales, descartando de este modo aquellas que, por el contrario, los restrinjan o limiten su ejercicio[340]. El principio *pro homine* informa a la justicia constitucional e impone que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales[341].

El principio *pro homine*, denominado también **"regla de la preferencia"**, establece en esencia que, ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición, es imperativo para el juez escoger aquella que conlleve una mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, desechando toda otra que constriña, reduzca o limite

336 Atala Riffo y Niñas c. Chile, 24 de febrero del 2012, párr. 84; La "Masacre De Mapiripán" c. Colombia, 15 de septiembre de 2005, párr. 106; Ricardo Canese c. Paraguay, 31 de agosto de 2004, párr. 181; Herrera Ulloa c. Costa Rica, 2 de julio de 2004, párr. 184; Ricardo Baena c. Panamá, 2 de febrero de 2001. Serie C N.° 72

337 Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, párr. 70.

338 "Cinco pensionistas" c. Perú, 28 de febrero del 2003, párr. 103. También la STC del Exp. N.° 0029-2004-AI/TC, Caso: Más de 5000 ciudadanos.

339 Exp. N.° 0030-2005-PI/TC, Caso: Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (demandantes) c. Congreso de la República (demandado).

340 Exp. N.° 00252-2009-PA/TC, Caso: Máximo Valeriano Llanos Ochoa; Exp. N.° 0075-2004-AA/TC, Caso: Roberto Otilo Gago Porras y otros; Exp. N.° 1003-98-AA/TC, Caso: Jorge Miguel Alarcón Menéndez; Exp. N.° 2054-2006-PA/TC, Caso: Asociación Bureau Veritas Bivac.

341 Exp. N.° 03083-2013-PA/TC, Caso: Clara Luisa Salcedo Morón (Voto singular del magistrado Blume Fortini.

su cabal y pleno ejercicio[342]. El principio *pro homine* procura asumir la interpretación más favorable para el destinatario de la protección, así como del principio *pro actione,* mediante el cual el juez tiene el deber de interpretar y aplicar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable, a fin de obtener una decisión válida sobre el fondo[343]. Dicho principio impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional[344]. Se lo identifica como el principio que impone a los jueces (y a los demás intérpretes) que, en lugar de asumir una interpretación restrictiva e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite al recurrente el ejercicio de dicho derecho[345].

El principio *pro homine* que promueve optar por la interpretación más favorable para la protección de los derechos fundamentales rige en el ámbito del derecho laboral[346], en la interpretación de las normas relacionadas con la tutela judicial efectiva[347] (*v. gr.*, en el cuestionamiento de actos administrativos[348]), el acceso a la justicia (*v. gr.*, en las normas sobre competencia que se basan en establecer lo más beneficioso para la parte demandante[349] o que fijan el plazo para interponer una

342 Exp. N.° 08174-2013-PA/TC, Caso: Félix Mario Mamani Montúfar; Exp. N.° 2214-2014-PA/TC, Caso: Inocente Puluche Cárdenas (Voto singular del magistrado Blume Fortini); Exp. N.° 07123-2013-PA/TC, Caso: Alcides Angel Carrión Lazo (Voto singular del magistrado Blume Fortini); Exp. N.° 07159-2013-PC/TC, Caso: Sixto Saldívar Gonzales (Voto singular del magistrado Blume Fortini).

343 Exp. N.° 01983-2009-PA/TC, Caso: Antonio Vicente Marcatinco Andia; Exp. N.° 0795-2002-AA/TC, Caso: Teodoro Sánchez Basurto.

344 Exp. N.° 02061-2013-PA/TC, Caso: Carlos Dueñas Olivera; Exp. N.° 0795-2002-AA/TC Abancay Teodoro Sánchez Basurto; Exp. N.° 1003-98-AA/TC, Caso: Jorge Miguel Alarcón Menéndez; Exp. N.° 0075-2004-AA/TC, Caso: Roberto Otilo Gago Porras y otros; Exp. N.° 2054-2006-PA/TC, Caso: Asociación Bureau Veritas Bivac.

345 Exp. N.° 01499-2010-PA/TC, Caso: Nelly Luisa Reymer Díaz Vda. de Paredes.

346 Exp. N ° 00513 2016-PA/TC, Caso: Timoteo Pari Condori; Exp. N ° 05629 2014-PA/TC, Caso: Raúl Navarrete Chivilchez; Exp. N.° 02561-2012-PA/TC Eudocio Moisés Aquino Ramos; Exp. N.° 01499-2010-PA/TC, Caso: Nelly Luisa Reymer Díaz Vda. de Paredes; Exp. N.° 03623-2014-PA/TC Dora Ysabel Falén Vda. de Bohorquez (Voto singular del magistrado Blume Fortini); Exp. N.° 05082-2015-PA/TC Filiaura Carlos Elías Valladares Conde (Voto singular del magistrado Blume Fortini).

347 Exp. N.° 01499-2010-PA/TC, Caso: Nelly Luisa Reymer Díaz Vda. de Paredes; Exp. N.° 01983-2009-PA/TC, Caso: Antonio Vicente Marcatinco Andía; Exp. N.° 00252-2009-PA/TC, Caso: Máximo Valeriano Llanos Ochoa.

348 Exp. N.° 02061-2013-PA/TC, Caso: Carlos Dueñas Olivera; Exp. N.° 1003-98-AA/TC, Caso: Jorge Miguel Alarcón Menéndez.

349 Exp. N.° 01983-2009-PA/TC, Caso: Antonio Vicente Marcatinco Andía.

acción de amparo[350]), así como en el campo del derecho procesal penal, *v. gr.*, en las medidas coercitivas[351].

La doctrina procesal está de acuerdo en sostener la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de las normas que limitan el derecho a la prueba[352]. Cualquier limitación debe encontrarse fijada en la ley y debe buscar tutelar un bien o un valor constitucionalmente protegido. En el ámbito de los derechos fundamentales se debe buscar la preservación del contenido esencial, por lo que se deben interpretar restrictivamente las limitaciones a los derechos[353].

(iv) Otro criterio interpretativo indispensable en la dogmática de los derechos fundamentales —y que abona la extensión del derecho a la prueba en el ámbito de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria— es **el principio de la máxima eficacia y realización de los derechos fundamentales.** En el caso del derecho a la prueba, su mayor realización y optimización se concreta de modo más adecuado e idóneo en las etapas tempranas y embrionarias del proceso, como en las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, y no solo a partir del juicio oral.

El derecho a la prueba en materia penal no puede ser considerado como un derecho fundamental tardío, póstumo o que aparece en la última etapa del proceso penal, sino que se configura desde el momento que existe una imputación en contra de una persona y ella necesita defenderse probando, lo cual se comprueba, por ejemplo, con los casos que no llegan a juicio oral y que terminan con el archivamiento de los actuados a nivel de la investigación preliminar.

Los medios de prueba, en sentido amplio, no solo son el aspecto central de las decisiones judiciales, sino también de las decisiones fiscales.

Es injustificable que su contenido esencial y configuración constitucional recién aparezca tardíamente en el juicio oral y no antes, como cuando se está ante las diligencias preliminares o se afecta de manera grave otros derechos fundamentales *v. gr.*, cuando se impone una medida limitativa o se aplica una medida coercitiva de carácter personal o real.

Por ejemplo, una medida cautelar (real o personal) o una medida limitativa de derechos puede considerarse arbitraria tanto si es que no se apoya en un soporte

350 Exp. N.° 00252-2009-PA/TC, Caso: Máximo Valeriano Llanos Ochoa.

351 Exp. N.° 0320-2006-PHC/TC, Caso: Caciano Ccari Mamani.

352 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 756.

353 Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, 7a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, T. II, p. 323.

objetivo (actos de investigación) como cuando existe un análisis sesgado de los datos que se recogen en la investigación.

Los jueces y los fiscales, desde la perspectiva de la actividad probatoria, no tienen libertad absoluta antes del juicio oral, sino que deben actuar vinculados a la evidencia recogida y a los datos objetivos y externos, es decir, deben sujetar sus actuaciones y decisiones al respeto al derecho fundamental a la prueba.

En la doctrina constitucional, se considera como uno de los principios de interpretación constitucional más importantes al denominado *principio de la máxima eficacia*[354] *y efectividad*[355] de la Constitución, denominado también *principio de efectividad*[356], principio de eficiencia o *principio de interpretación efectiva*[357], por el cual a una disposición constitucional se le debe atribuir el sentido de la mayor eficacia posible[358]. A un precepto constitucional se le debe otorgar el sentido que mayor eficacia le dé, o le tiene que ser conferida la máxima capacidad de regulación y de concreción[359], o que le dote de la mayor aplicabilidad y estabilidad posible[360].

Si bien se trata de un principio que rige la interpretación de cualquier disposición constitucional, tiene una importancia especial en el ámbito de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales[361]. Por ejemplo, se aplica en los casos en los que hay una duda interpretativa, en los cuales se debe preferir el resultado interpretativo que reconoce la mayor eficacia del derecho fundamental concreto[362].

---

354 Cfr. Sarlet, Ingo Wolfgang, *Curso de direito constitucional*, 4a. ed., Sao Paulo, Editora Saraiva, 2015, p. 219.

355 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7a. ed., 19a. reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p. 1224; Sarlet, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 219; Bulos, Uadi Lammêgo, *Curso de direito constitucional*, 9a. ed., Sao Paulo, Editora Saraiva, 2015, p. 461.

356 Cfr. Miranda, *Manual de direito constitucional*, cit., T. II, p. 323; Barroso, *Curso de direito constitucional contemporaneo*, cit., p. 341.

357 Cfr. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1224; Sarlet, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 219; Bulos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 461; Marrafon, Marco Aurélio e Ilton Norberto Robl Filho, *Constituição e efetividade dos direitos fundamentais: caminhos para superação da perspectiva tradicional do direito constitucional brasileiro a partir do princípio da factibilidade e do desenvolvimentismo*, en *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 6, n. 11, jul. dez, Curitiba, 2014, p. 278.

358 Cfr. Sarlet, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 219; Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1224.

359 Cfr. Miranda, *Manual de direito constitucional*, cit., T. II, p. 323.

360 Cfr. Bulos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 461.

361 Cfr. Miranda, *Manual de direito constitucional*, cit., T. II, p. 323; Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1224; Bulos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 461.

362 Cfr. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1224.

En el ámbito de los derechos fundamentales, se debe buscar la preservación del contenido esencial, así como se debe interpretar restrictivamente las limitaciones a los derechos, por ejemplo, se debe considerar el carácter excepcional de la suspensión de los derechos[363] o el de la incorporación de un medio de prueba al proceso.

El derecho a la prueba, como todo derecho fundamental, determina y dirige la producción, la interpretación y aplicación de las diversas normas jurídicas que rigen la actividad probatoria, al margen de cualquier especialidad jurídica (laboral, penal, civil, tributaria, etc.) o de que se trate de una ley general o una ley especial; de tal manera que cualquier disposición legal debe ser interpretada y aplicada en armonía con el ejercicio pleno y efectivo de este derecho fundamental[364]. El reconocimiento de un derecho constitucional a la prueba implica la adopción de un criterio de máxima virtualidad y eficacia, por el cual se procura admitir e incorporar las pruebas que sean idóneas y pertinentes, y que aporten información sobre un determinado hecho o circunstancia relevante, lo que realiza una pretensión de justicia y la solución adecuada del caso concreto[365].

(v) Uno de los aspectos más importantes del derecho a la prueba no se produce a nivel del juicio oral, sino más bien en las etapas o momentos anteriores —*v. gr.*, en la fase de diligencias preliminares o la investigación preparatoria—, tal como ocurre con el **derecho a investigar las fuentes de prueba**. El derecho a investigar las fuentes de prueba supone indagar sobre cualquier elemento probatorio que luego se puede utilizar en un eventual proceso. Dicho derecho forma parte del contenido esencial del derecho a la prueba.

La primera manifestación del derecho de prueba es el reconocimiento a las partes de la facultad de buscar las fuentes de prueba necesarias, con el fin de acreditar su pretensión y las afirmaciones que luego se sustentarán en el proceso. Con ello, se manifiesta que el derecho a la prueba no solo posee una dimensión procesal, sino también una dimensión extraprocesal, en el sentido de que se admite a las partes el derecho a investigar o recoger las fuentes de pruebas fuera del proceso, a fin de utilizarlo en un eventual proceso[366], actual o futuro.

El derecho a conseguir las fuentes de prueba es una facultad que pertenece como regla a las partes[367]. En la doctrina comparada, se reconoce e identifica un

363 Cfr. Miranda, *Manual de direito constitucional*, cit., T. II, p. 323.

364 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 112.

365 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 35.

366 Cfr. Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., p. 86.

367 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 265.

derecho a la investigación[368] o un derecho a la investigación previa[369], dado que las facultades de descubrir y conseguir los medios de prueba son condición indispensable y requisito esencial para ejercer de manera adecuada el derecho a la prueba y el derecho de defensa. La búsqueda material y efectiva de los elementos de prueba constituye una función fundamental no solo para el ejercicio de la acción penal[370], sino que representa la parte nuclear del ejercicio del derecho de defensa de las partes en el proceso o en la indagación previa.

(vi) El TC peruano ha extendido el **ejercicio del derecho a la prueba a un nivel anterior al juicio oral**, sobre todo, en la aplicación de una medida cautelar tan gravosa como la prisión provisional.

El derecho a la prueba no solo rige a nivel de las resoluciones que ponen fin al proceso, en especial, en el caso de las sentencias, ni rige solo para una clase de resoluciones (*v. gr.*, sentencias condenatorias), sino que su vigencia se extiende a toda clase de resolución judicial en la que se discuta una determinada controversia sobre la base de una cierta pretensión y en donde, además, o junto, a las alegaciones que se promuevan se articulen medios probatorios de la más variada clase[371] (*v. gr.*, pericias, documentos, inspecciones, reconocimientos, etc.).

El derecho de prueba se expresa también a nivel de las resoluciones judiciales que resuelven, imponen o modifican, de las medidas cautelares, ya sean de carácter real, o, sobre todo, de las medidas cautelares personales en el proceso penal. La ley procesal exige que para dictar prisión provisional, además de ampararse en la verificación del peligro procesal, la misma se base en elementos graves y fundados; de tal manera que toda variación o modificación de las razones de la privación de la libertad, basada en hechos objetivos y en determinados actos de investigación, debe también producir la modificación de la situación jurídica de la persona imputada.

La regla que rige en este ámbito es que toda prueba (o acto de investigación), al margen de su clase, que incida de manera directa y sea pertinente para decretar, levantar o modificar una medida cautelar, en especial, las que afecten la libertad personal, debe ser valorada por el órgano jurisdiccional de manera especialmente motivada, tanto a nivel del órgano judicial de instancia como a nivel del órgano jurisdiccional que conoce la impugnación. El derecho a la prueba no solo se ejerce ante el órgano *ad quem*. También el órgano *a quo* que conoce el recurso debe resolver

368 Véase, Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., p. 86.

369 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 265.

370 Véase, Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 116, p. 276.

371 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 293.

y responder acerca del valor y peso probatorio que se le asigna a una determinada prueba.

El TC peruano declaró fundada una demanda de *habeas corpus* presentada contra una sala penal superior en la que se alegaba que se habían vulnerado los derechos a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la libertad personal en un proceso penal que se le siguió al beneficiario (Curse Castro) por el delito de homicidio calificado, durante el que se le practicó la prueba pericial de ADN y se logró determinar que las muestras de sangre encontradas en sus prendas de vestir no correspondían al perfil genético de la víctima. Por este motivo, se varió la medida de prisión preventiva por la de comparecencia restringida con detención domiciliaria. Sin embargo, la sala superior, mediante resolución de fecha 15 de abril de 2005, revocó esta medida y dispuso nuevamente su detención sin tomar en consideración la prueba de ratificación pericial de ADN[372], que había sido presentada por la defensa oportunamente ante el órgano superior.

El caso es muy interesante, debido a que la prueba que se presentó ante la sala superior que conoció la apelación a la comparecencia con restricciones que se había decretado por el juzgado no fue el informe o dictamen de biología forense, —que fue recién presentado el 22 de abril del 2005, luego de la expedición de la resolución que revoca la comparecencia otorgada[373]—, sino la ratificación pericial de Biología Forense que fue ofrecido junto a un informe escrito, de fecha 5 de abril de 2005, en el cual se alude al dictamen pericial referido, tanto en el contenido del escrito como en la relación de anexos. El TC razonó que: "este Tribunal considera que la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa no ha valorado la prueba de biología forense aportada por el favorecido, no obstante haber sido oportunamente introducida en el proceso penal que se le sigue por la supuesta comisión del delito de homicidio calificado; lo que, a juicio de este Colegiado, constituye una

372 **Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC**, Caso: Rubén Silvio Curse Castro: "El demandante afirma que al favorecido, en virtud de la prueba pericial de Biología Forense ADN 072-04, de fecha 10 de diciembre de 2004 (f. 194), se le revocó el mandato de detención por el de comparecencia restringida con detención domiciliaria, mediante resolución de fecha 28 de diciembre de 2004 (f. 188). No obstante, según el demandante, la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, sin considerar la prueba de ratificación pericial de Biología Forense ADN 022-05, de fecha 18 de marzo de 2005 (f. 50), mediante resolución de fecha 15 de abril de 2005 (f. 55), revocó el mandato de detención domiciliaria por el de detención".

373 **Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC**, Caso: Rubén Silvio Curse Castro: "Por su parte, los emplazados señalan que el Dictamen Pericial de Biología Forense 022-05 fue presentado el 22 de abril de 2005; es decir, posteriormente a la expedición de la resolución antes aludida, que es de fecha 15 de abril de 2005 (f. 82), por lo que la nueva prueba que se acompaña debe ser presentada en el proceso principal para su valoración correspondiente y demás efectos que ella pueda producir (f. 88)".

vulneración del derecho a la prueba y, por ende, al debido proceso[374]". Pese a que no se presentó el informe pericial, sino la ratificación de la pericia, en donde se hacía referencia a dicho informe, el TC consideró que debía existir un pronunciamiento motivado y expreso sobre dicha ratificación pericial por parte de la sala superior; de tal manera que anuló la resolución[375].

Desde el momento que el TC peruano reconoce la vigencia irrestricta del derecho a la prueba en todas las etapas del proceso penal sin reducirla ni limitarla al juicio oral, optimiza y hace efectiva la vigencia del derecho fundamental.

(vii) La imputación que formula el Ministerio Público debe valorar los actos de investigación de manera objetiva y razonada a fin de no contravenir el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Las decisiones fiscales (disposiciones y requerimientos) deben apoyarse en datos objetivos, en actos de investigación recogidos y en un análisis individualizado y en conjunto de la evidencia que se incorpora. La obligación constitucional (artículo 139.5 de la Const.) y legal de la motivación de las decisiones fiscales (artículos 64.1 y 122.5 del CPP) debe basarse en una evaluación razonada y explícita de los elementos probatorios objetivos que se recaudan en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria.

La Constitución, desde el momento en que reconoce como derecho fundamental a la motivación de las decisiones fiscales y se admite la vigencia del derecho fundamental a la prueba, supone obtener determinadas conclusiones:

- Cualquier decisión fiscal se debe apoyar y basar solo, y exclusivamente, en datos y elementos (actos de investigación) válidamente incorporados a la investigación.
- Deben analizarse todos los actos de investigación que se recogen, tanto de cargo como de descargo. No pueden solo analizarse por parte del Ministerio Público solo los actos de investigación de cargo, sino también los elementos de descargo.

  De nada sirve reconocer la vigencia del principio de objetividad y que se ordene a la Fiscalía recoger tanto los actos de investigación de cargo como de descargo si es que se permite y se da licencia al Ministerio Público a

374 Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro: FJ 13.

375 El TC determinó: "Disponer la **nulidad** de la resolución de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha 15 de abril de 2005, sin que ello conlleve la inmediata libertad del procesado, cuya sujeción personal al proceso penal debe ser definida por la citada Sala Penal, mediante una nueva resolución que valore la ratificación pericial de Biología Forense ADN 022-05".

analizar y evaluar a su antojo, sin control racional alguno, la evidencia recogida.

La fiscalía, tanto cuando formaliza la investigación preparatoria como cuando formula un requerimiento de una medida limitativa, no puede ni debe realizar un análisis sesgado y unilateral de la evidencia, y menos debe tomar en cuenta solo los actos de investigación de cargo, y no los de descargo.

- La decisión fiscal debe estar expresamente motivada tanto en sus argumentos internos como en los externos. No se puede llegar a determinadas conclusiones sin la existencia y el sustento de las premisas externas de carácter probatorio. Cualquier afirmación que realice el Ministerio Público debe estar cubierta y sustentada en datos objetivos y actos de investigación, no en conjeturas, suposiciones o frases estereotipadas.

  La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "las conclusiones probatorias no pueden ser el resultado de premisas sustentadas en conjeturas, meras especulaciones o presunciones[376]. El juez tiene la libertad para fijar las premisas fácticas sobre la base de las pruebas pertinentes y conducentes que considere útiles, con la única limitación y exigencia de que exprese el razonamiento a partir del cual arribó a las premisas conclusivas sobre los hechos examinados y controvertidos[377]". Las mismas exigencias que se plantean se trasladan de manera automática a las decisiones fiscales.

  La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso **J. C. Perú**, del 27 de noviembre del 2013, ha señalado "que en aras de satisfacer dicho derecho (el principio de legalidad) el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las 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. La Corte ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa" (FJ 288).

376 Véase, el R. N. N.° 857-2019 del 21 de septiembre del 2021 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Pacheco Huancas).

377 Véase, el R. N. N.° 1234-2015 del 7 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Príncipe Trujillo).

> Asimismo, la Corte IDH "recuerda que para garantizar el derecho a la defensa es necesario que en la formulación de una acusación criminal se **expongan todos los fundamentos probatorios de ésta.** La Corte constata que la actual acusación en contra de la señora J. indica los elementos probatorios sobre los cuales se fundamenta. No obstante, este Tribunal nota que dicha acusación no toma en cuenta elementos de prueba producidos durante la primera etapa del proceso que favorecen la versión de la presunta víctima sobre los hechos, tales como la declaración de su padre (respecto a la propiedad de las armas presuntamente halladas en la habitación de J.) o la pericia sobre los manuscritos encontrados que concluye que la escritura no corresponde a la señora J. Resulta contrario al derecho a ser juzgado con las debidas garantías que en la determinación de una acusación, el Ministerio Público solo tome en cuenta los elementos que incriminan a la persona imputada y no aquellas que pudieran favorecer la versión del imputado. Al respecto, este Tribunal resalta lo indicado por la representante en el sentido de que hay ciertos elementos de prueba, producidos durante la primera etapa del proceso, que actualmente serían imposibles de reproducción" (FJ 293) (las negritas son nuestras).

(viii) El derecho a la prueba es un complemento necesario del derecho de defensa y, en especial, del **derecho a conocer los cargos de manera detallada y minuciosa.** Si es que la persona no conoce la imputación que se dirige en su contra simplemente no podrá defenderse en el proceso y menos podrá presentar pruebas de descargos.

El derecho a la imputación detallada permite que las partes —y no solo el imputado— puedan presentar medios de prueba (o actos de investigación) que nieguen la existencia del hecho, que establezcan una hipótesis alternativa o que le resten credibilidad o fiabilidad probatoria a la prueba de cargo.

El derecho a ser informado de la imputación, si bien debe cumplir con precisar la imputación conteniendo (como un mínimo) la descripción detallada del hecho y la calificación jurídica, no debe limitarse a estos elementos. Es indispensable que posea un grado mínimo de soporte material, en el sentido de que se apoye en evidencia razonable y constitucionalmente legítima. No puede haber, desde el punto de vista convencional y constitucional, una imputación legítima si es que este carece de evidencia. Por ello, es que se exige que la imputación deba efectuar una descripción precisa de los medios de prueba[378], de los recaudos de la investigación que permiten arribar a

378 Véase las sentencias del Tribunal Constitucional peruano recaídas en el Exp. N.° 1612-2003-AA/TC; Exp. N.° 5314-2007-AA/TC Caso: Willy Noriega Sánchez.

una determinada conclusión incriminatoria[379]. No basta la plena individualización de los autores o partícipes si es que no se incluye la conducta concreta que se imputa y el material probatorio en que se fundamenta[380]. Resulta indispensable que la persona y su defensa conozcan las *fuentes materiales y formales de la imputación* en su contra, a fin de que puedan articular su defensa y oponer evidencia válida a las mismas[381]. 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[382].

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 fijación de imputaciones sin sustento alguno y que son, a veces, más peligrosas que las imputaciones sin un material fáctico preciso.

El TC peruano destaca que el juez o el fiscal incurre en un acto arbitrario susceptible de control constitucional cuando la imputación que dirige contra una persona se basa en pruebas inexistentes o en la referencia a un documento de investigación que no se encuentra dentro de los actuados de la investigación

379 Cfr. Asencio Mellado, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, Trivium, 1991, p. 96; Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Séptima lectura constitucional*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 138; Carocca Pérez, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, cit., p. 263; Asencio Mellado, José María, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 62; Alfonso, César, *El principio de coherencia y el principio iura novit curia en la jurisprudencia interamericana*, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (coordinadores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, T. II, p. 34; Toro Lucena, Óscar Augusto, *De la imputación penal sustancial a la imputación penal procesal válida. Un diálogo de doble vía*, en *Criterio Jurídico Garantista*, Año 3, N.° 6, Bogotá, 2012, p. 193. En la doctrina peruana: San Martín Castro, César, *Correlación y desvinculación en el proceso penal. A propósito del Nuevo artículo 285-A CPP*, en *Derecho Procesal. III Congreso Internacional*, Lima, Universidad de Lima, 2005, p. 185; Ángulo Arana, Pedro, *La función fiscal*, Lima, Jurista, 2007, p. 344.

380 Véase el **Exp. N.° 00801-2010-PHC/TC**, Caso: Teófilo Mario Ochoa Vargas: "Ello debido a que los derechos de defensa y a la motivación de las resoluciones judiciales imponen en el juez penal la obligación ineludible de que en el auto de apertura de instrucción se lleve a cabo un juicio de subsunción de los hechos en el tipo penal que se imputa, a fin de no limitar o impedir, ilegítimamente, al procesado un pleno y adecuado ejercicio de su derecho de defensa".

381 Cfr. Zamora, Miguel y Ciro Milione, *El derecho a ser informado de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N.° 23, Madrid, UNED, 2009, p. 217.

382 Cfr. Ambos, Kai, *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 76.

fiscal (*v. gr.*, un atestado policial[383]). En efecto, fundamentar el auto de apertura de instrucción (o una denuncia penal) basándose en un elemento probatorio inexistente no constituye un acto sin repercusión jurídica[384].

383 Véase el Exp. N.° 9544-2006-PHC/TC, Caso: Rómulo Jorge Peñaranda Castañeda y Luis Fernando Carrillo Morales: "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 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"; Exp. N.° 1132-2007-PHC/TC, Caso: Óscar Pedro Berckemeyer Prado.

384 Véase el Exp. N.° 1132-2007-PHC/TC, Caso: Óscar Pedro Berckemeyer Prado.

CAPÍTULO III

LAS REGLAS PROBATORIAS

SUMARIO: I. La necesidad de regulación jurídica de la actividad probatoria. **II.** El ámbito de regulación y la naturaleza de las reglas probatorias. A. Ámbito de regulación. B. La naturaleza de las reglas probatorias. C. La consecuencia de la naturaleza de las normas probatorias. D. La posición personal. E. Las reglas probatorias y derecho penal. **III.** La función institucional de la prueba. **IV.** Las reglas probatorias y la realización de los valores jurídicos. El fundamento epistemológico y político. **V.** La función de garantía de las reglas probatorias. La prevención del error. **VI.** Las reglas probatorias sirven para la averiguación de la verdad y la protección de los derechos fundamentales. **VII.** La regla de exclusión probatoria y las reglas legales de evaluación probatoria.

1. Entre las actividades más importantes que son necesarias para la tutela de derechos, en cualquier clase de proceso, sobresale de manera especial la actividad probatoria, ya que la prueba constituye el momento central del proceso, cuyo desarrollo y ejecución busca reconstruir los hechos que dan soporte a las pretensiones formuladas por las partes[385].

I. LA NECESIDAD DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

2. En el derecho, la investigación de los hechos no se lleva a cabo de manera libre y abierta como en otras formas de la actividad y el saber humano. Dicha investigación transcurre sobre la base de ciertos **principios, reglas y procedimientos preestablecidos**[386]. Es el ordenamiento jurídico a través de las reglas probatorias y las garantías mínimas del debido proceso lo que condiciona y determina cómo y de qué manera se investigan y procesan los hechos dotados de relevancia jurídica, qué formalidades y procedimiento deben seguirse, así como también el plazo que se tiene para llevar a cabo dicha tarea.

La regulación y la interpretación de la prueba es una de las funciones principales y más importantes del derecho procesal en cualquier ordenamiento jurídico[387]. De la posibilidad de actuar la prueba en un determinado proceso y contexto depende la defensa de los derechos de la persona, el éxito de una pretensión y que se pueda alcanzar una decisión justa.

Mientras que en otras áreas y actividades del saber humano se puede investigar de manera libre y sin ningún corset o criterio de regulación (*v. gr.*, en la historia, en la ciencia,), en el derecho y, concretamente, en el proceso de la investigación y la averiguación de la verdad se encuentra condicionado a que se respeten y cumplan una serie de principios y reglas constitucionales, convencionales y legales que dotan

385 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 40.

386 Cfr. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ejea, 1980, núm. 165, p. 276: "el juez no puede meterse a indagar libremente en torno a los hechos de la causa, como haría cualquier persona interesada en conocer la verdad de un hecho".

387 Cfr. Hess, Burkhard y Othmar Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 49/3, p. 297.

de legitimidad y de validez la incorporación de los instrumentos de conocimiento al proceso. La adquisición de la información pasa por cumplir con determinados actos, con ciertas formalidades y un determinado procedimiento.

3. Es difícil imaginar un sistema probatorio y una legislación procesal que renuncie a regular un ámbito tan importante y delicado como la actividad probatoria en cualquier clase de proceso[388], pues si el proceso se entiende como un conjunto de actos reglados tendientes a obtener una decisión justa resulta lógico que se discipline legalmente el tratamiento de las pruebas como mecanismo necesario y presupuesto lógico para la obtención de dicha decisión[389]. No es posible lograr una decisión justa al margen de la ley, del derecho y de la aplicación de criterios normativos.

La otra opción sería suprimir de los códigos procesales —o de la legislación procesal— todo el libro, título o capítulo referido a las pruebas, situación que hasta ahora nadie en su sano juicio ha planteado. Pese a todo, algún autor llega a sostener que "la prueba es libertad; y en el momento en que el derecho intenta someterla a normas rígidas, deja de ser prueba, para convertirse, si no en su caricatura, en algo que ya no es prueba. El absurdo mayor, la incongruencia más terminante, se manifiesta en esa construcción que se denomina *prueba legal*; ya por el hecho de ser legal no es prueba[390]".

En la doctrina, se llega a sostener que la falta de una regulación legal en materia probatoria hace perder a las pruebas (penales) su condición de actos legales y

388 Cfr. Taruffo (*La prueba de los hechos*, cit., p. 360), quien considera que un sistema libre de regulación de la prueba no ha sido alcanzado por ningún ordenamiento. Véase también: Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 106; Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 165, p. 276; Denti, Vittorio, *Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.° 6, UNAM, México, 1969, p. 546, quien considera la regulación del fenómeno probatorio una exigencia intrínseca de cualquier ordenamiento procesal; Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 4, p. 48: "es imposible no admitir, aunque sea en pequeña medida, la intervención de la ley para regular la prueba en el proceso penal, dado el altísimo interés público que lo preside. En nuestros tiempos no parece que pueda idearse un proceso penal en que el legislador deje en manos del juez y de las partes toda reglamentación de la prueba"; Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., 17a. reimp., Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 248.

389 Véase, Carmignani, Giovanni, *Elementos de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1979, núm. 504, p. 201, hace más de 150 años señaló: "no puede admitirse ningún procedimiento que no haya sido en lo posible prescrito en las leyes mismas. Tal manera de proceder impuesta por la ley a las personas que componen un juicio criminal y la definición de la causa, son otros tantos *actos legítimos*".

390 Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1979, p. 336: "todo el esfuerzo de mis trabajos tiene la finalidad de conseguir que la prueba siga siendo prueba por encima o al margen de su juridicidad; que sea ante todo prueba; tratar de que su incorporación no le quite ese carácter" y que "estudiar pruebas es defender la prueba contra el derecho y, sobre todo contra el procedimiento"; Muñoz Sabaté, Lluis, *Fundamentos de prueba judicial civil. L. E. C. 1/2000*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 37.

legítimos[391] lo cual los reduce a un conjunto de actos arbitrarios, lo que atentaría contra la seguridad jurídica[392]. El rechazar la regulación jurídica de la actividad probatoria es negar la misma noción de proceso —que se define como un acto regulado por la ley—, y supone desconocer la dimensión jurídica de la prueba en el contexto del derecho[393] y olvidar la función institucional de la prueba.

Desde el punto de vista histórico, se advierte que la evolución del derecho probatorio en el sistema del *civil law* reposa, como uno de sus aspectos centrales, en el admitir la valoración preventiva, por parte del legislador, de la eficacia de determinados medios de prueba[394]. Pese a que dicha característica se morigera en muchas legislaciones procesales modernas, no deja de reflejar una evolución histórica y una experiencia aún no superada[395]. Con todo se puede comprobar una atenuación progresiva del régimen de las pruebas legales para conceder al juez y a las partes una mayor libertad probatoria[396].

El conjunto de normas que regulan la actividad probatoria en un determinado proceso y en cada una de sus etapas representan el resultado consolidado de una elaboración histórica y una secular experiencia[397] adquirida a lo largo de los años, que responde a determinados criterios y pautas ideológicas, culturales, políticas y sociales.

4. El **fin del proceso** no es solo el descubrimiento de la verdad y la defensa de la sociedad, dicha búsqueda debe ser conducida de cierto modo, según un cierto rito y según la observancia de ciertas reglas[398]. La asunción de una perspectiva

391 Cfr. Ubertis, Giulio, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, en *Argomenti di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 127; Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 8, p. 58, quien considera que las pruebas son actos jurídicos procesales; Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, cit., núm. 503, pp. 204 y 205: "definimos, por tanto, las pruebas criminales: actos legítimos mediante los cuales algunas circunstancias sirven para descubrir un delito o para demostrar la inocencia"; Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal. PG*, Bogotá, Temis, 1971, vol. 2, n.º 912, p. 391.

392 Por todos, Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., pp. 106 y ss.

393 Cfr. Hace más de 100 años, Florian (*De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 4, p. 48) señalaba: "es obvio que en el proceso penal la prueba, considerada en sus diversas manifestaciones, debe estar regida por normas de derecho, y por ello, estimada desde el punto de vista jurídico, la prueba se nos presenta finalmente como el conjunto de los principios jurídicos que a ella se refieren, esto es, como el sistema de normas que la rigen".

394 Por todos, Denti, *Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, cit., p. 551.

395 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 165, p. 276.

396 Por todos, Denti, Vittorio, *La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos*, en *Estudios de derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1974, p. 102.

397 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 165, p. 276.

398 Cfr. Nobili, Massimo, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 24; Dinacci, Filippo Raffaele, *Regole di giudizio*, en *Archivio Penale*, 2013, n. 3, p. 3.

axiológica en la actividad probatoria supone ser consciente de que el saber judicial encuentra un límite en el contenido de los derechos fundamentales, los principios constitucionales y la vigencia del principio de legalidad[399]. El método legal mediante el cual se indagan los hechos constituye un valor en sí mismo al restringir el campo en el que se ejercita el arbitrio del juez[400]. El principio de legalidad en materia probatoria no solo limita la actividad de los órganos de justicia y de las partes, sino que condiciona cómo y de qué manera se busca la verdad y se indagan los hechos en un Estado de Derecho. El fin es condicionado por los medios y por la regulación específica del procedimiento probatorio.

El respeto del método probatorio fijado en la ley es impuesto por el legislador con el mismo rango de obligatoriedad que cualquier norma jurídica vigente y constituye un valor irrenunciable en la medida que busca evitar la degeneración de la decisión, fijando un necesario límite cognoscitivo al juez. La regla legal gnoseológica no realiza un inútil formalismo, más bien representa una exigencia ética vinculada a la legalidad y el respeto al derecho que se proyecta a través de normas generales que se aplican a todos los casos por igual y que son razonables[401]. La ética de la legalidad, que no es ajena a la actividad probatoria, impone y condiciona la obtención del conocimiento sobre los hechos al señalar ciertos parámetros y al establecer determinadas garantías que dan lugar al binomio "**legalidad y justicia**". El principio de legalidad procesal implica que la ley actúa como regla superior y como límite al poder de la magistratura, y que constituye una entidad ajena y distinta a quien debe aplicarla (Nobili).

En efecto, en un Estado constitucional, la justicia de la decisión depende de que se respete la legalidad del procedimiento y de la prueba. Si bien el proceso penal busca realizar la pretensión punitiva del Estado, al mismo tiempo constituye un instrumento normativo cuya función es limitar, y no extender, el poder de quien lo ejercita. Si es que no se limitara el poder del Estado, no tendrían razón de ser el procedimiento y el establecimiento de las reglas que lo componen.

La actividad probatoria no es un acto político libre de regulación, como tampoco es un acto de fuerza que se impone por el solo hecho de contar con autoridad, y menos se trata de un acto arbitrario que depende de la sola voluntad de quien lo realiza. Por el contrario, se trata de un acto jurídico que, como tal, está regulado y sometido a un determinado procedimiento y a ciertas reglas legales.

399 Cfr. Dinacci, Filippo Raffaele, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 15.

400 Cfr. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 26.

401 Cfr. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 15.

5. La averiguación de la verdad a través de la prueba no es una actividad libre, pues se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas que también pretenden afianzar otros valores[402]. Como apunta FERRAJOLI, "la verdad procesal es una verdad procesal alcanzada mediante garantías o reglas de juego codificadas que aseguran esencialmente la posibilidad de confutar las hipótesis acusatorias, desde la contestación inicial hasta el paso a la cosa juzgada de la sentencia definitiva de condena, mediante contrapruebas e hipótesis[403]".

La averiguación de la verdad no es el único objetivo de la actividad probatoria en el proceso[404]. El hecho de que se afirme que algo es la finalidad de una actividad no quiere decir que se excluyan, o que queden fuera, otras finalidades. A veces, tan importante como averiguar lo que ocurrió realmente y la verdad de los hechos, es necesario respetar una serie de principios y valores que el ordenamiento jurídico también le asigna a la tutela jurídica por su relevancia constitucional, su relación con la vigencia de los derechos humanos y por formar parte del núcleo de una sociedad[405] (*v. gr.*, la protección del secreto profesional, el garantizar el respeto a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad, el secreto en las comunicaciones, la protección de los secretos de Estado, entre otros elementos).

Los diversos ordenamientos jurídicos establecen una serie de reglas que actúan como un filtro de admisibilidad de la prueba y que operan dentro del juicio de relevancia[406]. Estas normas valorativas implican un sacrificio epistemológico en el descubrimiento de la verdad y que el legislador las postula como necesarias a fin de garantizar la vigencia de otros principios y valores constitucionales[407]. La consecuencia de la inadmisibilidad es que dichas pruebas —que siguen conservando un valor real y epistemológico, y su relevancia— no pueden ni deben ser utilizadas en el proceso penal como prueba de cargo. Con ello, se busca que la obtención de los elementos de prueba respete los parámetros fijados en la Constitución y en

402 Ampliamente: GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alonso J. GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2005, p. 395; GONZÁLEZ LAGIER, *Inferencia probatoria*, cit., p. 102; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La prueba y verdad en el derecho*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 72.

403 FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 168.

404 Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 303: "El hallazgo de la verdad es, por cierto, un fin importante del Derecho Procesal, pero no su único fin. Como todo fin jurídico, puede, en cierta medida, tener que situarse detrás de otros fines jurídicos aún más importantes".

405 Cfr. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 31.

406 Cfr. IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 32; FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 77, 78.

407 Cfr. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 303.

las leyes, de tal modo que se busca desincentivar comportamientos lesivos a los derechos fundamentales.

El legislador, en cuanto a la regulación de la actividad probatoria, puede mostrar desconfianza y escepticismo sobre determinados órganos o medios de prueba, como ocurre con la declaración del coimputado, del testigo de referencia o colaborador eficaz (artículo 158.2 del CPP), como también puede mostrar algún tipo de confianza o preferencia sobre determinados medios de prueba por su alto grado de objetividad y fiabilidad[408] (*v. gr.*, la prueba científica).

6. Se debe rechazar la posición que plantea que, en los diversos sistemas procesales, la existencia de las reglas probatorias limita la posibilidad de la averiguación de la verdad. No es correcto sostener que basta un límite mínimo a la libertad de búsqueda del juez para que la búsqueda de la verdad degenere en un proceso formal de fijación de los hechos. Si la averiguación de la verdad está limitada en la medida que no puede ser conocida, en todo caso y mediante cualquier medio —al margen de si se trata de un límite simple o un límite riguroso—, el resultado siempre será el mismo: ya no se trata de la búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos.

Se considera que no debe exagerarse la existencia de reglas probatorias para o contraepistemológicas, ya que, pese a su incorporación en los diversos sistemas procesales, no impiden la búsqueda de la verdad. El hecho de que se limite un derecho fundamental (*v. gr.*, el derecho a la prueba) o la actividad procesal tendiente a la adquisición de conocimiento, no quiere decir que no se pueda cumplir con los objetivos institucionales de la búsqueda de la verdad, o simplemente que un derecho fundamental no sea efectivo o sea inviable[409].

7. En el derecho anglosajón y en la tradición racionalista de la prueba, hay una posición muy crítica sobre la regulación jurídica de los medios de prueba, en especial, si se promueve la existencia de un conjunto de reglas que excepcionan el principio de que todo medio de prueba debe ser admitido al proceso. Se plantea que no está justificada epistemológicamente la existencia de alguna regla jurídica de

408 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 165, p. 276; Spinelli, Michele, *Las pruebas civiles*, Buenos Aires, Ejea, 1973, p. 120.

409 Cfr. Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 51, quien señala que "asumirlas (el impacto de las reglas procesales contraepistemológicas) sería tanto como decir, en realidad, que basta un límite mínimo al derecho fundamental a la libertad de información —para priorizar el derecho a la intimidad, por ejemplo— para que ya no pueda sostenerse que seguimos teniendo derecho a la libertad de información".

exclusión que excepcione o limite el principio de relevancia y la admisión de toda prueba pertinente y/o relevante[410].

Sin embargo, se resalta que la regulación de las normas de inadmisión o exclusión probatoria no agota ni cubre el diverso elenco de las reglas legales que disciplinan la actividad probatoria. No toda regla probatoria es una regla de exclusión, aunque toda regla de exclusión de un medio de prueba sea un caso de regla probatoria. Por otro lado, el hecho de que se reconozca la supremacía de la Constitución, y la vigencia y el efecto irradiante de los derechos fundamentales, hace que se considere como un acto inconstitucional la obtención de información probatoria como consecuencia de la violación de los derechos fundamentales.

Un tratamiento de la actividad probatoria que, de manera ideal e ingenua, planteara un criterio puramente epistémico de descubrir la verdad, sin ningún límite, igual tendría que contar con una regla jurídica de admisión probatoria según el cual todo medio de prueba pertinente debe ser admitido, y solo se podría denegar la incorporación al proceso de aquellos medios de prueba impertinentes o irrelevantes[411]. Si bien se reconoce la dimensión epistémica del proceso[412] y de la prueba, queda claro que todos los sistemas probatorios y los ordenamientos jurídicos del mundo regulan reglas de exclusión de algunos medios de prueba, ya sea para impedir que determinados elementos de prueba ingresen al proceso, para que no

410 Véase, Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Ejea, 1971, vol. 2, p. 87; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 116: "Desde la perspectiva del modelo cognoscitivista, orientado a la averiguación a la verdad, el criterio que rige la investigación sobre los hechos es la búsqueda de información libre y sin restricciones, un criterio que fue formulado a través de la regla epistemológica que establece que: iii) cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan deben poder usarse"; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 70.

411 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., pp. 154 y 164.

412 Por todos, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 155: "parece sensato discutir acerca de una función epistémica del proceso, considerándolo como un conjunto estructurado de las actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia"; luego señala "Está emergiendo, por tanto, una perspectiva metodológica muy interesante, que concentra el análisis en lo que puede definirse como la dimensión epistémica del proceso, o bien como el 'modelo epistemológico' del conocimiento de los hechos sobre la base de las pruebas. Por otra parte, los métodos en general, los métodos son objeto de evaluación epistémica con el fin de comprobar si son o no válidos para el descubrimiento de la verdad: también el proceso, si es entendido como un método para la determinación de la verdad de los hechos, puede ser, por tanto, objeto de evaluación epistémica" (p. 156). La dimensión epistémica del proceso no toma en cuenta los aspectos económicos del fenómeno probatorio a partir de que los valores de un modo u otro pueden estar en conflicto con la búsqueda de la verdad resultan ajenos a esta dimensión (p. 162).

se actúen determinadas pruebas o no se valoren ciertos medios de prueba, o para que se analicen de una determinada manera[413].

Con razón, se afirma que ningún proceso, fundado en la Constitución, es un instrumento puramente epistémico[414]. Por más que la búsqueda de verdad sea una condición necesaria para una decisión justa, la verdad no puede ser perseguida de cualquier manera y a cualquier costo[415], *v. gr.*, es necesario respetar la dignidad de la persona humana, los derechos fundamentales y los valores y principios colectivos recogidos en la Constitución.

8. Hay consenso en sostener que la mayor o menor regulación de la actividad probatoria, como la exhaustividad de dicha normatividad, no ofrece por sí misma resultados confiables y seguros para lograr elevar la credibilidad del sistema de justicia y, en especial, la del sistema probatorio que se adopta.

La calidad de las reglas probatorias y del procedimiento probatorio debe ir acompañada de una serie de variables y factores que permiten obtener los mejores resultados en el uso y aprovechamiento de la actividad y la información probatoria.

Se destaca de manera general la necesidad de enfatizar en cuanto menos tres aspectos[416]:

(i) Desarrollar una política pública sostenida de inversión en recursos humanos, logísticos y materiales para la creación de laboratorios forenses, o la mejora de los ya existentes adquiriendo máquinas e instrumentos que contribuyan a lograr resultados fiables en cada sector. (Además, se debe buscar capacitar de manera

413 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., pp. 40 y 37: "todos los sistemas procesales incluyen normas y criterios que tienen por objeto establecer una selección preliminar de los medios de prueba que se pueden presentar. En general, tales normas y criterios se deben aplicar al principio del proceso, pues su función es evitar que las partes presenten medios de prueba que no deberían ser admitidos y que el juez ordene la adquisición de medios de prueba que son inadmisibles o que no vale la pena considerar"; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 154.

414 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 154.

415 Cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 66; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 156: "por un lado, es necesario tener presente que el descubrimiento de la verdad es un fin esencial en el proceso y una condición necesaria de la justicia de la decisión, pero no es el único fin sin que el proceso persigue. En consecuencia, la función epistémica que el proceso puede cumplir es muy importante, pero no la única. El proceso es, en realidad, también un 'lugar' en que se aplican normas, se realizan valores, se aseguran garantías, se reconocen derechos, se tutelan intereses, se efectúan elecciones económicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las personas, se manifiesta la autoridad del estado .... y se resuelven controversias deseablemente justas"; Dei Vecchi, Diego, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, en *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Puno, Zela-CEJI, 2020, p. 68; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 154.

416 Por todos, Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 57.

especializada a los peritos. No bastan máquinas, sin expertos que los manejen y eleven su capacidad de rendimiento.

(ii) Establecer un diseño procesal adecuado de la actividad probatoria y el procedimiento probatorio que aseguren la obtención de la mejor información de calidad; sobre todo, de las pruebas periciales y testimoniales.

(iii) Adoptar códigos deontológicos expresos que conduzcan a buenas prácticas de todos los operadores del proceso, para el logro de información probatoria de calidad, en especial, a nivel de los fiscales, policías, abogados y jueces.

II. EL ÁMBITO DE REGULACIÓN Y LA NATURALEZA DE LAS REGLAS PROBATORIAS

A. Ámbito de regulación

9. Las normas que regulan la actividad probatoria constituyen un método legal destinado a lograr la reconstrucción de los hechos ocurridos en el pasado y que poseen relevancia jurídica. El ámbito normativo que cubre el tratamiento del fenómeno probatorio se centra en lo siguiente[417]:

(i) fijar los hechos que forman parte del objeto de prueba;

(ii) regular los tipos de actos de investigación y los medios de prueba;

(iii) establecer el procedimiento de cómo, cuándo y de qué manera se adquiere la información probatoria en el proceso;

(iv) determinar las reglas de admisibilidad e inadmisibilidad de los medios de prueba; *v. gr.*, reglas de exclusión probatoria;

(v) cómo se asumen y actúan los medios de prueba que se incorporan al proceso;

(vi) fijar las reglas de evaluación de la prueba (artículo 158.2 del CPP);

(vii) establecer las reglas de decisión en la evaluación de la prueba; *v. gr.*, en el estándar de prueba.

417 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 4.ª, p. 47; Muñoz Sabaté, *Fundamentos de prueba judicial civil. L. E. C. 1/2000*, cit., p. 36.

B. La naturaleza de las reglas probatorias

10. Las normas jurídicas que regulan el proceso (civil, penal, administrativo, etc.) forman parte del derecho público[418]. Desde la perspectiva constitucional y legal, las partes no pueden regular el procedimiento a su antojo creando normas *ad hoc* o que busquen anteponerlas a las disposiciones legales que determinan los actos y las etapas del proceso.

Las normas que regulan el proceso son de derecho público y de derecho necesario, cuyos preceptos vigentes deben aplicarse siempre que se cumpla con el supuesto de hecho para el que han sido dictadas. Dichas disposiciones no requieren para su aplicación que hayan sido invocadas de manera directa o indirecta por las partes, ya que pueden y deben ser aplicadas de oficio por el juez o, en el caso del Ministerio Público, por los fiscales.

11. Uno de los problemas que mayor discusión genera en el ámbito del derecho probatorio es determinar la naturaleza sustantiva, procesal o mixta de las normas que regulan la actividad probatoria[419].

Un primer planteamiento considera que las normas sobre prueba pertenecen al derecho sustantivo (penal o civil), debido a que solo cuando existe una actividad probatoria y esta es suficiente o de entidad es posible aplicar el derecho material al caso concreto. Sin prueba no es posible aplicar la ley sustantiva al caso concreto. Esta posición se encuentra muy extendida en el campo de la prueba en materia civil[420]. En el ámbito civil, la concepción sustancialista califica a la prueba como

418 Cfr. Schönke, Adolf, *Derecho procesal civil*, Santiago de Chile, Olejnik, 2021, p. 26.

419 Cfr. Marinoni, Luiz Guilherme y Sergio Cruz Arenhart, *Prova e convicção*, 6a. ed., Sao Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2022, pp. 449 y ss.; Didier Jr., Fredie; Paula Sarno Braga y Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de direito processual civil*, 10a. ed., Salvador, Jus Podivm, 2015, vol. 2, pp. 79 y ss.; Sentís Melendo, Santiago, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Ejea, 1967, vol. I, pp. 588 y ss.; Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 10, p. 62.

420 Véase, Satta, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ejea, 1971, vol. I, núm. 100, p. 183; Spinelli, Michele, *Las pruebas civiles*, Buenos Aires, Ejea, 1973, pp. 98 y 99: "las reglas sobre pruebas disciplinan la relación sustancial bajo el perfil de la certeza. Es el derecho sustancial en el que en esta visión fija los medios, los límites y el grado de certeza"; Didier Jr./Sarno Braga/Oliveira, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 81. De modo crítico: Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 166, p. 279: "así, la suposición del legislador de haber creado con las pruebas medios capaces de asegurar, independientemente de toda consideración del proceso, la certeza de las relaciones jurídicas y su pacífico goce, se ha manifestado como una simple ilusión, porque la disciplina positiva de estos medios termina necesariamente por conducir a su uso y a su eficacia en el proceso"; luego señala: "así el problema de la certeza de los hechos jurídicos se resuelve inevitablemente en el de su prueba en el proceso, y a ésta y sólo a ésta están dedicadas las normas legales sobre la prueba"; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 42: "la tesis que le asigna al derecho probatorio un carácter exclusivamente

condición de defensa preventiva de la seguridad de la negociación privada o como instrumento de tutela de derechos, incluso antes y fuera del proceso. En algunas legislaciones, gran parte de la regulación de las normas sobre prueba se encuentra recogidas en los códigos sustantivos *v. gr.*, el Código Civil[421].

La prueba puede existir y ser recogida antes de la existencia de un proceso formal, independientemente de si se le puede utilizar o no en un determinado procedimiento, *v. gr.*, como sucede con el derecho a buscar determinadas fuentes y órganos de prueba[422]. Se recuerda que la prueba tiene una dimensión[423] (i) extra-procesal, que es independiente de cualquier proceso que puede o no iniciarse; (ii) una preconstituida, que se produce para ser llevada a un eventual futuro proceso; (iii) una procesal, en la medida que se produce dentro de un determinado proceso. No siempre los medios de prueba se utilizan en el proceso o sirven para lograr el convencimiento de un juez. Se considera que la prueba es un tema de derecho material debido a que, por un lado, puede ofrecer información sobre la base fáctica que justifica la certeza de un determinado derecho que forma parte del objeto de una decisión y, por el otro lado, en atención de que el propio derecho material es el que integra el mérito de la demanda en el ámbito civil[424] o la instauración del proceso penal.

Incluso, hay quienes de manera enfática consideran que determinados institutos probatorios, como la carga de la prueba, se adscriben al derecho civil o al derecho privado material[425].

---

material, desconoce completamente la función que desempeñan las pruebas en el proceso y no merece mayo examen".

421 En el caso del derecho italiano: Spinelli, *Las pruebas civiles*, cit., p. 97, quien pese a señalar que la ubicación de las normas sobre la admisión de la prueba y sobre la eficacia en el código civil no constituye un dato suficiente para adoptar la tesis sustancialista, luego anota que: "la ubicación y la justificación no están, sin embargo, desprovistas de todo significado, sobre todo, si se considera que representan el fruto de una selección consciente, efectuada, no tanto por políticos, sino por juristas bien informados, y por las disputas del pasado, y por las necesarias implicancias que la misma selección comportaba" (p. 98).

422 Véase, Didier Jr./Sarno Braga/Oliveira, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 81.

423 Sobre las dimensiones del derecho a la prueba: Castillo Alva, José Luis, *El derecho a la prueba en la investigación preparatoria*, Lima, Instituto Pacífico, 2023, p. 81.

424 Al respecto, Didier Jr./Sarno Braga/Oliveira, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 81.

425 Véase, Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Ejea, 1956, pp. 7, 71, 72 y 76: "la cuestión relativa a la posición sistemática de la carga de la prueba no es solo teórica, tiene eminentes consecuencias prácticas. Tiene importancia práctica inmediata para las cuestiones del derecho internacional e intertemporal, para la relación del derecho federal y los límites del examen por parte del tribunal respectivo, así como para la cuestión de la licitud de contratos sobre la carga de la prueba"; Didier Jr./Sarno Braga/Oliveira, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 81. En contra, al considerar la carga de la prueba como un instituto de derecho procesal, Michelli, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, reimp., Bogotá, Temis, 2004, pp. 188, 189, 195 y 191: "la

Un segundo punto de vista estima que las normas que rigen la actividad probatoria representan un ejemplo de normas procesales que forman parte de un concreto proceso, sea civil, penal, laboral o de otra clase[426]. Si se acepta que el núcleo y la columna vertebral de cualquier proceso es la actividad probatoria, las normas que la regulan tienen un carácter eminentemente procesal[427]. Las reglas probatorias contenidas en la legislación procesal de la materia permiten realizar el derecho sustantivo, al formar parte de las garantías mínimas del debido proceso. La calificación de las normas sobre las pruebas dentro del ámbito procesal no solo responde a una necesidad meramente clasificatoria o sistemática, sino también a la tendencia de que prevalezca lo público sobre lo estrictamente privado en la regu-

---

regla de la carga de la prueba tiene, pues como su principal destinatario al juez y su naturaleza jurídica depende, por tanto, de la del ambiente en que ella actúa, esto es, el proceso"; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, cit., p. 244.

426 Cfr. PROTO PISANI, Andrea, *Lecciones de derecho procesal civil*, Lima, Palestra, 2018, p. 429; LIEBMAN, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 166, p. 277, quien las considera a las normas como instrumentales—procesales: "son normas que, sin mirar en modo alguno a la existencia de los hechos jurídicos se limitan a disciplinar los modos y las formas de su evidencia en el proceso, esto es las cosas y las actividades que permiten prevenir a su comprobación por parte del juez"; CARNELUTTI, *La prueba civil*, cit., p. 32, quien notablemente cambió su posición acerca la pertenencia de la regulación sobre las pruebas al derecho sustantivo y al derecho procesal para recalar a favor de las pruebas como instituto netamente procesal (p. 213); ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, 2a. reimp., Buenos Aires, Depalma, 1983, vol. II, p. 193; CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, vol. III, núm. 325, p. 226: "toda la materia de la prueba pertenece al Derecho procesal. Y en especial la colocación de las normas sobre las pruebas en los Códigos de Derecho sustantivo, no debe hacer creer que estas normas tengan carácter dispositivo"; BONNIER, Edouard, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020, p. 25; VISHINSKI, Andrei, *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Editorial Nuevo Derecho, 1950, pp. 17 y 66; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 42 y ss.; SENTÍS MELENDO, *Estudios de derecho procesal*, cit., vol. I, p. 597: "seguiré creyendo que toda la prueba es procesal, porque toda se desarrolla y funciona en el proceso"; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, T. I, pp. 79 y 80; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y Vicente HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, Artes Gráficas, 1962, pp. 236 y 237. En el derecho procesal penal brasileño: BADARÓ, Gustavo, *Processo penal*, 10a. ed., Sao Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2022, p. 124; BADARÓ, Gustavo, en *Código de processo penal comentado*, 5a. ed., Sao Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2022, p. 30.

427 Véase, FLORIAN, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 10, p. 63: "la teoría de la prueba pertenece al derecho penal formal, porque se refiere, no a la determinación de los delitos y las penas, sino a las normas dictadas para la comprobación de los delitos y de las múltiples circunstancias que sirven para medir y aplicar las penas. Las razones por las cuales puede considerarse que la materia de las pruebas civiles pertenece, a lo menos en gran parte, al derecho civil material y no al procedimiento respectivo, no pueden utilizarse en materia penal, por su intima diversidad, ya que las relaciones jurídicas sometidas al juicio civil tienen limitaciones, vinculaciones y obstáculos que atañen a su contenido material y que se reflejan luego y actúan en las pruebas. Esto no ocurre en el campo penal, donde domina la investigación de la verdad real y se mueve libre y soberano el convencimiento del juez". En el campo del proceso civil: PROTO PISANI, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 429.

lación de la actividad procesal[428] y la renovada relación de fuerza entre la iniciativa de la parte y el poder de oficio del juez[429].

La prueba en materia penal recae sobre un acto ilícito o un acontecimiento del pasado que puede ser acreditado por todos los medios de prueba admitidos, según la ley del momento en que el medio de prueba es admitido y actuado[430]. Si bien la ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal (artículo VII.1 del TPCPP), también es cierto que "[la] ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible" (artículo VII.2 del TPCPP). Dentro de las leyes procesales que se aplican de manera retroactiva, se cuentan aquellas leyes procesales penales de carácter probatorio que pueden ser favorables a los derechos individuales del imputado. La ley procesal penal se puede aplicar en cualquiera de las fases del procedimiento probatorio: en la postulación u ofrecimiento del medio probatorio, en su admisión, en su actuación o en la evaluación correspondiente. Por ejemplo, si en la regulación de un medio probatorio se establecen mayores requisitos materiales y/o formales que la regulación anterior, es posible que se aplique retroactivamente dicha ley a la hora de evaluar la prueba o simplemente en el momento de aplicar la ley procesal penal en el caso concreto, *v. gr.*, en tutela de derechos. De igual forma, las nuevas reglas sobre la cadena de custodia en materia pericial que una ley puede introducir deben ser de aplicación inmediata en los diversos procesos en curso, *v. gr.*, los agentes públicos que tuvieran contacto con los elementos de prueba deben de manera obligatoria documentar la cadena de custodia[431].

En materia del proceso civil, pese a aceptarse que las normas sobre prueba tienen como regla carácter procesal, se considera que las normas que regulan las formas de los contratos (*ad solemnitatem*) o las que constituyen las condiciones de validez de determinados actos jurídicos son normas sustantivas[432]. En la legislación

428 Cfr. Denti, *La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos*, cit., p. 112: "verdaderamente, la presencia cada vez más amplia de intereses públicos en las controversias civiles, juntamente con la difusión de procedimientos especiales sustraídos a las normas del proceso ordinario, restringe día a día el espacio reservado al interés privado y termina, por consiguiente, por hacer prevalecer la excepción sobre la regla en la determinación de los poderes probatorios del juez".

429 Véase, Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 35.

430 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2022, p. 124.

431 En el caso brasileño: Badaró, *Processo penal*, cit., 2022, p. 124.

432 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 166, p. 277; Sentís Melendo, *Estudios de derecho procesal*, cit., vol. I, p. 596: "los requisitos *ad solemnitatem* hacen al fondo, a la esencia de las relaciones jurídicas; los requisitos *ad probationem*, no; sin las solemnidades exigidas por la ley, la relación jurídica no se constituye; pensemos en un testamento, o en el matrimonio, o en

de muchos países, existen normas civiles o comerciales que exigen una solemnidad especial para la existencia o la validez de ciertos actos o contratos, (*v. gr.*, la escritura pública para la compraventa o hipoteca de inmuebles, o la constitución, reforma o disolución de sociedades). En estos casos, el documento público es un requisito *ad substantiam* que pertenece a la regulación sustantiva de la materia que forma parte del derecho civil o comercial. Las normas que regulan las formas *ad solemnitatem* de ciertos actos jurídicos configuran las condiciones de validez de dichos actos[433].

Un tercer planteamiento estima que las normas que regulan la actividad probatoria poseen una doble naturaleza: tanto sustantiva como procesal[434]. Frente a la distinción tradicional, en términos sistemáticos, entre normas de derecho sustantivo y normas de derecho procesal —que es propia del sistema del *civil law*, pero extraña al sistema de la *common law*, que promueve una concepción unitaria de tutela jurídica[435]—, se remarca la tendencia a regular la prueba tanto en los códigos sustantivos (*v. gr.*, el Código civil) como en los códigos procesales (*v. gr.*, el Código Procesal Civil), en una suerte de instituto bifronte, que representa en cierto sentido un puente que permite la comunicación y el flujo entre el proceso y el derecho material[436]. Una de las razones que avalan que la regulación de las pruebas no solo tenga un carácter procesal reside en el hecho que las pruebas no se utilizan solo a nivel del proceso, sino a nivel de toda la actividad jurídica y a nivel

---

una donación. Las solemnidades son del derecho de fondo; las pruebas pertenecen al proceso. Inútil será intentar probar que una relación jurídica se constituyó, si para que la misma exista faltan requisitos esenciales. No es cuestión de pruebas sino de existencia".

433 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, pp. 43 y 44: "No puede desconocerse su naturaleza sustancial, diferente de la propia de las demás normas sobre prueba"; luego señala: "el legislador regula con tales normas el aspecto sustancial del acto, y no la actividad probatoria de las partes, ni el criterio de valoración del juez"; Sentís Melendo, *Estudios de derecho procesal*, cit., vol. I, p. 596.

434 Al respecto, Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1941, T. III, p. 231: "las disposiciones referentes a la prueba pertenecen, entre las normas instrumentales, a las que tienen carácter mixto, es decir que, no obstante su contenido procesal, se hallan incluidas en el derecho substancial"; Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1973, T. I, pp. 258: "así como el estudio de las pruebas no es propio únicamente de la ciencia del derecho procesal, así la disciplina de ella no se encuentra en el Código de Procedimiento Civil, sino en el Código civil (arts. 2697 y ss.)"; luego señala: "También las normas relativas a la eficacia legal de las pruebas, positiva o negativa, pertenecen al derecho material; ello no excluye que alguna haya sido situada en el Código de procedimiento civil" (p. 263); Panuccio, Vincenzo, *La confesión extrajudicial*, Barcelona, Nereo, 1960, pp. 127 y ss.; Sentís Melendo, *Estudios de derecho procesal*, cit., vol. I, p. 598, quien atribuye al Código civil el tratamiento de las fuentes de la prueba y al Código procesal la regulación de los medios de prueba; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1941, T. III, p. 462.

435 Véase, Denti, *La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos*, cit., p. 111.

436 Véase, Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 31.

de todo el derecho[437]. No todas las normas que regulan un tema probatorio poseen una naturaleza procesal y están dirigidas a formar el convencimiento del juez[438]. En todo caso, las normas probatorias *par excellence* que se consideran de carácter procesal son aquellas que regulan el procedimiento probatorio, en especial, la fase de admisión y de producción de las pruebas en el proceso[439].

En la doctrina, se destaca la relatividad de la clasificación de las normas sobre prueba, ya sea dentro del derecho sustantivo o el derecho procesal[440]. Se estima como inexactos tanto aquellos planteamientos que consideran de carácter procesal todas las normas que regulan la actividad probatoria como los que estiman que las normas sobre la prueba poseen carácter sustantivo[441].

La distinción entre normas de derecho material y normas de derecho procesal es una muestra clara de que se utilizan premisas y criterios que tienen una manifiesta relatividad histórico-política. Como bien se anota, la calificación y tratamiento de algún tipo de norma como de carácter sustantivo o de carácter procesal muchas veces puede variar con el tiempo por diversos factores, como los culturales, los

437 Cfr. Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, cit., T. I, pp. 257 y 258: "Puesto que no sólo en el proceso, sino también fuera de él deben ser valorados jurídicamente los hechos, las pruebas no sirven solamente para el proceso; en general, la actividad jurídica, y no sólo la actividad judicial, se desenvuelve por medio de pruebas"; Spinelli, Michele, *Las pruebas civiles*, Buenos Aires, Ejea, 1973, pp. 118 y 121: "las pruebas son instrumento necesario para el conocimiento de los hechos y por eso para todo actuar jurídico y para toso sujeto que cumple actividades jurídicas". Sin embargo, Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 166, p. 279, considera: "la utilidad de las pruebas fuera del proceso está dada solamente por un cálculo anticipado (algo que se descuenta) de su empleo en un futuro posible y, por consiguiente, de la presunta eficacia que podrán desplegar en él; es, pues, una utilidad de hecho, no jurídico, un puro reflejo psicológico de la que es su verdadera función, por lo demás muy incierta y de dudosa consistencia como es evidente".

438 Cfr. Andrioli, Virgilio, *Studi sulle prove civili*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 21.

439 Véase, Didier Jr./Sarno Braga/Oliveira, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 81.

440 Al respecto, Denti, Vittorio, *En torno a la relatividad de la distinción entre normas sustanciales y normas procesales*, en *Estudios de derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1974, p. 75: "si de estas experiencias puede extraerse una enseñanza 'racional' es, pues, en el sentido de que la naturaleza 'procesal' o 'sustancial' de una norma no se deduce necesariamente de sus connotaciones intrínsecas (o, lo que es lo mismo, de la naturaleza de los efectos jurídicos que emanan de la aplicación de la norma), sino que puede derivar de la comparación de los efectos que se siguen de la diversa calificación, en el plano de las competencias normativas y a la luz de criterios colegidos de los ordenamientos jurídicos singulares"; Denti, Vittorio, *La naturaleza jurídica de las normas sobre las pruebas civiles*, en *Estudios de derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1974, p. 236: "mi conclusión es, pues, que el problema de la naturaleza jurídica de las normas sobre las pruebas no puede ser considerado como problema por sí mismo, separadamente de los contextos en los cuales se plantea, sino que admite una pluralidad de soluciones, relativas a las concretas exigencias que en cada caso las solicitan. Y de ahí la importancia de estudiar estas exigencias de rasgar el velo que cubre, con la aparente neutralidad de las operaciones de calificación, la realidad de los problemas políticos y sociales que impulsan hacia una u otra solución".

441 Cfr. Andrioli, *Studi sulle prove civili*, cit., p. 21.

ideológicos, el mismo desarrollo de la ciencia jurídica, la influencia de la política judicial o el fin perseguido por el legislador[442].

En todo caso, se recuerda que las normas que regulan la actividad probatoria, tanto en su admisibilidad, y en las formas de actuación y producción, como en su eficacia jurídica —por la unidad del objeto— deben constituir un todo orgánico estructurado que forma parte de un instituto jurídico unitario e inescindible, cuyas partes integrantes y disposiciones deben coordinarse entre sí en una necesaria visión de conjunto, evitando en lo posible contradicciones internas[443].

Se critica con énfasis el hecho de que algunas legislaciones históricas (*v. gr.*, el Código Civil italiano) hayan regulado e incorporado las reglas sobre prueba de manera dispar e inorgánica, tanto en los códigos sustantivos como en la legislación procesal, con lo que fraccionaron lo que debe ser regulado de manera unificada y como un todo unitario[444], por ejemplo, fijando en el Código Civil las normas que regulan la admisibilidad y la eficacia de los medios de prueba, y en el Código Procesal Civil, las normas que regulan la actuación y asunción de los medios de prueba en el proceso[445].

De igual modo, se cuestiona que en un mismo ordenamiento puedan convivir disposiciones probatorias sectoriales que guardan profundas diferencias e, incluso, que pueda haber normas completamente diferentes, ya sea de manera general o en el tratamiento específico de algunos medios de prueba, como es el caso de la prueba testimonial en el CPC y el CPP. Mientras que el CPP no impide declarar a los menores de edad, el CPC prescribe que "los menores de dieciocho años pueden declarar sólo en los casos permitidos por la ley" (artículo 222). De igual forma, el CPP permite efectuar un interrogatorio amplio a cualquier testigo, mientras que en la legislación procesal civil el objeto del interrogatorio será el hecho controvertido al disponer que "el testigo será interrogado sólo sobre los hechos controvertidos especificados por el proponente" (artículo 225). El CPP no cuenta con una norma que límite el número de testigos, mientras que el CPC establece un límite al número de testigos al prescribir que "los litigantes pueden ofrecer hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos. En ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis" (artículo 226). Por su parte, el CPP, a diferencia del CPC (artículo 229), no impide la declaración testimonial del que ha sido condenado por algún delito que a criterio del juez afecte su idoneidad o del que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso.

442 Véase, Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 32.

443 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 165, p. 277.

444 Cfr. Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, cit., T. III, p. 233.

445 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 165, p. 277.

C. La consecuencia de la naturaleza de las normas probatorias

12. La toma de postura acerca de la naturaleza y el carácter de las normas que rigen la actividad probatoria (por ejemplo, de si se trata de normas de origen sustantivo o procesal) tiene una influencia directa al momento de plantear un recurso de casación[446]. Si se considera que las normas y/o reglas probatorias violadas tienen un carácter sustantivo, se debe alegar y sostener un error *in iudicando* y no un error *in procedendo*[447]. De modo distinto, si se estima que las reglas probatorias infringidas tienen un carácter procesal se habrá incurrido en un error in procedendo.

Asimismo, si se asume el carácter sustantivo de las normas de carácter probatorio, esto lleva como consecuencia principal al hecho de que toda modificación favorable de las reglas probatorias deba ser aplicable de manera retroactiva (artículo 103 de la Const.), y, en sentido contrario, el que las normas probatorias puedan ser perjudiciales a la posición del imputado deviene en la aplicación irretroactiva de dichas normas. En cambio, si se parte, como aquí, del carácter procesal de las disposiciones legales sobre prueba, toda nueva regulación o modificación legal en el ámbito probatorio se aplica de manera inmediata y directa a los procesos en trámite[448]. El CPP prescribe que "la ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal" (VII.1 del TPCPP). Sin embargo, en una posición de protección y de tutela a los derechos de la persona se dispone que "la Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible" (VII.2 del TPCPP).

En el ámbito temporal, la aplicación de las normas jurídicas sobre las pruebas queda sujetas a los criterios generales que rigen el proceso penal; de tal manera que estas se aplican inmediatamente a los procesos por iniciarse o a los ya iniciados, aunque se refieran a delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley[449].

446 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 45.

447 Véase, Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 31; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 45: "las conclusiones que se adopten sobre este punto repercuten en materia de casación, puesto que se si se trata de normas procesales, no darán derecho por sí solas a que la Corte informe la sentencia recurrida, y únicamente podrá invocarse de manera indirecta, en cuanto su violación haya conducido a la de la otra norma sustancial, como ocurre en Colombia. En los países que no contemplan el recurso por error de derecho en la prueba, tales normas están fuera de toda revisión por el tribunal supremo".

448 En el caso del derecho italiano: Andrioli, *Studi sulle prove civili*, cit., p. 22.

449 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 11, p. 65. En el campo del proceso civil: Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 166, p. 279: "deben siempre encontrar aplicación las normas sobre las pruebas que están en vigencia en el momento que el proceso se desarrolla, aunque los hechos a probar hayan ocurrido en época anterior a su promulgación".

En el caso del **derecho internacional privado**, en cuanto a la norma probatoria aplicable al caso concreto, se supone el dominio de la *lex fori*, que significa que será aplicable la ley de la **nacionalidad** del **juez** que conoce del asunto; es decir, la ley del Estado en el que el concreto medio de prueba se incorpora y actúa en el proceso[450].

En materia penal, la ayuda mutua que los Estados se prestan en el desarrollo de la actividad probatoria parte del principio de la ley aplicable y la forma de adquisición deben ser las propias del Estado en que se toma o asume la prueba actuada. Los testigos y los peritos que se encuentran en el territorio de un Estado no pueden ser constreñidos por la fuerza a trasladarse al territorio de otro Estado para rendir una declaración[451].

En la doctrina, se admite que los actos de prueba penal y las sentencias penales de autoridades extranjeras no valen ni se aplican de manera directa en nuestro país, sino cuando la ley procesal lo declara, y faculta a los órganos del sistema de justicia el poder utilizarlas[452].

D. La posición personal

13. A nuestro criterio, las normas probatorias en el proceso penal poseen en algunos casos una **naturaleza constitucional (o convencional)** y una **naturaleza procesal**. Las fuentes normativas y la jerarquía de las normas que disciplinan la actividad probatoria se encuentran recogidas expresamente por el CPP al prescribir este que "la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código" (artículo 155.1).

El tratamiento de la carga de la prueba no debe verse como una simple regulación procesal penal (artículo IV.1 del TPCPP), sino como una norma que tiene un reconocimiento constitucional implícito y que deriva de manera puntual de una garantía mínima del debido proceso como es la presunción de inocencia (artículo 2.24.e de la Constitución[453], artículo 8.2 de la CADH[454], artículo 14.2 del

450 Véase, Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 33; Andrioli, *Studi sulle prove civili*, cit., p. 23; Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 166, p. 279: "en materia de prueba vale la *lex fori*, aun cuando la relación controvertida esté regulada por una ley extranjera".

451 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 13, p. 67.

452 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 13, p. 68.

453 "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

454 "Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

PIDCP[455], el artículo 11.2 de la DUDH[456]). Desde la perspectiva constitucional y convencional, la carga de la prueba es una manifestación de la presunción de inocencia que sienta la regla de rango constitucional y convencional de que, para acreditar la imputación, le corresponde dicha función al acusador, en los delitos de ejercicio público de la acción penal, al Ministerio Público y en los delitos perseguibles a instancia privada, al acusador privado. Otra disposición convencional de carácter probatorio es el tratamiento del derecho a interrogar a los testigos (artículo 8.2.f de la CADH[457], artículo 14.3.e del PIDCP[458]). Igual ocurre con las disposiciones constitucionales y convencionales que regulan la regla de exclusión de la prueba ilícita o que afectan el contenido de los derechos fundamentales y que, por ejemplo, proscriben la tortura y los tratos crueles e inhumanos (artículo 2.24.h de la Constitución[459], artículo 5.2 de la CADH[460], artículo 7 del PIDCP[461]), y la violación del secreto de las comunicaciones o la intangibilidad de los documentos públicos (artículo 2.10 de la Constitución[462]).

También deben considerarse como reglas probatorias de carácter convencional el contar con los medios adecuados (*v. gr.*, pruebas) para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección (artículo 14.3.b del PIDCP; artículo 8.2.c de la CADH); el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (8.2.g de la CADH; artículo 14.3.g del PIDCP),

455 "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

456 "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

457 "Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

458 "A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

459 "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni [estar] sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad".

460 "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

461 "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

462 "Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. 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".

y el derecho a que la confesión del inculpado solamente sea válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza (8.3 de la CADH).

Por su parte, la inmensa mayoría de normas o reglas probatorias tienen un carácter marcadamente procesal; ello debido no solo al hecho de que su ubicación topográfica se encuentra en el Código Procesal Penal, sino porque se trata de normas que se operativizan y concretan dentro del marco del proceso (*v. gr.*, la investigación preparatoria) o el procedimiento penal[463] (*v. gr.*, las diligencias preliminares). La naturaleza procesal de las normas sobre prueba está al margen de si se encuentran ubicadas en un Código Procesal o si se encuentran reguladas en un código sustantivo[464].

Las reglas probatorias que en el CPP disciplinan las etapas y el procedimiento de la adquisición de la información probatoria abarcan la formación de las pruebas, la actuación y su evaluación racional. Se trata del denominado *derecho de las pruebas*, y que posee su equivalente en la noción angloamericana del denominado *law of evidence*[465].

Las reglas legales de carácter probatorio poseen un uso amplio que comprende a cualquier regulación probatoria, sea general o específica, al margen de su origen, tipología, especialidad o naturaleza que de manera directa o indirecta se ocupe del tratamiento del fenómeno probatorio. Dichas reglas no solo abarcan a las normas que promueven la adquisición de información y la búsqueda de la verdad, sino también las normas que excluyen o determinan la inadmisión de ciertos medios de prueba, en especial, cuando se afecta el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Las reglas jurídicas de las pruebas penales se aplican a todos los procesos (ordinarios o especiales) y procedimientos penales que se desarrollan dentro del territorio del Estado peruano, cualquiera que sea la nacionalidad, sexo o religión del imputado o de la parte agraviada, y cualquiera que sea el lugar de comisión del delito (territorio nacional o extranjero)[466].

---

463 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 11, p. 64: "las normas que regulan las pruebas penales pueden estar contenidas en el Código de Procedimiento Penal y también en el Código Penal (por cuanto para ciertos delitos se exigen o aprecian determinados medios de prueba) y en leyes y reglamentos especiales, que la mayoría de las veces establecen excepciones. Empero, ciertamente el ordenamiento de la prueba, en la forma como se deduce del Código de Procedimiento penal, reviste un carácter fundamental y por eso también llega a ser fuente subsidiaria de otros procedimientos especiales subsidiarios (verbigracia, en los juicios de tribunales militares) o de procedimientos análogos a los penales (por ejemplo, de ciertos procedimientos disciplinarios)".

464 Cfr. Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 429.

465 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 160.

466 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 13, p. 66.

14. En la legislación y en la doctrina, nacional y comparada, se distingue entre los medios de prueba y los medios de obtención de prueba[467], llamados también "actos de búsqueda de las fuentes de prueba"[468]. Los medios de obtención de prueba son técnicas ocultas de investigación que suponen la restricción de ciertos derechos fundamentales del investigado, como el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 2.10 de la Const.), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 2.9 de la Const.), el derecho a la intimidad (artículo 2.7 de la Const.), el derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (artículo 2.5 de la Const.).

En la actualidad, la inmensa mayoría de legislaciones procesales penales reconocen y regulan el uso de medios encubiertos, clandestinos, disimulados o subrepticios de investigación[469]. Se trata de un "servicio de vigilancia secreto" en el procedimiento moderno de investigación del delito[470]. Actualmente, los medios ocultos de investigación consisten en una gama heterogénea de técnicas y procedimientos, cuyos métodos más difundidos son las interceptaciones telefónicas y de datos, la interceptación ambiental del domicilio entre personas presentes[471], las grabación de conversaciones, la búsqueda y aprehensión de mensajes de correo electrónico almacenados en un servidor, el compartir datos acerca de la localización de un teléfono celular o dispositivo electrónico (geolocalización); así como el uso de agentes encubiertos, llamados también "hombres de confianza", los seguimientos y la videovigilancia, las grabaciones de imágenes y de voz a través de cámaras ocultas, el empleo del GPS, entre otros elementos[472]. Se resalta que las interceptaciones

467 Cfr. Badaró, en *Código de processo penal comentado*, cit., p. 30.

468 Ampliamente, Talavera Elguera, Pablo, *La búsqueda de las fuentes de prueba y restricción de los derechos fundamentales*, Lima, Instituto Pacífico, 2021, pássim.

469 Cfr. Albrecht, Hans-Jörg, *La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control*, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2001, núm. 8, p. 103; Malan, Diogo, *Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 2, n. 1, 2016, p. 222.

470 Cfr. Roxin, Claus y Bernd Schünemann, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Didot, 2019, 36/1, p. 438.

471 Cfr. Roxin, Claus, *La vigilancia acústica del domicilio y el ámbito esencial de configuración de la vida privada*, en *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires, 2008, pp. 83 y ss.; Dencker, Friedrich, *Criminalidad organizada y procedimiento penal*, en *Nueva Doctrina Penal*, 1998/B, 1a. reimp., Buenos Aires, 2009, p. 479; Hassemer, Winfried, *Oportunidades para la privacidad frente a las nuevas necesidades de control y las tecnologías de la información*, en *Nueva Doctrina Penal*, 1999/A, Buenos Aires, 1999, p. 107; Ambos, Kai, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, en Beling, Ernst /Ambos, Kai / Guerrero, Oscar julián, *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá, Temis, 2009, p. 131.

472 Cfr. Frisch, Wolfgang, *Transformaciones del derecho penal como consecuencia del cambio social*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N.° 21, Año 2014, p. 29; Dencker, *Criminalidad organizada y procedimiento penal*, cit., pp. 486 y ss.; Hassemer, Winfried, *Perspectivas del derecho penal futuro*, en *Revista Penal*, N.° 1, 1998, p. 38; Costa Andrade, Manuel da, *Métodos ocultos de investigação. (Plädoer para uma teoria geral)*, en *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em home-*

telefónicas gozan, en el panorama de una teoría general de los medios ocultos de investigación, de un estatus de paradigma y arquetipo que las cataloga como referencia obligada para el intérprete y el aplicador ante los problemas legales planteados por los medios ocultos[473]. En el derecho comparado, se considera que las grabaciones clandestinas, ocultas o unilaterales, constituyen una manifestación de los métodos ocultos de investigación criminal[474].

Se reconoce, desde la perspectiva jurídica, que la ampliación de los medios para obtener pruebas, debido a los avances científicos y tecnológicos que facilitan el descubrimiento de algunos hechos a través de la penetración de la esfera privada de la persona, genera un peligro para la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales[475].

Desde la perspectiva constitucional, convencional y legal, se admite que, si es que no existe una ley taxativa y específica que regule los requisitos, el plazo y las condiciones para la afectación de los derechos fundamentales en el marco de la

---

nagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 532 y ss.; Silva Ramalho, David, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, Coimbra, Almedina, 2017, pássim; Rodrigues Nunes, Duarte Alberto, *O problema da admissibilidade dos métodos "ocultos" de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Gestlegal, 2018, pássim; Rodrigues Nunes, Duarte Alberto, *A admissibilidade da obtenção, diretamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português*, en *Julgar*, N.° 32, 2017, pp. 97 y ss.; Castanheira Neves, Rita, *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 96 y ss.; Prado, Geraldo, *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*, Sao Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 59; Malan, *Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada*, cit., p. 221; Bolsoni Riboli, Eduardo, *A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em massa e os softwares de espionagem*, en *Alileu. Revista de Direito e Economia*, vol. XIX, 2018, p. 52; Wolff, Gabriela, *Gravações clandestinas: a (in)validade das gravações de conversas produzidas por particulares como prova no processo penal. Análise das decisões jurisprudenciais brasileiras*, Dissertaçâo de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 40. Por su parte, el *Libro blanco sobre el crimen organizado transnacional* del Consejo de Europa señala "La elección de la técnica más eficaz dependerá de las concretas necesidades operativas. Hay muchas TEIs empleadas contra el crimen organizado. Éstas incluyen entregas controladas, infiltración en la organización, grabación de las comunicaciones, instalación de micrófonos u otros dispositivos de captación de la imagen y el sonido, vigilancia encubierta, actividades controladas de invitar a la cooperación criminal; informantes y agentes secretos".

473 Cfr. Costa Andrade, *Métodos ocultos de investigação. (Plädoer para uma teoria geral)*, cit., p. 533; Lima Rodrigues, Cáudio, *Valoração de conhecimentos fortuitos durante realização de escuta telefónica*, en *Data venia. Revista Jurídica Digital*, Ano 2, N.° 03, Fevereiro 2015, p. 122.

474 Cfr. Wolff, *Gravações clandestinas: a (in)validade das gravações de conversas produzidas por particulares como prova no processo penal*, cit., p. 40.

475 Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, *Provas ilícitas, interceptaçoes e escutas*, Brasilia, Gazeta Jurídica, 2013, p. 132.

investigación del delito o del proceso penal, resulta inconstitucional e inadmisible cualquier restricción.

La naturaleza de las leyes que regulan la restricción de los derechos fundamentales posee un carácter mixto: tanto constitucional (o material) como procesal[476]; de tal modo que estas solo se pueden aplicar a los hechos ocurridos después de su vigencia, por lo que se descarta por completo la posibilidad de su aplicación retroactiva o a casos anteriores a la vigencia de la ley restrictiva.

El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado, consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material[477].

La Corte IDH ha señalado, en este sentido, lo siguiente:

> la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder[478].

476 Cfr. Badaró, en *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 31.

477 Cfr. Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párrs. 27 y 32; Argüelles y otros c. Argentina 20 de noviembre del 2014, párr. 225; Tristán Donoso c. Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009: párr. 77; Castañeda Gutman c. México, 6 de agosto del 2008, párr. 176; Escher c. Brasil del 6 de julio del 2009, párr. 130.

478 Cfr. Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., párr. 22.

Asimismo, la propia Corte ha destacado lo siguiente:

> La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos[479].

La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar, por ejemplo, en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones o que determine las restricciones al derecho a la función pública. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención, se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso[480].

---

479 Cfr. Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* cit., párr. 24. En dicha opinión Consultiva la Corte ha señalado, además, que:

"26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

27. La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado".

480 Yatama c. Nicaragua, 23 de junio del 2005, b/b 206 y 212: "En cuanto a la observancia del principio de legalidad, la Corte estima que la Ley Electoral N.° 331 de 2000 es ambigua debido a que no establece con claridad las consecuencias del incumplimiento de ciertos requisitos, tanto para

E. Las reglas probatorias y derecho penal

15. Pese a que las reglas probatorias poseen una naturaleza constitucional y legal, resulta indiscutible y de gran envergadura la influencia que ejerce en el ámbito probatorio el derecho sustantivo[481] y, en especial, el principio de legalidad en materia penal material[482] (*v. gr.*, en el Código penal y las leyes penales especiales)

El principio de legalidad determina los elementos constitutivos de delito y las circunstancias (agravantes y específicas), así como los presupuestos de injusto penal y la culpabilidad que deben estar acreditados de manera adecuada y suficiente en el proceso penal.

El tipo penal —que describe el hecho, la conducta típica o un suceso de vida— está formado por el conjunto de elementos (objetivos y subjetivos) que se encuentran establecidos de manera suficiente en la ley penal. Dicha descripción revela el perfil de un delito específico. La función del hecho típico es determinar la materia de prohibición y el núcleo del supuesto del hecho descrito en la ley, distinguiendo las conductas penalmente relevantes de aquellas que no lo son. La amenaza de la imposición de una pena como instrumento de control social en un ordenamiento jurídico de corte democrático solo es posible de realizarse sobre conductas humanas debidamente individualizadas[483].

---

quienes participaban a través de un partido, como para quienes lo hacían en una alianza de partidos; es confusa la redacción sobre los procedimientos aplicables cuando el Consejo Supremo Electoral determina que hay incumplimiento de algún requisito; y no regula claramente las decisiones fundamentadas que dicho órgano debería adoptar para establecer quiénes quedan inscritos para participar en las elecciones y quiénes no cumplen los requisitos para ello, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado. Dicha ley no permite un claro entendimiento del proceso por parte de los ciudadanos y de los órganos electorales y favorece su aplicación arbitraria y discrecional mediante interpretaciones extensivas y contradictorias que restringen indebidamente la participación de los ciudadanos, restricción particularmente indeseable cuando afecta severamente bienes fundamentales, como son los reconocidos a través de los derechos políticos".

481 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 45: "Indudablemente, las pruebas reciben una notable influencia del derecho sustancial (civil, penal, comercial, etc.), en cuanto están vinculados a los actos sustanciales que con ellas se pretende establecer, pero tampoco esto afecta su naturaleza procesal, salvo en los casos indicados. Estas normas sustanciales influyen también en el proceso en general, actos como la demanda, las excepciones y la sentencia, sin que a nadie se le haya ocurrido negarles su naturaleza procesal".

482 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 10, p. 63.

483 Cfr. Padovani, Tullio, *Diritto penale*, 11a. ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 130; Palazzo, Francesco, *Corso di diritto penale. PG*, 3a. ed., Torino, Giappichelli, 2008, p. 99; Mir Puig, Santiago, *Límites del normativismo en derecho penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-18 (2005), p. 16. http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf

El tipo penal, además de cumplir una función de selección, desarrolla también una función clasificatoria de las distintas clases de delitos y, en particular, de los distintos comportamientos penalmente relevantes. La tipicidad incluye los elementos constitutivos y el establecimiento de ciertas características definitorias que permiten sostener que se realiza una clase de delito y no otro. Se considera que la conducta típica cumple una función **clasificatoria** (conducta activa y omisiva), **limitativa o negativa** (distingue los comportamientos penalmente relevantes de aquellos que no lo son), y **dogmático-aplicativa** (reflejada en el contenido de la imputación en el proceso penal)[484]. La conducta penalmente relevante es una conducta externa y voluntaria. No ingresan como comportamiento típico los actos meramente internos de la persona y los actos involuntarios o que no pueden ser objeto de control voluntario, *v. gr.*, los movimientos reflejos, las convulsiones, los ataques epilépticos, los actos bajo hipnosis, los sueños, la fuerza física irresistible, entre otros[485].

La Corte IDH ha declarado que el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática, al establecer que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable". Dicho principio preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo[486]. La Corte IDH ha señalado que: "corresponde al juez, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico[487]". Incluso, la Corte IDH en algunas sentencias parece exigir a los Estados no solo el respeto al principio de legalidad e irretroactividad, sino incluso, un nuevo principio que denomina "la adecuación típica estricta de la conducta al tipo penal[488]".

484 Cfr. Padovani, *Diritto penale*, cit., p. 134; Mantovani, Ferrando, *Los principios del derecho penal*, Lima, Ediciones Legales, 2015, p. 115.

485 Cfr. Mir Puig, *Límites del normativismo en derecho penal*, cit., p. 15; García Cavero, Percy, *Derecho penal. PG*, 3a. ed., Lima, Ideas, 2019, p. 378.

486 Fermín Ramírez c. Guatemala, 20 de junio de 2005, párr. 90; Baena Ricardo y otros c. Panamá, 2 de febrero de 2001, párr. 107.

487 Ampliamente, las sentencias: Liakat Ali Alibux c. Suriname del 30 de enero del 2014; García Asto y Ramírez Rojas c. Perú, del 25 de noviembre de 2005, párr. 190; De la Cruz Flores c. Perú de 18 de noviembre de 2004, párr. 82; Mohamed c. Argentina de 23 noviembre de 2012, párr. 132.

488 Véase, la sentencia del caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú, del 25 de noviembre de 2005, párr. 212: "En este sentido, corresponde al Estado asegurar que en el nuevo proceso seguido contra el señor Urcesino Ramírez Rojas se observen los principios de legalidad e irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana, inclusive la adecuación estricta de la conducta al tipo penal".

La Corte IDH sostiene que "el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática al establecer que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivas según el derecho aplicable[489]. Dicho principio preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo[490]. En un Estado democrático y de derecho es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita[491].

III. LA FUNCIÓN INSTITUCIONAL DE LA PRUEBA

16. En el proceso, la prueba cumple una **función institucional** al ofrecer al juez, dentro de un contexto jurídico formal, los instrumentos de conocimiento necesarios acerca de los hechos, a fin de que adopte una decisión correcta[492].

La actividad probatoria en el contexto jurídico se desarrolla no de manera libre e independiente como si se tratara de una actividad en solitario, sino como una regla que constituye una actividad que se despliega dentro de un determinado proceso y un procedimiento. Los actos de prueba son una clase de actos que forman parte de una determinada clase de procedimiento (*v. gr.*, civil, penal, laboral, etc.) que busca acreditar (o refutar) una determinada hipótesis fáctica. El despliegue de la actividad probatoria se presenta en un **contexto formalizado** en la medida que supone que se trata de una actividad regulada por el derecho, y se presenta, además, en un **contexto institucional** en el que determinados poderes (*v. gr.*, el judicial) e instancias estatales buscan decidir una controversia mediante el planteamiento de hechos y la incorporación y discusión de pruebas.

Una de las particularidades más importantes de la prueba en materia jurídica es, por un lado, la regulación normativa de la prueba a través de prescripciones legales y, por el otro lado, su uso para casos típicamente jurídicos y en contextos jurídicos,

489 Véase, J. C. Perú del 27 de noviembre del 2013, párr. 278; Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. Chile del 29 de mayo del 2014, párr. 161; Baena Ricardo y otros c. Panamá, del 18 de febrero del 2001, párr. 107; Mohamed c. Argentina de 23 noviembre de 2012, párr. 130.

490 Véase, J. C. Perú del 27 de noviembre del 2013, párr. 278; Baena Ricardo y otros c. Panamá, del 18 de febrero del 2001, párr. 107; Mohamed c. Argentina de 23 noviembre de 2012, párr. 130.

491 Véase, J. C. Perú del 27 de noviembre del 2013, párr. 278; Baena Ricardo y otros c. Panamá, del 18 de febrero del 2001, párr. 106; Mohamed c. Argentina de 23 noviembre de 2012, párr. 130.

492 Cfr. Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 429.

por ejemplo, en el proceso[493], que tiene un carácter formalizado e institucional. Los hechos que se investigan o que se buscan acreditar a nivel del proceso no son cualquier clase de hechos (*v. gr.*, de la naturaleza, de una familia), sino hechos de relevancia y contenido jurídico.

Si el proceso cumple una función social e institucional de solución de los conflictos sociales, la actividad probatoria que se realiza dentro del proceso también cumple un papel semejante. Al ser la actividad probatoria una parte de la actividad que se desarrolla en el proceso, no puede dejar de cumplir con las características y particularidades que se le asigna al proceso y a las distintas actividades que se desarrollan en él. El sentido y la finalidad de la actividad probatoria no puede ser ajena y estar desvinculada del proceso ni de la actividad procesal. Por el contrario, la prueba se encuentra condicionada y sujeta a los fines y los valores que se pretenda alcanzar a través del proceso.

La actividad de la reconstrucción de los hechos a través de la prueba se encuentra regulada por parte del legislador dependiendo del contenido y la intensidad de la intervención regulativa de distintas variables ideológicas, históricas, culturales, políticas y teóricas[494]. Las reglas probatorias están determinadas por las características de la sociedad misma en que los procedimientos probatorios deben llevarse a cabo. El juzgador no solo es un técnico: es el representante de la sociedad que debe resolver un conflicto[495]. Las reglas probatorias responden a finalidades diversas, como el descubrimiento de la verdad, la protección de los derechos de la persona, asegurar la decisión de fondo, entre otros[496]. El proceso, en cualquiera de sus manifestaciones, no es neutral en cuanto a sus técnicas y procedimientos —entre las que se cuenta las reglas probatorias—, respecto a las orientaciones políticas que hay en la sociedad[497].

493 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 342.

494 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 106; Denti, *Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, cit., pp. 544, 563, 571 y 580; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 358 y 360.

495 Cfr. Denti, Vittorio, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.° 13-14, UNAM, México, 1972, p. 19.

496 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 165, p. 276.

497 Cfr. Denti, *Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, cit., pp. 544 y 582, quien recuerda que la técnica probatoria solo tiene sentido si se pone en relación con los hombres que han de emplearla: los juzgadores, los abogados, las partes mismas, en la medida que desempeñan un papel directo y activo en el proceso con fines probatorios.

IV. LAS REGLAS PROBATORIAS Y LA REALIZACIÓN DE LOS VALORES JURÍDICOS. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO Y POLÍTICO

17. El derecho probatorio no tiene como referencia únicamente la ley y un determinado código procesal, sino la Constitución y los tratados de derechos humanos. Por ello, tiene sentido la prescripción contenida en el artículo 155.1 del CPP que regula que "la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código".

Cualquier norma que regule la actividad probatoria debe responder a determinados valores empíricos, utilitarios o éticos que se consideran dignos de protección. Si las reglas probatorias no sirven a la realización de algún valor, o el valor al que sirven no posee una entidad suficiente, su justificación racional será nula o, por lo menos, insuficiente. Asimismo, si una regla sobre la prueba se encuentra justificada en la tutela de un valor, cualquier cuestionamiento o entredicho a dicha regla por cualquier sujeto (público o privado) será censurable desde la perspectiva valorativa[498].

Las diversas reglas legales que regulan el fenómeno probatorio en cualquiera de sus etapas y que buscan preservar o realizar determinados valores que se consideran relevantes para la comunidad o el ordenamiento jurídico están condicionadas a una serie de factores políticos, sociales o ideológicos que responde a una determinada cultura jurídica en un tiempo y momento histórico[499]. Muchas reglas legales se repiten y coinciden en sus aspectos nucleares en diversas legislaciones del derecho comparado, lo que es manifestación de un horizonte cultural y axiológico común, tal como ocurre, por ejemplo, de manera emblemática con la regla de exclusión de la prueba ilícita que está presente en gran parte de los países que integran las democracias constitucionales que consagran la tutela de los derechos fundamentales[500].

18. Los límites en la averiguación de la verdad en el proceso penal vienen avalados por razones **político-jurídicas** y por razones de índole **pragmática**. Desde el punto de vista jurídico político, es necesario que la reconstrucción de la realidad tenga límites en la medida que es la única forma de evitar que el sistema penal se convierta en un instrumento represivo ilimitado. Solo así se protege de manera satisfactoria la libertad de los ciudadanos, y se frena el posible abuso y arbitrariedad de la autoridad estatal.

---

498 Cfr. Gascón Abellán, Marina, *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, en AA. VV. *Estudios sobre la prueba*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 55.

499 Cfr. Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, 1a. reimp., México, Fontamara, 2003, p. 247.

500 Cfr. Gascón Abellán, *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, cit., p. 55; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 55.

Desde la perspectiva pragmática, se parte por reconocer las facultades limitadas de conocimiento de los seres humanos para reconstruir un hecho del pasado en su total dimensión y en cada uno de sus detalles. Las agencias estatales no cuentan a veces con la capacidad, ni muchas veces, los medios para lograr reproducir de manera fidedigna un determinado suceso histórico, por lo que sería utópico pretender alcanzar un conocimiento minucioso y detallado de un hecho. No solo es necesario actuar con cautela, sino con conciencia de los conocimientos limitados de los que se dispone[501].

La reconstrucción de la verdad en el proceso penal no es absoluta y de un alcance inconmensurable, pues está sometida a las normas del ordenamiento jurídico y a las reglas probatorias que, por ejemplo, excluyen los supuestos de prueba prohibida. El respeto a los derechos humanos de las personas, consagrados en los diversos tratados internacionales, son un límite estructural a la potestad de investigación, procesamiento y de penar del Estado, al representar una barrera que no se debe cruzar[502]. La búsqueda de la verdad en el proceso penal no solo tiene un fundamento epistemológico, también debe cumplir con otros valores de igual rango e importancia como el respeto a la dignidad de la persona humana (*v. gr.*, la tortura se encuentra prohibida). Asimismo se debe respetar la intimidad de la persona, por lo que la intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales debe contar con una autorización judicial y siempre debe tratarse de una intervención proporcional.

Con razón, se señala que el concepto de *verdad* que se maneja en el proceso penal es parcial y restringido[503]. No se trata de un concepto ontológico y absoluto de verdad, sino de una verdad judicial[504], práctica y, sobre todo, procesalmente válida[505]. Dadas las restricciones que existen en el seno del proceso penal para la búsqueda de la verdad y en la medida que existen severas limitaciones constitucionales en cuanto al empleo de ciertos medios y métodos de prueba, se alude a que la meta concreta del proceso penal es la **obtención formalizada de la verdad**[506] o la consecución de la verdad sujeta a la legalidad y a la Constitución.

19. Las reglas de la evidencia en el derecho pueden ser **reglas de la evidencia empírica** o **reglas de la evidencia jurídica**[507]. Se reconoce que el derecho, con sus

501 Al respecto, Maier, Julio J. B., *Derecho procesal penal*, 2a. ed., 1a. reimp., Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1999, T. I, p. 857.

502 Cfr. Muñoz Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, cit., p. 115.

503 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal*, cit., 1999, T. I, p. 855.

504 Críticamente sobre la verdad judicial: Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 18.

505 Por todos, Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 194.

506 Cfr. Hassemer, *Fundamentos de derecho penal*, cit., p. 190.

507 Cfr. Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, cit., p. 261.

reglas y principios, influye en la acreditación de los hechos, ya sea al determinar los medios de prueba que están permitidos o prohibidos (artículo 157.3 del CPP), o debido a que formula reglas jurídicas propias sobre la evidencia, *v. gr.*, reglas de exclusión de la prueba ilícita o ciertas presunciones legales.

Las reglas de la evidencia empírica tienen como fin la averiguación de la verdad, de tal manera que se puede afirmar que son reglas que realizan valores epistemológicos[508]. Se trata de directivas que son aceptadas de acuerdo al paradigma de las ciencias naturales, o tomando como base el sentido común o la experiencia común[509]. Dichas reglas exigen que "en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia" (artículo 158.1 del CPP). La adopción de los criterios de racionalidad empírica es común en aquellos sistemas jurídicos que establecen el principio de la "libre valoración de la prueba". Una de las reglas más importantes de racionalidad empírica o material establece que para decidir un caso se deben utilizar todos los medios de prueba disponibles que acrediten un determinado enunciado sobre los hechos relevantes, y que se debe analizar toda la evidencia a favor o en contra de una hipótesis[510].

En un ordenamiento jurídico, hay valores que se reflejan en disposiciones legales que representan el núcleo duro de la epistemología judicial (**valores epistémicos**) y que abarcan tanto las investigaciones como los procesos penales cuyo fin es averiguar la verdad y reducir las posibilidades de un juicio erróneo, bien expresado en la condena a un inocente (supuesto más grave) o la absolución de un culpable. No se trata aquí de eliminar de un tajo todos los errores judiciales (falsos positivos o falsos negativos), cuestión imposible (o, por lo menos, difícil) mientras se hable de justicia humana. En realidad, se pretende, más bien, reducir los márgenes de error y la expedición de sentencias injustas por defectuosas investigaciones, por el limitado o pobre acopio de pruebas, o por la inadecuada (errónea) valoración de la prueba.

20. Por su parte, las reglas de la evidencia jurídica buscan garantizar los derechos fundamentales de las personas, reducir la arbitrariedad de las autoridades estatales y respetar las reglas del debido procedimiento probatorio constitucionalmente fundado.

508 Cfr. Gascón Abellán, *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, cit., p. 52.

509 Cfr. Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, cit., p. 261.

510 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 161; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 154; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 104 y 116; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 53; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68.

Las reglas jurídicas de la evidencia son reglas propias del derecho que reflejan determinados valores que no son necesariamente empíricamente válidos ni tampoco empíricamente significativos, tal como ocurre con las presunciones (*v. gr.*, la de paternidad) o las reglas de exclusión de la prueba[511]. Se trata de la realización de valores **extraepistémicos** que se relacionan con criterios de oportunidad, utilidad o con el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la ley (*v. gr.*, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, el derecho de defensa, el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, etc.) y las reglas del debido proceso (*v. gr.*, el derecho a ser informado de la imputación, a ser juzgado en un plazo razonable, la imparcialidad judicial, etc.)[512].

El proceso no solo busca obtener conclusiones fácticas verdaderas, sino que debe ceder frente a otra clase de principios y valores, como el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, como el de la dignidad, la intimidad, el domicilio o el libre desarrollo de la verdad[513]. En un Estado constitucional, pese a que se reconoce que el proceso penal se orienta a la búsqueda de la verdad, también se admite que se busca la consecución de otros fines, como el respeto a la persona humana, a los derechos fundamentales (*v. gr.*, al de la vida íntima, el domicilio, etc.) y la vigencia del principio de legalidad de las actuaciones estatales. Por mandato de la Constitución y los tratados de derechos humanos, se debe proteger la intimidad de las personas, el domicilio de las injerencias de terceros (tanto del Estado como de los particulares), así como también se deben preservar ciertos secretos de Estado[514]. La influencia del imperio de la ley y el derecho en materia probatoria puede justificar la introducción de normas que regulan la actividad y el procedimiento probatorio (*v. gr.*, los medios de prueba admisibles) o el resultado probatorio mismo. La protección de fines distintos a la verdad en el proceso justifica la existencia en el derecho probatorio de reglas de exclusión de ciertos elementos de prueba, a pesar de que es posible que sean portadores de un valor epistémico relevante, dado que nos acercan a la averiguación de la verdad.

La ponderación y solución de cuál valor (epistémico o no epistémico) debe prevalecer en la solución de un problema requiere una decisión moral[515] y política.

511 Cfr. Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, cit., p. 261.

512 Cfr. Haack, Susan, *Verdad y justicia, investigación y abogacía, ciencia y ley*, en *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2008, p. 288.

513 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 60.

514 Al, respecto, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 174.

515 Cfr. Bayón Mohíno, Juan Carlos, *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, en *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2010, p. 12.

No todas las reglas jurídicas sobre la prueba se orientan a limitar el arbitrio de los jueces (reglas garantistas) y su tendencia de acoger posiciones subjetivas e incontroladas[516]. Asimismo, no todas las reglas probatorias en un sistema jurídico se dirigen a buscar la verdad de manera ilimitada, incondicional o a cualquier costo y precio[517]. Por ejemplo, se recuerda que hay reglas probatorias que buscan evitar errores o malentendidos por parte del juzgador, descartando prejuicios y pérdidas de tiempo[518].

Hay reglas jurídicas que buscan garantizar otros valores que pueden terminar afectando la búsqueda de la verdad[519]. Dichos valores pueden ser de dos clases: **valores pragmáticos** y **valores ideológicos**. Los valores pragmáticos buscan alcanzar una finalidad práctica (no teórica) como es el resolver los conflictos sociales y jurídicos que se canalizan a través de las distintas clases de procesos: civiles, penales, laborales, etc. Por su parte, los valores ideológicos encarnan una determinada cosmovisión del mundo y cierto patrimonio axiológico de un sector mayoritario de la sociedad *v. gr.*, el respeto a la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales. Aquí ingresan los casos de la regla de exclusión de la prueba prohibida, los límites temporales en la averiguación de la verdad, ciertas presunciones judiciales (*v. gr.*, de paternidad), la necesidad de preservar los secretos de Estado o el secreto profesional de ciertas personas, las reglas que dispensan la declaración de parientes[520], entre otros aspectos.

---

516 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 61.

517 Cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 66; Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, cit., p. 290, quien recuerda que: "hay un conflicto entre buscar la verdad sin ninguna limitación y el valor de estabilizar jurídicamente ciertas situaciones determinando sus consecuencias de una vez para siempre"; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 120; San Martín Castro, César, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, en *Delito & Proceso Penal*, Lima, Jurista Editores, 2017, p. 12.

518 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., pp. 41 y 49: "una clase muy importante de reglas de exclusión tiene como propósito los errores y malentendidos que pueden ocurrir cuando el juzgador establece el valor probatorio de algunos medios de prueba específicos. Varias reglas de exclusión angloamericanas se pueden explicar por esta razón, principalmente si consideramos que el típico juzgador de los hechos es un jurado, e incluso en los casos en que deciden únicamente los jueces profesionales éstos operan —por así decirlo— 'a la sombra del jurado'"; Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 165, p. 276; San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 28.

519 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 165, p. 276; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 66.

520 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 174; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 117: "el fenómeno de la limitación de pruebas puede manifestase también de otras formas: a) limitando el uso de determinadas pruebas ya adquiridas; o b) prohibiendo directamente la adquisición (y subsiguiente uso) de ciertas pruebas, prohibiciones que pueden operar *ex ante*, sobre la admisibilidad de la prueba, o *ex post*, como auténticas 'reglas de exclusión' de lo que ya ha sido incorporado al proceso (adquirido)

Si es que las reglas sobre la prueba poseen un fundamento variado —y no solo tienden a la búsqueda de la verdad—, no se puede sostener que una regla sobre la prueba será irracional como medio para conseguir la finalidad de la averiguación de la verdad si no es adecuada para maximizar las posibilidades de alcanzar dicha finalidad[521], ya que se pasa por alto que las reglas probatorias responden a diversos criterios como la protección de los derechos fundamentales, y a la consideración de valores colectivos[522], como la salvaguarda de los secretos de Estado.

21. Las reglas de la evidencia jurídica pueden clasificarse en los siguientes tipos[523]:

(i) Las **reglas de evidencia jurídicas para-empíricas,** que se fundan en regularidades empíricas o estadísticas; *v. gr.*, la presunción legal que atribuye la paternidad al marido de la madre en función del tiempo que nació el niño.

(ii) Las **reglas de la evidencia jurídicas ideológicas,** que se configuran para proteger ciertos valores éticos o políticos aceptados por el derecho; tal como la regla de trato como manifestación de la presunción de inocencia, la carga de la prueba en el proceso sancionador, la libertad de declarar y la garantía a la no autoincriminación, así como la regla de la exclusión de la prueba ilícita, entre otras.

(iii) Las **reglas de la evidencia jurídicas no-empíricas,** que, para alcanzar determinados fines, determinan las consecuencias jurídicas de hechos que se presume han ocurrido en el tiempo y en el espacio, y que son establecidos arbitrariamente cuando no se presenta una contra evidencia. Por ejemplo, el caso de la muerte presunta (artículo 63 del CC[524]).

---

con infracción de aquellas prohibiciones"; Gascón Abellán, *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, cit., p. 54.

521 En sentido distinto: Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 69 y 70.

522 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 165, p. 276; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 68: "No hay ninguna superioridad intrínseca entre el valor de la búsqueda de la verdad y cualquier valor en juego a este respecto".

523 Cfr. Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, cit., pp. 289 y 290.

524 "Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos:
1. Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad.
2. Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.
3. Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido".

También hay una serie de reglas jurídicas en las diversas legislaciones procesales que poseen un carácter **contraepistémico**[525]. Dichas normas proliferaron en el régimen inquisitivo en el que se impusieron una serie de formalidades inútiles en la búsqueda de la verdad, y establecieron una serie de condiciones, ritos y liturgias jurídicas necesarias para llegar a un resultado probatorio. Muchas de estas reglas poseían un sentido abiertamente irracional, como es el caso de las ordalías: el hecho de que el valor del testimonio de un varón gozaba de mayor crédito que el de una mujer o que la declaración de un noble tenía mayor credibilidad que la de un hombre de pueblo.

Aquí el problema es determinar y definir cómo se resuelve el conflicto entre las reglas probatorias epistémicas y las demás clases de reglas probatorias (*v. gr.*, las contraepistémicas), es decir, se debe establecer cuándo y en qué supuestos la búsqueda de la verdad puede ceder frente a la tutela de valores no epistémicos con los que suelen entrar en conflicto[526].

22. Las reglas jurídicas que regulan la prueba no son siempre normas que buscan alcanzar la averiguación de la verdad, sino la preservación de otros valores igual o más importantes para el ordenamiento jurídico. Dichas normas limitan la racionalidad empírica en el proceso penal poniendo un límite al conocimiento de los hechos y la indagación adecuada la verdad[527].

El ordenamiento jurídico de un Estado constitucional no permite que en la búsqueda de la verdad se trabaje de manera inescrupulosa y que solo se siga reglas empíricas de evidencia. En una democracia constitucional, el derecho no solo limita, sino condiciona la averiguación de la verdad sujetándola a cauces constitucionales y legales. El factor normativo influye y determina no solo en el proceso, sino también en cualquier procedimiento probatorio, constitucionalmente fundado.

Si la averiguación de la verdad se produce en un contexto institucional y formalizado, ello se debe a que el conocimiento que se produce en un proceso debe responder a reglas y principios que gobiernan cualquier procedimiento. No se trata

525 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 61; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 173, quien recuerda que "parece lícito dudar de la seriedad de las preocupaciones epistémica de los legisladores que establecen reglas de exclusión de pruebas relevantes, y se puede dudar también de la seriedad de los argumentos que habitualmente se aducen para justificar la existencia de esas normas, dado que producen, en todo caso, un déficit en el fundamento epistémico de la decisión sobre los hechos"; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 155; Bayón Mohíno, *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, cit., p. 9.

526 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 157.

527 Cfr. Gascón Abellán, *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, cit., p. 52; San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 15.

de una actividad libre, sino regulada por leyes y reglas que lo dotan de un especial significado valorativo. Las reglas probatorias no solo son disposiciones formales de carácter jurídico. Por el contrario, encarnan valores y una determinada ideología sobre las pruebas, el proceso y el derecho mismo[528].

23. Como se ha indicado, la regulación de la actividad probatoria por parte del legislador es consecuencia de la elección a favor de ciertos principios y valores como de determinadas opciones ideológicas que se justifican en razones de diverso signo[529]. Algunas reglas probatorias encuentran su fundamento en criterios **epistemológicos** y otras en criterios **políticos**[530]. Se exige en ocasiones la necesidad de proteger y salvaguardar determinados derechos (artículos VIII.1 y 159.1 del CPP) que tienen fundamento constitucional (artículos 1; 2.10 y 2.24.h de la Constitución). El legislador adopta una determinada política legislativa en materia probatoria a fin de preservar el respeto a los derechos fundamentales, la dignidad de la persona humana y el principio de legalidad[531].

Las reglas sobre la prueba que poseen una base epistemológica dependen del patrimonio cognoscitivo de la comunidad en un momento histórico determinado y que difícilmente las normas jurídicas pueden postergar, desconocer o derogar. Unas de estas reglas que cuentan con la máxima importancia, son las que regulan y tutelan el principio metodológico del contradictorio en el proceso, y la dialéctica en la formación y construcción de la prueba. El principio del contradictorio no solo forma parte de las reglas mínimas del debido proceso, sino que posee un fundamento de carácter epistemológico al permitir que una determinada hipótesis pueda ser testeada o falseada a fin de verificar su atendibilidad científica o su racionalidad. Se recuerda que "el método dialéctico representa hasta ahora lo mejor que han elegido los hombres para establecer la verdad de los enunciados fácticos en cualquier campo y, especialmente, en el judicial[532]".

En el ordenamiento jurídico peruano, se establecen disposiciones legales que forman el denominado "método legal de juicio" que opera en tres niveles:

(i) fija reglas de uso del material probatorio (*v. gr.*, 158.2 del CPP);

528 De manera general: Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 158.

529 Véase, Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 107.

530 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 107; Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 127.

531 Cfr. Araújo Cintra, Antonio Carlos de / Pellegrini Grinover, Ada / Dinamarco, Candido Rangel, *Teoria geral do processo*, 31a. ed., Sao Paulo, Malheiros, 2015, p. 428.

532 Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 108; Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 128.

(ii) establece un procedimiento y una metodología para la argumentación de los hechos (artículo 158.1 del CPP);

(iii) prescribe una regla decisoria de más allá de la duda razonable (artículo II.1 del TPCPP, artículo 398 del CPP)[533].

Las reglas de la prueba que poseen un fundamento político permiten establecer rangos y jerarquías entre los valores constitucionales involucrados, como también entre los valores procesales y los valores extraprocesales, fijando el modo de resolver los conflictos entre los valores y principios concurrentes[534]. Una regla probatoria de decisión que encuentra un indiscutible fundamento político es el principio del *in dubio pro reo* o la decisión de condena más allá de una duda razonable. Se trata de un criterio político transformado en precepto jurídico propio de un Estado de derecho[535]. Un Estado autoritario puede elegir, si así lo quiere, una regla distinta que declare que aún con la existencia de una duda razonable se puede condenar (*non liquet, absolutio ab instantia, poena extraordinaria*). En cambio, un Estado de derecho, respetuoso de la dignidad de la persona humana, declarará la vigencia incondicional del principio. Su configuración no tiene, por tanto, solo respaldo jurídico, sino que en su reconocimiento y acogida bulle una decisión política[536].

533 Por todos, Iacoviello, Francesco, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 305.

534 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 108.

535 Cfr. Dominioni, Oreste, *La prova penale scientifica*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 352; Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 505.

536 Cfr. Castillo Alva, José Luis, *El caso Bedoya: ¿una lección o un error? El problema* del *indubio pro reo, en Diálogo de la jurisprudencia*, febrero, Lima, 2002, pássim.

V. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DE LAS REGLAS PROBATORIAS. LA PREVENCIÓN DEL ERROR

24. La regulación legal de la prueba desempeña una **función de garantía** para las partes[537] y en el proceso penal cumple con la protección del imputado[538] en la medida que previene los abusos, excesos y la arbitrariedad judicial en la admisión, actuación y el análisis de la prueba (como la desviación de poder, muchas veces de signo autoritario, por parte de la administración de justicia)[539]. Dicha función de garantía no solo se ejerce en favor de una de las partes en el proceso (el imputado y su defensa), sino también rige para la acusación y las tareas de averiguación de la verdad[540].

Las reglas probatorias manifiestan exigencias que son llamadas a presidir cualquier marco de debate racional que tiene como objetivo la obtención de conocimiento empírico de buena calidad[541]. Dichas disposiciones legales forman parte de aquellas reglas que rigen la actividad procesal que establecen los asuntos que se pueden conocer, de qué manera se debe producir la adquisición de competencia,

537 Cfr. Verde, Giovanni, *Prova legale e formalismo*, en *Foro Italiano*, 1990, vol. 113, p. 465; Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 3; Cavallone, Bruno, *Forme del procedimento e funzione della prova (Ottant'anni dopo Chiovenda)*, en *Le prove nel processo civile: atti del XXV Convegno nazionale: Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 33; Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 6; Lopes Jr., Aury, *Direito processual penal*, 12a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2015, p. 401; Gomes Filho, Antonio Magalhaes, *Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto no 156/2009 do Senado Federal*, en *Brasília* a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 43: "As regras probatórias constituem, como observou Giovanni Conso (1970, p. 7-21), normas de garantia que decorrem dos preceitos constitucionais, assegurando o caráter racional e controlável da decisão sobre os fatos; afastam, assim, uma liberdade absoluta do juiz que poderia dar ensejo a julgamentos pessoais, ideológicos ou emotivos"; Binder, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, pp. 76 y ss.; Miranda Estrampes, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Lima, Jurista, 2012, p. 83.

538 Cfr. Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 182.

539 Véase, Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, cit., núm. 438, p. 180: "se necesita que los juicios criminales sean de tal naturaleza que concedan el menor arbitrio posible a quien debe juzgar"; luego sostiene que "puesto que el fin de los juicios públicos es descubrir no solo los delitos sino también la inocencia, conviene que el legislador, al establecer los métodos, no conceda más a la represión del delito que a la protección de la inocencia. Al contrario, puesto que los derechos naturales, en lo que no toca con el orden esencial de la sociedad, prevalecen con mucho sobre los derechos políticos, se debe en todos los casos tener más en cuenta la defensa de la inocencia que el castigo del delito" (núm. 439).

540 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 108.

541 Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto, *Las dos dimensiones del enjuiciamiento*, en *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, p. 229.

cómo se establecen las pautas organizativas y de división del trabajo, y cómo se incorpora al proceso la información sobre los hechos que forman parte del objeto del proceso.

25. Las disposiciones legales que regulan la actividad probatoria buscan evitar los errores, la arbitrariedad y el abuso de las autoridades que forman parte del sistema de justicia en cualquiera de sus niveles. De igual manera, algunas reglas probatorias buscan evitar el error judicial; al respecto, como señala Ginzburg[542]:

> Sabido es que errar es humano. Pero para un juez, como para cualquiera que esté profesionalmente implicado en la búsqueda de la verdad, el error no es sólo un riesgo: es una dimensión en la que se está inmerso de modo continuo. El conocimiento humano no sólo es intrínsecamente falible, sino que avanza por medio de los errores, tanteando, equivocándose, autocorrigiéndose. Error y verdad se implican recíprocamente, como la sombra y la luz. Ahora bien, no todos los errores tienen las mismas consecuencias. Existen errores catastróficos, errores inocuos, errores fecundos. Pero en el ámbito judicial esta última posibilidad no subsiste. El error judicial, aun cuando sea revocable, se traduce siempre en una mengua de la justicia.

26. Las normas constitucionales y legales que establecen determinados procedimientos y formas a nivel del proceso penal sirven para proteger a la persona de los abusos, excesos y arbitrariedad del poder público (en especial, de los órganos de persecución)[543] y también de las decisiones de los jueces. Las formas de ciertos actos procesales no son solo cuestiones de estilo o de criterios fijados por la ley de manera innecesaria. Se trata de mecanismos y procedimientos que tienden a dotar de seguridad y firmeza a la vigencia de los derechos fundamentales, en especial, a los de la libertad personal y a los derechos que se le vinculan.

Tanto el sistema constitucional de derechos fundamentales como el proceso penal anclado en el respeto de la persona humana representan sectores del ordenamiento jurídico que reclaman la protección de los intervinientes en el proceso penal o en la investigación del delito. Por ejemplo, la libertad de autoincriminación y la protección de la persona se encuentran estrechamente relacionadas. Cuando se coacciona a una persona para que declare, se termina afectando el derecho a la no

542 Ginzburg, Carlo, *El juez y el historiador. Consideraciones al margen del proceso Sofri*, Madrid, Anaya & Mario Muchnik, 1993, p. 97.

543 Cfr. Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Córdoba, Lerner, 2006, n.º 97, p. 71.

autoincriminación, pero, además, se afecta el derecho a la autonomía personal y a la dignidad de la persona humana[544].

Las reglas probatorias pueden encontrarse reguladas en un Código Procesal o en leyes específicas. El tipo de normas que tratan la actividad probatoria no es relevante. Puede tratarse de normas que regulan la actividad probatoria de carácter convencional (*v. gr.*, el derecho a interrogar a los testigos: artículo 8.2.f de la CADH), de carácter constitucional (la exclusión de la tortura: artículo 2.24.h; la norma que indica que la violación del secreto de las comunicaciones resta efecto legal al resultado probatorio), de carácter legal (artículo 155 y siguientes del CPP), así como también los reglamentos, *v. gr.*, los que regulan la cadena de custodia, etc.

VI. LAS REGLAS PROBATORIAS SIRVEN PARA LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

27. El objetivo institucional de la prueba en el proceso judicial es la averiguación y el conocimiento de la verdad de ciertos enunciados sobre determinados hechos relevantes para el ordenamiento jurídico[545]. Dicho objetivo de la búsqueda de la verdad no puede ser eliminado ni se puede dejar de lado, ya que de otro modo se perdería la legitimidad no solo del proceso, sino del sistema de justicia. Simplemente, no puede haber justicia sin verdad. La solución de controversias no se puede realizar de cualquier modo o al margen de valores individuales y colectivos de una sociedad democrática como la búsqueda de la verdad y la determinación correcta de los hechos[546].

La averiguación de la verdad supone lograr un acervo probatorio lo más amplio posible, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo, ya que, de la mano con la epistemología mientras más completa y fiable sea la información probatoria, mayor será la probabilidad del acierto de la decisión[547]. Cualquier decisión racional que

544 Cfr. Roxin, Claus, *Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente*, en *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 60.

545 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 158; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 49: "un enunciado probatorio, como *Está probado que p*, significa que hay elementos de juicio suficientes a favor de *p* para aceptarlo como verdadero e incorporarlo como premisa al razonamiento judicial. Y un enunciado —*rectius*, una proposición— será verdadero si lo que afirma se corresponde con lo que sucede o ha sucedido en el mundo"; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 29 y ss.

546 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 162.

547 Cfr. Iacoviello, Francesco, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, Lima, Palestra, 2022, p. 160: "la probabilidad de la hipótesis depende de su compatibilidad con el universo cognoscitivo de la época, de su coherencia interna y de su congruencia con respecto a

pretenda determinar la decisión de los hechos debe fundarse en las pruebas disponibles[548], lo cual supone la aplicación del *total evidence principle,* por el cual una decisión debe fundarse en todos los datos cognoscitivos existentes y en el hecho de que las pruebas que justifican una afirmación deben ser completas[549].

Si la probabilidad de una hipótesis depende y varía en función del contexto probatorio, es decir, de la información relevante disponible, entonces el juicio de probabilidad de una hipótesis solo puede sostenerse una vez que se adquieran dentro de los límites de lo posible todos los datos probatorios en relación a la hipótesis concreta[550].

En el proceso, cualquier que sea su clase, las normas que la regulan como la actividad probatoria se crean y configuran para establecer la verdad de ciertas afirmaciones y pretensiones. Dicha exigencia es una necesidad de la sociedad y el derecho que reclama una fuerte dosis de justicia y seguridad frente a determinados hechos perturbadores y que poseen relevancia normativa. Desde el momento en que el derecho procesal es realizador del derecho material, sus diversas normas, en especial, las que rigen la actividad probatoria, buscan realizar y materializar el derecho sustantivo configurando las disposiciones legales sobre la actividad probatoria para buscar la verdad de los enunciados fácticos que suponga la aplicación de la ley y el derecho.

Las normas que rigen la actividad probatoria y el proceso tienen una dimensión epistémica que supone la adquisición de conocimiento empírico sobre hechos debidamente individualizados y que poseen relevancia jurídica. Las razones que respaldan determinadas conclusiones fácticas o las premisas sobre los hechos en un proceso penal son razones de tipo epistémico. El justificar de manera adecuada las

---

los hechos"; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 161; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 154; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 104 y 116; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 53: "el conjunto de elementos de juicio que puede y debe ser analizado para adoptar una decisión racional igual al total de las informaciones disponibles y relevantes para el caso. En el caso de la prueba jurídica, en cambio, el conjunto de elementos a valorar es un subconjunto del conjunto formado por la totalidad de los elementos disponibles: aquellos que han sido incorporados al expediente judicial"; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68.

548 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 156.

549 Por todos, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 162: "es claro que, si existen informaciones útiles que no han sido incorporadas, de las que, por tanto, no se sabe nada salvo que podrían contribuir a la decisión de la verdad, el descubrimiento de la verdad se volvería más difícil, incierto y quizás imposible"

550 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 156.

premisas fácticas supone proporcionar un conjunto suficiente de pruebas[551], tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo.

28. En la doctrina, se reconoce que, si bien es cierto que no se puede negar el carácter de normas de garantía de las reglas que regulan el procedimiento probatorio hay normas legales que cumplen una función distinta, como el facilitar y ayudar a la búsqueda de la verdad y garantizar la persecución eficiente del delito[552]. No todas las normas sobre las pruebas penales se deben considerar como normas de garantía del imputado.

En el proceso, se trata de verificar una determinada hipótesis empleando un determinado método para obtener conocimientos. Las hipótesis no se confirman por sí mismas, no se autoconfirman, dado que es necesario obtener conocimientos externos diversos para afianzarlas o descartarlas[553].

29. Se sostiene que, desde el punto de vista lógico y epistémico, la verdad como meta de la investigación del delito o del proceso penal no necesita de un procedimiento probatorio ni de una regulación de disposiciones legales de carácter procesal. Se puede necesitar estrategias de investigación o el uso de reglas técnicas, pero no se requiere de modo imperioso de reglas procesales ni, concretamente, de reglas probatorias. Muchas veces las reglas probatorias obstaculizan y entorpecen la búsqueda de la verdad; de tal manera que la regulación de la actividad probatoria no está al servicio de la búsqueda de la verdad, sino que representa un obstáculo para alcanzarla. Por ello, se sostiene que las reglas de la prueba son, en realidad, límites a la búsqueda de la verdad en cualquier clase de proceso, en especial, en el proceso penal[554].

Las reglas legales que integran el procedimiento probatorio no solo regulan la actividad probatoria en todas sus etapas, sino que limitan la búsqueda de la verdad que debe cumplir, bajo ciertos principios y reglas. Los medios de prueba, en su gran parte, se encuentran regulados por las leyes procesales que disciplinan la forma y el modo como ingresan al proceso. La búsqueda de la verdad no depende de la voluntad y el capricho del investigador, de la posición y los intereses de las partes,

551 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 53.

552 Véase, Cappelletti, Mauro, *La "naturaleza" de las normas sobre las pruebas*, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1972, p. 169.

553 Cfr. Andrés Ibáñez, *Las dos dimensiones del enjuiciamiento*, cit., pp. 233 y 235, para quien la hipótesis "tienen que ser confirmadas desde fuera: por otro y en un ámbito diverso del de su formación", luego recuerda que el proceso es "una sucesión de trámites ajustados a la legalidad, pero también, incluso sobre todo y en paralelo, un instrumento de obtención de buen conocimiento sobre su objeto" (p. 246).

554 Por todos, Binder, *El incumplimiento de las formas procesales*, cit., p. 76.

así como tampoco de la necesidad de perseguir y castigar la comisión del delito de cualquier manera y a cualquier precio. La información probatoria, para que ingrese al proceso, debe cumplir con determinadas reglas y formalidades. Su incorporación al proceso no es libre ni carente de pautas, que deben cumplirse de manera estricta. Solo pueden ingresar por las vías y el procedimiento previsto legalmente.

VII. LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y LAS REGLAS LEGALES DE EVALUACIÓN PROBATORIA

30. En la doctrina se distingue entre la **regla de exclusión probatoria** y la **regla de valoración probatoria**[555]. Ambas clases de reglas importan una restricción a la libertad de juicio y representan la búsqueda de un punto de equilibrio entre dos extremos: por un lado, un sistema probatorio basado en la primacía del legislador, el cual interviene regulando todas las etapas del procedimiento probatorio (la admisibilidad, la actuación y la valoración de la prueba), y, por otro lado, un sistema probatorio fundado en la primacía de la libertad del juez a quien se le asigna la máxima discrecionalidad posible para seleccionar, actuar y evaluar el material probatorio relevante para la decisión, y sin que se reconozca alguna influencia externa (*v. gr.*, la del legislador). Las reglas de exclusión y de valoración de la prueba buscan lograr un equilibrio razonable y un punto medio entre ambos sistemas, funcionando como un contrapeso al principio del libre convencimiento del juez —a fin de evitar abusos y excesos— y a la intervención legislativa desmedida que pretende regular minuciosamente todas las etapas del procedimiento probatorio[556].

El fundamento de ambas clases de reglas —como de diversas instituciones del sistema procesal en su conjunto— no es uniforme y puede encontrarse en criterios

555 Cfr. Daniele, Marcello, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 119 y ss.; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 117 y ss.; Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 356; Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., pp. 134 y ss.; Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 307; Santoriello, Ciro, *La prova penale e la sua valutazione*, Roma, Aracne, 2012, p. 100; Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., pp. 205 y ss.; Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 6; Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 25; Ruggiero, Rosa Anna, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 50; Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 26, nota 24; Verde, *Prova legale e formalismo*, cit., p. 465; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 347; Cordero, Franco, *Procedimiento penal*, Bogotá, Temis, 2000, T. II, pp. 52 y ss.; Damaska (*El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 39) recuerda que en muchas jurisdicciones de la *common law* la exclusión de la prueba ilícita raramente es obligatoria.

556 Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. viii; Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 25.

históricos, culturales, así como también en político-ideológicos[557]. Se sostiene que todas las reglas probatorias tratan de realizar un balance y un equilibrio entre las exigencias de descubrir la verdad de manera eficiente y la tutela de los valores y de los derechos fundamentales, imprescindibles para la vida en una sociedad democrática, pero que, llegado el momento, pueden entrar en conflicto con la finalidad epistémica del proceso[558].

31. La regla de exclusión priva a la prueba de cualquier valor gnoseológico desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, mientras que la regla de la valoración orienta al juez a asignar a un medio de prueba, o a un dato probatorio, un determinado valor. La regla de la evaluación de la prueba no incide ni tiene que ver con la validez de la prueba, pero influye en el valor que se le da. Se trata de un límite al libre convencimiento del juez. La regla de exclusión de la prueba, o la inutilidad de la prueba, se produce en el momento de la formación del material probatorio y resguarda la legitimidad de la prueba, mientras que la regla de valoración de la prueba aparece en una fase posterior cuando la organización del material probatorio ya está formada y dicho material es compatible con la Constitución[559].

La regla de exclusión probatoria constituye una clase de las reglas de adquisición probatoria; por ella, la violación de una determinada prohibición supone la inutilidad, o el no uso, de la prueba[560]. Con ello, se busca reforzar las consecuencias jurídicas sancionatorias frente a las violaciones que pueden presentarse al principio de legalidad de la prueba[561] y la vigencia de los derechos fundamentales. De esta forma, la regla de exclusión neutraliza el uso de un medio de prueba en el proceso, mientras que la regla de valoración resguarda el empleo de la información trans-

557 Cfr. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 217: "Parlare di 'libero convincimento' significa, quindi, porre un problema anziché risolverlo. Si tratta effettivamente di una formula polivalente, perché condizionata via dalla struttura complessiva dei vari ordinamenti processuali che la adottarono, dalle scelte politiche in essi sottintesi, dalle ideologie dell'interprete, chiamato a dare un significato concreto a quella petizione di libertà"; Amodio, Ennio, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2010, p. 12; Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 25.

558 Cfr. Cabiale, Andrea, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, en *Diritto Penale Contemporaneo* 4/2013, p. 112; Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. xi.

559 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 307.

560 Cfr. Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 135; Chiavario, Mario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, 5a. ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 421; Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 25. En la doctrina española: Asencio Mellado, José María, *La exclusión de la prueba ilícita en la fase de la instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*, en *Derecho procesal penal. Estudios fundamentales*, Lima, Inpecc, 2016, p. 1080.

561 Cfr. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 29.

mitida por el medio de prueba legítimamente adquirido y determina cómo el juez debe manejar el material probatorio[562].

32. La regla de exclusión probatoria opera como una prohibición en la adquisición de la prueba o una prohibición en la utilización de la misma y despliega su eficacia en un momento anterior y previo a la actividad de la evaluación racional de la prueba, debido a que niega la validez jurídica a un dato probatorio que se pretende introducir, o que ha ingresado al proceso, con violación de los derechos fundamentales o a las prescripciones constitucionales; de tal modo que no puede emplearse en la construcción de una premisa o conclusión probatoria[563]. Esta regla no fija una valoración probatoria negativa (*v. gr.*, afirmar que la prueba X no puede conseguir el éxito probatorio), sino, más bien, prescribe una prohibición de valoración (no se puede utilizar ni valorar la prueba X)[564]. Toda regla de exclusión implica una clara prohibición dirigida al juez del uso de la prueba como consecuencia de que el dato es inutilizable y no puede darse como válidamente adquirido como medio de prueba. La inutilización de la prueba no debe confundirse con la valoración de la prueba, pues aquella niega la condición de prueba al dato y lo excluye de la premisa probatoria[565], por lo que no puede formar parte del material probatorio y del libre convencimiento del juez, mientras que la regla de evaluación da por sentado que un determinado medio de prueba puede utilizarse debido a su compatibilidad con el principio de legalidad y los derechos fundamentales.

Los casos de la regla de exclusión de la prueba ilícita y de las prohibiciones probatorias se dejan en manos del legislador por mandato del principio de legalidad, del de reserva de ley y el principio de separación de poderes. No puede ser fijado por un impulso subjetivo y caprichoso del juez o de algún otro funcionario[566].

562 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 307.

563 Véase, Illuminati, Giulio, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 534 y ss.; Galantini, Novella, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2019, p. 58: "Da qui la ricerca dei criteri individuativi, che ha spaziato dal dato testuale o dall'interesse processuale od extraprocessuale tutelato dal divieto, alla tutela del diritto di difesa o di diritti individuali primari ovvero alla sussistenza del difetto di potere nella acquisizione dell'elemento conoscitivo, fino a inoltrarsi nella catalogazione di possibili variabili di divieti impliciti o espressi, assoluti o relativi, derogabili o inderogabili, alla luce comunque del principio costituzionalizzato di legalità processuale e probatoria che vincola il libero convincimento al perimetro della prova legittima".

564 Cfr. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 120.

565 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 356; Santoriello, *La prova penale e la sua valutazione*, cit., p. 100.

566 Cfr. Gössel, Karl-Heinz, *La prueba ilícita en el proceso penal*, en *El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho. Obras completas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 258, quien recuerda que corresponde al legislador prevenir el peligro del traslado al juez de decisiones de un gran

33. Las reglas de exclusión reducen la información que puede ingresar al proceso y ser objeto de valoración, de tal modo que inciden directamente en el tipo y la calidad de datos disponibles para el juzgador. Su función es descartar datos epistemológicos y empíricos al preferir la protección de valores constitucionales superiores y la vigencia del principio de legalidad de la información probatoria[567]. No es suficiente el superar el examen de relevancia y pertinencia de la prueba para considerar probado un determinado suceso, ya que es necesario que no haya una regla de exclusión probatoria que impida que una determinada prueba o elemento cognoscitivo ingrese a formar parte del patrimonio epistémico del proceso[568].

La especificidad de la prueba jurídica reside en el hecho de que existen normas legales en función de las cuales se excluyen determinados elementos de conocimiento que serían pruebas en otros contextos, distintos al del proceso. La particularidad aquí es que algunas pruebas pueden ser excluidas del proceso cuando se trata de preservar valores constitucionales o sociales más importantes que el mero aporte de conocimientos sobre los hechos, *v. gr.*, el derecho a la intimidad, el derecho de defensa, el principio de contradicción[569]. Los medios de prueba que pueden ser excluidos del proceso pueden ser tanto los medios de prueba típicos como los medios de prueba atípicos, sin distinción alguna.

Se consideran como reglas de exclusión de la prueba —y no como reglas de valoración— las disposiciones que prohíben al juez emplear determinados datos o conocimientos sobre ciertos y específicos temas, como la moralidad de una persona, la vida sexual anterior de la víctima de abuso sexual, las características psicológicas del imputado o que el ejercicio del derecho al silencio no se pueda obtener de algún modo un peligro de perturbación probatoria[570].

34. El fin que se propone alcanzar con las reglas de exclusión es impedir que el juez utilice aquellos elementos probatorios que puedan conducir a lograr una errónea determinación de los hechos. Las prohibiciones probatorias en las diversas legislaciones —entre ellas la peruana— cumplen la función de proteger intereses

---

significado político criminal; BELING, Ernest, *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*, en *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá, Temis, 2009, p. 9.

567 Véase, DAMASKA, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 34.

568 Cfr. UBERTIS, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 134.

569 Cfr. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 363, 348 y 358: "debe tomarse en consideración que una parte muy relevante del derecho de las pruebas en cualquier sistema está constituida por reglas de exclusión de pruebas que, en cambio, serían admisibles en el sentido común y, además, que, como ya se mencionó anteriormente, también las normas probatorias de otra naturaleza tienen una función limitativa".

570 En el caso del derecho italiano: DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 120.

individuales, derechos fundamentales, así como también intereses colectivos, incluso, a expensas de la correcta reconstrucción de los hechos[571]. La configuración de las prohibiciones probatorias muchas veces termina por reforzar la tutela y la adecuada protección de la dignidad de la persona humana, al mismo tiempo que garantiza la legalidad en la recolección de la prueba y de la decisión sobre los hechos.

Las reglas de exclusión de la prueba no solo tienen reconocimiento en el derecho interno; también gozan de reconocimiento en los tratados internacionales de derechos Humanos (*v. gr.*, en el artículo 5.2 de la CADH y el artículo 7 del PIDCP: prohibición de tortura) y en la jurisprudencia uniforme de los tribunales internacionales de derechos humanos. De manera amplia, se admite la obligación del Estado de observar las normas internacionales y respetar los derechos fundamentales a fin de que estos sean "concretos y efectivos", y no solo "teóricos e ilusorios"; de tal manera que se descartan aquellas prácticas e interpretaciones que no sean compatibles con los estándares mínimos previstos por la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos[572].

Por su parte, el criterio legal de evaluación de la prueba implica que la prueba es válidamente adquirida en el proceso y que puede formar parte de la premisa probatoria en la medida que cumpla con ciertas exigencias y requisitos fijados en la ley. El criterio legal no incide en la validez de la prueba, entendida como dato a valorar por el juez, sino que solo influye en la evaluación de la prueba, a la que impone ciertas condiciones para su uso. Si es que no se cumpla con las exigencias legales de valoración, no es que la prueba se convierta en prueba inválida o inutilizable, sino que solo pasa a ser una prueba inidónea o ineficaz para probar un determinado hecho concreto. En gran parte de casos, las reglas legales de valoración pretenden vincular a priori la acreditación de los hechos, pero sin que se prive al juzgador de utilizar los recursos del razonamiento inductivo.

35. Las reglas de valoración negativas de la prueba son consecuencia de una teorización que surge en el siglo XVIII, en la época en que el sistema de la regla de valoración positiva, propia del proceso romano-canónico, entra en una profunda crisis y se inicia la configuración del método del libre convencimiento del juez[573]. En

571 Cfr. Martínez García, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 43.

572 Véase, Cassibba, Favio Salvatore, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, N.° 4/2018, p. 113.

573 Véase, Santoriello, *La prova penale e la sua valutazione*, cit., p. 97, quien considera que la prueba legal surge en el medioevo en el siglo XIII; Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 120; Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 101 y ss.

dicha época no pocos estudiosos entendían que la libre valoración de la prueba no estaba privada de riesgo y problemas: el juez no es una persona infalible, que acierta en todos sus fallos. Se advertía que la plena libertad probatoria puede conducir al error, al abuso y a la injusticia; de allí que se haya tornado necesario el establecer determinadas reglas de valoración de la prueba, a fin de neutralizar y corregir dichos peligros combinando el método del libre convencimiento del juez con la regulación de ciertos aspectos de la evaluación de la prueba[574].

Una cosa es que un dato o información no pueda ser valorado porque no es utilizable (es decir, no se adquiere como medio de prueba válida) y se sustraiga del libre convencimiento del juez, y otra muy distinta es que, por efecto de los criterios fijados en la ley, el valor de una prueba sea muy bajo y que, de no cumplirse con las condiciones establecidas por el legislador, no posea eficacia probatoria y no sirva para probar un hecho determinado[575].

Con la introducción de una regulación como el artículo 158.2 del CPP (o del artículo 192.3 del CPP italiano), el legislador establece el mandato de que, para el dictado de una sentencia condenatoria o una medida cautelar, el juez debe necesariamente contar con elementos de corroboración; de tal modo que, en ausencia de los elementos de verificación externa, no tendrá eficacia probatoria[576]. La declaración del coimputado, desde el momento que es legítimamente adquirida, es utilizable y, por tanto, debe ser valorada en el proceso penal; la ley no prohíbe la valoración de dicha declaración, sino que condiciona su eficacia probatoria a la existencia de corroboración[577].

La violación a las reglas de exclusión de la prueba, en la medida que se asienta en la afectación de derechos fundamentales, o del principio de legalidad procesal, puede dar lugar a la presentación de un recurso de casación así, como a la incoación de una acción de garantía a fin de excluir del proceso a un determinado material probatorio. Por su parte, la violación de una regla de valoración legal de la prueba no supone excluir la información introducida de manera válida al proceso, sino cumplir con un canon de **suficiencia** y de **legalidad** en la evaluación de la prueba; de tal manera que se puede alegar una afectación al principio de presunción de inocencia o al principio de legalidad en la evaluación de la prueba y la obligación de motivar las decisiones judiciales[578].

574 Cfr. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 121.

575 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 357.

576 Cfr. Ruggiero, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, cit., p. 50.

577 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 363.

578 En el caso del derecho italiano: Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 118.

36. En la legislación peruana, las reglas de exclusión del material probatorio se encuentran tanto en la Constitución como en el CPP. Por ejemplo, en la Constitución de 1993, se regulan disposiciones que reconocen el derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados y 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"; por tanto, se prescribe que los "documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal". Asimismo, el artículo 2.24.h de la Ley fundamental prescribe lo siguiente: "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad".

En el Título Preliminar del CPP se establecen disposiciones que regulan que "Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo" (artículo VIII.1), y que "carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona" (artículo VIII.2). Asimismo, se prescribe que: "Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad" (artículo IX.2) y 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" (artículo 159.1).

Con dicha regulación, la ley procesal penal tutela lo siguiente:

(i) la incorporación al proceso de un medio de prueba a través de un procedimiento constitucionalmente legítimo;

(ii) la obtención de pruebas con respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona;

(iii) el uso y la valoración de las fuentes y los medios de prueba con respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Con ello, se subraya el fundamento de la tutela y la protección de las disposiciones legales sobre la prueba, explicitando al mismo tiempo la reacción negativa del ordenamiento jurídico a través del CPP en relación con la prueba ilegítima que se

obtiene en contra del procedimiento constitucionalmente legítimo y el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Las reglas de exclusión referidas a privar de efecto legal (artículo VIII.1) y la prohibición de uso o de utilización (artículo 159.1) buscan proteger, de manera general, a la Constitución, así como al cuadro de valores y principios que se le reconoce y, de modo específico, el **procedimiento constitucionalmente legítimo** y al **contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.**

CAPÍTULO IV

EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Proceso y procedimiento. **III.** Definición del procedimiento probatorio. **IV.** El debido procedimiento probatorio. **V.** El debido procedimiento probatorio y el cumplimiento de las formalidades legales y constitucionales. **VI.** Procedimiento probatorio, valores e ideología. **VII.** Procedimiento probatorio y modelos de regulación. **VIII.** La concepción racional de la prueba. **IX.** La importancia del respeto al debido procedimiento probatorio. El caso de la presentación de las declaraciones juradas. **X.** El procedimiento probatorio como actividad temporal y preclusiva. Las limitaciones temporales en la búsqueda de la verdad.

I. INTRODUCCIÓN

1. El CPP regula los actos procesales y la actividad de los intervinientes en el proceso. Una de las actividades más importantes que disciplina la legislación procesal es la que se relaciona con la actividad probatoria que se lleva a cabo en el proceso.

El legislador regula y delinea —con rasgos más o menos marcados— un *iter* mediante el cual el juez arriba a una decisión sobre el caso y transita un determinado procedimiento que tiene como uno de sus aspectos más importantes el denominado "procedimiento probatorio[579]". En todo proceso, hay un subprocedimiento que comprende la actividad probatoria y al que se denomina "procedimiento probatorio".

El juez, en toda clase de proceso, debe formarse un saber y un conocimiento concreto en orden a determinar los hechos o las situaciones que sustentan una determinada pretensión. En un proceso —que por mandato constitucional y convencional está llamado a ser un proceso justo—, no cualquier conocimiento que se alcanza es aceptable[580] ni permite adoptar una determinada decisión. El juez, para dictar una resolución (*v. gr.*, comparecencia, prisión provisional, etc.), debe llegar a un conocimiento que supere un determinado estándar probatorio, el cual debe ofrecer resultados plausibles y fiables, como consecuencia de una serie de actos que se incardinan dentro de un determinado procedimiento.

II. PROCESO Y PROCEDIMIENTO

2. El proceso es un instrumento mediante el cual el Estado ejerce el poder, al aplicar la ley y las demás fuentes del derecho en la solución del caso[581]. El proceso es un método para la solución del conflicto y de manera específica es un **método institucional** para resolver la controversia[582]. Se distingue entre el método institucional y el método no institucional para resolver el conflicto.

---

579 Cfr. Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 33; Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 103; Scaparone, Metello, *Procedura penale*, 3a. ed., Torino, Giappichelli, 2013, vol. I, p. 387; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 160; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 248.

580 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 345.

581 Cfr. Marinoni, Luiz Guilherme, *Introducción al derecho procesal civil*, Lima, Palestra, 2015, p. 187.

582 Cfr. Taruffo, Michele, *Lezioni sul processo civile*, 5a. ed., Bologna, Il Mulino, 2011, p. 15.

Proceso significa *iter*, camino o avance que no se realiza de una sola vez, sino en varios momentos, y que consta de una pluralidad de actos que se encuentran regulados por preceptos jurídicos[583].

El proceso es un método de trabajo responsable que supone la coordinación del ejercicio de la actividad jurisdiccional por el juez, de la acción por el autor y de la defensa por el imputado. Como cualquier método de trabajo racional, el proceso se compone de una regulación y de una actividad que disciplina cada una de las etapas, los actos que lo componen y los límites del ejercicio de las facultades de las partes, que se guían por el respeto de las garantías mínimas del debido proceso y por la garantía del contradictorio[584].

El proceso es indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, que se ejerce con el fin de eliminar conflictos y hacer justicia mediante la actuación concreta de la ley. Constituye el instrumento o conducto a través del cual la jurisdicción opera, y con el cual se pretende alcanzar un fin, legitimar una decisión y viabilizar una decisión[585], y que encuentra su fundamento en la Constitución y la ley. Sin embargo, como se resalta, el proceso es un concepto que trasciende el ámbito del derecho procesal jurisdiccional, toda vez que se trata de un instrumento para el ejercicio legítimo del poder que está presente en todas las actividades estatales (procesos legislativos, administrativos, judiciales) y en las actividades no estatales (procesos disciplinarios en empresas, asociaciones deportivas, partidos políticos, etc.)[586].

En la idea constitucional de proceso, un papel central lo cumple el respeto al principio de igualdad de armas, a la posibilidad de intervenir y participar en la conformación de los actos procesales mediante el contradictorio, y a la posibilidad de influir en la decisión, el cual ejerce una serie de controles internos y externos. El contradictorio, simétrico y equilibrado, constituye la esencia del proceso. Sin embargo, no basta cualquier participación para que se pueda sostener que existe un proceso; por ejemplo, ello ocurre cuando solo hay una participación diminuta, episódica o circunstancial de una parte. Por ello, se resalta que puede haber pro-

583 Cfr. Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 25.

584 Cfr. Dinamarco, Candido Rangel y Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, 3a. ed., Sao Paulo, Malheiros, 2018, p. 123; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 396.

585 Cfr. Marinoni, *Introducción al derecho procesal civil*, cit., p. 191: "el proceso es el instrumento a través del cual la jurisdicción tutela los derechos en la dimensión de la Constitución. Es el módulo legal que, mediante, la adecuada participación, legitima la jurisdicción y la decisión. Es la vía que garantiza el acceso de todos al Poder Judicial y, además de esto, es el conducto de la participación popular en el poder y en la reivindicación de la concretización y la protección de los derechos fundamentales".

586 Cfr. Araújo/Pellegrini/Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., pp. 317 y 318; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 394.

cedimientos que no sean procesos, dado que es posible que no exista una relación procesal entre las partes o simplemente porque en un determinado procedimiento no existe contradictorio[587], *v. gr.*, en el procedimiento de colaboración eficaz.

La noción de proceso es esencialmente teleológica, ya que se caracteriza por su finalidad del ejercicio limitado del poder (jurisdiccional); mientras que la noción de procedimiento es puramente formal al suponer el aspecto exterior, visible del proceso a modo de una secuencia de actos unidos teleológicamente y guiados por un fin común, como lo son la solución y la decisión de un caso[588]. Por tanto, el procedimiento (aspecto formal del proceso) es el medio por el cual la ley regula los actos y las etapas del proceso[589].

Desde el punto de vista jurídico, no todo proceso supone un litigio; proceso y litigio no son nociones idénticas o que posean un mismo significado. Si bien es normal que se entienda al proceso como una contienda, no siempre es necesario que ocurra[590]. Por ejemplo, es posible que una persona demandada en la vía civil o denunciada penalmente reconozca la pretensión del contrario, admita los cargos o simplemente se allane.

3. Desde la perspectiva constitucional, se acepta una noción amplia de procedimiento, que se entiende como el sistema de reglas y/o principios para la obtención de un resultado. Si el resultado se logra mediante el respeto de las reglas y/o principios, desde el punto de vista procedimental, representa algo positivo[591]. De un conjunto de normas constitucionales se puede obtener un derecho al procedimiento como derecho a la acción positiva del Estado para tornar efectivos los derechos fundamentales. Las personas tienen derecho a que el Estado actúe positivamente, en el sentido de que este estructura órganos y crea procedimientos que les aseguran el respeto a su libertad y los derechos fundamentales. Por su parte, el derecho a un procedimiento procesal penal consiste en el derecho a un sistema de principios y reglas que, para alcanzar un resultado justo, hace actuar las normas del derecho penal material; este es necesario para la concreción del derecho fundamental a la seguridad y para asegurar al imputado todos los mecanismos esenciales para la defensa de su libertad. En buena cuenta, se trata de un sistema que asegura la eficiencia y

587 Ampliamente, Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, pp. 397 y 399.

588 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 418.

589 Cfr. Araújo/Pellegrini/Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 317.

590 Cfr. Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 25.

591 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. reimpr. de la 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012, p. 419: "las normas de procedimiento y de organización deben crearse de tal manera que, con suficiente probabilidad y en suficiente medida, el resultado sea acorde con los derechos fundamentales".

el respeto de los derechos fundamentales que materializan los valores básicos del proceso penal moderno[592].

El procedimiento, desde el punto de vista jurídico, es un conjunto de actos regulados por la ley que se suceden en una determinada secuencia y que están vinculados entre sí en una relación de implicación, por la cual el cumplimiento de un acto es presupuesto y causa para que se cumpla con el sucesivo[593]. Se trata de una cadena de actos en donde el inicio de un acto lleva inexorablemente a un acto final, luego de cumplir con determinados requisitos y condiciones[594]. Esta estructura jurídica tiene la función de regular la actividad procesal de un modo en que se desarrollan los actos en un orden en el que se le asigna a cada uno una tarea específica hasta obtener un resultado final[595].

La idea de procedimiento como secuencia ordenada de actos presupone que exista de manera razonable un grado relevante de estabilidad, ya que no se puede dejar a la improvisación ni al capricho la realización de ciertos actos. Dicha estabilidad, y la garantía de previsibilidad, viene dotada por la ley procesal. El orden interno que deben seguir los actos que conforman un procedimiento no debe ser casual ni depende del azar, sino que responde a una lógica interna prevista por la ley. El procedimiento en un sentido jurídico supone la institucionalización de un método en la solución de controversias, lo cual implica que la secuencia de actos que lo componen sea regulada, es decir, definida con un criterio estable[596].

De los distintos procesos y procedimientos que pueden existir en la sociedad organizada, el procedimiento jurídico se caracteriza por ser un procedimiento regulado por la ley. El ordenamiento jurídico disciplina tanto el acto inicial y el acto final que integra la noción de procedimiento como los actos intermedios. Por ello, se sostiene que el derecho regula la secuencia de actos que constituyen el procedimiento en el que se determina la forma, el contenido y el efecto de los actos procesales, así como el orden en el cual deben ser cumplidos[597].

El poder estatal en la solución de los conflictos sociales, se ejerce siempre mediante un procedimiento preestablecido, bajo sanción de ilegitimidad en caso de que dicho procedimiento no exista o se desvíe a la persona del juez o la jurisdicción preestablecida por ley. El procedimiento protege la legalidad en el ejercicio del po-

592 Cfr. Scarance Fernandes, Antonio, *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, Sao Paulo, Revista do Tribunais, 2005, p. 40.

593 Ampliamente, Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 248.

594 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 20.

595 Ampliamente, Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 248.

596 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 20.

597 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 20.

der estatal en la solución de los conflictos. La ley determina la clase y la naturaleza de los actos del proceso, su secuencia, su relación y el ejercicio de poder sujeto a límites, con lo cual asegura a los ciudadanos la garantía de que cada procedimiento se realice de conformidad al modelo establecido; lo cual significa, por un lado, que la observancia y cumplimiento del procedimiento es factor legitimante del ejercicio del poder y, por el otro lado, que el procedimiento recibe legitimidad del modo cómo la ley lo disciplina y regula[598].

Cada uno de los actos que forman parte del procedimiento están regulados por disposiciones jurídicas, de allí que sea un procedimiento jurídicamente establecido[599]. Para que se trate de un procedimiento constitucionalmente legítimo es necesario que límite el ejercicio del poder según las garantías mínimas del debido proceso y se favorezca la participación activa de los sujetos interesados, sobre todo, si la participación es el núcleo del principio del contradictorio. La participación activa de los interesados en la obtención de tutela judicial, mediante el contradictorio, es un elemento necesario, aunque no suficiente, del concepto de proceso[600]. Como manifestación del principio democrático, el proceso debe ser siempre participativo, bajo la pena de no ser legítimo[601].

La configuración constitucional del proceso y del procedimiento exige que la regulación legal pueda viabilizar y concretar la participación activa de los sujetos procesales y que no se impida su intervención[602].

4. Desde el punto de vista doctrinario, **el procedimiento puede ser dividido en dos grandes categorías:** (i) procedimiento común y (ii) procedimiento especial[603]. Los procedimientos se distinguen en atención a las distintas necesidades del derecho material. La posibilidad de procedimiento único, que comprende todos los casos

598 Cfr. Dinamarco/Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 123.

599 Cfr. Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 25; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 264.

600 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 397.

601 Cfr. Dinamarco/Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 123; Marinoni, *Introducción al derecho procesal civil*, cit., p. 187: "el ejercicio del poder, en la democracia, debe ser legitimado por la participación popular. Así como el poder de emitir la ley es legitimado por la técnica representativa, que permite la presencia del pueblo en el proceso legislativo, en el proceso judicial participan aquellos que pueden ser afectados en sus esferas jurídicas. La decisión, como acto de positivación del poder, tiene su legitimidad circunscrita a la debida participación de aquellos que por ella puede ser afectados".

602 Cfr. Marinoni, *Introducción al derecho procesal civil*, cit., p. 188.

603 Por todos, Marques da Silva, Germano, *Direito processual penal português. Do procedimiento (marcha do processo)*, 1a. ed., 3a. reimp., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, vol. III, p. 12; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 418.

posibles de aplicación del derecho, fue abandonada hace buen tiempo al percibirse que el proceso no puede ser indiferente o neutro en relación al derecho material[604].

El procedimiento común puede presentar, a su vez, una subdivisión de acuerdo a la mayor o menor concentración de los actos procesales, y para una mayor celeridad del procedimiento. Según la escala creciente de concentración de actos procesales, el procedimiento común puede ser un procedimiento ordinario, un procedimiento sumario y un procedimiento sumarísimo[605].

Los procedimientos especiales son aquellos que presentan alguna especificidad procedimental; esto es, hay determinados actos o etapas procesales que no existen en el procedimiento común, lo que se justifica en la diversidad de algún aspecto de la relación material debatida (*v. gr.*, el procedimiento especial de colaboración eficaz, procedimiento por delitos cometidos por altos funcionarios públicos o el procedimiento de los delitos contra el honor).

5. La Corte IDH ha señalado que "todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquéllos. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en éste cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada[606]".

Si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a

604 Cfr. Marinoni, *Introducción al derecho procesal civil*, cit., p. 188: "No es suficiente, así, que el procedimiento viabilice la participación en un procedimiento cualquiera, siendo también necesario que el legislador diseñe las técnicas adecuadas al alcance de la efectiva tutela del derecho material", luego señala que "no obstante, si la uniformidad procedimental es un mito, tampoco hay cómo pensar en crear tantos procedimientos especiales cuantas sean las necesidades del derecho material".

605 En el derecho portugués: Marques da Silva, *Direito processual penal português*, cit., vol. III, p. 12.

606 Castillo Petruzzi c. Perú, 30 de mayo de 1999, párr. 218.

Derecho. Es bien conocida la figura de la reposición del procedimiento, que acarrea la invalidación de diversos actos y la repetición de las actuaciones a partir de aquélla en que se cometió la violación que determina dicha invalidación. Esto implica, en su caso, que se dicte nueva sentencia. La validez del proceso es condición de la validez de la sentencia[607]. Es importante distinguir la hipótesis que se está examinando del supuesto que se presenta cuando el tribunal aplica inexactamente la ley en su sentencia, o se aprecia erróneamente las pruebas, o no se motiva o funda adecuadamente la resolución que emite. En estos casos la sentencia es válida y puede adquirir firmeza, aunque pudiera ser injusta o incorrecta. Tiene sustento procesal en actos válidos, realizados conforme al derecho. Por ello, subsiste a pesar de que contenga errores de apreciación o aplicación de normas. No es el caso de una sentencia que carece de soporte procesal, por estar erigida sobre bases insubsistentes[608].

III. DEFINICIÓN DEL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

6. El procedimiento probatorio es el conjunto de actos que tienen por finalidad adquirir distintas fuentes y medios de prueba pertinentes y útiles para esclarecer el objeto concreto del proceso, y que pueden ser empleados en la decisión del caso[609]. Se alude a procedimiento probatorio, a la regulación jurídica que media el ingreso, actuación, control y evaluación de los distintos medios de prueba en el proceso. En cualquier procedimiento de carácter epistémico en el que se adquiere alguna forma

607 Castillo Petruzzi c. Perú, 30 de mayo de 1999, párr. 219.

608 Castillo Petruzzi c. Perú, 30 de mayo de 1999, párr. 220 y 221: "En el presente caso hubo numerosas violaciones a la Convención Americana, desde la etapa de investigación ante la Dincote hasta el período de conocimiento por parte de los tribunales militares. Esto ha sido descrito, probado y resuelto en los capítulos precedentes de esta sentencia. En efecto, el proceso se siguió ante un órgano jurisdiccional que no puede ser considerado "juez natural" para hechos e inculpados como los que ahora nos ocupan; en ese procesamiento actuaron jueces y fiscales "sin rostro"; los inculpados no dispusieron de un defensor de su elección desde el momento mismo de la detención, y los defensores que finalmente les asistieron no contaron con la posibilidad de entrevistarse a solas con sus defensor, conocer oportunamente el expediente, aportar pruebas de descargo, contradecir las de cargo y preparar adecuadamente los alegatos. Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del "debido proceso legal", que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención. Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo —en un plazo razonable— un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados. La Corte no se pronuncia sobre la libertad provisional de éstos, porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente".

609 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 103; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 387.

de conocimiento, asume un valor especial el método con el que se trabaja y se logra incorporar una información, entendiéndose como tal el conjunto de actos y formas por medio de los cuales se selecciona, controla y utiliza el conocimiento derivado de los medios de prueba (o actos de investigación) que sirven para acreditar la verdad de ciertas afirmaciones y/o conclusiones[610].

Se trata de una etapa dinámica[611] y muy activa que representa el motor y el núcleo de todo proceso que persigue una decisión justa, y consiste en saber cuáles son las formas y condiciones que es necesario respetar para que la prueba producida y adquirida se considere válida[612]. Un resultado de prueba entendido como un enunciado referido a un suceso histórico declarado por un juez en una decisión judicial se obtiene a partir y dentro de un procedimiento probatorio.

El procedimiento probatorio es el conjunto de reglas procesales que regulan cómo se ofrece, admite, actúa y analiza la evidencia en la investigación o el proceso, el cual forma parte del sistema de garantías constitucional y convencionalmente fundado que forman parte del debido proceso probatorio. El sistema de garantías posee tres ejes: (i) establece el atributo del acto que debe ser analizado; (ii) las condiciones y el procedimiento en el que la persona debe ser juzgada; (iii) fija los límites para la recolección, admisión y evaluación de los medios de prueba[613].

El procedimiento probatorio cuenta con dos manifestaciones: por un lado, el conjunto de principios, reglas y formas que son comunes a la adquisición de cualquier fuente y medio de prueba (*v. gr.*, la pertinencia, utilidad, licitud; así como ofrecimiento y admisión de medio de prueba), y, por el otro, el conjunto de reglas y formas especiales que rigen de manera minuciosa la incorporación de cada concreto medio de prueba, *v. gr.*, el testimonio, la pericia, el documento, la confesión, el reconocimiento judicial[614], etc.

7. El imperio de la Constitución y de la ley rige en el procedimiento probatorio y en todas las etapas que lo componen, tal como ocurre en las fases de proposición, de admisión, actuación y evaluación de la prueba. Los órganos del sistema de justicia no pueden considerar a la regulación constitucional y legal de la prueba como meros consejos, recomendaciones o pautas a seguir, sino como verdaderas y efectivas disposiciones jurídicas que se encuentran dotadas de autoridad y de la coerción, inherente a toda norma jurídica. Los jueces y fiscales en las distintas etapas de la

610 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 160.
611 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 103.
612 Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 248.
613 Por todos, Binder, *El incumplimiento de las formas procesales*, cit., p. 76.
614 Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 248.

actividad probatoria no son libres ni pueden hacer lo que les plazca, dado que se encuentran sometidos a las prescripciones constitucionales y legales que la regulan.

Las reglas probatorias son fuente atributiva de un poder de conocimiento que se asigna a los órganos de justicia (*v. gr.*, los jueces, fiscales, policías) según un modelo y método probatorio previamente fijado que establece un marco de competencias, fija una serie de actos y delinea una determinada finalidad, tanto constitucional y legal, la que debe respetarse y cumplirse de manera rigurosa por parte de los actores del sistema de justicia.

8. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que: "todo el procedimiento probatorio debe obedecer a criterios judiciales fundamentales de legitimidad, orden procedimental, pertinencia y contradicción, el objeto del proceso debe quedar plenamente satisfecho para cumplir la función jurisdiccional: juzgar[615]". Asimismo, la máxima instancia de la justicia ordinaria[616] señala lo siguiente:

> Otra de las acepciones o significados de la prueba es como procedimiento. Para explicar este procedimiento, basta considerar que si bien algunos actos procesales que desarrollan en el proceso las partes y el juez, se realizan de manera libre; no obstante, gran parte de la actividad probatoria está reglamentada legalmente. Por ende, se debe saber cuáles son las formas que es necesario respetar para que la prueba producida se considere válida. Conforme con este criterio, Couture considera que el problema del procedimiento probatorio queda dividido en dos campos: en uno se halla el conjunto de formas y de reglas comunes a todas las pruebas; en el otro, de carácter especial, se señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba. En el primer grupo se encontraría el tema general del procedimiento probatorio (ofrecimiento de la prueba, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a las formas de verificación comunes a todos los medios de prueba, etc.); y el segundo comprende el aspecto particular del problema, es decir, el funcionamiento de cada medio de prueba (instrumentos, testigos, confesión, inspección, etc.).
>
> Un aspecto importante cuando se habla de procedimiento probatorio en general es la manifestación transversal del principio del contradictorio. Así como es imposible pensar en proceso sin la existencia de un debate, mucho menos se puede comprender que una parte produzca una prueba sin que esté expuesta al debido control y revisión del juzgador y de la contraparte. Couture, al explicar sobre los caracteres generales del procedimiento, enseña que el principio dominante

615 Véase, el R. N. N.° 1821-2010 del 3 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

616 Véase, el X Pleno Casatorio Civil del 18 de octubre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia.

en esta materia es el de que toda la prueba se produce con injerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar. De este modo el contradictorio se produce antes, durante y después de la producción de la prueba, dentro de las formas dadas por el derecho positivo.

IV. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO PROBATORIO

9. Las reglas del procedimiento probatorio deben ser la expresión en materia de pruebas del debido proceso, llamado también "derecho a un proceso justo" (artículo 139.3 de la Const.). Por ello, la actividad probatoria en cualquier proceso se puede identificar como el derecho a un **procedimiento probatorio debido o justo.** El respeto a las reglas del procedimiento probatorio se enlaza con el cumplimiento del principio de legalidad procesal que extiende sus efectos al ámbito de la actividad probatoria. De allí, que se puede sostener que las partes tiene derecho a un **procedimiento probatorio legalmente establecido y constitucionalmente fundado.**

El procedimiento probatorio que se respalda de la Constitución presupone la existencia de un contradictorio y la presencia de un tercero imparcial (el juez)[617]. Las partes tienen el derecho a participar activamente en todas las etapas que comprende el procedimiento probatorio, ejerciendo el control probatorio y el método dialéctico. Antes de que se tome la decisión acerca de la admisión o no de los medios de prueba, es imprescindible dar la oportunidad a la parte contraria para que pueda ejercer el derecho a oponerse a su admisión, a formular observaciones, cuestionamientos, o simplemente a contradecir[618]. El ejercicio del derecho a la contradicción es una manifestación del principio de igualdad procesal y en una condición indispensable de una sentencia justa.

En el procedimiento probatorio, las pruebas, para que sean valoradas, deben primero ser admitidas y actuadas en el proceso. La admisión y actuación de los medios de prueba permiten sostener que la prueba puede ser utilizada. Sin embargo, para que una prueba tenga un determinado valor y pueda ser empleada en el proceso debe, ante todo, cumplir con respetar los derechos fundamentales de la persona (así como las disposiciones constitucionales, las de los tratados de los derechos humanos) y los legales que regulan la actividad probatoria (artículo 155.1 del CPP). Asimismo, no todo medio de prueba ni un acto de investigación que se incorpora al proceso o la investigación puede ser utilizado en la sentencia, o para fundar una decisión

617 Cfr. Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 34.
618 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 35.

judicial. Para que ello ocurra, se debe respetar el principio de legalidad procesal en materia probatoria, así como las normas constitucionales vigentes.

10. El debido procedimiento probatorio supone que todo medio de prueba que se ofrece y se admite formalmente al proceso, o a la investigación, debe cumplir con la formalidad de que su ingreso se justifique a través de una resolución motivada (artículo 155.2). El CPP establece una determinada formalidad para el ingreso de la información al proceso penal (o a la investigación), y no deja ese acto al criterio discrecional del juez o del fiscal. No se admite el comportamiento formalmente libre[619] o la discrecionalidad de los medios probatorios que se incorporan al proceso. La presentación de un medio probatorio al proceso —*v. gr.*, su ingreso en mesa de partes o su incorporación a la carpeta fiscal— no quiere decir que automáticamente este se debe dar por ingresado y asumido. Cualquiera de los actos descritos no supone que se esté ante un hecho consumado.

Sin embargo, se puntualiza que desde el punto de vista jurídico-material y de economía procesal si no existe un auto o disposición debidamente motivada por la que se declare inadmisible el concreto medio probatorio presentado, se lo debe dar por incorporado de manera válida al proceso.

11. Las reglas probatorias que disciplinan el procedimiento probatorio y que permiten (o niegan) la incorporación, al proceso, de la fuente o el medio de prueba condicionan la tramitación de una prueba y su valor formal no solo en el proceso, sino en la solución jurídica del caso, pues, desde el punto de vista normativo y estrictamente procesal, no existen "pruebas" más allá de las que se logran incorporar formalmente al proceso (o a la investigación), y estas constituyen el patrimonio cognoscitivo que sirve para definir un caso brindando una respuesta razonada sobre los materiales incorporados. Se recuerda que una prueba jurídicamente considerada "fuera del proceso es un mito, es un absurdo, es una entidad incognoscible" (Laserra).

En un proceso por razones de eficiencia y de economía procesal de todas las pruebas que es posible ofrecer y admitir es indispensable que se seleccione aquellas que son **pertinentes y útiles** para resolver el caso de manera justa y adecuada[620]. De toda la evidencia que es posible emplear en la determinación de un hecho solo se deben utilizar aquellas pruebas que cumplan determinadas condiciones lógicas y legales, esto es, que sean pertinentes, relevantes y útiles.

La libertad que se reconoce al juez en la evaluación de la prueba supone una libertad guiada y limitada, dado que solo se pueden analizar y tomar en cuenta aquellas pruebas que han ingresado de manera formal y válida al proceso. El juez

619 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 105.

620 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., pp. 37 y ss.

no pueda evaluar todas las pruebas que existen en la realidad y se encuentran diseminadas en el mundo real. Solo le está permitido considerar las pruebas que se incorporan formalmente al proceso y se han actuado con el control probatorio de las partes dentro de un debido procedimiento probatorio. Por tanto, la libertad en el análisis de la prueba es una libertad restringida y que únicamente exige que se consideren las pruebas que han ingresado legítimamente al proceso.

12. El derecho fundamental al debido proceso está concebido como el cumplimiento de garantías mínimas que deben ser observadas en todos los procedimientos para poder llegar a soluciones formal y materialmente válidas y justas[621]. Como ha señalado el TC peruano: "el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, forma parte del "modelo constitucional del proceso", cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera sea la materia que en su seno se pueda dirimir"[622].

Las garantías mínimas son aquellas condiciones y elementos cuya ausencia priva al proceso de justo y debido[623]. Nuestra Constitución ha previsto, en su artículo 139, un amplio catálogo de principios que rigen la función jurisdiccional y que constituyen los "derechos fundamentales del proceso", que no son más que un conjunto de garantías mínimas que el propio constituyente ha creído conve-

621 Exp. N.° 00914-2011-PA/TC, Caso: Carol Begoña García Langer y otros; Exp. N.° 00311-2010-PA/TC, Caso: Miguel Ángel López Medina.

622 Exp. N.° 010-2002-AI/TC, Caso: Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos; Exp. N.° 00311-2010-PA/TC, Caso: Miguel Ángel López Medina; Exp. N.° 0185-2003-HC/TC, Caso: Alex Ríos Barreto; Exp. N.° 0258-2003-HC/TC, Caso: Percy Jeremías Rodríguez Carbajal; Exp. N.° 01407-2007-PA/TC, Caso: Intendencia de Aduana de Tacna; Exp. N.° 02790-2012-HC/TC, Caso: Wilfredo Malca Vera; Exp. N.° 0247-2003-HC/TC, Caso: Segundo Teodomiro Vásquez Bustamante; Exp. N.° 0538-2003-HC/TC, Caso: Víctor Alfredo Polay Campos; Exp. N.° 2521-2005-PHC/TC, Caso: César Darío Gonzales Arribasplata; Exp. N.° 2625-2002-HC/TC, Caso: Leocadio Huaycho Chahuayo; Exp. N.° 0215-2003-HC/TC, Caso: Audias Josué Pérez Aguirre; Exp. N.° 2587-2002-HC/TC, Caso: Teobaldo Rumiche Fiestas; Exp. N.° 2494-2002-HC/TC, Caso: Alfonso Joel Asencios Borja; Exp. N.° 2513-2002-HC/TC, Caso: Amador Oré Durand; Exp. N.° 2192-2002-HC/TC, Caso: Brígida Marcela Noreña Tolentino; Exp. N.° 2169-2002-HC/TC, Caso: Paul Sardón Rubi de Celis; Exp. N.° 266-2002-AA/TC, Caso: Carmen Tafur Marín de Lazo y otros; Exp. N.° 390-2003-HC/TC, Caso: Marcos Sandoval Romaina.

623 Véase, las STC en los Exp. N.° 01901-2010-PA/TC, Caso: Florentino Cusitito Ninantay; Exp. N.° 2704-2004-AA/TC, Caso: Ministerio de Agricultura; Exp. N.° 2933-2002-HC/TC, Caso: Tomás Alberto Candia Machacuay; Exp. N.° 591-2003-HC/TC, Caso: Augusto Camacho Alarcón; Exp. N.° 03593-2009-PHC/TC, Caso: César Enrique Cabrera Yovera.

niente incorporar dentro de nuestra *norma normarum* para poder otorgarle validez constitucional[624]. Su cumplimiento permite ajustar y compatibilizar el proceso a un estándar constitucional y convencional mínimo; debajo de dicho umbral, el proceso deviene en injusto, inequitativo e, incluso, inconstitucional. Si bien nuestra Constitución (arts. 2.24 y 139) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8) establecen garantías mínimas para todo proceso que quiera llamarse justo, su regulación no agota ni da por cerrada la posibilidad de que puedan incorporarse otra clase de garantías como contenido del debido proceso[625].

V. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO PROBATORIO Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES LEGALES Y CONSTITUCIONALES

13. Se recuerda que una de las garantías procesales más importantes es el desarrollo de la actividad judicial, y, en especial, de la actividad probatoria, según las formas y el procedimiento predeterminado por la ley. Ninguna garantía procesal estaría asegurada si es que no estuvieran prescritas cada una de sus modalidades y la forma de protección[626]. La prueba judicial se caracteriza por producirse en un contexto institucionalizado o jurídico en el que lograr una decisión sobre los hechos materia de controversia supone, de manera previa, el que esté regulada jurídicamente. No se trata de una actividad libertad libre, exenta de reglas, sino de una actividad que se realiza en un marco institucional de principios y normas procesales (de rango constitucional y legal) que, en un determinado contexto (investigación o proceso), condicionan la obtención de conocimiento[627].

El principio de legalidad en materia probatoria impide la degeneración de la libertad del juez, prohíbe que se incurra en el despotismo y se violen los principios elementales del derecho. La falta de regulación legal tanto de los actos procesales como en la actividad probatoria conduce al desorden, al arbitrio y a la incerteza. Las

624 Exp. N.° 02600-2009-PHC/TC, Caso: Jorge Javier Morán Terrones; Exp. N.° 01887-2010-PHC/TC, Caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela.

625 La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-11/90 del 20 de agosto de 1990 ha señalado lo siguiente: "El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal".

626 Cfr. González-Cuellar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Lima, Inpeccp, 2017, p. 416: "el acusado tiene derecho no sólo a que sean observadas las normas especiales de protección de los derechos fundamentales sino el cumplimiento de todas las formalidades procesales".

627 Cfr. Gascón Abellán, *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, cit., p. 49; Pisfil Flores, Daniel, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*, Lima, Editores del Centro, 2018, p. 55.

formas del procedimiento deben ser ciertas y determinadas[628]. Como señala Ihering, "enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege". De la misma forma Montesquieu afirme que "la forma es la condición necesaria para la certeza y el precio de la seguridad jurídica".

Ningún ordenamiento jurídico que busque cumplir una función práctica en la sociedad puede prescindir de regular y establecer determinados actos y procedimientos formales si es que se quiere evitar el desorden, la confusión y la arbitrariedad. Las exigencias de las formas están presentes en todas las ramas del derecho, ya que no hay actividad jurídica que se pueda cumplir sin alguna clase de formalidad que viene impuesta por la ley[629].

El proceso es un procedimiento que se desarrolla según unas reglas determinadas que imponen ciertas formas preestablecidas y que integran la noción de legalidad procesal. El actuar y proceder conforme al "ordenamiento constitucional y procesal" no es un mero formalismo ni un simple cumplido, sino el mecanismo de protección de unos intereses y valores que al Estado y a la sociedad les urge resguardar[630] para cumplir con los principios constitucionales y los pactos internacionales de derechos humanos, con los cuales aseguran el respeto de la dignidad de la persona humana. El legislador debe armonizar los intereses de la sociedad a una persecución penal eficiente con la necesidad de proteger a los ciudadanos de injerencias ilegítimas y arbitrarias. Por ello, es que se afirma que el fin del proceso penal es variado y complejo: debe buscar la condena del culpable, la protección del inocente y la preservación de las garantías mínimas del debido proceso, proscribiendo toda forma de arbitrariedad en los actos y decisiones estatales[631].

Las formalidades en el proceso y en el procedimiento probatorio han sido establecidas para frenar al juez, de tal manera que la sanción a todos aquellos preceptos que violan las reglas del procedimiento es la nulidad. Las formas y procedimientos judiciales no solo son categorías que forman parte de un rito y una liturgia, sino que, además, sirven a la protección de la dignidad de la persona humana y sus derechos, y constituyen elementos materiales del proceso penal que determinan la corrección material de la decisión judicial[632]. Como señala Carrara, "un Código

628 Cfr. Pellegrini Grinover, *Provas ilícitas, interceptaçoes e escutas*, cit., pp. 84 y 85.

629 Cfr. Leone, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ejea, 1963, T. I, p. 642; Arocena, Gustavo, *La nulidad en el proceso penal*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2002, p. 4.

630 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 3/5, p. 47.

631 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 1/2, p. 58.

632 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 24.

de procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ellas se contraviniere, sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege[633]". El cumplimiento del rito y del debido procedimiento probatorio no solo es una garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia[634].

El respeto a las formalidades en la obtención de las pruebas tiene un significado material, en la medida que dichas formalidades racionalizan y regulan la búsqueda de la verdad[635]. No se trata de simples consejos, sino de que, al tratarse de normas jurídicas, su aplicación es obligatoria e imperativa, e inobservancia se sanciona con la nulidad[636]. Las reglas del procedimiento probatorio tienen un indiscutible carácter valorativo en el sentido de que establecen la legitimidad de cualquier adquisición de conocimiento que permita adoptar cualquier decisión en el proceso[637].

Las formas procesales penales, en un Estado Constitucional, tienen la función de ordenar normativamente la actividad procesal, limitando con ello el poder punitivo estatal que sujeta a una persona al proceso penal, de manera que contribuye a la seguridad jurídica y asume un papel en la protección de los derechos fundamentales. Las formas procesales ordenan la actividad procesal y las normas probatorias ordenan la actividad probatoria en sus requisitos configuradores y etapas, fijando las obligaciones y competencias de jueces, fiscales y las partes[638]. Ellas buscan erradicar la anarquía, el caos y la discrecionalidad en la actividad procesal dotándola de una suficiente seguridad jurídica.

Las reglas legales que regulan la actividad probatoria suponen decisiones con vocación de generalidad, de cómo y de qué manera se puede adquirir información a nivel del proceso, a fin de averiguar la verdad y adoptar una determinada decisión a través del ejercicio del contradictorio y el derecho de defensa. Estas reglas legales, que son una manifestación del principio de legalidad, suponen asumir una determinada metodología en la acreditación de los hechos[639].

633 Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 621.

634 *Loc. cit.*

635 Cfr. Sousa Mendes, Paulo de, *Lições de direito processual penal*, 8a reimp., Coimbra, Almedina, 2021, p. 182.

636 Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 185.

637 Cfr. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 1.

638 Cfr. Pessoa, Nelson, *La nulidad en el proceso penal. Estudio de los "silencios normativos aparentes"*, 3a. ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 86.

639 Cfr. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 2.

Si se acepta que en un Estado constitucional la idea del debido proceso desempeña una función central, se debe aceptar que la noción de debido proceso lleva de manera intrínseca la idea de respeto a la formalidad. No hay un debido proceso sin formalidad ni una formalidad sustancial que no se base en la Constitución y en la ley. La formalidad no es algo que se predica solo de algunos actos procesales, sino de todos los actos que se desarrollan en el proceso, entre los que se cuentan los actos que conforman la actividad probatoria.

14. El procedimiento probatorio no es un formalismo inútil, por el contrario, constituye una exigencia ética y jurídica que debe ser respetada y cumplida estrictamente como un instrumento de garantía para el individuo, y las disposiciones que regulan la prueba son normas que tutelan la esfera personal y la libertad personal[640]. Las formas procesales asentadas en la vigencia del principio de legalidad constituyen la condición necesaria para la realización del proceso penal, propia de un Estado de derecho. Se trata de fijar, de manera previa y específica, las reglas de juego insustituibles que representan el único medio apto para enervar la presunción de inocencia[641].

La decisión sobre la verdad de los enunciados fácticos que se discuten en el proceso siempre está afectada por un riesgo de error. Por ello, como en todas las decisiones que entrañan un riesgo, no solo para la persona, sino para el sistema (jurídico y social), es necesario transitar el camino correcto y cumplir con los mandatos constitucionales y legales que buscan reducir los riesgos de dictar sentencias erróneas, acatando las garantías de un proceso justo (que es un valor en sí mismo), que permiten realizar la justicia a través del proceso, y con ello concretar una justicia procesal[642].

Según un importante criterio doctrinal, se plantea que las normas que regulan la actividad probatoria son normas que confieren potestades o facultades cuya infracción determina la invalidez del acto ilícitamente practicado que se relaciona con una noción en sentido amplio, lo cual comprende la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la anulabilidad[643]. Los actos realizados infringiendo las

640 Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, *As provas ilícitas na constituição*, en *Provas ilícitas, interceptaçoes e escutas*, Brasilia, Gazeta Jurídica, 2013, p. 414; Pellegrini Grinover, Ada, *Prova emprestada*, en *O processo en evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 56 y ss.; Rodrigues Campos, Sara, *(In)admissibilidade de provas ilícitas*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 70; Souza Nucci, Guilherme de, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2015, p. 446.

641 Cfr. Arocena, *La nulidad en el proceso penal*, cit., p. 6.

642 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 3/5, p. 47.

643 Cfr. Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., pp. 109 y ss.; Castro Trigoso, Hamilton, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, Lima, Jurista, 2009, p. 101.

normas procesales, dependiendo la naturaleza de la infracción y de la gravedad de la misma, pueden ser actos nulos o, en el mejor de los casos, anulables[644]. El proceso penal, antes que nada, es un instrumento de garantía de la libertad del ciudadano frente a las intervenciones estatales arbitrarias[645].

El ejercicio del poder punitivo es una actividad que se encuentra regulada previamente por ley con el fin de proteger los derechos fundamentales y salvaguardar las bases éticas del proceso, brindando seguridad jurídica a los justiciables y certeza en la aplicación del derecho. En un Estado constitucional, la conformidad de la actuación de las autoridades públicas surge del estricto cumplimiento de las reglas que regulan su intervención, en especial, cuando se afecta derechos fundamentales[646].

La violación de las reglas probatorias y del procedimiento probatorio menoscaba el principio de legalidad procesal que posee fundamento constitucional (artículo 2.24.b), contradice su reconocimiento como Estado de derecho y pone en entredicho la aceptación de las decisiones judiciales[647]. Las reglas legales que regulan el proceso y, en especial, la actividad probatoria son reglas que establecen el cumplimiento de ciertos actos que deben respetar ciertas formalidades, a fin de proteger al ciudadano y evitar que se cometan actos arbitrarios que contravengan las bases de un Estado de derecho.

La finalidad de las reglas probatorias es asegurar el estricto cumplimiento del principio de constitucionalidad y de legalidad en el ámbito probatorio, como base de un proceso justo con todas las garantías. La violación de los derechos de la persona y de las reglas legales que diciplinan el debido procedimiento probatorio implica no solo incurrir en una irregularidad procesal, por el incumplimiento de una formalidad legal, sino que genera la degradación misma del sistema probatorio y de la vigencia del principio de legalidad procesal en materia probatoria[648].

En el proceso penal, el "mínimo ético" del Estado debe residir en el respeto estricto de los principios y reglas legales que rigen la persecución penal, que no es otra que el conjunto de disposiciones que reflejan la autolimitación que el propio

644 Cfr. Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 33 y 34: "la inobservancia de las normas procesales que por sí serían necesarias, puede no ser perjudicial, si su obediencia en el caso concreto solo se manifiesta en consecuencias de mero trámite procedimental sin ninguna significación".

645 Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, *Interceptações telefónicas e gravações clandestinas no proceso penal*, en *Provas ilícitas, interceptaçoes e escutas*, Brasilia, Gazeta Jurídica, 2013, p. 384.

646 Cfr. Arocena, *La nulidad en el proceso penal*, cit., p. 6 y 7.

647 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 24.

648 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., pp. 35 y 52: "el Estado de Derecho no puede permitirse la actuación de la potestad punitiva en contra de sus propias reglas, a las que, además y por algo, ha dotado del máximo rango normativo".

Estado se ha impuesto en la investigación, procesamiento y castigo de los hechos punibles. Los órganos estatales solo pueden realizar determinados actos y obtener una determinada información a través de autorizaciones legales previas y por intermedio del procedimiento legalmente previsto. Los órganos de persecución penal solo pueden actuar por las vías permitidas legalmente en el ejercicio de una determinada facultad constitucionalmente reglada[649].

La lucha contra las diversas formas de criminalidad debe ser conducida con la observancia y cumplimiento de las reglas procesales y probatorias previamente establecidas. Cualquier medida o sanción que se imponga debe respetar las normas jurídicas y debe estar provista de una ética inatacable. Ello no implica volver al sistema de prueba legal, sino defender, a través de las reglas y formas del procedimiento los derechos de la persona investigada. Las reglas probatorias suponen normas de tutela de la esfera personal, al ser portadoras de un valor de garantía[650].

15. Una de las manifestaciones del principio de legalidad procesal es el principio de formalidad del proceso, que impone la exigencia de conformidad del procedimiento con la disposición legal que lo regula. En un proceso penal democrático, basado en la Constitución, solo es posible afectar un derecho fundamental y determinar la responsabilidad penal realizando actos procesales válidos, proscribiendo la búsqueda de la verdad a todo costo y precio[651]. Solo con el cumplimiento de los mandatos establecidos en la ley, se podrán alcanzar los fines constitucionalmente legítimos.

Una investigación, un proceso, un juicio y una sentencia condenatoria solo serán adecuados al ordenamiento procesal, a la Constitución y a los tratados de derechos humanos cuando ninguna garantía mínima del procedimiento (art. 139 de la Constitución, artículo 8 de la CADH y artículo 14 del PIDCP) haya sido lesionada en perjuicio del imputado[652].

La legitimidad democrática de la decisión judicial solo podrá ser alcanzada a través de un procedimiento previo y formalmente definido en la ley; de tal manera que, en ningún proceso penal de un Estado de derecho la protección de la formalidad

649 Cfr. Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., pp. 86 y 87: "si quien es acreedor de un tercero no puede, sin más, ingresar por la fuerza en la casa del deudor para allí tomar el dinero suficiente para la cancelación de la deuda, y por ello seguramente será obligado a devolver el dinero por más que la legitimidad de su derecho a cobrar sea indudable, mucho menos se debería encontrar el Estado autorizado a ejercer su "derecho" por otros caminos que aquellos que le han sido legislativamente fijados".

650 Cfr. Pellegrini Grinover, *As provas ilícitas na constituição*, cit., p. 414.

651 Por todos, Gomes Canotilho, J. J. y Nuno Brandão, *Colaboração premiada e auxílio judiciário en materia: a ordem pública como obstáculo a cooperação com operação Lava Jato*, en *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, Año 146, N.° 4000, 2016, p. 25.

652 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000, p. 2.

y el procedimiento establecido es menos importante que la condena a los culpables, la protección del inocente y la búsqueda de la paz jurídica[653].

El proceso penal no solo busca, como una de sus metas, obtener una decisión materialmente correcta. También busca que dicha decisión sea conforme con el ordenamiento jurídico procesal[654] y el debido proceso. Las decisiones al interior de un proceso o una investigación no se pueden obtener a cualquier precio y de cualquier forma, sino de acuerdo a la normatividad procesal y las garantías mínimas del debido proceso.

Las formalidades que revisten y acompañan a cada acto procesal o el procedimiento que se establece para adoptar una determinada decisión dentro del proceso (*v. gr.*, la medida limitativa de derechos) requieren del cumplimiento adecuado de dichas formalidades que tienden a asegurar no solo los fines del proceso, sino también la finalidad constitucional y legal de ciertos institutos (*v. gr.*, medida limitativa, medida de coerción, etc.).

El debido proceso y las formalidades que le son consustanciales son una garantía, una protección contra la arbitrariedad de los actos estatales[655] y la injerencia en los derechos fundamentales. Las garantías y las medidas de protección de los derechos no pueden estar librados a las partes, a los sujetos procesales o a las reglas *ad hoc* o súbitas que puedan emitir los jueces penales para tramitar las causas. En una sociedad, los diversos actos estatales se rigen por el derecho —en especial, por la Constitución y las leyes— y, en el caso de cualquier proceso, no se puede abandonar al ciudadano imputado, a la persona ofendida, a la familia a la justicia del caso concreto[656].

El empleo de la coerción y de la fuerza es un monopolio que le corresponde asumir al Estado a través de los distintos poderes públicos con el fundamento, condiciones y límites establecidos en la Constitución y en la ley. La justicia penal forma parte de los ámbitos de aplicación del monopolio de la fuerza estatal[657]. Ni la policía, ni la fiscalía y menos los jueces pueden realizar actos caprichosos, arbitrarios y al margen de la legalidad. Su poder y legitimidad solo descansan en cumplir

653 Por todos, Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 1/2, p. 58; Gomes Canotilho/Brandão, *Colaboração premiada e auxílio judiciário en materia: a ordem* pública como obstáculo a *cooperação com operação Lava Jato*, cit., p. 25.

654 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 1/3, p. 59.

655 Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 356.

656 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 1.

657 Cfr. Jung, Heike, *El proceso penal: conceptos, modelos y supuestos básicos*, en *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 96.

de manera estricta con los principios y valores del orden jurídico, con el ámbito de competencias fijado en la Constitución y los actos procesales establecidos en la ley. El desarrollo del proceso no puede ser abandonado a la discrecionalidad de las instancias de persecución del delito o a los actos que pretendan realizar libremente.

En un proceso penal democrático, ajustado y respetuoso de la Constitución, tan importante como adoptar decisiones sustancialmente correctas que pongan fin a una incertidumbre jurídica y resuelvan una controversia es respetar las reglas del debido proceso, que son garantías mínimas y condición de una decisión justa.

En el ámbito procesal penal rige el principio de estricta legalidad, por el cual se prevé que el ejercicio de la jurisdicción sea actuado mediante un proceso justo regulado en la ley. Un proceso penal democrático fundado en la Constitución respeta de manera especial la cultura de la ley y la cultura de la jurisdicción, por las cuales todo conflicto social que convoque a la administración de justicia debe resolverse dentro del marco de la legalidad y la jurisdiccionalidad[658].

16. En un Estado de derecho, las conductas de los ciudadanos se encuentran dirigidas por el principio de que pueden y deben desarrollarse libremente, salvo que se encuentren expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico. Por su parte, las acciones de los órganos del Estado se rigen por el principio inverso: los poderes públicos solo están facultados a realizar lo que expresamente les está permitido por el ordenamiento jurídico, sobre todo, cuando deben realizar afectaciones de los derechos fundamentales[659].

Las reglas de procedimiento que regulan la actividad probatoria y, en especial, la recolección de pruebas establece autorizaciones para que los órganos del Estado puedan intervenir en la búsqueda de información y los derechos fundamentales de la persona[660].

Dentro del derecho sancionador, en especial, en el proceso penal, la reglamentación de las facultades estatales para la recolección de la prueba se funda en el principio de legalidad procesal en el sentido de *nulla coactio, sine lege*, principio que limita y somete la posibilidad de injerencias estatales en los derechos fundamentales a los casos expresamente establecidos en el legislador[661], siempre que se cumpla con

658 Cfr. Giarda, Angelo, Conso, Giovanni / Grevi, Vittorio / Bargis, Marta, *Compendio di procedura penale*, 6a. ed., Milano, Cedam, 2012, p. xlv.

659 Cfr. Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., p. 84.

660 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 24.

661 Cfr. Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., p. 85; Pastor, Daniel, *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, en *Nuevas formulaciones en las ciencias procesales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, Lerner, 2001, pp. 820 y 821; Arocena, *La nulidad en el proceso penal*, cit., p. 9.

respetar las garantías mínimas del debido proceso y los derechos humanos de las personas.

VI. PROCEDIMIENTO PROBATORIO, VALORES E IDEOLOGÍA

17. El diseño del procedimiento probatorio en una determinada legislación se basa en criterios ideológicos, políticos y de carácter epistemológico así, como también en los principios constitucionales y las garantías mínimas del debido proceso. Toda legislación procesal regula el procedimiento de ingreso de información probatoria al proceso. No se trata de una incorporación libre y de plena accesibilidad al proceso de los medios de prueba. En efecto, dependiendo de las valoraciones jurídicas previas, de la regulación normativa y de la clase de proceso, las pruebas —en sentido amplio— pueden ingresar a un proceso básicamente de dos formas: por la decisión de una autoridad investida de poder para investigar o decidir un caso (*v. gr.*, el juez, la fiscalía, etc.), o a través de la iniciativa de una parte interesada y legitimada en el caso.

La regulación del procedimiento probatorio y de la actividad probatoria, en general, no es una simple herramienta técnica, aséptica y neutral. Por el contrario, constituye un instrumento cognoscitivo que supone una previa elección ideológica y valorativa efectuada por el legislador —dentro de las diversas alternativas y opciones posibles— en la que penetra la realización de principios constitucionales de indiscutible valor como el respeto al derecho de defensa, el principio de igualad de armas y el respeto a las demás garantías del debido proceso.

En la configuración histórica del proceso penal, por ejemplo, el proceso inquisitivo se caracterizaba por el hecho de que el juez (instructor) decidía el ingreso al proceso de todo el material probatorio sin esperar ni estar sujeto a la actuación e iniciativa de las partes. Posteriormente, con el advenimiento del proceso penal de tipo acusatorio, la facultad de incorporar prueba en el proceso recae como regla en las partes y solo de manera excepcional en el juez.

En el modelo y sistema probatorio del proceso penal establecido en el actual CPP peruano, la iniciativa probatoria como regla general recae en las partes (artículo 155.2) y solo se reconoce, de manera excepcional, la recepción de prueba de oficio por el juez penal (artículos 155.3 y 385.2 del CPP).

VII. PROCEDIMIENTO PROBATORIO Y MODELOS DE REGULACIÓN.

18. En los distintos ordenamientos jurídicos, se encuentran regulaciones legales que reflejan el permanente conflicto y tensión entre libertad y legalidad en el tratamiento de la prueba, cuyos extremos se convierten en un ideal teórico y práctico difícilmente alcanzable por algún sistema probatorio concreto[662]. Por ejemplo, hay legislaciones que regulan de manera minuciosa la etapa de admisibilidad de la prueba (tal como ocurre con el derecho americano, en el que existen reglas de exclusión con sus respectivas excepciones), pero que no poseen reglas legales para determinar la etapa de evaluación y la eficacia de la prueba[663]. En sentido contrario, existen legislaciones (*v. gr.*, el derecho peruano, italiano, español, alemán, etc.) que poseen normas muy laxas y amplias en la admisión de las pruebas, pero que regulan el procedimiento y el valor probatorio de algunos medios de prueba, tal como ocurre en el proceso penal peruano con la confesión (artículo 160.2.a), la declaración del imputado (artículo 158.2) o la prueba por indicios (artículo 158.3).

La adopción de un sistema probatorio fundado o bien en la legalidad, o bien en la libertad de prueba, depende en gran medida de las opciones ideológicas y de la elección de premisas valorativas y sociales mucho más amplia que las meras referencias o apreciaciones jurídicas. Las decisiones de carácter valorativo que toman en cuenta los principios constitucionales y los criterios sociales más importantes son las que terminan ejerciendo un papel descollante en la regulación de la actividad probatoria.

Tal vez un punto intermedio que marca el balance y ponderación puede ser aquel planteamiento que sugiere alejarse tanto del arbitrario subjetivismo, que puede desencadenar en la excesiva libertad del juez, como del abstracto racionalismo, que puede generar la intervención de la ley en la función procesal de la reconstrucción de los hechos[664].

662 Véase, Amodio, Ennio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonanza*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, pp. 310 ss.; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 364; Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 350.

663 Cfr. Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 34: "el proceso de la *common law* es generalmente considerado como el bastión de la libre valoración de la prueba. Esta libertad se refleja en el poder del jurado para rendir veredicto sin motivación —una decisión que es prácticamente impermeable a todo control posterior sobre la errónea valoración del material probatorio—. Pero también se afirma que la libre valoración de la prueba es el resultado de la ausencia de normas que atribuyan fuerza normativa plena a una determinada cantidad o calidad de elementos probatorios, y de la ausencia de disposiciones que obliguen a atribuir mayor valor probatorio a las pruebas directas respecto a las indiciarias".

664 Cfr. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 350; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 348.

19. La intervención legislativa en el procedimiento probatorio —llamado también método probatorio judicial— se puede producir en cualquiera de las tres etapas (en la admisión, en la actuación o en la valoración probatoria), aunque el mayor debate e importancia del problema en el que se involucran determinados principios —no solo del campo procesal— se encuentra en la última de las etapas[665].

La vigencia del principio de legalidad en materia de la actividad probatoria permite establecer lo siguiente:

(i) El fundamento del derecho probatorio y su regulación normativa, v. gr., la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú, y por este Código (artículo 155.1).

(ii) Los medios de prueba típicos que se reconocen en una determinada legislación procesal (*v. gr.*, testimonio, pericia, documentos, etc.), sin que ello impida la admisión de otros de medios no previstos expresamente en la ley.

(iii) El principio rogatorio en materia probatoria, esto es, el derecho de la parte de aportar medios de prueba (artículo 155.2).

(iv) La exigencia de que la admisión de toda prueba se encuentre debidamente motivada en cuanto a su pertinencia y utilidad. La admisibilidad de una prueba puede ser objeto de reexamen por cualquiera de las partes (artículo 155.4).

(v) El reconocimiento del principio de igualdad en la actividad probatoria (artículo IX.1).

(vi) La inadmisibilidad de ciertos actos dentro de la actividad probatoria; *v. gr.*, la inadmisibilidad de las preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas (artículo 170.6).

(vii) Los presupuestos y requisitos legales de cierta clase de pruebas *v. gr.*, la declaración del coimputado, del testigo de referencias (artículo 158.2), la prueba por indicios (artículo 158.3), la confesión (artículo 160). De manera excepcional, se regula el valor probatorio de ciertos medios de prueba (*v. gr.*, confesión, declaración del coimputado, del testigo de referencia, el arrepentido).

(viii) La excepcionalidad de las pruebas de oficio; *v. gr.*, el CPP prescribe que la Ley establecerá los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio (artículo 155.3) o que el juez penal, excepcionalmente, una vez culmi-

665 Cfr. Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 128.

nada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad (artículo 385.2).

(ix) La delimitación del objeto de prueba en el proceso; *v. gr.*, son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito (artículo 156.1). Se establece también qué aspectos no pueden ser objeto de prueba; *v. gr.*, se prescribe que no son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio (artículo 156.2).

(x) El procedimiento probatorio de admisibilidad y actuación de medio de prueba típico (*v. gr.*, testimonio, pericia, etc.) en el proceso. Por ejemplo, se establece determinadas condiciones de actuaciones de ciertas pruebas, *v. gr.*, la actuación probatoria se realizará, en todo caso, teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima (artículo 155.5).

(xi) La autorización de utilizar pruebas atípicas en el proceso (artículo 157.1).

(xii) La facultad de poder suscribir convenciones probatorias; *v. gr.*, las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta (artículo 156.3).

(xiii) La metodología para el análisis y evaluación de la prueba, que en nuestra legislación descansa en la sana crítica que reclama respetar las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia (artículo 158.1, artículo 393.2).

(xiv) La exención de ciertos límites probatorios provenientes de órdenes normativos; *v. gr.*, no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas (artículo 157.2).

(xv) La obligación de motivar las decisiones judiciales (autos y sentencias) en las que se discute una determinada pretensión y los hechos, como la prueba que lo sustenta; *v. gr.*, el juez expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados (artículo 158.1).

(xvi) La obligación de que el juez, cuando evalúa las pruebas, proceda primero a examinarlas individualmente y luego a analizarlas conjuntamente (artículo 392.2).

(xvii) La regla de juicio o de decisión en el proceso; *v. gr.*, la decisión de condena más allá de duda razonable.

(xviii) La exclusión de los medios de prueba que se obtienen con violación a los derechos fundamentales (*v. gr.*, derecho a la intimidad, al secreto a las comunicaciones, al derecho de defensa, etc.) o a las garantías mínimas del debido proceso (*v. gr.*, la contradicción, publicidad, inmediación, etc.).

(xix) El juez no puede utilizar para la evaluación de la prueba y su fundamentación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio (artículo 393.1).

20. El que se reconozca como característica y especificidad de la prueba jurídica la regulación normativa, a través de disposiciones legales, no quiere decir que se asuma una visión positivista, o puramente legalista de la noción de prueba, y menos implica adoptar una visión cerrada sobre el fenómeno de la prueba. Al respecto, se toma partido por una **visión racionalista de la prueba** en la que se asume con determinados matices los siguiente:

(i) La noción de prueba de la que se parte no puede estar basada únicamente en criterios jurídicos, sino que posee un alcance más amplio y mayor, en el que se debe emplear criterios, conceptos y modelos provenientes de otros sectores de la realidad, como los criterios lógicos, epistemológicos y de la racionalidad general.

(ii) La prueba es un fenómeno que forma parte de los criterios de racionalidad que utiliza el ser humano en su vida diaria y que está compuesto por una serie de reglas (no escritas) de carácter lógico, científico—epistemológico, así como criterios de sentido común fundados en la experiencia social. La prueba jurídica es una manifestación de la prueba de base racional, y la regulación normativa que se desarrolla siempre es parcial y no cubre todos sus aspectos. En el razonamiento probatorio, tan importante como cumplir con las prescripciones legales es cumplir con los parámetros de racionalidad material.

(iii) La prueba que ingresa al proceso debe ser relevante, pertinente y útil, tanto desde la perspectiva racional como jurídica, no cualquier hecho puede ser probado con cualquier prueba. Solo el medio de prueba que cumpla con ciertas condiciones lógicas y materiales mínimas puede ser

admitido en el proceso. Sin embargo, el derecho a la prueba, en su manifestación del derecho a la admisión probatoria, no debe ser entendido como el derecho a la admisión de toda clase de prueba[666].

(iv) El elenco y el conjunto de conocimientos que se admiten en el proceso deben ser lo más amplios y abarcativos posible. Los medios de prueba reconocidos en la ley no pueden limitar la posibilidad de incorporar otros medios de prueba distintos y no regulados. La denominada "prueba atípica", en la medida que aporte conocimientos relevantes para el esclarecimiento de los hechos —como cualquier otra prueba—, debe admitirse sin fisuras[667]. La regulación y tratamiento jurídico de la prueba debe tomar en cuenta el principio epistemológico de la libertad de la prueba para acreditar determinados enunciados fácticos. La libertad de valoración de la prueba requiere necesariamente su correlato en la libertad, en el ofrecimiento y en la actuación de los medios de prueba. La apertura con los medios de prueba, aun cuando no se encuentren regulados en la ley, se ve profundamente alentada por el desarrollo de los métodos y técnicas de investigación propios del avance tecnológico y científico[668], que puede alcanzar el descubrimiento de nuevos métodos y técnicas que hoy son inimaginables[669].

La regulación de la prueba por parte del derecho es siempre parcial, fragmentaria y muy limitada, pues no puede cubrir la variedad de sus manifestaciones y contenido, sea en la etapa de admisibilidad, en la formación de las pruebas o en la evaluación de las pruebas. Un sistema que maximizara la legalidad de la prueba debería regular de forma completa todos los aspectos indicados, cuestión que se revela como una opción teórica inalcanzable y una aspiración práctica irrealizable.

Las limitaciones regulativas del derecho del fenómeno probatorio hacen que se compare dicha regulación con la metáfora de la "piel de leopardo" en la que "las manchas equivalen a las áreas de regulación jurídica del fenómeno probatorio, mientras que el fondo equivale a la

666 Cfr. Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 129.

667 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 348 y 359; Cappelletti, *La "naturaleza" de las normas sobre las pruebas*, cit., p. 172.

668 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 129; Grevi, Vittorio, en Conso, Giovanni / Grevi, Vittorio / Bargis, Marta, *Compendio di procedura penale*, 6a. ed., Milano, Cedam, 2012, p. 312; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 333; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 401; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 264; Lozzi, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, 8a. ed., Torino, Giappichelli, 2013, p. 209; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 284..

669 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 401.

parte no regulada jurídicamente y, por tanto, sometida únicamente a los criterios de racionalidad[670]".

(v) La evaluación de la prueba y la decisión sobre los hechos del juez debe ser libres. Sin embargo, se trata de una libertad vinculada a la Constitución, a la ley y a las pruebas admitidas y actuadas en el proceso. La evaluación de las pruebas es una actividad que debe cumplir con los criterios de la mayor racionalidad posibles en la medida que supone decidir sobre los hechos y las pretensiones de las partes; esto es, implica respetar y cumplir con las reglas del razonamiento lógico y científico. La libertad de convencimiento del juez respecto a las pruebas no puede entenderse, bajo ninguna forma, como licencia para emitir fallos arbitrarios, carentes de razonabilidad o solo fundados en el análisis de la prueba que favorece las pretensiones de una de las partes y no el íntegro del caudal probatorio.

La prueba no es un fenómeno exclusivamente jurídico ni se encuentra regulado por completo por las normas jurídicas de los distintos códigos procesales. Las reglas legales del procedimiento probatorio varían de legislación a legislación y de un sistema jurídico a otro tanto en su extensión y contenido. Sin embargo, ello no quita que el fenómeno probatorio si sitúe *fuera y al margen* del tratamiento jurídico. La prueba, por encima de una regulación jurídica, es, ante todo, un instrumento de conocimiento acerca de los hechos que se guía por criterios de la experiencia, y por métodos y reglas científicas[671].

VIII. LA CONCEPCIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

21. Las diversas legislaciones procesales regulan los medios de prueba que pueden ser admitidos a un proceso, los criterios para su ofrecimiento y las pautas legales que disciplinan el ofrecimiento, la admisión y actuación de las pruebas que permitirán acceder a una determinada información probatoria y que serán utilizadas finalmente en la toma de la decisión del caso.

Como en todo procedimiento, en el procedimiento probatorio no solo hay actos formales, sino etapas que lo conforman. Aquí se distingue claramente entre el acto de proposición de la prueba, el acto de admisión del medio de prueba, la adquisición o actuación del medio de prueba y la evaluación de la prueba. El juez

670 Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 359.

671 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 348.

decide sobre el ofrecimiento del medio de prueba, admitiéndolo o no, para luego recién actuar y asumir el medio de prueba[672].

El TEDH ha señalado que la exigencia de un juicio justo no impone la obligación de que un tribunal de primera instancia ordene la realización de un dictamen pericial, o cualquier otro acto de investigación, simplemente porque una parte lo ha pedido[673]. El ofrecimiento de testigos está sujeto a ciertas normas de procedimiento que regulan el tiempo, la forma y la oportunidad de ofrecerlos, y se explica debido a que las normas que disciplinan la materia buscan evitar las dilaciones indebidas, y mantienen la equidad del procedimiento, la eficiencia del proceso y el correcto funcionamiento del mismo. Si un testigo posee una información valiosa y determinante en el esclarecimiento de los hechos, el interés de la justicia requiere que se pueda admitir y recibir su testimonio, sin que ello suponga generar un desequilibrio en el proceso, o que se genere sorpresa e indefensión en la otra parte. En todo caso, se debe brindar la oportunidad a la otra parte a fin de que pueda interrogar al testigo, pueda objetar, cuestionar su credibilidad, entre otras acciones[674].

La Corte IDH ha señalado que se afecta el derecho a la prueba cuando, en la primera instancia, el juez de la causa, después de haber emitido una resolución citando a audiencias a los testigos propuestos, por una parte, revocó tal decisión y ordenó el cierre del período probatorio, por lo cual no se rindió ninguna prueba testimonial, y se coartó por una negligencia judicial la posibilidad de presentar medios probatorios en su defensa que pudieran "arrojar luz sobre los hechos". Con base en lo señalado, la Corte considera que el Estado violó, en perjuicio del señor Ricardo Canese, el artículo 8.2.f) de la Convención Americana[675].

22. Un sector de la doctrina considera que cualquier procedimiento probatorio comprende, por lo menos, tres fases: la admisibilidad, la actuación y la evaluación de la prueba[676]. Hay quienes consideran a la investigación de las fuentes de prueba

672 Cfr. Illuminati, Giulio, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, en *La Prova nel dibattimento penale*, 4a. ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 75; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 244.

673 TEDH Caso: Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia, del 25 de julio del 2013, párr. 721.

674 TEDH Caso: Tamminen c. Finlandia, 15 de junio de 2004, párr. 40.

675 Ricardo Canese c. Paraguay, 31 de agosto de 2004, párrs. 164 y 166.

676 Ampliamente, Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 75; Ubertis, Giulio, *I criteri di ammissibilità probatoria*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 1, jan. abr., Porto Alegre, 2021, pp. 189 y ss.; Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 33; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 389 y ss.; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 60; Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 248; Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 198, para quien la prueba exige el ejercicio de una serie de actos procesales, que se pueden agrupar en tres categorías: producción , recepción y valoración de la prueba; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en*

como una etapa del procedimiento probatorio[677]. Las fases del procedimiento probatorio pueden variar de una cultura jurídica a otra, de país a país y dentro de los diversos órdenes procesales (*v. gr.*, el civil, el penal, el laboral, etc.)[678].

Las fases del derecho a la prueba y el procedimiento probatorio se presentan de manera secuencial, sucesiva y temporal: de la etapa de proposición se pasa a la etapa de admisión de los medios de prueba; de allí, a la fase de actuación de los medios de prueba, hasta culminar con la fase de evaluación y decisión de la actividad probatoria. No es posible analizar los medios de prueba si es que previamente no se han incorporado de manera válida al proceso.

En sentido estricto, se considera que el procedimiento probatorio está conformado por la etapa de admisión de los medios de prueba, la práctica o asunción de la prueba y la evaluación racional de la prueba. El ofrecimiento y/o la proposición de la prueba, a lo sumo, pueden ser considerados como una etapa externa que sirve para la preparación de dicho procedimiento[679].

El derecho a la prueba se trata de un derecho multifacético, dinámico y de cobertura constitucional, y se compone de subderechos o manifestaciones específicas[680] que se extienden a través del procedimiento probatorio.

Las diversas manifestaciones del derecho a la prueba coinciden con las etapas del procedimiento probatorio. A nuestro criterio son cinco las manifestaciones del derecho a la prueba. Veamos:

(i) En primer lugar, el **derecho a investigar** y recoger las fuentes y órganos de prueba que puedan servir para preparar la defensa, o la acreditación de las afirmaciones que sustentan la pretensión, actual o futura. Desde el punto de vista lógico y temporal, el derecho a investigar las fuentes de prueba es anterior al derecho a proponer y a que se admitan los medios de prueba. Si es que no se permite una investigación sobre las fuentes de prueba, simplemente el ejercicio del derecho a ofrecer medios de prueba sería inviable e imposible de concretar. Dicho derecho comprende la facultad de buscar fuentes de prueba que contradigan, desafíen o

---

el proceso, cit., p. 51, para quien se trata (a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; (b) la valoración de esos elementos y (c) propiamente, la adopción de la decisión. En la doctrina del proceso civil se distingue en el procedimiento probatorio ordinario, entre la proposición de la prueba, la ordenación de la prueba, y la práctica y asunción de la prueba; véase, SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, cit., p. 246.

677 Véase, TONINI/CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 61.

678 Cfr. FERRER BELTRÁN, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 51.

679 Cfr. SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, cit., p. 246.

680 Cfr. FERRER BELTRÁN, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 68.

cuestionen los medios de prueba ofrecidos por la otra parte, a fin de demostrar su falsedad, su escasa consistencia, falta de credibilidad o su falibilidad.

(ii) La segunda expresión constitucional del derecho a la prueba es el derecho a **deducir y ofrecer todos los medios de prueba** (o los actos de investigación) disponibles que sean útiles para probar la propia alegación y/o afirmación[681]. Se trata de una facultad de iniciativa en relación a la introducción del material probatorio en el proceso que se revela como un **derecho de proposición**, sea que se ofrezca, entregue, indique o se requiera la admisión y actuación de ciertos medios de prueba[682] o actos de investigación. De nada vale consagrar el derecho de defensa si es que no se le otorga a la persona la facultad de poder ofrecer y/o pedir la admisión y actuación de concretos medios de prueba que sirven para acreditar su pretensión, sea principal o secundaria.

La ley establece el modo y el procedimiento de cómo un medio de prueba puede ofrecerse e ingresar a la investigación o al proceso. Una prueba no se incorpora por inercia y de manera libre. La regla es que una parte la debe ofrecer cumpliendo las formalidades y el procedimiento previsto. El derecho a que se admitan las pruebas pertinentes no es un derecho que se ejerza de manera atemporal, sin plazo o se puede ofrecer en cualquier momento. La incorporación de los medios de prueba cumple también con las reglas de preclusión procesal que forman parte del derecho a ser investigado o procesado dentro de un plazo razonable. El procedimiento probatorio tiene un carácter temporal que se guía por normas estrictas, tanto en primera como en segunda instancia.

(iii) En tercer lugar, el derecho a la prueba se presenta como **la facultad de obtener la admisibilidad de los medios de prueba** solicitados con base en criterios objetivos, a fin de construir el cuadro probatorio idóneo para sostener una pretensión. El derecho a que se admitan y se incorporen al proceso es el núcleo, y el ámbito específico[683] del procedimiento probatorio dentro del proceso penal.

Se trata de permitir el ingreso al proceso (o a la investigación) de ciertos medios de prueba, a fin de acreditar las afirmaciones sobre los hechos relevantes que sustentan una determinada pretensión jurídico procesal. No se trata de un derecho ilimitado por el que se admite todo medio de prueba[684], sino que se requiere cum-

681 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 161; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 154; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 104 y 116; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 53; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68.

682 Cfr. Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., p. 88.

683 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 104.

684 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 203.

plir con los requisitos de pertinencia, utilidad y licitud. Si bien cualquier medio de prueba puede ofrecerse, la admisión de dicho medio debe cumplir ciertos filtros y condiciones. Asimismo, el derecho a la prueba no puede ejercerse si no es bajo las reglas y formas legalmente previstas dentro del plazo y estación procesal oportunos.

El juez —y el fiscal, en la investigación preparatoria— por mandato legal debe efectuar el control de admisibilidad de los medios de prueba ofrecidos por las partes como condición de legitimidad y valor constitucional. El control de admisibilidad requiere un juicio de motivación expreso, y no basta una decisión *in pectore* para incorporar los medios de prueba[685] o los actos de investigación. Las partes pueden realizar un control *ex ante* o *ex post* de las pruebas ofrecidas o los actos de investigación propuestos por los demás sujetos procesales, con lo que se puede producir un contradictorio efectivo o, en su caso, un contradictorio posterior.

En este ámbito, se debe determinar el sentido y el significado de los criterios de *pertinencia, relevancia y admisibilidad* de los medios de prueba como un elemento configurador del derecho a la prueba[686].

En la etapa de ingreso del material probatorio al proceso, se distingue entre el ofrecimiento de prueba, que debe cumplir con las reglas de pertinencia y utilidad, de la admisión o no del concreto medio de prueba. Mientras que el ofrecimiento de prueba debe cumplir con las reglas de pertinencia y de relevancia jurídica, la admisión de la prueba debe cumplir con las reglas jurídicas que determinan el deber de motivar las resoluciones judiciales (artículo 139.5 de la Const.; artículos 64.1 y 122.5 del CPP). La pertinencia es una condición necesaria para que la prueba ingrese al proceso, pero no es suficiente, pues deben tomarse en cuenta de manera ineludible otros criterios normativos, *v. gr.*, la sobreabundancia o si es de imposible consecución o no.

(iv) Una cuarta manifestación del derecho a la prueba es el **poder asumir y actuar efectivamente los medios de prueba** (o los actos de investigación) que son propuestos y admitidos en el proceso[687]. Aquí el medio de prueba es introducido y formado en el proceso asegurando la participación de los interesados en los actos de producción y el aseguramiento de la prueba que configura un derecho "sobre el medio de prueba" (Siracusano). No sirve de mucho que las pruebas ofrecidas se admitan si es que no pueden actuarse o reproducirse en el proceso. Por ejemplo, si

685 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 413.

686 Cfr. Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., p. 88.

687 Cfr. Picó i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 21 y 22; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 70; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 252; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., pp. 253 y ss.

se entrega en un sobre cerrado una cinta de video o de audio y se admiten dichos medios de prueba es de esperar que se pueda actuar, ya sea escuchando, viendo o transcribiendo (artículo 187.2 del CPP) su contenido a fin de que pueda ser conocido por todas las partes. En el caso de la prueba testimonial es necesario que se produzca el examen cruzado, que es la técnica y el procedimiento más idóneo para obtener el conocimiento de los hechos. A partir del interrogatorio y el ejercicio de la contradicción procesal, se puede obtener una información adecuada (positiva o negativa) del *thema probandum*.

La adquisición probatoria, entendida como la incorporación efectiva al proceso de la información que se obtiene de un concreto medio de prueba, es el epílogo de una serie de pasos previos que no siempre son los mismos, ya que ello depende de la naturaleza del concreto medio de prueba[688]. La adquisición probatoria supone, desde la perspectiva lógica, que se haya admitido el medio de prueba.

La práctica o la asunción de la prueba debe producirse, en la medida de lo posible, de una sola vez, ya que la prueba que se actúa de manera fraccionada, por partes o de modo prolongado pone en peligro, en gran medida, la averiguación de la verdad y el correcto esclarecimiento de los hechos[689], *v. gr.*, el recuerdo de los testigos no es espontáneo y se puede leer al acta o el audio de la audiencia anterior para corregir o enmendar lo dicho.

La etapa de actuación probatoria se conoce también como "diligenciamiento de la prueba[690]"; por ella una vez que se formula la solicitud de una parte procesal y que se acepta su pedido probatorio, se inicia la tarea de recepción y colaboración activa de los órganos encargados de incorporar el material probatorio al proceso. El denominado "diligenciamiento probatorio" consiste en el conjunto de actos que se deben cumplir necesariamente para trasladar al proceso (carpeta o expediente) los distintos medios de prueba que han sido propuestos por las partes. Por ejemplo, en la actuación de la prueba testimonial, se debe señalar día y hora para la recepción de las declaraciones, se debe comunicar la realización de la diligencia a todas las partes, se debe citar al testigo, se recibe su declaración haciéndola constar en acta o en cualquier otro medio técnico para terminar incorporándola al proceso[691].

688 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 409.

689 Cfr. Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 249.

690 Por todos, Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 252.

691 Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 252: "el diligenciamiento de la prueba de peritos consiste en la forma de convocar a las partes para una audiencia, proceder a la designación de los técnicos, señalar los puntos de la decisión, recabar la aceptación de los peritos designados, y así sucesivamente, llevar adelante el conjunto de trámites y formas requeridas para la incorporación de ese medio de prueba al juicio. De la misma manera ocurre con los documentos, con la confesión, con la inspección judicial, con el juramento".

Las partes en ejercicio del derecho a la defensa tienen el derecho a estar presentes en la práctica de la prueba. Si han sido notificados válidamente y no concurren, su presencia no es un requisito esencial para que se lleve a cabo. En ausencia de una o de ambas partes en el diligenciamiento de la prueba, la práctica probatoria debe llevarse a cabo sin mayor contratiempo[692].

En la actuación y asunción del medio de prueba, las partes pueden formular impugnaciones, objeciones, preguntas o críticas a los medios de prueba ofrecidos por una de las partes y, sobre esta base, llegar a ofrecer medios de prueba contrarios o pruebas de refutación dentro del ejercicio del derecho al contradictorio, como requisito de legitimación de la actividad jurisdiccional[693]. Dicha práctica debe realizarse cumpliendo con los alcances del principio de inmediación, por lo que no ha de delegar su actuación a terceros por más que ejerzan la función pública[694].

La fase de actuación del medio probatorio implica que se debe garantizar la participación de las partes a través del principio de contradicción[695]. El contradictorio viene elevado al rango de estatuto epistemológico del proceso penal, debido a que se lo considera como el método menos falible para conseguir el fin del procedimiento y sobre el cual gira el criterio para confirmar o refutar una hipótesis sobre la base de la prueba disponible y el cumplimiento del estándar de prueba[696].

La argumentación racional en materia probatoria puede ser concebida como la consecuencia de la adopción de un modelo dialéctico de acreditación de los hechos en la que el principio del contradictorio cumple un papel central, tanto como garantía constitucional y convencional del debido proceso como un instrumento epistemológicamente superior de reconstrucción de los hechos objeto del

692 Cfr. Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 251.

693 Cfr. Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., p. 89.

694 Cfr. Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 249 y 250: "la inmediación en la práctica de prueba no requiere solamente que esta se efectúe ante todo el Tribunal, sino también la apreciación de la prueba se haga inmediatamente después de su práctica. Si la apreciación se aplaza, se borra con ello de nuevo la impresión de la prueba, pudiendo ponerse en peligro la averiguación de la verdad".

695 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 430; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 21 y 22; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 70; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 253; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., pp. 253 y ss.

696 Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto, *La función de las garantías en la actividad probatoria*, en *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad EAFIT, 2011, p. 174.

proceso[697], dado que otorga a las partes, en condiciones de igualdad, la posibilidad de plantear hechos, hipótesis, ingresar evidencia, discutirla, refutarla o afianzar su credibilidad con el fin de obtener una decisión razonable[698]. En un Estado constitucional, el contradictorio representa de manera especialmente significativa un valor **heurístico epistemológico**, en razón de que, como método dialéctico, constituye un mejor mecanismo para acreditar la verdad de un enunciado fáctico formulado por alguna de las partes en un proceso[699]. El contradictorio resulta el mejor método en la averiguación de la verdad[700].

---

697 Cfr. Ferrua, Paolo, *Il 'giusto processo'*, 3a. ed., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 129; Cassibba, Fabio, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, en *Diritto penale contemporáneo*, 3-4/2012, p. 13; Galantini, Novella, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011, pp. 1 y 2: "Superando quella che si può definire una deriva del diritto delle prove, viene costruito il 'giusto processo' con formule sostanzialmente ricavate dalle fonti pattizie sui diritti umani, ma già peraltro utilizzate in sede di elaborazione del progetto di riforma costituzionale della Commissione bicamerale. Consacrati principi e garanzie quali parità delle parti, terzietà e imparzialità del giudice e contraddittorio, l'art. 111 Cost. viene a rappresentare il giusto processo nel ruolo di condizione di legittimità della funzione giurisdizionale"; Catalano, Elena María, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 93; Andrés Ibáñez, *La función de las garantías en la actividad probatoria*, cit., p. 174.

698 Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 253: "el procedimiento de prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio. Como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin una rigurosa fiscalización del juez y del adversario. Una prueba que se ha producido a espaldas del otro litigante, por regla general es ineficaz. El cúmulo de normas del procedimiento probatorio es un conjunto de garantías para que la contraparte pueda cumplir su obra de fiscalización. El principio dominante en esta materia es el de que toda la prueba se produce con injerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar".

699 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso* judicial, cit., p. 58; Pastore, Baldassare, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso de filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 77; Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 129; Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, cit., p. 232; Dinacci, Filippo Raffaele, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 2012, p. 4; Caprioli, Francesco, *Verità e giustificazione nel processo penale*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n.º 1, 2017, p. 329; Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 109: "el contradictorio es indispensable en el proceso, no para exacerbar la litigiosidad de las partes o para dar oportunidad a los abogados para hacer ostentación de su elocuencia, sino en interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las defensas contrarias encuentra fácilmente el medio más adecuado para descubrir toda la verdad, iluminada bajo sus más diversos aspectos"; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 17; Badaró, Gustavo, *Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha*, en *Estudos em Homenagem a Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 346.

700 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 320 y 322; Ferrua, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., pp. 221 y 249: "el contradictorio supera, trasciende, los intereses

El contradictorio no solo es un principio procesal, sino un método que sirve para la investigación de la verdad en el proceso. Posee un indiscutible valor epistémico, que es idóneo para producir conocimiento de calidad y que es capaz de permitir la justificación de nuestras creencias e hipótesis[701]. Desde el punto de vista constitucional, la posibilidad de contradicción y oposición entre las partes constituye el instrumento más eficaz para garantizar la aplicación del derecho en un caso concreto que no solo reviste un interés técnico, sino que sirve al interés superior de la justicia[702].

El principio de contradicción opera permitiendo cuatro tipo de controles probatorios[703]: (i) un control sobre la correcta aplicación de las reglas de admisibilidad e inadmisibilidad probatoria, tanto en lo que se refiere a los medios de prueba pertinente como a la licitud del medio probatorio; (ii) la participación de las partes por medio del contradictorio en la práctica de los medios de prueba; (iii) la posibilidad de ofrecer y actuar pruebas contrarias o de refutación a las ofrecidas por la otra parte procesal, a fin de acreditar una determinada hipótesis distinta a la que plantea una de las partes; (iv) la posibilidad de proponer medios de prueba de segundo orden o pruebas sobre prueba, a fin de impugnar o discutir la fiabilidad o la credibilidad de las fuentes de prueba.

Una vez que el medio de prueba se admite y formalmente ingresa al proceso, se exige que dicho medio se asuma y actúe en el proceso, a fin de obtener la información probatoria que se requiere. Por ejemplo, si se admite el testimonio de una persona es necesario que se fije la oportunidad (día y hora) para que se la cite a declarar, y que se proceda al interrogatorio por las partes legitimadas cumpliendo con las reglas del contradictorio. De igual manera, si se admite el ingreso al proceso de un audio o un video, el juez o el fiscal en la investigación preparatoria dispondrá, de ser el caso, su transcripción en un acta con la intervención de las partes (artículo 187.2), con el fin de cumplir con el correspondiente control probatorio, y de que se cuente con la oportunidad de verificar las condiciones de conservación del audio o video (*v. gr.*, si se trata de la cinta original), se realicen las observaciones que se crean pertinentes y se controle que la transcripción corresponda de manera efectiva, real y fidedigna al contenido de la cinta de audio y video. La intervención de las partes en la diligencia de transcripción del soporte en el que consta el audio o el video puede dar lugar a la diligencia de reconocimiento

---

de las partes; es el mejor medio para descubrir, respecto a cada tema, todo aquello que pueda confirmar o confutar la hipótesis del acusador".

701 Cfr. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, cit., p. 232; Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 130.

702 Cfr. Montero Aroca, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 145.

703 Cfr. Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 71.

de voces o de imágenes (artículo 190.1). En dicha diligencia, sin perjuicio de levantar el acta respectiva, se podrá disponer que se documente mediante prueba fotográfica o videográfica, o mediante otros instrumentos o procedimientos (artículo 190.2). Del resultado de la diligencia de transcripción del audio o video y de la diligencia de reconocimientos de voces, se puede determinar si procede o no ordenar la realización de una pericia fonética; *v. gr.*, si el imputado o los intervinientes en la conversación no reconocen su voz, o señalan que hay cortes o edición, o simplemente cuestionan el contenido del audio.

La actuación del concreto medio de prueba supone que se facilita el ingreso efectivo de la información que porta el medio de prueba al proceso siguiendo el respectivo procedimiento fijado en la ley. Se trata de la etapa crucial del procedimiento probatorio debido a que determina la adquisición de la información probatoria de la que es portador el concreto medio de prueba. Salvo en el caso de un documento escrito, la regla es que la admisión de un concreto medio de prueba (*v. gr.*, el testimonio, la pericia, etc.) todavía no determina de manera efectiva el ingreso de la información probatoria al proceso penal, ya que es necesario que dicho medio se actúe y se asuma con los parámetros fijados en la ley correspondiente, a fin de extraer la información que corresponda.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "el derecho de solicitar medios de prueba a su vez se complementa con el derecho a que los medios de prueba admitidos se actúen en el plenario y que se aleguen sobre ellos en la oportunidad procesal correspondiente. Empero, la actuación de un medio de prueba admitido está condicionada a la posibilidad de su realización, pues en algunos casos su actuación puede devenir en imposible por causas ajenas a la voluntad de las partes y del órgano jurisdiccional. Una de las más comunes causas de imposibilidad es cuanto no es posible ubicar a los órganos de prueba y, por tanto, no concurren al plenario para declarar o someterse al examen contradictorio por las partes procesales[704]".

(v) Una quinta manifestación del derecho a la prueba es el derecho a que se realice una **evaluación racional y debidamente motivada de las pruebas admitidas y actuadas** en el proceso[705]. El juez, para decidir un caso, está vinculado al material probatorio que se recoge y actúa en el proceso. Al recibir y actuar la prueba ofrecida por las partes el órgano jurisdiccional asume un compromiso y una obligación

704 Véase, la Casación N.° 2118-2019 del 29 de septiembre del 2021 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

705 Cfr. Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 72, quien, sin embargo, divide el elemento de la valoración racional de las pruebas practicadas del elemento de motivar la valoración de la prueba.

jurídica —de carácter constitucional— de analizar concienzuda y escrupulosamente la actividad probatoria. No puede ignorar o desconocer los medios de prueba relevantes o esenciales que se han actuado en el proceso y que respaldan la posición de una las partes. Hacerlo supone incurrir en una conducta arbitraria e irracional que no encuentra respaldo con los principios constitucionales de imparcialidad y objetividad.

El derecho a la prueba no supone que se asuma el valor probatorio que una parte pretende asignarle a un concreto medio de prueba (o a un acto de investigación) ni tampoco implica la evaluación favorable de las pruebas presentadas por una de las partes. Los sujetos procesales no pueden imponer al juez, como camisa de fuerza, un determinado valor probatorio de sus pruebas o de los medios de prueba que se incorporan al proceso[706].

El ejercicio del derecho a la prueba es compatible con el principio de libre convencimiento del juez. Este derecho sería difícil de alegar y aplicar en un sistema de prueba legal en donde los medios de prueba poseen un valor y un peso determinado previamente[707].

De los diversos aspectos del derecho a la prueba (admisión, actuación y evaluación probatoria), los dos primeros son los que generan mayores problemas e inconvenientes debido a su profunda elasticidad y escasa determinación. En cambio, el deber de motivar la decisión jurisdiccional permite a las partes, dentro de ciertos parámetros formales y materiales, ejercer un control efectivo sobre el análisis probatorio de cada medio de prueba individualmente considerado, así como la posibilidad de efectuar el correspondiente control a nivel de la impugnación[708].

Por su parte, en la segunda instancia, o en sede de apelación, pueden presentarse las mismas etapas del procedimiento probatorio, tomando en cuenta la regulación específica que realiza la ley, a solicitud de las partes o del oficio[709].

706 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 28.

707 Cfr. Cambi, *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 172.

708 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 203.

709 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 264.

IX. LA IMPORTANCIA DEL RESPETO AL DEBIDO PROCEDIMIENTO PROBATORIO. EL CASO DE LA PRESENTACIÓN DE LAS DECLARACIONES JURADAS

23. Un medio probatorio, para ser ingresado de manera válida al proceso, debe cumplir con las formalidades establecidas en la ley procesal. Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en los delitos de violación sexual, la retractación de una sindicación efectuada por la víctima (o un testigo) que se presenta a través de una declaración jurada carece de eficacia probatoria por no haberse adoptado el procedimiento probatorio regular, que es el haber declarado y, de ser el caso, el haberse retractado en el proceso con todas las garantías del debido proceso.

La declaración jurada de la agraviada en la que niega lo que antes afirmó (haber sido víctima de agresión sexual), carece de eficacia procesal, pues se prestó fuera de las formalidades judiciales: inmediación y contradicción[710]. Si bien se puede presentar una declaración jurada de la agraviada en la que se retracta de los cargos, esta carece por entero de eficacia procesal porque en puridad contiene una declaración que jurídicamente solo puede realizarse a través del medio de prueba que es la declaración testimonial. La declaración jurada es un documento que, incluso por su simpleza y falta de explicaciones, no puede generar duda de lo que anteriormente y de modo uniforme se expresó ante la autoridad penal[711].

La Corte Suprema conoció un caso en el que un Tribunal valoró el hecho de que en el expediente existía un escrito presentado por la menor agraviada, donde señaló que el autor de la violación sexual era otra persona distinta al imputado. La Corte Suprema señaló que se trata de un documento de naturaleza extraprocesal. Para que surta efectos legales y probatorios como un testimonio, es indispensable que se someta a un proceso de admisión de las normas procesales. En ese sentido, la declaración tiene que ser brindada ante la autoridad legitimada por la ley, y, en el caso del proceso penal, se la rinde ante el fiscal (artículo 62, del Código de Procedimientos Penales) o el juez penal (artículos 138 a 159, del citado Código), para lo cual el testigo debe ser citado por la autoridad fiscal o judicial, y prestar juramento o promesa de honor antes de relatar los hechos (salvo en los casos de las personas descritas en los artículos 141 y 152, del referido Código), así, en caso de faltar a la verdad, será procesado por el delito de falso testimonio. Si se omiten estas formalidades, se podrá declarar la invalidez del testimonio y no otorgarle valor

710 Véase, el R. N. N.° 1328-2014 del 11 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

711 Véase, el R. N. N.° 4386-2009 del 5 de julio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

probatorio[712]. Es un grave error que el Tribunal de Mérito suponga que, en virtud del principio de la libre valoración, se puedan valorar pruebas extraprocesales que no cumplieron con los estándares mínimos de producción y actuación, ya que no tienen eficacia probatoria[713].

En otro caso se razonó que "la falta de coherencia y precisión de las declaraciones juradas no es posible aceptar que si agraviada e imputado se conocían de vista la sindicación se debe a un error, más aún si ese trato cordial ha sido afirmado por el propio imputado, las que además no han sido ratificadas en sede plenarial pese a que se presentaron antes del juicio oral medio de prueba idónea para incorporar información proveniente de una persona es la testifical, no la documental, y menos si se actúa al margen del control jurisdiccional y sin respeto del principio de contradicción[714]".

La Corte Suprema de Justicia no concede el valor probatorio al acta notarial que contiene la transcripción de audio y video sobre su declaración de los hechos materia del proceso, sucedidos el diecisiete de marzo de dos mil dieciséis —tanto por su origen como por su contenido—, ya que carece de las garantías suficientes para otorgarle efectos probatorios, no constituye verdadera prueba personal ni puede suplirla y no genera convicción de veracidad, máxime si no ha sido sometida al debate contradictorio, único modo en que una declaración pueda tener utilidad probatoria[715]. Se recuerda la doctrina jurisprudencial alrededor de las declaraciones juradas en el sentido de que: "no puede incorporarse declaraciones por escrito pues el medio probatorio lícito es la testifical del respectivo órgano de prueba. Las declaraciones juradas no son medios de prueba viables en estricto sentido[716]".

También se destaca que "la declaración jurada notarial, presentada como prueba nueva en la vía de revisión de sentencia, no constituye un documento idóneo para acreditar [la] inocencia; la razón es que este tipo de pruebas contienen la manifes-

712 Véase, el R. N. N.° 3424-2014 del 28 de noviembre del 2016 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 2484-2014 del 1 de septiembre del 2016 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

713 Véase, el R. N. N.° 3424-2014 del 28 de noviembre del 2016 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

714 Véase, el R. N. N.° 2332-2009 del 30 de septiembre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

715 Véase, la Rev. Sent. NCPP N.° 642-2021 del 10 de noviembre del 2022 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Luján Túpez).

716 Véase, el R. N. N.° 1636-2017 del 30 de octubre de 2017 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia; la Rev. Sent. NCPP N.° 642-2021 del 10 de noviembre del 2022 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Luján Túpez); la Rev. Sent. NCPP N.° 381-2022 del 13 de abril del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Luján Túpez); la Rev. Sent. NCPP N.° 364-2022 del 13 de abril del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Luján Túpez).

tación de una persona, donde se pretende asegurar la veracidad de una declaración bajo juramento ante autoridades administrativas o judiciales, pero que tienen una presunción *iuris tantum*, es decir, puede demostrarse su carencia de certeza mediante otra prueba; por ello no constituye un medio de prueba absoluto y contundente para enervar las instrumentales que fueron consideradas por el juzgador al momento de construir judicialmente la culpabilidad del sentenciado[717]".

24. En otro caso, la defensa del imputado presentó documentos (certificados médicos) que demostraban que la menor agraviada sufría de micosis vaginal, que le produce escozor y que tiene el himen intacto; este fue uno de los argumentos que se usó para desestimar el reconocimiento médico legal, que había establecido que la víctima presentaba himen con desgarros pequeños. Pese al valor probatorio que se le otorgó en primera instancia, la Corte Suprema señaló que "se trata de documentos (los certificados médicos) de naturaleza extraprocesal, que se practicaron por médicos particulares y no se sujetaron a ninguna de las normas procedimentales que regulan la práctica de las pericias procesales previstas, en el artículo ciento sesenta a ciento sesenta y nueve, del Código de Procedimientos Penales. Asimismo, no fueron ratificados en el juicio oral y sustentadas por los especialistas que lo emitieron. El Tribunal Superior valoró estos documentos, sin distinguir las dos fases concretas de la valoración: la valorabilidad de la prueba y la valoración de la misma, en tanto lo primero nos indica cuales son los pasos previos que hay que realizar para poder valorar el documento, es decir que haya sido producido de un modo jurídicamente correcto, y lo segundo, nos permite (partiendo de la constatación de una prueba que se ha producido con sujeción a la Ley) determinar el valor real que se le debe otorgar a esa prueba de cargo dentro del proceso penal"[718].

Se indicó, además, que, tratándose de documentos privados de origen extraprocesal, en primer lugar, se tenía que demostrar su autenticidad, pues era necesario que se demuestre la certeza sobre las personas que lo firmaron o elaboraron, y que quien aparece como autor del documento lo sea en realidad; sin embargo, el Tribunal Superior no lo demandó (no citó a las personas presuntamente autoras para que realicen el reconocimiento). En segundo lugar, también debía verificarse su autenticidad, pues era indispensable que los autores de esos documentos expresen personalmente, en presencia judicial, que lo que aparece en ellos como contenido

717 Véase, la Rev. Sent. NCPP N.° 381-2022 del 13 de abril del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Luján Túpez); la Rev. Sent. NCPP N.° 364-2022 del 13 de abril del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Luján Túpez); Revisión de Sentencia NCPP N.° 313-2016 del 3 de junio de 2019 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Quintanilla Chacón).

718 Véase, el R. N. N.° 2484-2014 del 1 de septiembre del 2016 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

del mismo es lo que originalmente quisieron incorporar, pero tampoco se hizo en el caso concreto. Esto era necesario porque tratándose de documentos privados expedidos por personas naturales (que no ostentan la calidad de funcionarios y servidores públicos), no tienen por sí mismos la presunción legal de autenticidad de la que gozan los documentos públicos. Por tanto, cuando las partes presentan documentos privados, tienen que procurar la comprobación de la autenticidad de los mismos a través de algún medio probatorio complementario. Un grave error es que el Tribunal de Mérito suponga que, en virtud del principio de la libre valoración, puede libremente basar su convencimiento en pruebas extraprocesales que no cumplieron con los estándares mínimos de producción y actuación, pues no tienen eficacia probatoria"[719].

X. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO COMO ACTIVIDAD TEMPORAL Y PRECLUSIVA. LAS LIMITACIONES TEMPORALES EN LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

25. La búsqueda de la verdad en el proceso penal tiene claramente limitaciones de tiempo, ya que debe encontrar una respuesta definitiva dentro de estrechos márgenes y cumpliendo plazos inevitables[720]. El conocimiento judicial de los hechos está sometido a un marco temporal fijado por la ley, y el despliegue de la actividad probatoria no puede efectuarse de manera indefinida, sino dentro de un segmento concreto del proceso y del tiempo[721]. Los casos no solo se deben solucionar, sino que deben cerrarse en algún momento. Tanto el proceso como la actividad probatoria que se despliega en él deben estar sujetos a plazos y límites temporales estrictos[722]. El descubrimiento de la verdad no es indefinido, abierto, *a tempore*.

719 Véase, el R. N. N.° 2484-2014 del 1 de septiembre del 2016 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

720 Cfr. Ricoeur, Paul, *Lo justo* (Trad. de Carlos Gardini), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 185: "es característica del juicio en el plano judicial interrumpir el intercambio de argumentos mediante un punto final, aunque sea provisorio, al menos mientras quedan abiertas las vías de la apelación; pero habrá un punto o un momento para un fallo definitivo que la fuerza pública sancionará"; Ricoeur, Paul, *Interpretazione e/o argumentazione*, en *Ars Interpretandi*, fasc. I, 2007, p. 87.

721 Cfr. Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 396: "Las reglas del proceso instan a un más o menos rápida resolución del conflicto y que garantizan que en un período de tiempo predeterminado quedará fijada la verdad procesal sobre los hechos de la causa"; Muñoz Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, cit., p. 110; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 61.

722 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 45. En sentido semejante, en los casos que deben ser resueltos por la dogmática jurídica: Hruschka, Joachim, ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal? (Trad. de Pablo Sánchez-Ostiz), en *Imputación y derecho penal*, Montevideo, B y F, 2005, p. 272.

En este ámbito, juega un valor superlativo el respeto a ser juzgado en un plazo razonable, que ha configurado un derecho específico de valor constitucional y convencional de observancia obligatoria. No solo se trata de buscar la verdad y decidir un caso dentro de ciertos límites temporales, sino que la búsqueda está sujeta a que dicha indagación dure un tiempo razonable, debiéndose tomar en cuenta la complejidad del asunto, la diligencia o no de las autoridades judiciales en la sustanciación de la causa, y la conducta procesal de las partes. Los límites temporales en los que debe discurrir el proceso y, en concreto, la actividad probatoria viene establecidos de manera específica en la ley procesal, pero el análisis concreto y los parámetros de evaluación constitucional acerca de si se ha violado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable depende de una serie de factores, como la conducta procesal de las partes, la complejidad del asunto y la diligencia en la actividad procesal.

Un ejemplo de la limitación temporal en la averiguación de la verdad en el proceso se refleja en los plazos para proponer, admitir y practicar pruebas, ya que se trata de una actividad finita, de carácter preclusivo y que está sujeta a límites temporales, tanto por un factor de ordenación, de seguridad, como por uno de confianza de las partes y que busca garantizar un pronunciamiento definitivo al que se le confiere la calidad de cosa juzgada[723]. La problemática de los plazos procesales se relaciona también con el respeto y necesario cumplimiento de las reglas y formas procesales, muchas veces estrictas, que imponen una serie de requisitos y condiciones para el ofrecimiento, admisión y actuación de las pruebas, y de cuyo cumplimiento depende la eficacia de la mismas; de tal modo que, si no se cumple con estos requisitos, la prueba puede ser declarada inadmisible o sufrir, por lo menos, una fuerte y grave crisis de confianza[724].

El juez (o el fiscal) debe controlar la oportunidad de la presentación de los medios de prueba o de los actos de investigación, de tal manera que puedan ser rechazados *ad limime* si es que han sido formulados luego de vencido el término y el plazo probatorios, o cuando ya no hay tiempo material para actuarlos[725].

Se reconoce como una necesidad que la averiguación de la verdad en el proceso penal no debe buscarse de manera indefinida, por lo que debe precluir en algún momento[726]; no solo como exigencia de las partes involucradas, sino como deman-

723 Cfr. Ricoeur, *Interpretazione e/o argumentazione*, cit., p. 87; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 37.

724 Cfr. Mendonça, Daniel, *Las claves del derecho*, 1a. reimp., Barcelona, Gedisa, 2008, p. 191.

725 En el caso del proceso civil: Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 251.

726 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 54; Ricoeur, Paul, *La toma de decisiones en el acto médico y en el acto judicial*, en *Lo justo 2. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada*, Madrid, Trotta, 2008, p. 201; Mendonça, *Las claves del derecho*, cit., p. 191.

da de la justicia misma[727]. En las diversas ciencias, el debate y la discusión sobre determinados temas pueden proseguir de manera indefinida, sin límite temporal y apuro alguno; empero, en el derecho y, en especial, en el proceso penal, estos se deben decidir en un tiempo relativamente rápido y según una lógica binaria (culpable o inocente) que no admite matices[728]. En la ciencia, el descubrimiento de un hecho, de una evidencia o una técnica fiable y segura puede llevar muchos años, mientras que en el proceso la averiguación de un hecho no puede esperar de manera indefinida y debe cerrarse en un tiempo razonable. Las exigencias de la justicia y la seguridad jurídica en el campo institucional del proceso no pueden conducir a que se postergue de manera indefinida una decisión a la espera de que la ciencia descubra una prueba necesaria y segura en el esclarecimiento de los hechos. Los tiempos de la ciencia son distintos a los de la justicia.

26. Si un historiador presenta, luego de largos años y tedioso estudio, los resultados de su investigación sobre un suceso histórico determinado, seguramente la comunidad científica a la que pertenece y el público valorarán positivamente su aporte reconociendo su trabajo y tenacidad. Sin embargo, es difícil creer que pase lo mismo si un juez demora mucho tiempo la investigación y la resolución de un proceso que tiene a su cargo[729]. Una investigación dogmática puede iniciarse y demorar todo el tiempo que sea necesario y conveniente, sin mayor problema, pero un proceso siempre debe tener una duración razonable[730]. Ello no solo demuestra las grandes diferencias y exigencias sociales que existen entre la investigación de la verdad en la historia y en la ciencia, y la investigación de la verdad en otras disciplinas, sino que recuerda que la investigación de la verdad en el proceso está sujeta a estrictos límites temporales que están prescritos normativamente.

El proceso penal no puede ser una institución que se dirija solo y exclusivamente a la búsqueda de la verdad, sino que debe cumplir y alcanzar otros objetivos institucionales (*v. gr.*, la paz social, la seguridad jurídica, etc.), preocupándose de realizar otros valores, distintos a los epistémicos, a los que el ordenamiento jurídico también aspira y que el proceso como institución no puede dejar de atender y concretar[731]. Junto a la preocupación por alcanzar una decisión justa mediante la

727 Cfr. Ricoeur, *Lo justo*, cit., p. 185, quien compara el proceso con una partida de ajedrez, en ambos las reglas del juego son conocidas, pero se ignora cómo se llevará a término cada partida: "el proceso es al derecho aquello que la partida de ajedrez es a la regla: en ambos casos, es necesario llegar hasta el final para conocer la conclusión".

728 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 352.

729 Por todos, Ricoeur, *Interpretazione e/o argumentazione*, cit., p. 87; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 37. También: Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 22.

730 Cfr. Ricoeur, *Interpretazione e/o argumentazione*, cit., p. 87.

731 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 320.

verdad, existe la obligación de alcanzar la seguridad y la certeza ordenadora, por lo que media el deber constitucional y legal de cerrar el debate en un tiempo razonable, sin que pueda postergarse la decisión de manera indefinida, pese a que se admita la posibilidad de cometer errores judiciales, sea que se absuelva al culpable, dejando impune el delito, o se condene a un inocente[732].

La confianza social en el derecho y la administración de justicia queda profundamente erosionada cuando los procesos judiciales se extienden de manera indefinida, entonces la búsqueda de la verdad no se cierra de manera rápida, de tal manera que las personas ven frustradas sus expectativas normativas y los intereses que cifran en el proceso[733].

27. Las leyes procesales que regulan el procedimiento probatorio prescriben el tiempo, plazo y la forma de ofrecer los medios probatorios[734]. Para que los medios probatorios sean admitidos deben ser ofrecidos y presentados en la estación procesal oportuna[735] por la parte legitimada. Todas las partes en el proceso tienen el derecho y la oportunidad de presentar su propuesta de plan probatorio, y de que en ejecución de dicho plan los medios ingresen al proceso dentro de la etapa y el plazo establecido, siempre que los mismos sean pertinentes y útiles.

La regla en todo tipo de proceso es que los medios probatorios deben ser propuestos y ofrecidos oportunamente, que no es otra cosa que en el tiempo y en la forma previstos por la ley[736], bajo los principios de preclusión y economía procesal[737].

La Corte Suprema ha señalado que "los sujetos procesales no pueden aportar o proponer pruebas en cualquier momento procesal, pues esto destruiría toda la posibilidad de orden racional del proceso, derogando o subordinando a la voluntad

732 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, pp. 96 y ss.

733 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 37: "se podrá decir también que cuanto más se dilate la aplicación judicial de las consecuencias jurídicas previstas por el derecho para el caso que se realice o se omita la conducta condicionante, menor será la motivación de la norma en cuestión será capaz de producir".

734 Cfr. Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., p. 258.

735 Exp. N.° 1230-2002-HC/TC, Caso: César Humberto Tineo Cabrera.

736 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 63; Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 76.

737 Véase, las STC en los Exp. N.° 1454-2006-HC/TC: Caso: José Alfredo Velásquez Ríos; Exp. N.° 05194-2007-HC/TC, Caso: Juan Leoncio Choquehuanca Abarca: "para que los medios probatorios sean admitidos, deben ser presentados en su oportunidad, esto es, deben guardar relación directa con el carácter de preclusión o eventualidad que debe tener la prueba y, en virtud del cual, toda prueba solicitada fuera de etapa deviene en inválida, puesto que existe una oportunidad procesal para solicitar la actuación de medios probatorios".

de las partes toda la actividad judicial[738]". Por su parte, el TC peruano señala que la presentación extemporánea de un medio de prueba faculta al juez a denegarlo, según las circunstancias y dicha inadmisión no supone la violación al derecho de prueba[739]. Los medios probatorios, luego de cerrada la investigación judicial, si es que no se admiten o no se actúan en el proceso penal, no suponen la afectación al derecho a la prueba[740].

El TC peruano señala que las distintas clases de procesos han sido ideados en la lógica de etapas preclusivas, a fin de salvaguardar tanto el derecho de defensa de las partes como la celeridad necesaria para resolver oportunamente los litigios, al impedirse la repetición *ad infinitum* de actos procesales. Dicha intervención legislativa en el derecho a la prueba resulta necesaria, pues, de lo contrario, los procesos resultarían interminables. A través de la preclusión, cuando concluye una etapa y se inicia una nueva, se clausura la anterior, y los actos procesales realizados quedan firmes al proscribirse cualquier intento de retomar la discusión sobre los mismos, salvo supuestos excepcionalísimos contemplados en la propia norma procesal. El mero hecho de que el acopio de tales medios probatorios no sea una labor sencilla,

738 Véase, la Casación 48-2010 del 17 de septiembre del 2010 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Lecaros Cornejo).

739 Véase, la STC en el Exp. N.° 6302-2005-AA/TC, Caso: Carlos Antenor Cajacuri Valero: "este Tribunal Constitucional considera que en principio su protección comprende a aquellos que hayan sido ofrecidos dentro del plazo legalmente estipulado, en la medida que se trata de un derecho fundamental de configuración legal. Es cierto que como se ha alegado mediante la Casación N.° 634-96 Piura, de fecha 11 de julio de 1997, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República dispuso que '(...)si bien es cierto que de conformidad con el artículo 189 del Código adjetivo, los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, también es permisible que el juzgador admita pruebas con posterioridad a esta etapa procesal, incluso actuarlas de oficio, siempre y cuando sirvan para promover certeza y convicción de los hechos invocados por las partes, en cumplimiento de su rol de director del proceso (...)'. Sin embargo, de lo anterior no se desprende, por un lado, que siempre y en todos los casos ante el ofrecimiento de medios de prueba extemporáneamente, los jueces tengan la obligación de admitirlos, pues, como resulta claro de la citada Ejecutoria Suprema, su admisión habrá de ser evaluada por el Juez en su condición de director del proceso. Y de otro, que cada vez que no se admita un medio de prueba ofrecido extemporáneamente, con ello se produzca una lesión automática del contenido constitucionalmente declarado del citado derecho, ya que como antes se ha recordado, el ámbito constitucionalmente protegido de éste, no comprende esta última situación".

740 Véase, las STC en los Exp. N.° 1230-2002-HC/TC, Caso: César Humberto Tineo Cabrera: "tampoco considera el Tribunal Constitucional que haya sido vulnerado, pues, conforme se deduce de lo afirmado por el actor en su demanda, las pruebas solicitadas no fueron ofrecidas en la oportunidad que la ley procesal penal establece, sino, como se expresa en la demanda, en su escrito de alegato; esto es, cuando la investigación judicial había concluido y la controversia se encontraba *ad portas* de sentenciarse"; Exp. N.° 0198-2005-HC/TC, Caso: James Louis King: "El único pedido que fue desestimado fue la solicitud de fecha 28 de mayo de 2001, de que se practique pericia grafotécnica a las letras de cambio. Sin embargo, tal pedido fue realizado fuera de los plazos de instrucción, incluso después de presentada la acusación fiscal".

situación que indubitablemente se genera en la propia ineficiencia de la actora, no puede justificar el quebrantamiento de las reglas procesales fijadas de manera imperativa por el legislador. De ahí que lo resuelto no puede ser entendido como arbitrario, máxime si se tiene en cuenta que la demandante no ha esgrimido argumento alguno tendente a deslegitimar la aplicación de dicha norma. Simple y llanamente se ha limitado a sustentar sus pretensiones, de manera genérica, en que su acopio es asaz complicado[741].

741 Exp. N.° 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna.

CAPÍTULO V

EL OBJETO DE PRUEBA. LA HIPÓTESIS IMPUTATIVA

SUMARIO: I. El objeto de prueba en el proceso penal. aspectos generales. **II.** ¿En el proceso se prueban hechos o enunciados lingüísticos sobre hechos? **III.** ¿Qué se entiende por imputación? **IV.** La imputación como hipótesis de trabajo. **V.** El proceso penal como empresa dirigida a comprobar la imputación. **VI.** Los hechos (enunciados fácticos) como hipótesis variables. **VII.** La función de delimitación de la imputación del objeto de prueba. **VIII.** ¿Qué clase de hechos pueden acreditarse en el proceso penal? A. La conducta humana. B. Los hechos de la naturaleza. C. Cosas, bienes, objetos materiales y documentos. D. Estados físico-psíquicos, civiles y condiciones personales. E. El estado de peligrosidad y las situaciones de peligro. F. Lugares. G. Los hechos internos o los estados mentales: el dolo, la culpa, las emociones, las perturbaciones de la conciencia. H. ¿Se pueden probar los hechos futuros?

El artículo 156.1 del CPP prescribe lo siguiente:

> Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

I. EL OBJETO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. ASPECTOS GENERALES

1. La disposición contenida en el artículo 156.1 del CPP establece que lo que es objeto de prueba son los hechos que pueden referirse a diversos temas jurídico penales, tales como los siguientes:

(i) la imputación,

(ii) la punibilidad y

(iii) la determinación de la pena o medida de seguridad,

(iv) la responsabilidad civil derivada del delito.

En el proceso penal, no se prueba la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad en sí mismas, sino los enunciados sobre los hechos que las presuponen y que permiten la aplicación del derecho. Para la imposición de las consecuencias jurídicas del delito (*v. gr.*, la punibilidad, la determinación de la pena, la medida de seguridad y la reparación civil), es indispensable acreditar el supuesto de hecho previsto en la ley como condición para su aplicación. Sin la precisión y luego sin la prueba del hecho que se subsume en un supuesto normativo fáctico previsto en la ley, no es posible fijar e imponer alguna consecuencia jurídico penal.

Por otro lado, se debe acreditar también los enunciados fácticos que fundan la responsabilidad civil derivada del delito, en especial, los factores de atribución que se relacionan con la producción y dimensión del daño causado. El daño civil derivado de la comisión de un delito también forma parte del objeto del proceso

penal y, por tanto, debe ser objeto de prueba[742]. El daño civil no se presume ni debe darse por sobreentendido, y menos debe darse por probado si es que se logra acreditar la comisión de un delito.

La aplicación del derecho depende de la acreditación de ciertas circunstancias recogidas como supuestos de hecho como condición de la producción de ciertas consecuencias jurídicas[743]. La prueba de los enunciados que forman parte del supuesto de hecho (tipicidad) de la regulación normativa no se produce por adivinación, inspiración o por meras creencias subjetivas, sino, solo, a través de medios de prueba legítimamente incorporados al proceso. Solo si existen medios de prueba en el proceso y se supera un determinado estándar de prueba, es posible sostener que el enunciado se ha probado de manera adecuada.

2. El CPP, por razones práctico-operativas, ha regulado el objeto de prueba en el proceso penal, siendo cuidadoso el legislador de no tomar partido ni regular el fin o el objetivo de la actividad probatoria, posición que se encuentra impregnada de cuestiones teóricas e ideológicas sobre las que se discute y no hay unanimidad ni acuerdo.

La ley procesal vincula el objeto de prueba en el proceso penal a la concreción de los aspectos del derecho penal sustantivo, como lo son la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad. De manera tradicional, se consideran como objeto de prueba todos los hechos relevantes para la decisión final: los hechos externos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, los medios utilizados para cometer el delito y los hechos internos, como el dolo, la buena o mala fe, el fin, los móviles (hechos internos positivos) o el error (hecho interno negativo)[744]. No se trata de aspectos puramente procesales, sino relacionados con la aplicación del derecho penal sustantivo. Es necesario resaltar que todo comportamiento relevante para el Derecho penal y que supone la comisión de un hecho punible (delito o falta) solo puede ser declarado como tal a través de la activación de un proceso penal en el que se acredite su existencia y su relación con una persona (autor o partícipe) a través de los medios de prueba reconocidos[745]. El derecho penal necesita del proceso penal para lograr el cumplimiento de sus fines, dado que no

742 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 46; Garofoli, Vincenzo, *Diritto processuale penale*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 198.

743 Por todos, Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, México, Coyoacán, 2014, pp. 74 y 81; Castanheira Neves, António, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 163 y ss.; Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 215; Pérez del Valle, *Teoría de la prueba y derecho penal*, cit., p. 9.

744 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/27, p. 302; Pérez del Valle, *Teoría de la prueba y derecho penal*, cit., p. 13.

745 Cfr. Bontempelli, Manfredi, *Prova, verità e giudicato penale*, en *Archivio Penale*, n. 1, 2020, p. 3.

puede haber pena criminal sin proceso penal y sin el respeto de las garantías mínimas de un debido proceso. Al respecto, vale recordar que la Constitución prescribe entre los principios y derechos de la función jurisdiccional el "de no ser penado sin proceso judicial" (artículo 139.10).

Las declaraciones informales de culpabilidad que muchos medios de comunicación y funcionarios públicos emprenden en contra de una persona, y que afectan al núcleo duro de la presunción de inocencia, no están en condiciones de reemplazar al proceso penal y su sentido protector, que exige que haya una sentencia de condena firme para que se acepte jurídicamente un juicio de culpabilidad.

3. El objeto de prueba es aquello que puede y debe ser probado en el proceso. Al regular el objeto de prueba, el CPP no solo fija las fronteras sobre las que habrá de desplegarse la actividad probatoria, sino que busca evitar que dicha actividad pueda ser arbitrariamente orientada en la búsqueda de cualquier otro objetivo ajeno al esclarecimiento de la "verdad histórica"[746] de un suceso concreto. A fin de excluir la arbitrariedad y la dispersión de la actuación de los medios de prueba, se requiere obligatoriamente el fijar los parámetros normativos sobre los que se debe desarrollar una actividad tan importante en el proceso penal. De manera general, se estima que, en el proceso penal, el objeto de prueba no puede ser la verdad histórica, en sentido amplio, debido a que, por mandato constitucional y convencional, el proceso penal se erige como un mecanismo en el que se busca reconstruir un hecho concreto ocurrido en el pasado y que el ordenamiento jurídico considera delito. El proceso penal en un Estado constitucional no tiene el fin meramente teórico de reconstruir la verdad de una parte del pasado o de cómo ocurrieron ciertos hechos históricos[747]. En un proceso penal democrático, solo se puede investigar e indagar la verdad acerca de si un determinado acontecimiento (calificado como delito) ocurrió de tal o cual manera, y si una persona lo realizó[748], pero no se descubre la

746 Cfr. Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 309; Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 24/2, p. 319, quien señala: "el proceso penal no es un foro para discutir sobre la historia contemporánea. El "exceso de esclarecimiento" supera el objeto del proceso penal".

747 Cfr. Tonini, Paolo, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 13a. ed., 2012, p. 65.

748 Véase, Bontempelli, *Prova, verità e giudicato penale*, cit., p. 4; Capograssi, Giuseppe, *Juicio proceso ciencia verdad*, en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 6 (2), Lima, 2016, p. 208: "De aquí el haber captado como esencia del proceso la *lex veritatis*: al final ¿qué cosa se quiere, en estas crisis concretas de la experiencia jurídica, sino el ver cómo están las cosas, qué cosa ha ocurrido, quién ha actuado y por qué ha actuado, qué cosa dice la ley, quién tiene efectivamente razón, quién efectivamente no tiene la razón, quien es culpable y quién inocente? No se quiere más que buscar la verdad de las cosas en concreto". Luego, señala en relación a la importancia de la verdad en el proceso, que "El proceso es al final una búsqueda ordenada, objetiva, autónoma de verdad. Esto es claro; pero hay que darse cuenta de lo que, efectivamente meditado a fondo, esto significa. Significa que el proceso supone la verdad, la idea de verdad, que la verdad valga, que la

verdad histórica en un sentido genérico, al margen de un comportamiento humano de carácter delictivo.

El juez penal tiene como un límite constitucional infranqueable e inderogable el pronunciarse únicamente sobre los hechos que forman parte de la imputación. No puede ir más allá y, si lo hace, pese a este mandato prescriptivo, su decisión incurrirá en nulidad absoluta, debido a que afecta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia[749]. Por tanto, la verdad se predica de un enunciado lingüístico que describe y que refiere a un hecho del pasado que forma parte de la imputación. Con ello, ha de quedar claro que se trata de indagar la verdad de un enunciado que tiene como contenido un evento singular, un hecho típico concreto[750], un episodio humano, una acción singular y un fragmento y trozo de vida, tanto personal como social, que se recoge en la imputación jurídico penal.

4. En la ciencia probatoria, se sostiene que la regulación del objeto de prueba que realiza el legislador procesal (artículo 156.1 del CPP) es solo indicativa de los aspectos generales, ya que no se comprenden ni agotan todos los elementos que pueden ser objeto de prueba. Por ejemplo, se admite que pueden ser objeto de prueba los siguientes hechos y enunciados:

(i) Los hechos de los que depende la aplicación de norma procesal[751] o toda disposición vinculada a ella; *v. gr.*, la Constitución, un tratado de derechos humanos. Por ejemplo, en la discusión de la prisión provisional, es necesario que el Ministerio Público pruebe la concurrencia del *fumus comissi delitti* y la concreta forma de peligro procesal que se alega, ya sea peligro de fuga o peligro de obstaculización. El comportamiento del imputado en el proceso también puede ser acreditado para establecer, por ejemplo, la existencia de peligro procesal (de fuga o de

---

verdad debe ser buscada, que la verdad debe ser obedecida: supone que se crea en la verdad. Para ello se hace la búsqueda, para encontrar la verdad, para ver las cosas tal como se han producido, el hecho tal como es, la voluntad de la ley tal como es: y ello supone una cosa muy simple, que lo que es, hay que reconocerlo, y que, reconocerlo es el deber y la regla fundamental de la vida, para orientar, organizar, ayudar a la vida a ser ella misma. Si no se supone esta cosa tan simple, el proceso no tiene sentido" (p. 226).

749 Cfr. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., p. 321.

750 Cfr. Costanzo, Angelo, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, en *Giustizia Insieme*, n.º 3, 2011, p. 73.

751 Véase, Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 27; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 45; Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 244; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 205; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 280; Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 310; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 330; Maier, Julio J. B., *Derecho procesal penal. PG. Actos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, T. III, p. 87.

obstaculización), señalar un hecho secundario que permite efectuar una inferencia (*v. gr.*, la huida inexplicable del imputado). En la recusación por una determinada causal, se deben adjuntar los elementos de convicción que la sustentan (artículo 54.1 del CPP); *v. gr.*, una amistad notoria, o cuando el juez sea acreedor o deudor del imputado, víctima o tercero civil.

En la inmensa mayoría de casos, la recusación y los cuestionamientos a la falta de imparcialidad de un magistrado debe probarse de manera razonable. La Corte IDH ha señalado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume, a menos que exista prueba en contrario[752], consistente, por ejemplo, en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal en contra de los litigantes[753]. El TEDH ha señalado que, en la recusación, la prueba requerida busca determinar los intereses o convicciones personales del juez en un determinado caso[754], con lo cual puede estar dirigida a establecer, por ejemplo, si el juez manifestó hostilidad, animadversión[755], mala voluntad, prejuicio o preferencia personal (*personal bias*), o si ha hecho que el caso le fuera asignado por razones personales[756].

(ii) Los enunciados sobre los hechos que describen las circunstancias agravantes, atenuantes y eximentes que fundan o modifican la responsabilidad penal[757]. Toda circunstancia modificativa del hecho punible, si se introduce al proceso, debe ser acreditada como cualquier otro elemento

752 Rodríguez Revolorio y otros c. Guatemala, 14 de octubre del 2019, párr. 108; Álvarez Ramos c. Venezuela, 30 de agosto del 2019, párr. 150; Amrhein y otros c. Costa Rica, 25 de abril del 2018, párr. 386; Flor Freire c. Ecuador, 31 de agosto de 2016, párr. 168; Apitz Barbera c. Venezuela ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"); 5 de agosto del 2008, párr. 56; Atala Riffo y Niñas c. Chile, 24 de febrero del 2012, párr. 234; Barreto Leiva c. Venezuela, 17 de noviembre de 2009, párr. 98; Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. Chile del 29 de mayo del 2014, párr. 17, voto conjunto disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

753 Rico c. Argentina, 2 de septiembre del 2019, párr. 70; Álvarez Ramos c. Venezuela, 30 de agosto del 2019, párr. 150.

754 Kyprianou c. Chipre, 15 de diciembre de 2005, párr. 118.

755 Otegi Mondragón y otros c. España, 6 de octubre del 2018, párr. 53; Huseyn y otros c. Azerbaiyán, 26 de julio de 2011, párr. 160; Micallef c. Malta [GC], 15 de octubre del 2009, párr. 94; De Cubber c. Bélgica, 26 de octubre de 1984, párr. 26.

756 Morice c. Francia [GC], 23 de abril de 2015, párr. 74; Kyprianou c. Chipre, 15 de diciembre de 2005, párr. 118; Olujic c. Croacia, 5 de febrero del 2009, párr. 58; Bellizzi c. Malta, 21 de junio de 2011, párr. 52; De Cubber c. Bélgica, 26 de octubre de 1984, párr. 25.

757 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 24/4, p. 320; Maier, *Derecho procesal penal. PG. Actos procesales*, cit., T. III, p. 85; Pérez del Valle, *Teoría de la prueba y derecho penal*,

del delito, sin que se pueda resquebrajar las garantías penales, procesales y probatorias.

(iii) Los hechos que sin formar directamente la imputación pueden ser relevantes para construir el razonamiento probatorio y judicial, *v. gr.*, hechos secundarios que permiten elaborar una inferencia sobre los hechos principales. Por ejemplo, las condiciones climáticas o atmosféricas en las que se produce el evento delictivo o las condiciones de observación que tiene el testigo pueden ser una fuente valiosa de información para el análisis de la prueba.

(iv) Los hechos que forman la hipótesis alternativa que plantea el imputado o su defensa técnica; *v. gr.*, la coartada, la concurrencia de cualquier causa eximente de responsabilidad: una causa de justificación (*v. gr.*, legítima defensa, estado de necesidad justificante, etc.) o una causa de inculpabilidad (*v. gr.*, grave alteración de la conciencia, miedo insuperable, inexigibilidad de una conducta)[758].

(v) Los enunciados probatorios referidos a la fiabilidad, credibilidad o calidad probatoria de un órgano o medio de prueba[759] que pueden ser desmentidos o restarle credibilidad por otros medios de prueba; *v. gr.*, la autenticidad de un documento (*v. gr.*, un vídeo, un fotografía) puede ser refutada, y los problemas crónicos de percepción de un testigo pueden debilitar su testimonio. Esta problemática que puede también

---

cit., pp. 14, 16, 17 y 18; CAFFERATA NORES/HAIRABEDIÁN, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 46; PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 18.

758 Cfr. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 206; GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, cit., p. 198; SCAPARONE, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 280; DOMINIONI, *Procedura penale*, cit., p. 245; UBERTIS, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., pp. 52 y 117; COSTANZO, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, cit., p. 75. En la doctrina argentina: PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 18.

759 Cfr. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 213; CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., p. 23; TONINI/CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 45; UBERTIS, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 51; DOMINIONI, *Procedura penale*, cit., p. 244; LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 181; CARNELUTTI, *La prueba civil*, cit., pp. 107 y 108; ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, pp. 217 y 219; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 152; CAFFERATA NORES/HAIRABEDIÁN, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 47; PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 19. En el derecho peruano: BUSTAMANTE ALARCÓN (*El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 139) sostiene que el derecho a la prueba "incluye el derecho de su titular a ofrecer los medios probatorios que estime necesarios para cuestionar los medios probatorios que han sido ofrecidos contra ella, o cuya actuación ha sido ordenada de oficio por el juzgador".

ser objeto de prueba se denomina prueba de "hechos auxiliares"[760] o prueba sobre la prueba.

La doctrina procesal distingue entre la eficacia jurídica objetiva y la atendibilidad de la prueba[761]. Por ejemplo, la declaración de un testigo ocular de un determinado hecho es un medio de prueba que puede ser muy eficaz para acreditarlo, pero su atendibilidad y nivel de credibilidad pueden ser muy escasos al tratarse de un testigo sospechoso, poco serio o con problemas graves en los sentidos. El juez debe estar prevenido de los errores involuntarios de los testigos y de que quien declara quiera engañar deliberadamente a la administración de justicia[762]. La idea de que siempre los testigos dicen la verdad no solo es una ingenuidad —como lo ha demostrado la psicología del testimonio—, sino que, para un sistema de justicia racional, representa un peligro latente y real que afecta su propia eficacia y credibilidad.

Un documento público puede tener una importante fuerza objetiva, pero su credibilidad puede estar venida a menos si es que se considera que dicho documento es falso. En sentido distinto, la eficacia objetiva de un contrato privado puede no ser muy alta, pero el documento es atendible si es reconocido por las partes.

(vi) También puede ser objeto de prueba la violación de los derechos fundamentales (o humanos) del imputado que es realizada por parte de funcionarios públicos o de particulares. Por ejemplo, se puede acreditar si una persona ha sido víctima o no de violencia moral, psíquica o física, o si se la ha sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (artículo 2.24.h), dado que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. También se puede probar si un medio de prueba ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo (artículo VIII.1).

5. El ámbito del tema o del objeto de prueba pertinente en el proceso tiene un alcance más amplio respecto al objeto probatorio que delimita la imputación. No solo los hechos principales que forman parte de la imputación se deben acreditar,

760 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 23/5, p. 315: "Los hechos auxiliares tienen también una relevancia indirecta. Las conclusiones que derivan de esta subclase de indicios no tienen como objetivo el hecho principal, sino la fuerza probatoria de la deducción"; Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., p. 257.

761 Cfr. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, cit., T. II, pp. 284 y 285.

762 Cfr. Pérez del Valle, *Teoría de la prueba y derecho penal*, cit., p. 5.

también hay una serie de circunstancias complementarias que se deben probar[763], *v. gr.*, las que permiten construir inferencias.

Se postula que una disposición como el artículo 156.1 del CPP constituye un núcleo primario[764] al interior del sistema probatorio, y representa un límite objetivo a la tentación de expansión ilimitada de la facultad de admitir y proponer los medios de prueba. Se está ante un criterio muy importante para el ingreso de la prueba al proceso penal.

6. En la determinación del objeto de prueba, la ley procesal regula el tiempo y el modo respecto a cómo se verifica[765]. Para ello, la ley disciplina lo que se conoce como procedimiento probatorio, que rige las distintas etapas y niveles de la actividad probatoria en su conjunto[766]. En dicho procedimiento, se regula el ofrecimiento, la admisión, la actuación y la evaluación racional de las pruebas.

La ley establece el procedimiento probatorio a seguir de todos los medios de prueba típicos (testigos, documentos, pericia, entre otros), señalando su forma o modalidad de admisión y actuación; así como, en determinados casos, se fija la valoración de la prueba específica, *v. gr.*, el testimonio de referencia, el de la declaración de los colaboradores, de los coimputados, etc.

El procedimiento probatorio es el conjunto de actividades reguladas por la ley a fin de poner en contacto al juez con los medios de prueba o para cuestionar (o reafirmar) la atendibilidad y la credibilidad de la prueba[767]. Se trata de un conjunto de reglas que forman el debido procedimiento probatorio, que deben ser respetadas escrupulosamente por las partes procesales y cumplidas por el juez. No se trata solo de la regulación de meras formalidades que deben cumplirse en la admisión, actuación y evaluación de la prueba, sino de criterios normativos que cumplen una función material dentro del proceso y en el procedimiento probatorio.

El procedimiento probatorio no solo ha de verse como una cuestión jurídico formal, sino también como un criterio material que el derecho establece para preservar importantes valores y principios jurídicos de rango constitucional y legal.

El objeto de prueba comprende la rigurosa acreditación de los denominados "hechos principales" y "hechos secundarios" (o simples) del proceso, así como de toda aquella circunstancia relevante para la decisión judicial.

763 Cfr. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., p. 23.

764 Por todos, Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 310.

765 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 328.

766 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 23/7, p. 315.

767 Cfr. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 284.

En el proceso, la aplicación de la ley sustantiva y procesal es una actividad dinámica. En un primer momento, se plantean determinados hechos como fundamento de una determinada pretensión procesal realizando una calificación jurídica provisional. Como consecuencia del planteamiento fáctico, se produce, también de manera provisional, una individualización y una interpretación del derecho aplicable al caso (*v. gr.*, una ley, un reglamento, la Constitución, etc.). En segundo lugar, dentro del proceso, las partes despliegan determinadas iniciativas probatorias a fin de acreditar cada una sus pretensiones y las afirmaciones que las respaldan (en especial, los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos). Finalmente, una vez actuada toda la prueba en el proceso, corresponde pasar a la fase de alegaciones finales y la adopción de la decisión final respetando el principio de congruencia y los límites probatorios.

7. La importancia del objeto de prueba en el proceso —y también en la investigación— es gravitante debido a que delimita no solo la actividad procesal de las partes, sino también los alcances de la actividad probatoria de todos los sujetos procesales. La pertinencia y relevancia de un concreto medio de prueba están en función y relacionadas al objeto de la investigación o del proceso penal.

Asimismo, desde el punto de vista constitucional, el debate de las partes, el contradictorio y el ejercicio del derecho de defensa tienen como núcleo y centro de gravedad el objeto del proceso y, en concreto, lo que es objeto de prueba: la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad.

II. ¿EN EL PROCESO SE PRUEBAN HECHOS O ENUNCIADOS LINGUÍSTICOS SOBRE HECHOS?

8. El artículo 156.1 establece que el objeto de la prueba son los hechos a los que se refiere la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad. En el lenguaje coloquial —y también en el ámbito jurídico—, se alude a los hechos que se introducen al proceso y se hace referencia a la prueba de los hechos. Sin embargo, tal como se reconoce en la literatura probatoria contemporánea, lo que se introduce al proceso no son hechos, sino afirmaciones o enunciados sobre los hechos; asimismo, lo que se discute en el proceso no son hechos, sino proposiciones lingüísticas sobre los hechos.

En la imputación, propia del proceso penal, no se atribuye a una persona un hecho concreto que por su propia característica es un suceso del pasado que posee determinadas coordenadas espaciales temporales. En realidad, lo que se atribuye en un enunciado sobre los hechos es que una persona posiblemente sea autora o partícipe de un evento delictivo concreto y específico.

La verdad no se predica de los hechos o de los objetos, sino más bien de las afirmaciones y de los enunciados descriptivos. Los hechos suceden o no suceden, existen o no existen en la realidad y lo que se prueba en el proceso es la verdad o la falsedad de las proposiciones que se formulan al respecto[768]. Los hechos no son verdaderos ni falsos, ni justos ni injustos[769]. La verdad es una propiedad de los enunciados, o con mayor rigor de las proposiciones, no de los hechos[770]. El éxito de la prueba en el proceso se produce cuando las proposiciones de los hechos declarados probados son verdaderas[771].

Lo que debe quedar claro es que los hechos y la realidad objetiva no es ni verdadera ni falsa. Los hechos (o la realidad) existen o no existen, pero no son verdaderos ni falsos. Como señala Schaff, "La realidad objetiva no es ni verdadera ni falsa, simplemente es, existe. Los objetos del mundo exterior —seres humanos, animales, casas, mesas— existen y no tiene ningún sentido aplicarles los adjetivos verdadero o falso[772]". De manera gráfica Bertrand Russell señaló: "Cuando, por ejemplo, vemos que hace sol, el sol mismo no es 'verdadero', pero el juicio 'hace sol' sí es verdadero[773]".

768 Cfr. Ubertis, Giulio, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2009, p. 321; Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, cit., p. 22.

769 Cfr. Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 246.

770 Cfr. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 272; Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 224: "los hechos únicamente son introducidos en el proceso mediante las afirmaciones de las partes sobre ellos, es decir, como juicios sobre hechos"; González Lagier, *Inferencia probatoria,* cit., p. 97 y 36; Ferrer Beltrán, *La prueba y verdad en el derecho*, cit., p. 70; Igartua Salaverria, Juan, *Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, "in dubio pro reo"*, en *Anuario de Derechos Humanos*, N.° 2, 2001, p. 463; Andrés Ibáñez, Perfecto, *El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial*, en *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, p. 261; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005, p. 117: "la actividad probatoria se desarrolla a través de afirmaciones relativas a aquéllos, que se presentan en el acto de juicio de forma contradictoria, todas, siempre, con la pretensión de ser tenidas como verdaderas y excluyentes, por ende, de la verdad de las que se opongan"; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en *Doxa*, N.° 12, 1992, p. 264; Nieto, *El arbitrio judicial*, cit., p. 246; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 44, nota 15; Mendonça, *Las claves del derecho*, cit., p. 200; Fernández López, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005, p. 38: "Es cierto que no se puede probar la verdad o falsedad de un hecho (puesto que los hechos no son verdaderos o falsos, sino que ocurren o no), sino de una afirmación, pero ello no impide considerar que esta veracidad o falsedad está en función de la existencia o inexistencia del hecho que se afirma"; Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., p. 256: "el tema probatorio es siempre una afirmación de un hecho"; Climent Durán, Carlos, *La prueba penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, T. I, p. 65.

771 Por todos, Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 30.

772 Schaff, ¿Qué entendemos por *"verdad"?*, cit., p. 139.

773 Cfr. Russell, *Sobre la naturaleza de la verdad y la falsedad*, cit., p. 181.

9. Un enunciado fáctico es siempre uno entre muchos enunciados posibles acerca del mismo hecho (o hipótesis), que es seleccionado o elegido respecto a los demás enunciados posibles en función de elementos del contexto que es empleado[774]. Hay aquí una relación directa entre el sujeto que elabora y construye un enunciado fáctico con los criterios que utiliza para individualizar el suceso y el lenguaje empleado. La identificación o enunciación de un hecho está condicionada por la elección de criterios de análisis y del lenguaje empleado, y no tanto deriva de las características intrínsecas del suceso[775]. La valoración jurídica de un hecho supone el análisis y contraste con las normas jurídicas vigentes, con el objetivo de establecer las consecuencias jurídicas pertinentes. Para ello, el juez debe individualizar las normas sustantivas y adjetivas aplicables al caso, interpretarlas correctamente con los métodos admitidos y subsumir los hechos en la norma aplicable, a fin de determinar las consecuencias a imponer[776].

En el contexto procesal, un "hecho" viene a ser lo que se dice o afirma acerca de un suceso histórico; es, en buena cuenta, la enunciación descriptiva de un hecho y no el objeto empírico que es enunciado[777]. De allí, que en el proceso, sea civil, penal, laboral o de otro orden, lo que se prueba son enunciados sobre los hechos formulados por las partes[778].

10. La imputación de un suceso se formula por medio de enunciados lingüísticos que tienen un sentido afirmativo y positivo a modo de un acto que se atribuye a alguien haber cometido y que encaja con la descripción de un tipo penal[779]. Una imputación —como las alegaciones en el proceso civil[780]— está compuesta por una serie de enunciados relativos a determinadas circunstancias fácticas que afirman la verdad o falsedad de los mismos. La imputación construida en términos de pregunta o de duda es impertinente[781].

774 Cfr. Putnam, Hilary, *Representación y realidad. Un balance crítico del funcionalismo* (Trad. de Gabriela Ventureira), 3a. reimp., Barcelona, Gedisa, 2000, p. 175.

775 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 116 y 117.

776 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 123.

777 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 114.

778 En el ámbito de la doctrina clásica de la prueba en el ámbito iberoamericano, véase: Sentís Melendo, Santiago, *La prueba*, Buenos Aires, Ejea, 1979, p. 158.

779 Cfr. Baumann, Jurgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 271 y 278; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 411; Lopes Jr., Aury, *Direito processual penal*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, vol. I, p. 97; Greco Filho, Vicente, *Manual de proceso penal*, 11a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2015, p. 147.

780 Al respecto, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 121.

781 Cfr. Greco Filho, *Manual de proceso penal*, cit., p. 147.

El tema o el elemento histórico de la imputación se construye con el empleo de un discurso denominado "referencial", debido a que alude al mundo externo y describe un hecho que supuestamente ha ocurrido en unas determinadas coordenadas espaciales y temporales[782] (*v. gr.*, Juan ha cometido el homicidio de Pedro en un día X en un lugar Y) a través de un concreto medio (*v. gr.*, disparo, apuñalamiento, golpes, atropello, etc.)[783]. Los enunciados que componen una imputación suponen una situación de hecho adecuadamente individualizada que se considera relevante en el ámbito del derecho penal y que debe ser descrita de la manera más exhaustiva posible.

La reconstrucción de un hecho —tanto por la fiscalía o por un juez— exige comprobar una serie de enunciados lingüísticos que, de manera directa o indirecta, realizan la descripción del suceso histórico, lo que constituye el *thema probandum* de la investigación o del proceso penal[784]. La prueba y la información que se aporta se predica de una afirmación que íntegra y forma parte del objeto del proceso (*thema probandum*).

En la descripción del suceso histórico, se busca una relación de correspondencia entre lengua y mundo; de tal modo que la verdad del discurso referencial está condicionada al significado de la palabra y de cómo efectivamente está organizado el mundo[785]. Como señala Quine, "una manera básica de decidir si un enunciado es verdadero es la de compararlo, en un sentido u otro de la expresión, con el mundo —o con nuestra experiencia en el mundo—, que es lo más a mano que tenemos[786]". El acuerdo, o la discrepancia, que puede haber acerca del enunciado *Juan violó a Teresa* depende de la diversa reconstrucción del hecho a través de los medios de prueba, así como del significado que el hablante asigné a la palabra *violó*. Los enunciados descriptivos —de los que se predica la verdad o la falsedad— tienen como función el transmitir la información acerca del mundo y de los hechos. Por ello, se afirma que hay una dirección de ajuste de las palabras al mundo[787].

Las proposiciones, referencialmente hablando, pueden ser verdaderas o falsas, pero las proposiciones pueden ser utilizadas para simplemente denotar hechos, des-

782 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 318; Milione, Giulia Giuseppina, *Los poderes ex oficio del juez penal*, Youcanprint, 2016, p. 31. Para el análisis del discurso jurídico: Wróblewski, Jerzy, *Los lenguajes del discurso jurídico*, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, vol. 5, N.° 14, 1990, pp. 357 y ss.

783 Cfr. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 206.

784 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 244; Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 64; Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 51.

785 Cfr. Quine, *Filosofía de la lógica*, cit., p. 71.

786 Quine, *Los métodos de la lógica*, cit., p. 15.

787 Cfr. González Lagier, *Inferencia probatoria*, cit., p. 98.

cribiéndolos de una determinada manera. Los valores de verdad parecen relevantes solo cuando las proposiciones se utilizan y expresan en actos de habla asertivos[788].

Una imputación debe tener una dimensión perlocutiva o persuasiva por la cual un agente institucional (*v. gr.*, el Ministerio Público) debe establecer una narración que transmita una información y la formulación de significados sobre un suceso con relevancia penal de una manera tal que no solo se entiendan, sino que también se acepten como una posible verdad.

III. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR IMPUTACIÓN?

11. En un sistema procesal, el ejercicio de la acción penal corresponde a la formulación de la imputación a través de la cual el Ministerio Público, en los delitos perseguibles de oficio, atribuye la comisión del delito a una persona, debidamente individualizada[789]. La investigación del delito y el ejercicio de la acción penal son las principales funciones del Ministerio Público[790]. Dos de las competencias constitucionales más importantes que se le asigna a la fiscalía son el ejercicio de la acción penal (artículo 159.5) y la promoción del proceso penal[791].

El proceso es el instrumento a través del cual se actúa y manifiesta la jurisdicción. El proceso penal está compuesto por una serie de actos que dan origen a la imputación y que concluyen con una sentencia en la que se absuelve o condena a una persona. La imputación y la sentencia son los extremos del proceso, entre los cuales se coloca una secuencia de actos organizados de acuerdo a una determinada forma y que cumplen una determinada finalidad, según el modelo de proceso[792].

El proceso penal se inicia con la formulación de la imputación y el ejercicio de la acción penal que implica la formulación de una concreta y detallada imputación. Dicho ejercicio representa el pasaje de la etapa de las diligencias preliminares a una etapa netamente procesal o jurisdiccional que representa la instauración del proceso penal.

---

788 Cfr. Van Dijk, Teun A., *La noticia como discurso. Comprensión, estructura y producción de la información*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1990, p. 55.

789 Cfr. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 106; Mazza, Oliviero, en Dominioni, Oreste *et al.*, *Procedura penale*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 98.

790 Cfr. Sousa Mendes, *LIÇÕES de direito processual penal*, cit., p. 115; Marques da Silva, Germano, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, 6a. ed., Lisboa, Babel, 2010, vol. I, p. 260.

791 Véase, D'Albora, Francisco, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 9a. ed., 1a. reimp, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 23.

792 Cfr. Ferrua, Paolo y Barbara Lavarini, *Diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 11.

La pretensión procesal es la manifestación de voluntad mediante la cual se solicita a un órgano jurisdiccional la actuación en contra de una persona determinada y debidamente individualizada. Al promoverse el proceso penal, la pretensión procesal no está perfectamente delimitada, ya que la misma es una pretensión progresiva y que evoluciona, que resulta ser preparatoria, de indagación y cautelar durante la etapa de investigación, y definitiva al requerirse el juicio oral a través de la acusación. Al inicio del proceso penal, corresponde al Ministerio Público ejercitar de manera simultánea la acción procesal y la pretensión procesal. El denunciante solo deduce una acción, pero no la pretensión procesal[793].

12. La imputación constitucionalmente válida contiene un **elemento objetivo** que consiste en detallar y describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y un **elemento subjetivo** que supone identificar e individualizar al posible autor o partícipe en el hecho delictivo[794]. Asimismo, la imputación requiere que se realice la calificación jurídica del concreto delito que se atribuye y la indicación, en caso de concurrir, de los elementos accidentales del hecho punible (circunstancias agravantes o atenuantes).

La imputación se entiende, en sentido amplio, como "la atribución, más o menos fundada, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia"[795] o como la enunciación de un complejo de requisitos mínimos, que concurren a perfilar en el plano historiográfico un cierto evento y que requieren que se los pueda subsumir dentro de los alcances de una hipótesis normativa[796]. Los hechos materia de atribución exigen la descripción de un suceso empírico vinculado a una conducta humana en la que se deben precisar los elementos relevantes[797]. La imputación es la expresión de síntesis que sirve para fijar de manera provisional la hipótesis (del hecho) penalmente relevante en una determinada etapa o fase del procedimiento[798]. Se trata de fijar una hipótesis de trabajo sobre un hecho concreto y verosímil que determina el objeto de la investigación y/o del proceso penal[799].

793 Por todos, D'Albora, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, cit., p. 26.

794 Cfr. Mazza, en Dominioni *et al.*, *Procedura penale*, cit., p. 98; Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 11.

795 Montón Redondo, Alberto, en Montero Aroca, Juan, *et al. Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 211; Armengot Vilaplana, Alicia, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, Aranzadi, 2013, p. 185.

796 Cfr. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., p. 38.

797 Cfr. Andrés Ibáñez, *La función de las garantías en la actividad probatoria*, cit., p. 176.

798 Cfr. Papagno, Claudio, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 172.

799 Cfr. Andrés Ibáñez, *La función de las garantías en la actividad probatoria*, cit., p. 176; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Las garantías del imputado en el proceso penal*, en *Reforma Judicial: Revista*

La imputación, de manera general, es la atribución de una infracción a una persona. No se trata de un término que sea patrimonio exclusivo en el derecho, pues su uso se extiende al contexto de la ética y, en general, a las ciencias morales. Por ello es que el DRAE define imputar como "atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable".

Incluso, la palabra *imputación*, cuando se utiliza jurídicamente, no alude solo a la comisión de un delito o de una falta, o se reduce al campo del derecho penal. Su vigencia se extiende a otras áreas y especialidades del derecho. Por ejemplo, su uso es común en el campo del derecho disciplinario y, en general, en el derecho sancionador. Sin embargo, es en el campo del derecho penal y en el sistema penal donde adquiere la mayor importancia y trascendencia.

13. La imputación, desde la perspectiva jurídico penal, es una ***afirmación***, o un ***juicio provisional***, por la que se atribuye a una persona la comisión de un hecho punible (delito o falta) que deberá ser objeto de rigurosa comprobación a nivel de la investigación o en el proceso[800]. Se trata de un juicio que se caracteriza por la existencia de varios enunciados lingüísticos que describen hechos que vinculan a una persona que aparece como su posible autor (autor directo, coautor o autor mediato) o partícipe (cómplice o instigador). Desde el momento en que la investigación y el proceso penal están sometidos al alcance y respeto del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, la imputación es un acto provisional que posee un inicio y un fin. La imputación no supone necesariamente que la persona terminará acusada de un hecho o que aun en esa posibilidad será condenada de manera irremediable. Imputación no quiere decir automáticamente acusación, condena o siquiera sentencia.

Por el carácter provisional de la imputación, ella puede extinguirse (*v. gr.*, por muerte), puede modificarse o mutar cualitativamente (*v. gr.*, la imputación se convierte en acusación), puede levantarse o cesar (por archivo de la investigación, por sobreseimiento, etc.).

Mexicana de Justicia, N.° 6, 2005, p. 18 la imputación "será, pues, una hipótesis de trabajo, probablemente elemental si los datos no dan para más, pero sin la cual la realidad observada sería muda para él. La particularidad es que, tratándose del proceso penal, la hipótesis, si sugiere la intervención de un sujeto en el hecho, es ya una imputación de delito, lo que hace que junto a las implicaciones epistémicas (de obtención de conocimiento) plantee otras de naturaleza jurídico-constitucional y procesal; puesto que el objeto de la investigación es un sujeto con derechos, cuya inocencia se presume. Estas últimas se presentan como un límite o regla de uso de las primeras".

800 Destaca la imputación como un juicio: Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Ejea, 1961, p. 138.

La imputación es un acto básicamente **institucional**[801] que adquiere la forma de un acto de procedimiento, ya sea del Ministerio Público o el Poder Judicial[802]. Si bien puede haber imputaciones informales o de terceros, sin necesidad de la incoación en un procedimiento formal, el acto de imputación es un acto formal que procede de algún órgano estatal, investido de competencia funcional y autoridad para investigar la infracción (*v. gr.*, un órgano administrativo) o el hecho punible (*v. gr.*, la Policía, el Ministerio Público, el juez penal). La legislación peruana establece que la condición de imputado se produce de manera obligatoria con la continuación y formalización de la investigación preparatoria (art. 336), aunque nada obsta para que, de darse el caso, exista imputación desde las diligencias preliminares (art. 71.4).

El acto institucional del Estado que genera la imputación produce de manera inmediata el estado jurídico que se conoce con el nombre de *imputado*. El requisito para ser imputado, más allá de la capacidad procesal, entre otros factores, es que haya una imputación. Sin imputación no puede haber imputado[803]. No basta, por ejemplo, que una persona interponga una denuncia, que haya una comunicación formal con la autoridad estatal o que, llegado el caso, la misma persona presente una autodenuncia[804]. Se requiere la intervención de una autoridad estatal, investida de competencia que admita la denuncia y abra una investigación.

14. La imputación, para que pueda ser constitucionalmente válida, debe cumplir ciertos estándares convencionales y legales mínimos, como el ser detallada, apoyarse en evidencia y contar con una calificación jurídica concreta. La imputación no puede ser arbitraria, esto es, no debe ser genérica, amplia o carente de individualización; no debe responder a meras sensaciones o golpes de intuición, sino que

801 Véase, Andrés Ibáñez, Perfecto, *Las garantías del imputado en el proceso penal*, en *Justicia penal, derechos y garantías*, Lima, Palestra, 2007, p. 113: "Imputar, en sentido técnico, es la acción de un sujeto institucional consistente en señalar a alguien como posible autor de una acción delictiva, poniendo, en principio, ésta a su cargo. Se trata de un tipo de intervención que, obviamente, no puede ser arbitraria, ni responder a meras sensaciones o golpes de intuición, sino que ha de contar necesariamente con un soporte de datos o indicios, dotados de la objetividad precisa para que resulten comunicables a terceros y susceptibles de comprobación en un proceso penal. Pues toda imputación está preordenada a la apertura de un trámite de esta clase".

802 Cfr. Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 444; Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., 1961, p. 136; Andrés Ibáñez, *Las garantías del imputado en el proceso penal*, cit., 2005, p. 14: "son sujetos habilitados para imputar el policía, el fiscal y el juez instructor. Los únicos que, en principio, gozan de capacidad legal para constituir un cierto status, que conlleva una variación relevante en la situación precedente del concernido".

803 Cfr. Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., 1961, p. 136: "La imputación, ciertamente, es un acto. Sin ese acto no puede haber aquel estado que se indica con la palabra imputado, como no puede haber un condenado sin condena".

804 Cfr. Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 445.

debe contar con elementos, datos e indicios objetivos y razonables que puedan ser comunicables a terceros y susceptibles de contrastación[805].

La imputación tiene que ser **verosímil, razonable y objetiva**, es decir, debe conformar una hipótesis plausible[806], según el orden normal de las cosas que permita que el sujeto pasivo se pueda defender. No solo debe describir de manera suficiente los hechos objeto de indagación, sino que debe basarse en datos e información contrastable. No se cumple con la exigencia de una imputación detallada si lo que se consigna por un determinado hecho es un relato ambiguo e impreciso en el que no se indican las circunstancias de tiempo, modo y lugar[807].

El derecho a una imputación detallada es la traducción en el ámbito procesal del principio del hecho propio y el principio de la materialidad de la acción que es propio de un derecho penal y de un programa fundado en la Constitución y los tratados internacionales que condiciona la legitimidad del *ius puniendi* y determina la validez de la investigación y el proceso penal.

Una imputación que no se encuentra detallada, que no es específica ni individualiza un hecho, desde el punto de vista constitucional, genera una situación de indefensión material y, en el plano epistemológico, carece de aptitud para ser objeto de prueba[808].

En el derecho comparado, el control de la imputación debe recaer en las siguientes circunstancias:

(i) si el hecho imputado (hipótesis de la imputación) se encuentra individualizado y debidamente descrito;

(ii) si existen elementos objetivos que lo sustenten mínimamente;

(iii) si la conclusión (imputación) se deriva de las premisas externas (pruebas o hechos) y entre ellos hay una conexión lógica necesaria[809].

805 Cfr. Andrés Ibáñez, *Las garantías del imputado en el proceso penal*, cit., 2005, pp. 13 y 14: "Que la imputación no puede ser arbitraria quiere decir, como explica Cordero, que ha de suscitar reflexivamente un tema de decisión sobre el que alguien tendrá que pronunciarse. Éste versará sobre un he cho que debe ser descrito, ya desde el inicio, con un mínimo de plasticidad y precisión".

806 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 160.

807 Cfr. Andrés Ibáñez, *La función de las garantías en la actividad probatoria*, cit., p. 176.

808 Cfr. Andrés Ibáñez, *La función de las garantías en la actividad probatoria*, cit., p. 177: "en un caso, el de la imprecisión, porque no se sabría qué es lo que tendría que discutirse; en el otro, porque los juicios valorativos no pueden ser objeto de verdadera comprobación".

809 Cfr. D'Albora, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, cit., p. 147.

IV. LA IMPUTACIÓN COMO HIPÓTESIS DE TRABAJO

15. Una hipótesis es un enunciado que afirma o formula una persona (*v. gr.*, un científico, investigador, historiador, fiscal, juez) en un cierto lugar, en ciertas circunstancias y en un cierto momento de la historia. La condición de hipótesis supone que el enunciado que la contiene posee un registro y cuenta con antecedentes y apoyo, debido a que depende de que alguien la haya formulado en tal o cual oportunidad sobre una determinada base.

En el momento en que se propone una hipótesis, para quien la plantea, la cuestión supone que se encuentra en un "problema" y que hay incertidumbre o dudas sobre su contenido; en buena cuenta se ignora su valor de verdad, es decir, para que haya una hipótesis esta no debe estar ni verificada ni refutada. Ellas no surgen por generación espontánea, sino como respuesta a algún problema[810]. Toda investigación, al margen de su clase y tipología, posee una finalidad específica: el resolver problemas[811]. Una investigación es provocada por una duda o, al menos, por una interrogación ante un problema, lo cual implica reconocer, primero, la sensación de que no sabemos algo, segundo, un deseo de saberlo y, tercero, un esfuerzo —que implica la disposición a trabajar— para ver cómo puede ser realmente la verdad sobre determinados hechos[812].

Investigación proviene de la palabra latina *investigatione* (*in* + *vestigios* - *actio*), que significa "la acción que se dirige sobre un rastro o vestigio con el fin de adquirir conocimiento sobre algo". Investigar es el intento de averiguar la verdad de alguna(s) cuestión(es), e implica estar intrigado sobre una pregunta que conduce a formular una hipótesis que, según la prueba disponible que se recoja, se puede confirmar, modificar o abandonar[813].

---

810 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 151.

811 Cfr. Copi, Irving y Carl Cohen, *Introducción a la lógica*, México, Limusa, 2007, p. 537: "Todo pensar reflexivo, lo cual incluye tanto la investigación científica como la pesquisa policiaca, es una actividad encaminada a resolver problemas, como bien han afirmado insistentemente John Dewey y otros filósofos pragmatistas. Antes de que el detective o el científico puedan ponerse a trabajar, deben sentir la presencia de un problema"; luego señala: "podemos caracterizar un problema como un hecho, o un grupo de hechos, para el que no tenemos ninguna explicación aceptable, que parece desusado o que no se adecua a nuestras expectativas o preconcepciones. Es obvio que se necesitan ciertas creencias previas para que algo parezca problemático. Si no hay expectativas, no puede haber sorpresa".

812 Peirce, *La primera regla de la lógica*, cit., p. 99.

813 Cfr. Haack, Susan, *Epistemología juridificada: o la verdad, la justicia y la forma estadounidense*, en *Filosofía del Derecho y de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 137 y 138: "Una investigación se realiza mejor cuanto más perspicaces, innovadoras o informadas sean las conjeturas, cuánto más riguroso sea el razonamiento, cuanto más minuciosa sea la búsqueda de las pruebas y más escrupulosamente honesta y sensata sea la valoración de las pruebas. Estrictamente hablando,

Si una hipótesis se logra comprobar, dejará de ser una hipótesis y se convertirá en un enunciado verdadero, es decir, en un conocimiento probado[814]. Las hipótesis poseen, por regla, un carácter provisional[815], ya que pueden resultar a la postre verificadas o refutadas por la evidencia que se recoge.

La Corte Suprema ha señalado que "siguiendo la concepción racionalista de la prueba, la justificación de la decisión sobre los hechos probados está basada en el método de corroboración de hipótesis"[816].

16. Para explicar un determinado evento o suceso del mundo real, se pueden plantear una o varias hipótesis[817]. El carácter abierto y plural de la actividad humana permite la formulación y la existencia de varias hipótesis, que pueden ser complementarias, alternativas o antagónicas[818].

Toda hipótesis sobre hechos debe ser verificada escrupulosamente. Aquí debe haber una rigurosa etapa de comprobación[819] o de "contrastación de la hipótesis[820]".

---

de hecho, si lo que se está tratando es encontrar pruebas que sustentan una conclusión que ya se tiene, en lugar de ir hacia dónde las pruebas indican, no se está realmente investigando".

814 Cfr. Klimovsky, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, 3a. ed., Buenos Aires, A-Z Editores, 1997, p. 132.

815 Por todos, Copi, Irving y Carl Cohen, *Introducción a la lógica*, 2a. ed., México, Limusa, 2013, p. 627.

816 Véase, el R. N. N.° 1720-2017 del 16 de octubre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Chávez Mella).

817 Cfr. Klimovsky, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, cit., p. 134: "Forma parte de las características 'democráticas' de la actividad científica el permitir, en principio, que cada científico intente dar solución a un problema, mediante la formulación de hipótesis, de la manera que mejor le parezca. La tolerancia es una ventaja para la marcha de la investigación científica. Cuantos más modelos se propongan, más posibilidades tendremos de encontrar la verdad o, por lo menos, una presunta verdad que admitiremos como guía de investigaciones posteriores".

818 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 254.

819 Por todos, Copi/Cohen, *Introducción a la lógica*, cit., 2013, p. 628.

820 Cfr. Klimovsky, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, cit., pp. 138 y 139: "Conviene aquí realizar una precisión terminológica. Se emplea a veces el anglicismo *testeo* (del inglés *test*) para referirse exclusivamente a la operación de verificar o refutar una consecuencia observacional. La operación de contrastación, en cambio, es la de poner a prueba y estimar las consecuencias de la hipótesis de partida mediante el proceso ya descrito de deducir, obtener consecuencias observacionales, realizar observaciones pertinentes y concluir del 'testeo' qué ocurre con la hipótesis original. En este sentido, la contrastación es un proceso complejo y no singular, en tanto que el *testeo* es, simplemente, un procedimiento comparativo entre una consecuencia observacional y una observación. Una hipótesis (o una teoría) que no tuviese consecuencias observacionales no sería susceptible de este control empírico y, en general, de este tipo de estrategia metodológica. De ahora en adelante, mientras no digamos nada en contrario, supondremos que las hipótesis que estamos considerando son aquellas que son contrastables, o sea, que tienen consecuencias observacionales y, por tanto, permiten su contrastación".

Como resultado de la operación de contrastar una hipótesis, se obtiene o bien la refutación y abandono de la misma, o bien su conservación, supervivencia y, de ser el caso, su consolidación. Por ello, se sostiene que toda hipótesis empírica es comprobable o falsable.

Una hipótesis fáctica, tanto en el campo científico como en el derecho, debe ser objeto de control y fiscalización a través de la contrastación con otras hipótesis y con la evidencia que la pueda respaldar o refutar. Se trata aquí de testear y comprobar el valor y la fiabilidad racional de la hipótesis. Una hipótesis científica, o de carácter racional, solo se puede aceptar si concurre con evidencia que la respalda, y es suficiente[821] y resiste intentos de refutación racional[822].

El conocimiento empírico, por lo general, se basa en hipótesis, de tal modo que se alude a que estamos ante un conocimiento hipotético[823]. Sin embargo, no todas las hipótesis son plausibles o aceptables: algunas quedan solo como meras tentativas o explicaciones provisionales que no se logran comprobar, mientras que

821 Por todos, Copi/Cohen, *Introducción a la lógica*, cit., 2007, p. 528: "Puesto que cada explicación científica se considera como una hipótesis, se reconoce como digna de aceptación solamente en la medida en que exista evidencia que la apoye. En tanto hipótesis, la cuestión de su verdad o falsedad está abierta y hay una búsqueda continua para hallar más evidencias que decidan la cuestión. El término 'evidencia' según es usado aquí se refiere en última instancia a la experiencia; la evidencia sensible es la última corte de apelación para verificar las proposiciones científicas. La ciencia es empírica al aceptar que la experiencia sensorial es la prueba de la verdad para todos sus pronunciamientos. En consecuencia, pertenece a la esencia de una proposición científica"; luego señala: "Una explicación científica de un hecho determinado debe tener como evidencia otras proposiciones directamente observables, además de la correspondiente al hecho que ha de ser explicado. Pero una explicación no científica no cuenta con ninguna otra proposición directamente verificable que se deduzca de ella. Es un rasgo esencial de una proposición científica que se pueda verificar empíricamente".

822 Cfr. Klimovsky, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, cit., p. 140: "Hay hipótesis en competencia con supervivencia de la más apta, porque la menos apta quedará refutada antes, lo cual no significa que tarde o temprano la superviviente no correrá la misma suerte a causa del desarrollo de los acontecimientos. En esta concepción del método, la vida de una hipótesis (o de una teoría) es dura, trágica, y para cada una de ellas podía escribirse acerca de su nacimiento, pasión y muerte. Ante el problema que debe resolver, la hipótesis nace, pero luego empieza el terrible proceso de contrastación por medio del cual se la intenta aniquilar. Ella resiste, pero constantemente es agraviada por nuevos episodios de contrastación hasta que, finalmente, la refutación termina con ella en un dramático episodio de muerte epistemológica. El método científico consistiría, entonces, en enfrentar problemas, proponer hipótesis, aplicar la lógica para averiguar qué implican, confrontar sus consecuencias con la realidad observable y, de acuerdo con el resultado, abandonar la hipótesis por refutación o conservarla por corroboración".

823 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 254: "las pruebas no vagan sin meta en el espacio lógico como los átomos de Demócrito. Se coagulan en torno a un centro de gravedad, que es la hipótesis".

otras hipótesis sobre hechos individuales o leyes generales logran ser confirmadas racionalmente, por lo que se aproximan a la verdad[824].

En el terreno científico y empírico, se distingue entre la formulación de la hipótesis y la posterior verificación o corroboración de la misma. El hecho de que una hipótesis se encuentre correctamente formulada y diseñada no quiere decir que se pueda verificar a nivel del proceso. De igual modo, el método para evaluar una hipótesis difiere del método para analizar los medios de prueba que la sustentan[825]. En la comprobación de una hipótesis lo decisivo es la evaluación conjunta de la prueba, mientras que en la evaluación de la prueba se exige un análisis individualizado de cada medio de prueba.

En cuanto a sus resultados, las hipótesis pueden ser hipótesis confirmadas siempre que la evidencia y los datos disponibles ratifiquen el contenido de los enunciados que la componen; o también hipótesis no confirmadas, esto es, enunciados que no son corroborados por los datos, elementos e información disponible.

17. Junto a las hipótesis comunes o racionales, se encuentran las hipótesis *ad hoc*, que son aquellas que se crean o se inventan para cubrir un conjunto reducido de datos e información, o bien buscan salvar una hipótesis de las evidencias en su contra[826]. La capacidad de explicación de la hipótesis *ad hoc* posee un alcance muy limitado y restringido al estar ligado a un cuerpo de datos muy pequeño, o debido a su intento de invalidar la evidencia que apunta en signo contrario.

Las hipótesis *ad hoc* pueden ser de dos clases: **hipótesis *ad hoc* de buena fe** e **hipótesis *ad hoc* de mala fe**. Una hipótesis *ad hoc* de buena fe es contrastable independientemente, mientras que la hipótesis *ad hoc* de mala fe no es posible de contrastar[827].

18. A nivel de la investigación del delito y del proceso penal, se utilizan **hipótesis** sobre los hechos (enunciados fácticos). La imputación es una hipótesis sobre un posible suceso que aparentemente reviste caracteres del delito y sobre un posible autor. Como no se tiene un conocimiento inmediato, directo y efectivo sobre lo que realmente ocurrió, la única manera razonable de trabajar con el pasado es a través de hipótesis que se confirman o se rechazan sobre la base de la evidencia que se busca, selecciona, depura y analiza.

824 Cfr. Bunge, *Diccionario de filosofía*, cit., p. 96.

825 Véase, Igartua Salaverría, Juan, *Los indicios tomados en serio*, en *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018, p. 73.

826 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 160.

827 Cfr. Bunge, *Diccionario de filosofía*, cit., p. 97.

Los criterios que se utilizan para evaluar la aceptabilidad de una hipótesis son los siguientes[828]:

(i) La **relevancia** o atinencia de la hipótesis que supone que ella es un intento de explicar un determinado hecho o conjunto de hechos. Una hipótesis no es propuesta por sí misma, sino que busca explicar algo. El hecho que se intenta explicar debe inferirse o derivarse de la hipótesis propuesta.

(ii) La hipótesis debe ser susceptible de ser **verificable** a partir de determinados hechos, eventos o —en el campo del derecho— a través de medios de prueba que confirman o no la hipótesis de la que se parte. En el campo del proceso, las hipótesis que se plantean no son hipótesis teóricas, sino hipótesis empíricas que tienen que ver con enunciados lingüísticos que plantean la ocurrencia de determinados hechos en el pasado.

El que una hipótesis pueda ser objeto de verificación también implicaría que dicha hipótesis puede ser materia de refutación por la actividad de las partes, así como por la prueba que se recoge.

(iii) La hipótesis debe tener **la capacidad y el poder explicativo** de un conjunto de datos, hechos o pruebas que se pretende alcanzar o que pueden derivarse de ella. La hipótesis, en el proceso, debe contar con la capacidad de poder explicar los hechos principales que forman parte de la regulación normativa. En el derecho, no se trata de hipótesis libres —o de cualquier clase de hechos—, sino que se trata de hipótesis legales que tratan de explicar hechos relevantes para el ordenamiento jurídico. Si la hipótesis explica mejor los hechos que comprende, mayor será su grado de aceptabilidad.

La confirmación de una hipótesis depende de si es capaz de comprender y explicar una serie de hechos y pruebas. Si las pruebas que se recogen desmienten a la hipótesis, o simplemente no la confirman, esta deberá abandonarse. Las pruebas, en relación a la hipótesis, pueden confirmarla, pueden no corroborarla o simplemente demostrar que se trata de una hipótesis falsa.

(iv) La hipótesis debe ser **compatible** o consistente con otras hipótesis (o hechos) que ya han sido confirmadas de manera razonable. La elaboración de una hipótesis no surge de la nada, sino se asienta en un conjunto de experiencias y conocimientos normalmente aceptados en una determinada comunidad. Una hipótesis nueva debe ser consistente y debe ser capaz de amoldarse a leyes y conocimientos ya confirmados. Una hipótesis tendrá

828 Por todos, Copi, Irving y Carl Cohen, *Introducción a la lógica*, México, Limusa, 2007, p. 531.

dificultades de ser aceptada si contradice el saber y la experiencia acumulados.

(v) La hipótesis debe explicar de manera **simple** y adecuada los hechos. Tanto a nivel de la ciencia como en la vida cotidiana se suelen aceptar aquellas hipótesis que son las más simples de comprender y que se adaptan de manera adecuada a los hechos y a las pruebas de las que se dispone[829]. La simplicidad de la hipótesis a veces, no siempre, se puede cumplir, debido a que hay sucesos que requieren una explicación compleja y que tiene que ver con la aplicación de las leyes científicas o con cálculos estadísticos que implican un nivel de formación elevado.

19. En la investigación del delito y en el proceso penal, se trata de reconstruir una parcela de la realidad a través de enunciados e hipótesis acerca del cómo los hechos han podido ocurrir en un determinado contexto[830]. Todo proceso parte de hipótesis y de propuestas de cómo determinados sucesos han podido suceder en la realidad.

Tanto el fiscal, la policía, el juez como el científico basan su trabajo en hipótesis[831] que muchas veces se configura a partir de ciertos datos, indicadores o hechos que pretenden explicar una determinada realidad acontecida y que según se vayan recopilando pruebas, evidencias a favor o en contra deberán ajustarse o replantearse,

829 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 162: "en la epistemología científica se afirma que la probabilidad de una hipótesis depende también de su simplicidad: cuando más simple es la hipótesis, más probable". Luego señala lo siguiente: "el conductor *x* es detenido por tenencia de droga; interrogado se defiende diciendo que algún enemigo suyo ha puesto allí la sustancia para comprometerle. Ahora bien, la hipótesis de la acusación es más simple que la de la defensa porque se articula únicamente en dos hechos: *x* ha adquirido la droga y *x* la ha ocultado en la guantera de su automóvil. La hipótesis de la defensa es mucho más complicada, porque requiere que *x* tuviera un enemigo *y*; que este quisiera vengarse, que *y* se hubiera procurado un kilo de heroína; que *y* hubiera seguido a *x* y aprovechado un momento en que el auto no estuviera bajo su control para poner en él la droga; que, en fin, *x* no hubiera abierto nunca la guantera y no se hubiera percatado de lo que había dentro de ella. Verdaderamente, la probabilidad de que se produzcan conjuntamente cinco eventos entre sí, es sensiblemente inferior a la probabilidad que se verifique uno solo" (p. 163).

830 Cfr. Igartua Salaverría, *Los indicios tomados en serio*, cit., p. 74; Climent Durán, *La prueba penal*, cit., 1999, T. I, p. 75; Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 118; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 36.

831 Desde el punto epistemológico, véase: Hempel, Carl, *Filosofía de la ciencia natural*, 3a. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 29; Bunge, Mario, *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*, 3a. ed., México, Siglo XXI, 2004, p. 613, para quien "las percepciones puras (si es que eso existe) no son los sillares de la ciencia, sino un problema propiamente psicológico: la ciencia —con la psicología incluida— empieza con las interrogaciones del especialista y con la formulación de conjeturas; no por la sensibilidad (...). Nadie se pone a buscar nada —datos, en este caso— sin tener presente un abanico de posibilidades sobre las propiedades de los que está buscando".

ya sea modificando o reforzando su contenido. La investigación y el ingreso de información a través de la evidencia recogida pueden llevar a confirmar una hipótesis inicial, a modificarla, a mejorar o enriquecer su contenido, a cambiarla por otra o sencillamente a abandonarla.

En el actual modelo del proceso penal, el Ministerio Público, a través de la formulación de la imputación, es el encargado de fijar la hipótesis que se debe confirmar (o refutar) en la investigación o el proceso penal[832].

La hipótesis de la que se parte en la investigación del delito puede confirmarse a lo largo de la investigación que se emprende a tal efecto, como también puede desecharse o puede ser objeto de mutación, cambio, ajustes y precisiones. La hipótesis, en este sentido, puede confirmarse o desestimarse de manera total o parcial.

20. La (posible) comisión de un hecho delictivo supone que ha ocurrido una conducta (activa u omisiva) prohibida por la norma penal. Dicha conducta se atribuye a un autor determinado, así como también puede registrar un número plural de intervinientes (autores y partícipes)[833]. La hipótesis que se plantea en el ámbito penal debe tomar en cuenta no solo el material fáctico y la evidencia que lo sustenta, sino la subsunción en un determinado tipo penal, específico y concreto[834]. En el sistema penal, no hay puras hipótesis empíricas o fácticas, dado que la vigencia del principio de legalidad penal condiciona y limita la formulación de cualquier hipótesis de la comisión de un hecho punible. La construcción de cualquier imputación (hipótesis de la comisión de un delito), para que tenga legitimidad constitucional y convencional, debe tomar como punto de partida el principio de legalidad.

El Ministerio Público, por mandato del principio de legalidad, debe aplicar el principio de igualdad ante la ley y perseguir todos los delitos y a todas las personas que aparecen como autores o partícipes; a la vez que debe implementar todas las diligencias, acciones o medidas que tiendan al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de la relación de intervención de la persona.

Al iniciarse la investigación (policial, fiscal) de manera usual, se cuenta con datos insuficientes y recaudos muy pobres, por lo que para ir avanzando en la misma, y a fin de acopiar diversos elementos de convicción, es necesario formular de entrada una o varias hipótesis explicativas respecto a cómo ocurrió el hecho, quiénes participaron en él y la manera como se ejecutó el mismo; de otro modo no es posible trabajar hasta alcanzar determinados resultados plausibles.

832 Cfr. Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Didot, 2018, p. 225.
833 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 161.
834 Cfr. Guzmán, *La verdad en el proceso penal*, cit., 2018, p. 225.

Las hipótesis que surgen en el campo penal poseen en líneas generales tres grandes características: (i) normalmente hay más de una hipótesis acerca de un hecho y su realización, de una o varias personas, las cuales deben verificarse a nivel de la investigación; (ii) se sugiere, además, que dicho suceso tiene carácter delictuoso, porque configura un comportamiento con relevancia penal y porque supone el despliegue de una conducta activa u omisiva que en apariencia reviste la calidad de delito; (iii) se plantea como hipótesis que una persona ha cometido el hecho, ya sea como autor o como partícipe del mismo[835].

La tarea del Ministerio Público, a la hora de fijar una hipótesis imputativa, pasa por tres etapas[836]: (i) elaborar la hipótesis sobre hechos objetivos y sobre la evidencia disponible; (ii) proyectar y plantear un plan de trabajo para recoger evidencia que pueda sostener la hipótesis o descartarla; (iii) corroborar de manera empírica la hipótesis imputativa y las demás hipótesis que surjan materialmente dentro de la investigación.

La evidencia sobre los hechos solo se puede calificar como lógicamente relevante o irrelevante en función y en referencia a una hipótesis dada[837], y no en base a los intereses del investigador o a los fines personales que pretende alcanzar. En efecto, en toda investigación, la búsqueda de la evidencia, la selección y procesamiento de la misma tiene como punto de partida y marco de referencia una o varias hipótesis respecto a cómo ocurrieron los hechos. Ningún investigador serio emprende la tarea de buscar y recoger evidencia sin una hipótesis inicial de trabajo, por más falible y provisional que sea. Y es la evidencia contrastada con la hipótesis inicial lo que permite confirmarla, realizar los ajustes correspondientes o descartarla del todo.

21. El fiscal debe elaborar la hipótesis imputativa tomando en cuenta el respeto escrupuloso al principio de legalidad, los hechos del caso y la evidencia que lo sostiene. En la medida que el Ministerio Público debe respetar los derechos fundamentales de la persona y ha de ajustar su actuación a los mandatos de la Constitución y la ley, no puede formular una imputación penal en contra de una persona por mera curiosidad[838], por diversión o amparado en motivos bajos o subjetivos. La fiscalía no puede ni debe construir imputaciones sobre hipótesis arbitrarias o que carecen de apoyo empírico.

---

835 En sentido semejante: Armengot Vilaplana, *El imputado en el proceso penal*, cit., p. 221.

836 Con matices: Guzmán, *La verdad en el proceso penal*, cit., 2018, p. 225.

837 Cfr. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 29 y 30: "las hipótesis, en cuanto intentos de respuesta, son necesarias para servir de guía a la investigación científica. Esas hipótesis determinan, entre otras cosas, cuál es el tipo de datos que se han de reunir en un momento dado de una investigación científica".

838 Cfr. Guzmán, *La verdad en el proceso penal*, cit., 2018, p. 226.

La hipótesis que formula el fiscal a nivel de las diligencias preliminar o la investigación preparatoria determina la fijación del objeto de la investigación y/o del proceso penal, por lo que la fijación de su contenido y límites debe ser escrupulosa.

Las funciones que desempeña el "hecho" en materia procesal son las siguientes: (i) determina el objeto de la investigación y del proceso; (ii) fija la materia y el objeto sobre el cual el órgano fiscal o judicial debe decidir; (iii) establece los límites (*v. gr.*, por razones de competencia) respecto a los cuales se puede (o no) modificar la imputación; (iv) establece los alcances de la cosa decidida y/o de la cosa juzgada[839].

La determinación de la imputación —entendida como fijación de la hipótesis de la comisión de un delito y la relación de autoría— debe respetar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Por ello, toda imputación no puede ser **ni ilegal ni arbitraria**. Se parte por considerar, tal como lo señala Daniel Pastor, que "el proceso penal no puede investigar cualquier cosa ni puede hacerlo de cualquier manera[840]".

Se está ante una imputación y/o acusación ilegal cuando en la formulación de la misma no se cumplen con todos y cada uno de los elementos del tipo penal, tanto los objetivos y subjetivos. El hecho de que se construya una imputación sin especificar los elementos integradores del injusto penal descritos en una concreta ley penal supone incurrir en una imputación ilegal. De igual manera, se está ante una imputación ilegal cuando se atribuye a una persona un hecho que no se encuentra descrito como delito por el Código Penal o por una ley penal especial; *v. gr.*, se imputa un delito de zoofilia a una persona que tiene relaciones sexuales con un animal.

Por su parte, se está ante una imputación arbitraria cuando, pese a cumplirse con la descripción de los elementos de un concreto injusto penal, no se detalla ni se precisa de manera concreta cada uno los elementos del injusto, sean objetivos o subjetivos. Se trata de un relato general, no específico ni detallado, que impide el ejercicio del derecho de defensa y el derecho a contradecir de manera específica los cargos. La imputación genérica, vaga o imprecisa es un modelo de imputación arbitraria. Por ejemplo, ello ocurre cuando se atribuye a una persona el haber matado a otra de un disparo de arma de fuego sin establecer ni detallar las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

839 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., p. 240; Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 13/3, pp. 198 y 199; Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 170.

840 Pastor, Daniel, *¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina*, en *Anuario de Derecho Penal Económico*, Lima, N.° 2, 2012, p. 342.

En un Estado constitucional, está prohibido formular imputaciones que no se pueden comprobar o corroborar (*v. gr.*, un homicidio en Saturno) o que carezcan de verosimilitud y base objetiva (*v. gr.*, un asesinato por magia), así como construir una hipótesis sin un sustento objetivo, sin un mínimo de plausibilidad inicial[841].

22. La formación de una hipótesis se relaciona con el contexto de descubrimiento, que es el conjunto de razones, hechos o eventos racionales o irracionales que dan lugar a una decisión, a una línea de trabajo o a la solución de un determinado problema[842]. El descubrimiento de un invento, teorema, la formulación de una hipótesis de investigación muchas veces es consecuencia de una determinada actividad racional como de un hecho casual, incluso irracional, de la intuición, de un error experimental o del despliegue de la capacidad imaginativa del sujeto. La abducción al permitir la elaboración de una hipótesis abre el camino de nuevos procesos cognoscitivos e indica las líneas de investigación que deben seguirse[843]. Dichas hipótesis deben ponerse a prueba, evaluarse de manera escrupulosa a fin de determinar su verdad o falsedad o su aceptabilidad racional.

Tanto en el campo científico como en la vida diaria un investigador, para explicar un determinado evento, debe contar con una mínima **imaginación creativa**, debe tener capacidad inventiva. Toda vez que las llamadas "conjeturas felices" nacen, lo hacen, por lo común, de tomar en cuenta como hipótesis determinadas ideas que los demás desecharon o simplemente no tuvieron en cuenta. La transición de los datos y de la información relevante a una hipótesis determinada no surge mecánicamente ni de manera automática. Se requiere imaginación, criterios racionales, una importante dosis inventiva y un manejo adecuado de los conocimientos propios de un área del saber[844].

Si bien en cualquier ámbito del conocimiento las hipótesis pueden ser libremente inventadas y propuestas, solo pueden aceptarse racionalmente si es que se encuentran corroboradas por pruebas variadas, plurales, confiables y que resisten el

841 Cfr. Guzmán, *La verdad en el proceso penal*, cit., 2018, p. 227.

842 Cfr. Tuzet, Giovanni, *Usos jurídicos de la abducción*, en *Prueba y razonamiento probatorio en derecho* (directores: Juan Antonia García Amado y Pablo Raúl Bonorino), Granada, Comares, 2014, p. 125; Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 268; Nieto, *El arbitrio judicial*, cit., p. 157; Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 125.

843 Cfr. Igartua Salaverría, *Los indicios tomados en serio*, cit., p. 73.

844 Cfr. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 33 y 34: "En su intento de encontrar una solución a su problema, el científico debe dar rienda suelta a su investigación, y el curso de su pensamiento creativo puede estar influido por nociones científicamente discutibles. Por ejemplo, las investigaciones de Kepler acerca del movimiento de los planetas estaban inspiradas en el interés de aquel en una doctrina mística de los números y por su pasión por demostrar la música de las esferas".

adecuado control de refutación. Se trata de un procedimiento de validación objetiva de las hipótesis planteadas[845].

23. La hipótesis está compuesta por un conjunto variable de enunciados, necesariamente parciales y contingentes, que deben ser confirmados de manera adecuada y suficiente a través de la información aportada por la evidencia recogida. Toda hipótesis trata de dar respuesta a un problema planteado y se valida luego de un procedimiento de contrastación empírica[846].

De manera amplia, se denomina "hipótesis" (o conjetura culta) a cualquier enunciado que está sometido a contrastación, al margen de si se refiere a un hecho o evento concreto o de si pretende expresar una ley general u otra proposición[847]. La hipótesis es un enunciado que abarca más de los que los datos sugieren o confirman[848].

En las ciencias naturales y en algunas ciencias sociales, como la psicología, la contrastación asume la forma de experimentación, desempeñando un papel heurístico, por medio de ella se estudia un fenómeno reproduciéndolo en determinadas circunstancias y en la misma se eliminan e introducen ciertas variables que pueden influir sobre él.

En el campo procesal, la experimentación no constituye, por lo general, un medio de prueba, debido a que los hechos que se investigan y juzgan han ocurrido en el pasado y, por su propia naturaleza y estructura, son irreproducibles.

La regla que rige en este ámbito es que toda hipótesis debe ser susceptible de contrastación (aunque no necesariamente de experimentación) a través del conjunto de la evidencia disponible. Un enunciado no puede ser propuesto como hipótesis, o mantenido como tal, si es que no puede ser contrastado de manera adecuada a través de la evidencia disponible[849]. La idea de hipótesis está asociada a la idea de contrastación y verificación.

24. Los enunciados referidos a los hechos —tanto principales como secundarios— son hipótesis que pueden ser verdaderas o falsas. El grado de confirmación de las distintas hipótesis depende de la prueba actuada en el proceso y, según los criterios de verdad o falsedad, pueden identificarse seis posibles variantes[850]:

845 Cfr. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 34 y 36.

846 Por todos, HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 36.

847 Cfr. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 38.

848 Cfr. BUNGE, *Diccionario de filosofía*, cit., p. 96.

849 Cfr. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 54.

850 Cfr. TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 246. También: IACOVIELLO, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 152.

i) la hipótesis acerca de la verdad del enunciado sobre la base de la prueba actuada en el proceso no ha obtenido ninguna confirmación;

ii) la hipótesis sobre la base de la evidencia ha obtenido solo una confirmación débil;

iii) la hipótesis ha obtenido una confirmación fuerte;

iv) la falsedad de la hipótesis en base a los elementos de juicio disponibles no ha logrado ninguna confirmación;

v) la falsedad de la hipótesis en función a la prueba disponible ha logrado una confirmación débil;

vi) la falsedad de la hipótesis ha obtenido una confirmación fuerte.

V. EL PROCESO PENAL COMO EMPRESA DIRIGIDA A COMPROBAR LA IMPUTACIÓN

25. El proceso penal tiene por objeto una hipótesis: la realización de un hecho o un conjunto de hechos con relevancia penal. El método jurídico de la averiguación de la verdad es semejante al método científico, pues uno y otro trabajan con hipótesis. Ambos parten de una conjetura que se entiende como un intento para explicar y solucionar un determinado problema. La hipótesis establece una relación coherente entre una serie de hechos aparentemente no relacionados entre sí. En materia penal, la imputación es una hipótesis de cómo ha ocurrido un determinado suceso[851].

Hay una íntima correlación lógica entre hipótesis y prueba. El proyecto de edificación es la hipótesis; el ladrillo es la prueba que permite construir o no el edificio; o, si se quiere también, la hipótesis es el rompecabezas como modelo de trabajo, la prueba representa las piezas del rompecabezas que permiten, o no, armarlo. Sin la prueba, la hipótesis es solo un papel sin mayor importancia[852].

Sin la hipótesis, la prueba es un conjunto de datos desordenados que no posee un sentido o una finalidad que los vincule y los una. La prueba gira alrededor de un centro de gravedad: la hipótesis[853]. Como señaló Quintiliano, las pruebas son como las armas: son inútiles si es que no se sabe a qué objetivo apuntan.

La hipótesis es la que brinda el criterio de relevancia de la prueba, pues, si es que no se sabe qué cosa debemos probar, no sabemos qué prueba se necesita reunir.

851 Cfr. Andrés Ibáñez, *El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial*, cit., p. 268.

852 Por todos, Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 311.

853 Por todos, Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 311.

26. En el proceso penal no se pretende 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, de la que parte el proceso penal (imputación), es cierta o no. En buena cuenta, el proceso penal, y en particular el juicio, tiene por objeto comprobar (o descartar) la imputación del Ministerio Público[854]. Si dicha hipótesis no se logra verificar en todos sus extremos esenciales o la comprobación es muy débil, de tal manera que no supera el estándar requerido o se demuestra su falsedad (bien la del hecho, o bien la de la intervención en él de una persona), la consecuencia jurídica que se impone es la absolución del imputado.

La hipótesis que se busca comprobar en el proceso penal es la hipótesis de la imputación, la que se somete a una exigente tarea de **verificación y falsación** por acción de las partes como condición de validez y racionalidad[855]. No basta que la fiscalía busque confirmar la hipótesis desplegando actos de investigación y de prueba en tal sentido, sino que es necesario que se someta a dicha hipótesis a un riguroso examen de refutación y control. Puede que a primera vista el planteamiento fiscal aparezca como verosímil y razonable, pero es posible también que, una vez que se la someta a un análisis más riguroso y a la confrontación con otra hipótesis y con las diversas pruebas de signo contrario, su verosimilitud quede refutada o reducida a un mínimo valor.

En efecto, en el proceso penal, sobre la hipótesis esencial con la que se trabaja, se realiza la actividad probatoria, y las partes despliegan sus alegaciones, defensas y contradicciones; esta es la hipótesis planteada por el Ministerio Público[856]. Dicha hipótesis es esencial, insustituible y determinante en la comprobación de los enunciados fácticos que se afirma que han ocurrido. Es posible que la defensa o las demás partes no posean una hipótesis alternativa de los hechos. Sin embargo, la hipótesis que no puede faltar es la del Ministerio Público, en los delitos de ejercicio público de la acción, o del querellante, en los delitos de ejercicio privado de la acción. Sin ella, sencillamente no puede haber proceso.

27. No es correcto considerar que la actividad del juez en el proceso penal, y en especial en el juicio penal, consiste en elegir entre dos hipótesis alternativas: la culpabilidad afirmada por quién acusa y la inocencia sostenida por la defensa[857];

854 Cfr. Nappi, Aniello, *Il controllo della Corte di Cassazione sul ragionamento probatorio del giudice del merito*, en *Cassazione penale*, vol. 38, N.° 4, 1998, p. 1260: "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"; Andrés Ibáñez, *El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial*, cit., p. 268.

855 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 312.

856 Cfr. Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 171.

857 Por todos, Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., Vo. I, p. 318.

menos es admisible sostener que "en todo proceso penal la actividad probatoria va encaminada a determinar la culpabilidad del encausado y su condena, en el caso en que quede acreditada su participación en los hechos constitutivos del delito imputado[858]", puesto que con ello se atenta contra la garantía de la presunción de inocencia. El juez penal no debe verificar cuál de las dos hipótesis es más plausible, la más correcta o quién tiene, por último, la mayor cantidad y calidad de prueba. El juez simplemente debe acreditar si la hipótesis (la acusación) formulada por el Ministerio Público cuenta con el respaldo probatorio suficiente y permite comprobar todos y cada uno de los elementos del injusto culpable. Por ello, se está en lo correcto cuando se considera al proceso penal como aquella instancia en la que se verifica la imputación formulada por la fiscalía[859]. En este ámbito no se prueba si la persona es inocente, dado que dicha condición es asumida por el principio de la presunción de inocencia.

La Corte IDH ha señalado que se viola el deber de motivar las decisiones judiciales y la presunción de inocencia cuando un tribunal anula una sentencia absolutoria y se ordena la realización de un nuevo juicio oral en razón de que "[en] la sentencia materia de grado no se hace una debida apreciación de los hechos materia de la inculpación ni se compulsa adecuadamente la prueba actuada con el fin de establecer la inocencia o culpabilidad de los acusados". La Corte IDH, en el caso descrito, analizó el proceso en el que se acusaba a una persona, junto a otras 93 personas, por la comisión de delito de terrorismo. El fallo en primera instancia absolvió a la persona que alegaba la violación de sus derechos convencionales, así como también condenó a once de los acusados, absolvió a diecisiete y reservó el proceso contra otras sesenta y cinco personas. La Corte IDH razonó que se quebranta la presunción de inocencia cuando la sentencia nulificante le ordena al tribunal inferior "establecer la inocencia o culpabilidad de los acusados", pese a que la persona cuenta con la protección de sus derechos y de su libertad al amparo del principio de la presunción de inocencia. A un órgano jurisdiccional no le corresponde establecer la inocencia o la culpabilidad de una persona sometida a proceso. La hipótesis con la que se trabaja y de la que se parte en un juicio penal es la hipótesis (imputación o acusación) del Ministerio Público. No hay aquí una hipótesis de inocencia, pues la inocencia se presume y solo puede ser desvirtuada mediante prueba suficiente de la culpabilidad en un juicio con todas las garantías.

858 Véase, el R. N. N.° 713-2012 del 30 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia; el R. N. N.° 4168-2005 del 28 de junio del 2006 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia; el R. N. N.° 4168-2005 del 28 de junio del 2006 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

859 Por todos, Ubertis, *Il proceso penale. La verifica dell'accusa*, cit., pássim; Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., p. 322.

28. La hipótesis del Ministerio Público puede tener uno o varios hechos principales (y hechos secundarios) que forman parte de la imputación y que marcan la tarea de indagación por parte de la fiscalía.

Cada hecho de una hipótesis puede albergar una serie de componentes y elementos configuradores a modo de subhipótesis, que se encuentran recogidos en la ley, o en diversas disposiciones normativas. En el caso del proceso penal, la hipótesis parte del supuesto de hecho descrito en el tipo penal correspondiente, *v. gr.*, homicidio, robo agravado, abuso sexual, cohecho pasivo, etc.

La variedad y cantidad de los elementos que forman parte de la hipótesis principal de un hecho punible dependen no solo de las circunstancias fácticas que se presentan en la realidad, sino fundamentalmente del marco normativo que se regula en el injusto penal correspondiente. Lo que se debe probar no es la constelación de datos fácticos que han ocurrido en un contexto determinado, sino los elementos que se recogen en la ley penal y que forman parte de los verbos típicos y el conjunto de circunstancias establecidas en la ley como supuesto de hecho.

La ley penal cumple aquí una indiscutible **función de garantía** en la fijación de la imputación y la aplicación del derecho en un caso concreto. Finalmente, lo que se debe probar en la investigación y a lo largo del proceso penal no es la afirmación (hipótesis) de que ha ocurrido un determinado suceso, sino la de que ha sucedido un hecho con relevancia jurídica y, en el caso del proceso penal, que ha ocurrido y se ha ejecutado un hecho con **relevancia penal**. Con todo, la función de protección de la ley penal se puede ver erosionada si el legislador penal crea delitos con supuestos típicos elásticos, escasamente determinados, reposan en paradigmas éticos o morales, o si se construyen infracciones penales sobre la base de un Derecho penal de autor[860].

El supuesto de hecho recogido en la ley penal y que describe un injusto típico está formado por elementos objetivos y subjetivos.

Los elementos objetivos son la conducta típica que se atribuye a una persona (como autor o partícipe), la relación de causalidad o de riesgo, y un determinado resultado que se produce, sea material o de peligro (abstracto o concreto).

Los elementos subjetivos indispensables están dados por el dolo o por la imprudencia, según los alcances y modalidad típica que se imputa (artículo 11 del CP). Es posible que el delito que se atribuye cuente con elementos subjetivos distintos al dolo, *v. gr.*, tendencia interna trascendente, delitos mutilados en dos actos.

860 Ampliamente, Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 38.

29. La prueba en el proceso penal no se realiza sobre un objeto abstracto, sino sobre un objeto concreto: el comportamiento humano, ya sea simple o complejo, que da contenido a las proposiciones fácticas que introduce en el proceso el Ministerio Público. Por tanto, en el campo penal, el punto de partida siempre es una hipótesis que, como regla, la formula un órgano estatal (el Ministerio Público), que tiene como eje central al comportamiento humano y que, como toda hipótesis racional, debe ser verificada y sometida a contrastación[861].

La elaboración de la hipótesis que se sintetiza en la formulación de una imputación (en sentido lato: formulación de cargos en contra de una persona) constituye un discurso lingüístico que tiene como objeto un hecho complejo compuesto por varios elementos, tanto objetivos como subjetivos. La imputación no es la afirmación elemental concerniente a un hecho singular. Toda imputación —incluso, la más simple— está compuesta por diversas subhipótesis que la dotan de contenido y de sentido[862].

Cada afirmación sobre el hecho principal y sobre los elementos que la integran (subhipótesis) forman parte de un tema de prueba (*thema probandum*) en torno al cual giran los actos de investigación y los medios de prueba, tanto de cargo como de descargo.

La denuncia fiscal, la formalización de investigación preparatoria y la acusación no constituyen más que la hipótesis que plantea una de las partes (el Ministerio Público) respecto a los hechos que conoce, y que debe ser objeto de comprobación en el proceso y en el juicio correspondiente[863]. Se trata de enunciados provisionales, contingentes, parciales que han de ser materia de escrupulosa verificación tanto en los aspectos principales como en los secundarios.

Al titular de la acción penal — el Ministerio público, en los delitos de ejercicio público de la acción penal, o el particular, en el ejercicio privado de la acción penal— se le exige delinear y fijar una hipótesis en sus aspectos básicos y esenciales[864]. Asimismo, se le reclama, en su condición de titular de la carga de la prueba, el proponer o producir datos (elementos de juicio) que sirvan para confirmar de manera adecuada y suficiente la hipótesis de la que parte, de tal forma que pueda explicar cada uno de los hechos que plantea[865].

---

861 Cfr. Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 283.

862 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., pp. 312 y ss.

863 Véase, Ferrua, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., p. 231; Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 171.

864 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 244.

865 Cfr. Senese, Salvatore, *La motivación de la "verdad fáctica"*, en *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (editado por Letizia Gianformaggio), Bogotá, Temis, 2008, p. 327.

Sin embargo, debe resaltarse que la tarea del Ministerio Público es una actividad mucho más exigente y compleja que la tarea de las demás partes en el proceso, en la medida que, además de plantear su hipótesis (y probarla), debe encargarse de refutar las hipótesis alternativas planteadas por la defensa de los imputados, sobre todo, si es que se quiere superar el umbral de la decisión de la culpabilidad más allá de la duda razonable[866]. El imputado y su defensa no necesitan demostrar la falsedad de la tesis de la fiscalía; les basta acreditar que no ha cumplido con aportar pruebas suficientes o que no ha logrado probar todas las afirmaciones esenciales de la acusación. En cambio, la fiscalía debe refutar las hipótesis alternativas planteadas y que a la luz de los hechos aparecen como razonables[867].

30. En el proceso penal moderno es usual que la legislación procesal distinga entre la etapa de investigación y la etapa de juicio. La cesura y diferencia entre ambas etapas posee un fundamento epistemológico[868].

La etapa de investigación sirve para elaborar una determinada hipótesis, total o parcial, acerca de la reconstrucción de uno o varios hechos punibles: qué ha ocurrido en la realidad, quién lo ha cometido y si concurren circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad. En esta fase se buscan y recogen elementos de prueba útiles para confirmar la hipótesis que se formula.

La etapa de juicio sirve para presentar finalmente una hipótesis consolidada y controlar su valor y la fuerza acreditativa por los demás sujetos procesales, como el imputado, el actor civil o el tercero civilmente responsable. Dicho control se produce en el proceso dialéctico y contradictorio, en el que, por actuación de quien fórmula la hipótesis (*v. gr.*, el Ministerio público, el actor privado), se busca verificar su razonabilidad y, por quién se opone a ella (*v. gr.*, el imputado, la defensa), se busca refutarla o falsearla.

La hipótesis imputativa se confirma o se refuta por la actuación de medios de prueba que avalan o desmienten su valor. El juez da por probada esta hipótesis no solo cuando existe diversos medios de prueba que la confirman, sino cuando se supera un determinado estándar probatorio.

31. La presunción de inocencia como regla de juicio implica una determinada exigencia acerca de la posición del juez frente a la imputación del Ministerio públi-

866 Cfr. Costanzo, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, cit., p. 75; Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 33; Igartua Salaverria, *Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, "in dubio pro reo"*, cit., p. 479.

867 Cfr. Ferrua, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., p. 229; Senese, *La motivación de la "verdad fáctica"*, cit., p. 327.

868 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 310.

co, o la parte querellante, que no es otra que la de una **neutralidad metodológica** respecto a la acusación[869]. El juez no puede tener una imagen preconcebida, anticipada y llena de prejuicios acerca de la imputación y de la persona del imputado; ni se puede adherir, ya sea por convicción o por simpatía, a la tesis de imputación planteada y sostenida por el Ministerio Público o la parte agraviada.

La Corte IDH ha señalado que "incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado"[870]. En efecto, a los jueces penales les corresponde juzgar una imputación formulada por el Ministerio Público, en los delitos perseguibles de oficio, y determinar, mediante una evaluación rigurosa, si el órgano encargado de la persecución del delito cumple con la titularidad de la carga de la prueba y si ha ofrecido y ha actuado prueba suficiente que sea capaz de enervar la protección de la presunción de inocencia[871].

En este ámbito no basta exigir cualquier tipo de prueba o que la prueba del Ministerio Público sea más convincente o mejor lograda que la defensa. Es necesario según los estándares culturales y jurídicos, el reclamar que la culpabilidad del inculpado se encuentre acreditada más allá de una duda razonable. Por ello, se sostiene que se debilita el deber de la carga de la prueba si se admite la posibilidad de una condena solo porque la reconstrucción de los hechos propuesta por la fiscalía parece más fiable que la propuesta por la defensa[872].

---

869 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 183. De modo semejante: Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 206; Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 271; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 78 y 93. De manera crítica se pronuncia: 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, 1994, p. 84, quien considera que el instituto de la presunción de inocencia no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino a un interés de carácter práctico.

870 Corte IDH Caso: Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. Chile del 29 de mayo del 2014, párr. 223.

871 Cfr. J. C. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 228: "este Tribunal considera que la Corte Suprema no actuó conforme al principio de presunción de inocencia, al exigir al tribunal de instancia "establecer la inocencia o culpabilidad de los acusados". La Corte recuerda que el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad. La Corte Superior de Lima dispuso absolver a la señora J. porque no contaba con prueba suficiente de su culpabilidad. Al no explicar en qué consistió la compulsa inadecuada de la prueba o la indebida apreciación de los hechos la Corte Suprema presumió la culpabilidad de la señora J.".

872 Por todos, Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 318.

VI. LOS HECHOS (ENUNCIADOS FÁCTICOS) COMO HIPÓTESIS VARIABLES

32. Los hechos que han ocurrido en la realidad, como sucesos históricos, no cambian ni se modifican. Lo que cambia son los enunciados lingüísticos y la información probatoria que se tiene sobre ellos a lo largo de la investigación y el proceso. En el proceso las descripciones de los hechos, como actos que realizan las partes, se pueden modificar y ajustar, según los actos que se realizan y la evidencia que se recoge.

Cabe resaltar la idea de que lo que varía en el proceso no son los hechos, tal como han ocurrido en la realidad, sino los enunciados que los pretenden describir y comprender de modo adecuado. Los hechos como acontecimientos del pasado, ya ocurridos, son inalterables y no pueden modificarse, tal como efectivamente sucedieron. Nadie puede modificar un suceso histórico que ocurrió en la realidad, *v. g.*, la muerte del presidente Kennedy, el golpe de Estado en el Perú del 5 de abril de 1992. Pueden variar nuestros conocimientos de los hechos según la evidencia recogida o que se evalúa, pero los hechos tal cual sucedieron no pueden alterarse. Son las descripciones o los enunciados sobre los mismos los que se van precisando cada vez más, sobre la base de la evidencia recogida y ciertos actos que se realizan dentro del proceso, conforme avancen y se desarrollen tanto la investigación como el proceso penal.

El objeto de la investigación y del proceso —entendido como el conjunto de enunciados fácticos— se va depurando progresivamente y de manera dinámica, con el ingreso de información relevante y la realización de diversos actos de investigación, hasta alcanzar una representación definitiva a nivel de la acusación escrita y la requisitoria oral[873]. La imputación, por lo general, no se comprueba de una vez, sino a través de la secuencia de diligencias y actuaciones que generan una sucesión de etapas[874].

El proceso está formado por un conjunto de juicios provisionales y de pasos escalonados que, en el campo penal, van desde la primera imputación hasta la sentencia definitiva[875]. La fijación de los enunciados fácticos no siempre se logra con la primera introducción a la investigación (o al proceso) de un suceso con relevancia

873 Cfr. Climent Durán, *La prueba penal*, cit., 1999, T. I, p. 73; Rivera Morales, Rodrigo, *La prueba: un análisis racional y práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 362; Talavera Elguera, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lima, GTZ, 2009, p. 105.

874 Cfr. Andrés Ibáñez, *El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial*, cit., p. 267.

875 Cfr. Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., 1961, p. 139: "Antes de poder castigar a un hombre, es preciso condenarlo; pero antes de condenarlo, preciso es juzgar si puede ser sometido a debate; y antes de someterlo al juicio acerca de la posibilidad de someterlo a debate hay un juicio anterior. Ese juicio es la imputación: el primer peldaño de la escalera".

jurídica, 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*[876]". Se trata de un ir y venir, y de una configuración paulatina en la que influyen de manera directa la actividad probatoria, las normas que regulan la concreta etapa del proceso y la posición y los actos que asumen cada una de las partes[877].

La individualización de un enunciado fáctico, la especificación de sus notas esenciales es una actividad compleja que resulta necesaria para la construcción del caso y para determinar los límites de aquello que es objeto de la decisión (fiscal o judicial). Si es que el hecho no se encuentra individualizado ni determinado de manera adecuada y suficiente en sus coordenadas espaciales, temporales y de modo de ejecución, no es posible construir un caso y menos decidir sobre el mismo. La fijación de un hecho supone, partir de criterios normativos establecidos en una norma jurídica a fin de que se tomen en cuenta los elementos fácticos importantes descritos a la hora de decidir.

33. Los enunciados fácticos, ya sea en la investigación, el proceso o el juicio se presentan como hipótesis que pretenden reconstruir una realidad histórica pasada a través de la evidencia y una serie de elementos disponibles a fin de poder llegar a una determinada conclusión sobre los mismos.

La tarea de reconstrucción de los hechos es una actividad eminentemente cognoscitiva que toma en cuenta una parcela de la realidad y la evidencia directamente relacionada que se acopia, selecciona y pondera a través de un proceso marcado por el respeto de ciertas reglas y parámetros, tanto jurídicos como racionales. Dicha reconstrucción requiere que conforme se vaya recogiendo la evidencia disponible, la hipótesis de la que se parte se vaya ajustando de manera paulatina. Por ello, se afirma con razón que: "**la imputación es una hipótesis histórica variable**"[878] que se va decantando a través de juicios provisionales hasta llegar a un juicio definitivo[879].

Toda investigación acerca de un hecho con relevancia jurídica parte obligatoriamente de la formulación de una hipótesis, de la indagación de cómo y de qué

876 LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 280.

877 Cfr. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 273: "el relato originario, el hecho-bruto, será en parte abreviado y en parte completado hasta que el hecho definitivo contenga, no solo aquéllos sino todos los elementos del suceso real que son importantes en relación con las normas jurídicamente posiblemente aplicables".

878 Por todos, CORDERO, Franco, *Procedimiento penal*, Bogotá, Temis, 2000, T. I, p. 382.

879 Cfr. CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., 1961, p. 138; RENEDO ARENAL, María Amparo, *Problemas del imputado en el proceso penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, p. 147.

manera el suceso ha ocurrido o no en la realidad. La pesquisa acerca de si el hecho se ha producido solo se puede lograr a través del acopio de evidencia, elementos de convicción o prueba que luego de su recojo, depuración y evaluación permite ajustar y depurar la hipótesis, ya sea mejorándola o también desechándola.

Difícilmente una hipótesis que se plantea inicialmente, dentro de una determinada investigación, se mantiene fija, inalterable y firme a lo largo de tiempo. La regla es que dicha hipótesis inicial se vaya decantando y precisando con el desarrollo y la dinámica de la investigación. Por ello, lo normal es que toda hipótesis vaya variando, enriqueciéndose y complementándose paulatinamente a lo largo de la investigación y el proceso o que se deseche por no haberse corroborado.

La variación de las hipótesis no es una característica del proceso y la investigación dentro del sistema penal. También en el campo de las ciencias y del conocimiento humano en general es posible constatar el fenómeno de la variación y ajuste de las diversas hipótesis, conforme avanzan las investigaciones.

En una investigación o en un proceso judicial, normalmente suelen existir dos o más hechos (enunciados fácticos) que se investigan y que dan lugar a la aparición de dos o más enunciados fácticos. Los "hechos" (enunciados fácticos) van perfilándose de manera paulatina dentro de la investigación y el proceso, por lo que varían su estructura según se recoja la evidencia y se realicen los ajustes pertinentes. Todo enunciado fáctico con relevancia jurídica que se apoya en una determinada descripción de la realidad, respecto a cómo habría ocurrido o no un suceso histórico, viene acompañado de una serie de circunstancias que le dan sentido, vertebran y lo ubican en un determinado contexto. Dichas circunstancias, además de tener referencias temporales y espaciales, terminan dotando al caso de una mayor o menor gravedad, por lo que inciden en el campo penal, en el injusto o en la culpabilidad.

Justamente, el acopio de la evidencia permite fijar una "situación típica" descrita en la ley y determinar de modo adecuado el conjunto de circunstancias que componen o acompañan la descripción del suceso. La determinación del contexto fáctico y el conjunto de circunstancias concurrentes posibilita la construcción pormenorizada de la imputación, así como también, una vez delimitada y comunicada esta, permite el correcto ejercicio del derecho de defensa y el contradictorio.

En una investigación y en un proceso penal no solo hay un enunciado fáctico, sino que también, dentro de cada enunciado fáctico, hay enunciados particulares o subhipótesis que pueden variar conforme avance el proceso penal[880]. Por ejemplo, el enunciado fáctico de la comisión de un posible hecho imprudente (*v. gr.*,

880 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 158.

un accidente de tránsito) puede modificarse de manera paulatina si, por ejemplo, se recoge evidencia (*v. gr.*, un informe pericial físico, mecánico, la verificación de las huellas de frenos en el asfalto, la distancia del frenado, la hora del suceso, el contexto ambiental, la velocidad el coeficiente de fricción, la pendiente o no de la vía, la velocidad inicial, la velocidad final, etc.) que abona a favor de que el suceso se produjo por un comportamiento doloso eventual del conductor del vehículo.

34. El enunciado fáctico no queda completamente depurado con la investigación o la formalización de denuncia o, incluso, con la acusación y el auto de citación a juicio, sino que va adquiriendo sus contornos definitivos conforme avanza la investigación y el proceso penal[881]. El aporte de los actos de investigación, la recopilación de evidencia y el procesamiento de la misma hacen que las proposiciones sobre los hechos se vayan depurando y adquieran un determinado perfil cada vez más sólido respecto a cómo ocurrió, en realidad, el evento, y que se precise la contribución al hecho de los intervinientes en el delito, su grado de participación. Sin embargo, es necesario que los aspectos esenciales y medulares de la imputación queden establecidos de manera adecuada y suficiente desde el inicio, a fin de determinar el objeto del proceso y de facilitar el ejercicio del derecho de defensa.

Se destaca que el enunciado fáctico requiere de una necesaria valoración normativa con el fin de determinar los aspectos jurídicamente relevantes y las connotaciones penales, como los factores que inciden en una mayor o menor gravedad. No se trata de analizar y diseccionar un acontecimiento puramente natural, bruto, ontológico, rudo, que deba tomarse tal cual aparece en la realidad; supone una valoración normativa en base a criterios jurídicos.

En la determinación del hecho y la consecuente estimación normativa no debe haber lugar para la arbitrariedad, el capricho y subjetividad del fiscal, del juzgador o el tribunal. La libertad del juez y del fiscal en la fijación del hecho está sujeta a condicionamientos materiales, de cómo se desarrolla y configura éste en la realidad y debe responder también a la determinación de los criterios jurídicos objetivos que se levantan en el dominio de las categorías dogmáticas tanto del Derecho penal y del Derecho procesal penal como en criterios epistemológicos.

35. La determinación del hecho no es una tarea eminentemente descriptiva o de pura facticidad. Se involucran en este ámbito una serie de elecciones y valoraciones que derivan de la interpretación de la norma y de los criterios de selección propios de las fuentes del derecho reconocidas por el ordenamiento jurídico (Constitución, ley, reglamento, etc.). El hecho, si bien es un dato de la realidad, es, al mismo tiempo, objeto de una descripción, de un juicio o enunciado que se construye desde el

881 Cfr. Leone, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ejea, 1963, T. I, p. 393.

campo lingüístico y conceptual. En la fijación de un hecho, hay un aporte decisivo del lenguaje, ya sea general o especializado; de tal manera que en el derecho no hay hechos en bruto, o parcelas de la realidad tal cual, sino que, por el efecto irradiante de las normas jurídicas, solo hay **hechos jurídicos** que, al discutirse en un proceso reglado, pasan a ser hechos institucionales[882].

La construcción de un caso jurídico en el proceso constituye una operación compleja en la que el juez se vincula a las pretensiones de las partes, a los hechos alegados por cada uno de los intervinientes en el proceso, a los problemas jurídicos y a los puntos controvertidos. El razonamiento del juez busca las respuestas y soluciones más adecuadas de acuerdo a los eventos y a los problemas que el caso plantea, controlando cada una de las hipótesis y subhipótesis sostenidas por las partes, y de acuerdo a la evidencia que sustenta (o desestima) cada una de ellas.

Se distingue, con razón, dentro de este contexto, por un lado, **cuáles** son los hechos relevantes que deberían ser determinados y, por otro lado, **cómo** deben determinarse los mismos, es decir, a través de qué medios, los hechos pueden o deben ser fijados y acreditados. Mientras el primer problema se refiere a la definición de los hechos (enunciados) materia de proceso, el segundo problema se relaciona con las diversas clases de medio de prueba, la metodología y los resultados probatorios[883]. No es lo mismo saber cuáles son los hechos relevantes en el proceso que determinar el procedimiento y las pruebas que permiten comprobar su existencia dentro del proceso.

VII. LA FUNCIÓN DE DELIMITACIÓN DE LA IMPUTACIÓN DEL OBJETO DE PRUEBA

36. La imputación fija el objeto de la investigación y del proceso penal (**función de delimitación**[884]), lo que repercute en la precisión del contenido y los límites de la cosa juzgada o de la cosa decidida. Ella cumple con establecer el tema concreto a investigar y el objeto del proceso, señalando sus fronteras mínimas y máximas, sobre las que puede transitar el procedimiento. Al delimitar los hechos materia de

882 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 107|.

883 Por todos, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 103.

884 Véase, Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 170; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 328; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2012, p. 67; Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 12/39, p. 191; Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., p. 485; Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, pp. 142, 162 y ss.; Baumann, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, cit., 1986, p. 276; Sancinetti, Marcelo, *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, pp. 84 y ss.; Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2009, vol. I, p. 100.

investigación o del proceso penal, cumple una **función de garantía**[885] o **garantizadora,** no solo para el imputado, sino también para todas las partes en tanto que fija los hechos y los temas a tratar, pero a la vez sirve para excluir de una nueva investigación y eventual proceso penal los comportamientos que fueron materia de decisión, generado por el *ne bin in ídem*[886] o el principio de cosa juzgada.

Todo proceso penal se inicia con una imputación y, por lo general, termina con una sentencia en cuyo camino hay una serie de actos procesales y pruebas de singular importancia. La imputación y la sentencia son los extremos del proceso penal, entre los cuales hay un conjunto de actos dirigidos a la averiguación de la verdad y a la protección de los derechos de la persona[887]. La imputación sirve para fijar de manera provisional la hipótesis (de un hecho) penalmente relevante en una determinada etapa o fase del procedimiento[888].

El proceso penal —y su etapa estelar: el juicio oral— es una actividad que de manera esencial posee tres etapas: (i) la enunciación de la imputación que abre el tema objeto del proceso o del juicio; (ii) la admisión y actuación de medios de prueba que conforman el cuadro dialéctico que sostiene, por un lado, la acusación (al afirmar que un hecho se ha cometido) y, por otro lado, la defensa (que se resiste o se opone a la afirmación imputativa); (iii) la decisión final que acoge o niega la hipótesis acusatoria de culpabilidad[889].

37. El efecto más importante del ejercicio de la acción penal y la fijación de la imputación es la **vinculación temática del suceso** o de los hechos que se atribuyen a una persona, lo que constituye de manera indiscutible una regla delimitadora de los alcances del procedimiento de conocimiento fiscal o judicial[890]. Únicamente

885 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 329; Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 173.

886 Cfr. Baumann, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, cit., 1986, p. 293; Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, pp. 162 y ss.; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2012, p. 67; Zilli, Marcos, *Las condiciones de la acción penal en el derecho brasileño. Una nueva propuesta*, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, diciembre 2017, p. 47.

887 Cfr. Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 11; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 107.

888 Cfr. Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 172.

889 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 317.

890 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., p. 485; Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, p. 195; Baumann, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, reimp., Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 57; Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 166; Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 170; Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito processual penal*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988, p. 102; Asencio Mellado, José María, *Principio acusatorio y*

lo que se reproduce en la acusación es objeto del juicio, lo cual delimita lo que es materia de debate y de decisión judicial[891]. La prueba, las verificaciones objetivas y la valoración judicial dependen de la determinación del suceso histórico respecto a la acción y a los intervinientes[892].

La imputación delimita el objeto de la investigación, del proceso penal y del juicio oral canalizando la actividad de los órganos de investigación y persecución del delito, así como del tribunal, fijando la materia sobre la cual se debe decidir y resolver. La función de delimitación de la imputación cumple un papel esencial[893] y central en el ámbito del derecho procesal penal. Se trata de una categoría que tiene una influencia y configuración tanto constitucionales como convencionales. Dicha función no solo fija y determina el objeto y la materia de la decisión (fiscal o judicial), sino que, además, establece los parámetros mínimos y máximos sobre los cuales se deberá desarrollar la actividad probatoria en la investigación del delito y en el proceso penal[894]. Por ejemplo, delimita el ámbito objetivo en el que se desarrolla el examen y el contraexamen de los testigos[895].

La imputación (*thema probandum*) opera como un **criterio guía**[896] para la actividad de la investigación y el proceso penal, fijando sus límites. Sin una adecuada imputación, la verificación procesal de los enunciados fácticos no puede echarse andar[897]. La imputación establece el principal *thema probandum* en el proceso penal —aunque no sea el único— y posee una influencia directa en la decisión que se adopta[898]. No se pueden ofrecer y actuar actos de investigación y medios de prueba sobre proposiciones fácticas que no forman parte de la imputación, *v. gr.*, si se investiga un robo, no se puede actuar prueba sobre el cohecho a un policía, salvo que se amplíen los cargos. Con razón, se sostiene que la imputación no solo

---

derecho de defensa en el proceso penal, Madrid, Trivium, 1991, p. 26; Armenta Deu, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 40.

891 Cfr. Baumann, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, cit., 1989, p. 75.

892 Cfr. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, p. 198.

893 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 12/40, p. 192; Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, p. 195.

894 Cfr. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, pp. 142 y 195.

895 Cfr. Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 309.

896 Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 65; Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 52; Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 309.

897 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 329.

898 Cfr. Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 309; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 329.

es el acto genético del ejercicio de la acción penal en el ámbito del proceso penal, sino que representa el parámetro constitucional y legalmente válido sobre el que se desarrolla la actividad probatoria, y constituye el límite tanto para la admisión de la relevancia de la prueba como del poder decisorio del juez[899]. La pertinencia y los criterios de admisión de la prueba tienen que ver de manera directa con lo que es objeto de prueba en el proceso penal. Como criterio relacional, todo ofrecimiento y proposición de pruebas debe conectarse con el objeto concreto del proceso penal.

Un sector de la doctrina distingue entre el *thema probandum*, que es la enunciación histórica de la imputación formulada con el acto de promoción de la acción penal, y el *thema probans,* que es la enunciación del hecho a partir de la admisión y actuación de un medio de prueba. La acreditación positiva o negativa del *thema probans* deberá ser puesta en confrontación, en la etapa de valoración probatoria, con el objeto de imputación a fin de concluir si este se encuentra o no confirmado[900].

38. La imputación reposa en la (supuesta) ejecución de un hecho histórico con relevancia jurídico-penal, que, como todo suceso, posee determinadas notas distintivas que lo ubican de manera ineludible en un necesario contexto espacial y temporal. La imputación, para que sea racional y compatible con los principios constitucionales, debe fundarse en un hecho concreto, individualizado en sus caracteres de tiempo, lugar y en sus demás circunstancias. Para reconstruir cualquier suceso histórico del pasado, se requiere recaudar un conjunto de elementos que permitan lograr una necesaria **verificación empírica**[901] a través de los medios de prueba disponibles, a fin de comprobar si el hecho efectivamente ocurrió y si dicho acontecimiento fue realizado por el imputado. Junto a la verificación empírica se requiere también acreditar si el hecho que se atribuye, y forma parte de la imputación, es comprendido dentro de aquellos hechos descritos por el lenguaje de una determinada disposición legal (comprobación semántica).

Para que se cumpla de manera adecuada con la función de delimitación, es necesario que quien fija los hechos —sea el Ministerio Público o el querellante— describa e individualice completamente el suceso en sus coordenadas espaciales y temporales[902] de manera clara y precisa. La imputación describe un hecho histórico (no general, no abstracto) que pertenece al pasado, el cual no es posible de observación y de verificación directa. Lo que importa es la identidad del suceso histórico

899 Cfr. Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 172.

900 Véase, Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 244.

901 Al respecto, Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 12; Bontempelli, *Prova, verità e giudicato penale*, cit., p. 12.

902 Cfr. Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 12; Greco Filho, *Manual de proceso penal*, cit., p. 148.

que se individualizada en su contexto[903]. Dicho acontecimiento con relevancia jurídico-penal solo puede ser reconstruido de manera razonable y adecuada a través de los distintos medios de prueba[904] en la medida que se encuentre delimitado. Una pretensión penal pública, esto es, el ejercicio del *ius puniendi* solo puede fundarse en la comisión de un hecho punible, y únicamente si se logra acreditar que se ha cometido un delito, es posible aplicar una consecuencia jurídico penal prevista en el Código penal. Si se demuestra que el hecho no se ha cometido, que cometiéndose el hecho no ha sido realizado por quien se afirma es interviniente (como autor o partícipe) o que la acción atribuida no se encuentra considerada como delito por el ordenamiento jurídico penal, no puede haber una decisión de condena y lo que corresponde es emitir una absolución.

39. El objeto principal del proceso penal es la imputación[905], pero en el sentido de lo que es concretamente atribuido a una persona, es decir, en relación al contenido específico de la imputación[906]: una proposición fáctica que recoge un hecho del pasado que se considera relevante para el derecho penal y que se atribuye a una persona determinada[907]. La calificación y el tratamiento jurídico del hecho es relevante en la determinación del objeto y la dinámica del proceso, dado que se puede discutir cuestiones relacionadas a causas de atipicidad, de justificación, de inculpabilidad o de punibilidad que, al estar relacionadas a un hecho, poseen una relevancia jurídica indiscutible (hipótesis alternativa).

La fijación del objeto del proceso penal —o del objeto, incluso, de la misma investigación— no solo tiene que ver con el cumplimiento de un mero formalismo o de un rito innecesario, sino con el respeto y el cumplimiento de principios constitucionales y convencionales de indiscutible valor, como la vigencia del derecho a conocer y ser informado de los cargos de manera detallada y el respeto al derecho de defensa, así como al derecho a la prueba y al derecho al contradictorio. Si es que no se delimita y precisa el objeto del proceso y/o de la investigación el imputado —y las demás partes del proceso—, no podrán desplegarse actos defensivos adecuados y pertinentes en la defensa y la tutela de sus intereses.

La decisión (fiscal o judicial) que exceda o vaya más allá de lo que es materia de la investigación o del proceso penal, al violar la regla de la delimitación, incurrirá

903 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2009, vol. I, p. 99.

904 Cfr. Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 170; Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 12.

905 Ampliamente, Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 171; Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 309.

906 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 411.

907 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2009, vol. I, p. 99.

en una causal de nulidad de relevancia constitucional y convencional, al haberse pronunciado la autoridad más allá de los límites fijados previamente y que han sido informados al investigado o al imputado a fin de que se ejercite su propia defensa[908].

40. En la determinación del objeto de prueba, no es necesario que el hecho se haya efectivamente cometido, dado que lo que se discute y trata de averiguar en el proceso es una hipótesis —eventual, contingente— acerca de si cierto(s) suceso(s) ha(n) ocurrido o no, la cual, luego del acopio de los medios de prueba, se puede demostrar que se realizó, así como se puede acreditar su falsedad (que no ocurrió) o que no hay pruebas suficientes de su realización. De igual manera, puede pasar que el hecho se haya realizado, pero el imputado no lo haya cometido. Es posible que el proceso penal se pueda llevar a cabo sobre un hecho que no ha ocurrido (*v. gr.*, cuando se investiga el homicidio de una persona que luego de un tiempo aparece viva) o que, habiendo sucedido, no fue ejecutado por el imputado no lo ha ejecutado. El que pueda haber una imputación contra un inocente no quiere decir que el objeto del proceso (como hipótesis de trabajo de las autoridades estatales) no exista[909].

El objeto de prueba puede tener relación con la inexistencia de un hecho; *v. gr.*, cuando se busca demostrar que en una supuesta estafa no hubo engaño, que la muerte de una persona se debió estrictamente a causas naturales o cuando se busca acreditar que en un delito de corrupción de funcionarios el medio corruptor nunca existió.

El objeto de prueba también puede dirigirse a acreditar la inexistencia de la intervención de la persona, ya sea como autor o partícipe. En estos casos, se puede admitir la existencia del hecho, pero lo que se niega es que la persona haya estado presente en el lugar de los hechos, y se refuta, por tanto, que se haya cometido el delito, así ocurre en el caso de la coartada[910], que se puede acreditar con cualquier medio de prueba: testimonial, documental (*v. gr.*, recibos de viaje, vídeos, fotografías, etc.) o de otro orden.

Las proposiciones sobre los hechos, en el ámbito del derecho penal, deben referirse al mundo real en el sentido de que es necesario que los sucesos a los que

908 Al respecto, Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, p. 196, quien señala que el examen judicial es inatendible y, por lo tanto, absolutamente inocuo.

909 Sobre lo último: Baumann, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, cit., 1989, p. 292: "aunque haya sido acusado un inocente, se llevará a cabo un proceso penal que también tiene un objeto procesal".

910 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 65; Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 52.

se refieren hayan existido (o existan) en nuestro mundo histórico real —o que al menos sean hipótesis razonables sobre hechos— y no se comprende como objeto del proceso el que se aluda mundos alternativos como los relacionados a los sueños, a los mundos contraobjetivos, a los mundos ficticios[911] o a las narraciones ficticias, etc.

VIII. ¿QUÉ CLASE DE HECHOS PUEDEN ACREDITARSE EN EL PROCESO PENAL?

41. En el proceso penal se puede acreditar una serie de hechos para la decisión del caso, que pueden ser tanto los presupuestos de punibilidad como otros hechos relevantes de carácter procesal.

Los hechos son todos aquellos acontecimientos externos o internos que pueden ser percibidos racionalmente por un tercero y que componen el supuesto de hecho de una norma aplicable: puede tratarse de sucesos presentes o pasados, externos o internos, *v. gr.*, intención o conocimiento[912].

Los hechos que poseen relevancia en el proceso no quedan librados a la elección arbitraria de las partes, sino que dependen de las regulaciones normativas previas que configuran cuáles son las clases de enunciados sobre los hechos que son relevantes para el ordenamiento jurídico. No interesan los hechos en bruto, desnudos, sino únicamente los hechos que son relevantes para el derecho. Con razón, se sostiene que puede ser objeto de prueba todo lo que pertenece a la tipicidad de las disposiciones jurídicas aplicables y que forma la premisa normativa del juicio[913]. Incluso, puede tratarse de una o varias normas jurídicas aplicables, lo que lleva a sostener que se debe cumplir con acreditar cada uno de los elementos de la tipicidad de las normas. El respeto al principio de legalidad exige que se cumpla con todos los requisitos y presupuestos de la norma, tanto con los de la sustantiva como con los de la procesal.

El objeto de prueba no son todas las afirmaciones sobre un hecho, sino solo aquellas que son relevantes para la decisión y que necesitan la realización de la actividad probatoria. Un hecho es relevante para la resolución del caso en la medida que es importante y/o determinante para ella[914].

Las diversas normas del ordenamiento jurídico no pueden aplicarse si es que previamente no se determinan e individualizan las conductas y no se llega a probar

911 De modo general: Van Dijk, *La noticia como discurso. Comprensión, estructura y producción de la información*, cit., p. 55.

912 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/27, p. 302.

913 Por todos, Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 151.

914 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/32 y 33, p. 304.

cada uno de los elementos objetivos y subjetivos. El proceso se caracteriza por la aplicación de las normas generales a los casos concretos a través de la tarea de individualización y concreción. Sin la actividad probatoria en el proceso las alegaciones de las partes quedarían sumidas en la más absoluta incertidumbre e indeterminación y no podría aplicarse el derecho de manera justa y razonable, pues una decisión judicial no tanto depende de una alegación, sino de si se logra probar la misma.

Los distintos hechos que se presentan en el proceso y que pueden ser materia de prueba son los siguientes:

A. La conducta humana

42. En la ciencia procesal, tanto en la actual como en la histórica, hay acuerdo en sostener que uno de los principales objetos de prueba en el proceso es la realización de comportamientos humanos, tanto activos como omisivos.

En el Derecho penal de un Estado democrático, el principal elemento de la imputación jurídico penal es la atribución de que una persona ha cometido una determinada conducta relevante para el ordenamiento jurídico-penal. No puede haber delito sin acción (*nullum delitictum, sine actione*), ni puede fundarse la responsabilidad penal sin que exista **una conducta debidamente individualizada** que lesione o ponga en peligro un bien peligro jurídico-penal (art. IV del TPCP).

La conducta que se atribuye puede ser un acto material que produce un cambio en el mundo social o puede tratarse también de un acto del habla, tal como ocurre en los delitos contra el honor. Asimismo, el hecho de que una persona haya amenazado con matar a otra que luego es asesinada puede ser tomado como un indicio de móvil delictivo; igual si alguien en una conversación privada reconoce haber cometido un delito y se presenta el testimonio del interlocutor o una grabación para dar cuenta de ese hecho.

Por mandato del principio de legalidad penal, son relevantes tanto las acciones como las omisiones. Al respecto, "son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley" (artículo 11 del CP). Las omisiones pueden ser las omisiones puras o simples, que consisten en la mera actividad, u omisiones que no impiden la realización de un hecho punible y que requiere comprobar si la persona (i) tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo (artículo 13.1 del CP), o (ii) si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer (artículo 13.1 del CP).

43. La conducta humana objeto de prueba puede ser un acto aislado en la vida de la persona o puede tratarse de un conjunto de acciones que, desde el punto de

vista jurídico, se presentan como una unidad o se separan en distintas conductas como portadoras de un injusto autónomo.

El concepto de unidad de acción, tal como se lo entiende en la vida social, difiere de la noción de conducta o de hecho que se maneja en el derecho, o de manera específica, en el ámbito del derecho procesal. La determinación del hecho en sentido procesal es mucho más amplia que la noción de acción desde la perspectiva del derecho penal sustantivo.

El comportamiento de una persona puede alcanzar a realizar el injusto penal de dos o más leyes penales, lo que determina la configuración de un **concurso ideal de delitos**. En el concurso ideal, lo determinante será la unidad de acción, aunque los propósitos o finalidades sean variados, pues de lo contrario se confundirá el concurso ideal con el real[915]. En el caso de la realización de una sola acción, es posible que pueda haber tanto un concurso ideal como un conjunto aparente de delitos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "el Código Penal tiene previsto un conjunto de reglas para indicar al juez de qué manera debe resolver este tipo de conflictos, dada las importantes consecuencias que tienen para la individualización de la pena; y, cada una de estas reglas supone la determinación de la unidad o pluralidad de acción, aspecto muy relacionado con la teoría del delito[916]". Asimismo, se destaca que: "la postulación de las partes sobre este punto, desde luego, es plena, pero no pueden sostener que, porque el órgano jurisdiccional interpretó y aplicó de modo distinto las reglas del concurso de leyes y de delitos, se vulneró el principio acusatorio o, más grave aún, el principio de contradicción —en su ámbito de 'conocimiento de cargos'—. Bastan la postulación fiscal en la materia (concretada en la acusación) y, en esta perspectiva, la fijación de la postura por las demás partes procesales —se trata de un problema normativo ineludible para determinar si se está ante una unidad o a pluralidad de acción—, para que el órgano jurisdiccional esté en condiciones de efectuar la correspondiente definición y aplicación sobre el particular: si se está ante un concurso ideal, real o aparente, o ante un delito continuado"[917].

915 Véase, el R. N. N.° 2559-2015 del 18 de enero del 2017 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Villa Stein).

916 Véase, la Casación N.° 150-2018 del 3 de septiembre del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

917 Véase, la **Casación N.° 150-2018** del 3 de septiembre del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro) se declaró fundado el recurso, debido a que "las sentencias de mérito no se pronuncian terminantemente si, en el sub-lite, se trató de una unidad o una pluralidad de acción —vista en un sentido objetivo y jurídico, en el que el marco normativo del tipo legal es determinante [Hurtado - Saldarriaga: *Obra citada*, p. 203]; y, luego, si mediante la conducta ejecutada—desde los parámetros antes indicados-pueden realizarse los elementos de dos o más tipos legales, al punto que puede suceder que ninguno de los elementos

Asimismo, es posible que dos o más acciones puedan subsumirse como una violación de varias leyes penales, lo que dará lugar a un **concurso real de delitos**. La Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: "se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal. Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo. El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponde a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos[918]".

44. En una concepción amplia de comportamiento humano se comprenden los actos realizados por las personas jurídicas (tanto de derecho privado o de derecho público), a través de sus representantes, apoderados o el cuerpo de funcionarios.

La determinación del acto realizado por la persona jurídica a través de sus representantes o subordinados es importante en el derecho penal, debido a que las personas jurídicas pueden recibir como sanción un conjunto de consecuencias accesorias en razón a su actuar (artículo 105) y se les puede privar de los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes (artículo 104), así como se puede dictar el decomiso de bienes (artículo 104).

El comportamiento humano que puede ser objeto de prueba es la conducta dolosa o culposa. La actividad probatoria alrededor de la conducta que se lleva a cabo en la investigación, o en el proceso, puede confirmar la hipótesis de la que se parte o puede determinar el cambio del título de la calificación: la inicial conducta dolosa que se atribuye puede pasar a ser una conducta dolosa; o a la inversa, el comportamiento doloso puede terminar configurando un delito culposo.

típicos logre abarcar en su totalidad la conducta llevada a cabo. Excluido estos aspectos problemáticos, de tipicidad plural, cabe dilucidar si se está ante una unidad de ley o concurso aparente de leyes, que tiene como base que un solo tipo legal comprende toda la ilicitud de un hecho (tipicidad única)".

918 Véase, el Acuerdo Plenario N.° 4-2009/CJ-116 el 13 de noviembre del 2009 de la Corte Suprema de Justicia; el R. N. N.° 2769-2014 del 29 de noviembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Salas Arenas).

B. Los hechos de la naturaleza

45. En el proceso penal, también pueden ser objeto de prueba los hechos o eventos de la naturaleza que pueden tener relevancia jurídica y que están en condiciones de fundamentar, por ejemplo, una causa de fuerza mayor, tal como un terremoto, una inundación, un huayco, un rayo[919], etc. Hay eventos de la naturaleza que se conectan a conductas humanas, como cuando el CP castiga a quien "propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas" (artículo 289), o cuando la enfermedad del agraviado constituye una circunstancia agravante del delito de secuestro (artículo 152.12) y de otros delitos.

Los hechos naturales pueden formar parte de la hipótesis alternativa del imputado en el proceso penal; *v. gr.*, cuando se alega que la muerte de una persona que se le atribuye tiene como causa un evento de la naturaleza y no una conducta humana. Esta clase de hechos pueden ser objeto de prueba en cuanto a su ocurrencia y a la relación causal que generan.

Con todo, es posible que, en determinadas circunstancias, los hechos de la naturaleza puedan ser considerados en el proceso como auténticos hechos notorios que están exentos de prueba.

C. Cosas, bienes, objetos materiales y documentos

46. Junto a la conducta humana, uno de los elementos constitutivos de muchos tipos penales —tanto comunes como especiales— lo representa la referencia legal a cosas o bienes muebles que son el objeto de la acción en los delitos de apoderamiento (hurto o robo), de apropiación o de defraudación (estafa, estelionato). También se castiga el apoderamiento de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido, total o parcialmente ajeno (abigeato), o el que, a través de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, se despoje a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real (usurpación).

Asimismo, en los delitos contra la función pública se alude de manera frecuente a caudales o efectos que se le confía al funcionario en razón a su cargo (peculado), o se alude al funcionario que da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada (malversación de caudales).

919 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. PG. Actos procesales*, cit., T. III, p. 87; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 45; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 153.

En los delitos de corrupción de funcionarios es común la referencia a los medios corruptores, que son el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio (cohecho, tráfico de influencias), y se castiga al funcionario que incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos (enriquecimiento ilícito).

En todos los delitos descritos, los bienes muebles e inmuebles, los caudales y efectos públicos, el incremento del patrimonio o el ofrecimiento, la solicitud o entrega de donativos, promesas o cualquier otra ventaja son elementos constitutivos de muchos delitos y, por tanto, son parte del objeto de prueba en el proceso penal. En estos casos, no solo basta con probar la acción típica de engaño, violencia, grave amenaza, o la solicitud o recepción de ventaja que realiza el autor del hecho, sino que es indispensable también acreditar la existencia de los bienes muebles e inmuebles, los caudales y efectos públicos, los animales, el incremento del patrimonio o los donativos, promesas o cualquier otra ventaja. No se trata de hechos procesales, sino de bienes, cosas u objetos que integran la tipicidad de los delitos contra el patrimonio, el orden socio económico o los delitos contra la administración pública.

La existencia o no de las cosas, bienes u objetos puede ser objeto de prueba en el proceso penal, así como también las características, especie, clase, cantidad, valor o la relación de dichas cosas o bienes con el interviniente en el hecho punible.

47. Los documentos también pueden ser objeto de prueba en materia penal, tanto como hecho principal (o constitutivo del delito) como también como hecho secundario.

El documento cumple en el tráfico jurídico tres funciones: **la función de perpetuación, la función de garantía y una función probatoria.** El documento, cualquiera sea su clase, es materia de tutela jurídica por diversos sectores del sistema jurídico.

Los documentos, como manifestaciones del hombre, reflejan una declaración o una situación que tiene un significado para el ordenamiento y el tráfico jurídico. El derecho penal protege normativamente el documento al sancionar al que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación, o servir para probar un hecho (falsedad de documentos), o al castigar al que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad (falsedad ideológica). Asimismo, se persigue y sanciona al que suprime, destruye u oculta un documento, en todo o en parte de modo que pueda resultar perjuicio para otro (destrucción y supresión de documentos) o al que omite en un documento público o privado declaraciones que deberían constar (omisión de declaraciones).

Los documentos no solo cumplen una función probatoria —al manifestar y perpetuar una determinada manifestación de voluntad—, sino que también puede ser objeto específico de prueba debido a que se trata de cosas y material que puede ser observado, analizado y recibir diversos cuestionamientos y exámenes como, por ejemplo, se puede negar su autenticidad (*v. gr.*, la firma del documento no corresponde a su titular), se puede objetar su contenido (*v. gr.*, no corresponde a la manifestación de voluntad prestada), los sellos o el papel empleado pueden reflejar una clara adulteración[920]. El documento puede recibir una serie de inspecciones e investigaciones a fin de determinar su autenticidad y contenido, sobre todo, si hay una parte que lo cuestiona o se advierte serios problemas para dar por cierto la manifestación de voluntad o la firma. Para ello se acude a una serie de pericias (*v. gr.*, grafotécnica) a fin de acreditar la autenticidad del documento o para determinar si ha existido o no adulteraciones.

D. Estados físico-psíquicos, civiles y condiciones personales[921]

48. En el proceso penal, la persona humana puede ser objeto de prueba en sus diversos aspectos y manifestaciones. Por ejemplo, el sujeto pasivo del delito (en caso de lesiones o de tentativa de homicidio) puede ser objeto de análisis forense a fin de determinar el daño a su integridad corporal y la gravedad de la misma. En el caso de las denominadas "lesiones psíquicas", debe acreditarse si efectivamente ocurrieron y, de ser afirmativa la respuesta, determinarse la entidad de dicha afectación.

También pueden ser objetos de prueba los diversos **estados y situaciones** de la persona. Por ejemplo, en muchos casos es necesario acreditar la **edad** del autor a fin de determinar si se trata de un inimputable o no o si está incurso en una causal de imputabilidad de disminuida y puede recibir un tratamiento penológico más benigno. Igual ocurre con la necesidad de determinar la edad de la víctima *v. gr.*, en los delitos sexuales es necesario precisar la edad del sujeto pasivo a fin de establecer si la menor tenía menos de 14 años y si se ha cometido el delito de abuso sexual de menores.

Asimismo, es objeto de prueba el **estado civil** de la persona, por ejemplo, se busca determinar si se ha cometido o no el delito de bigamia, o cuando se castiga al que altera o suprime el estado civil de otra persona o una mujer finge embarazo o parto para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden; o cuando el que expone u oculta a un menor lo sustituya por otro y le atribuye falsa filiación

920 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, p. 109; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 154.

921 Cfr. Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 45.

o emplea cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación. Asimismo, en muchos delitos contra la familia se debe probar la patria potestad.

De igual forma, es necesario desde el punto de vista biológico probar, por ejemplo, si una mujer atravesó un **estado de gestación** y si efectivamente se pudo cometer el delito de aborto, o, para fijar si se ha realizado la circunstancia agravante propia del feminicidio, si una víctima se encontraba en estado de gestación. También es necesario determinar en el infanticidio cometido por una madre si esta estuvo afectada por el estado puerperal y, de ser así, si puede recibir un tratamiento penológico más benigno. En la misma línea, puede ser objeto de prueba el hecho de establecer si el conductor de un vehículo se encontraba o no en estado de ebriedad.

49. Las condiciones personales de la persona también pueden ser objeto de prueba. Por ejemplo, en la determinación judicial de la pena constituye una circunstancia atenuante el actuar bajo la "influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible" (artículo 46.1.d). El hecho de que la persona haya tenido una defectuosa socialización, posea un nivel educativo bajo y provenga de un ambiente de escasos recursos económicos hace que su comportamiento merezca un menor reproche jurídico-penal.

En el proceso penal, en la determinación del peligro procesal y, en concreto, del peligro de fuga, deben tomarse en cuenta determinadas circunstancias de la persona, como el arraigo en el país del imputado, (determinado por el domicilio), la residencia habitual, el asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto (artículo 269.1).

50. En el cuerpo o en la ropa de una persona pueden realizarse determinados actos de investigación y búsqueda de pruebas. Asimismo, se puede ordenar la realización de un examen corporal, para el cual se considera lo siguiente:

(i) La Policía, por sí —dando cuenta al fiscal— o por orden de aquel, cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, procederá a registrarla (artículo 210.1).

(ii) El registro puede comprender no sólo las vestimentas que lleva el intervenido, sino también el equipaje o bultos que porta y el vehículo utilizado (artículo 210.3).

(iii) El juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años (artículo 211.1).

(iv) Otras personas no inculpadas también pueden ser examinadas sin su consentimiento, solo en consideración de testigos, siempre que deba ser constatado, para el esclarecimiento de los hechos, si se encuentra en su cuerpo determinada huella o secuela del delito (artículo 212.1).

(v) En otras personas no inculpadas, los exámenes para la constatación de descendencia y la extracción de análisis sanguíneos sin el consentimiento del examinado son admisibles si no cabe temer algún daño para su salud y la medida es indispensable para la averiguación de la verdad. Los exámenes y la extracción de análisis sanguíneos solo pueden ser efectuados por un médico (artículo 212.2).

(vi) La Policía, ya sea en su misión de prevención de delitos o en el curso de una inmediata intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito mediante la conducción de vehículos, podrá realizar la comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado (artículo 213.1). Si el resultado de la comprobación es positivo o, en todo caso, si se presentan signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancia prohibida, el intervenido será retenido y conducido al centro de control sanitario correspondiente para realizar la prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos según la prescripción del facultativo (artículo 213.2).

E. El estado de peligrosidad y las situaciones de peligro[922]

51. Uno de los temas más importantes en el sistema penal contemporáneo —a nivel del derecho y el proceso penal— es la consideración como objeto de prueba tanto de las situaciones de peligro, como de la peligrosidad como fundamento material para la imposición de una clase de consecuencias jurídicas: (las medidas de seguridad).

La finalidad del Estado y del derecho penal de proteger a la sociedad y a los ciudadanos frente a la comisión de delitos no solo puede cumplirse con la ayuda de la pena —que tiene como presupuesto la culpabilidad del agente y la prohibición de sobrepasar dicho límite—, sino que se debe acudir en determinadas circunstancias a las medidas de seguridad. La pena y la medida de seguridad tienen como presupuesto común la comisión de un delito, pero se distinguen en que mientras que una reposa en la culpabilidad, la otra se basa en la peligrosidad del agente.

922 Cfr. Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 46.

Las medidas de seguridad tienen presupuestos distintos a las de la aplicación de una pena, ya que requieren que (i) el agente haya realizado un hecho previsto como delito (artículo 73.1 del CP); (ii) que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos (artículo 73.2 del CP).

A diferencia de la pena —que se basa en la exigencia de la comisión de un hecho delictivo y de la culpabilidad del agente—, en las medidas de seguridad lo central y decisivo es la personalidad del autor del hecho, que permite elaborar un juicio de peligrosidad en el sentido de un pronóstico de que en el futuro existe la enorme probabilidad de que pueda cometerse determinados delitos. El fundamento de las medidas de seguridad es la prevención especial y están destinadas a conjurar y neutralizar el peligro de reincidencia de la persona. Las medidas de seguridad son de carácter policial-preventivo, terapéutico o de simple aseguramiento, y se entiende, que son medidas adecuadas para evitar la comisión de delitos. Solo se dictan para evitar delitos futuros por parte del condenado y no para lograr su corrección moral ni para que acepte determinados criterios morales o para aplicarle una terapia que puede ser útil para que enmiende su vida. Sin la constatación de la peligrosidad, no puede haber aplicación legítima de las medidas de seguridad. Se exige que la medida sea idónea y necesaria para neutralizar la peligrosidad.

En el proceso penal el principal problema que se presenta para aplicar las medidas de seguridad es comprobar, como objeto de prueba, los presupuestos necesarios para su aplicación. El aspecto central reside en lograr una evaluación fiable, desde el punto de vista científico y clínico, de que en atención a la personalidad del agente puede deducirse una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. Para ello, debe efectuarse de manera seria y confiable un pronóstico de comportamiento futuro que revele dicha proclividad a cometer delitos. Dicho pronóstico se debe llevar a cabo, pese a que, desde la perspectiva clínica, no se dispone hasta ahora de métodos de análisis seguros y confiables para elaborar pronósticos sobre la personalidad del agente y, sobre todo, para prever el comportamiento futuro de la persona. Se reconoce que el pronóstico de la comisión futura de delitos es aún incierta e insegura, máxime si la ley exige para su imposición no solo la posibilidad de que en el futuro se pueda cometer delitos, sino que reclama una elevada probabilidad. En el juicio de pronóstico como presupuesto aplicativo de la medida de seguridad, se deberá probar de manera suficiente y adecuada la "elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos" y no la mera posibilidad de la comisión.

Por imperio del Estado de derecho, la aplicación de las medidas de seguridad solo se justifica por la peligrosidad del autor a partir de la comisión del delito y el pronóstico de la probable comisión futura del delito se debe basar en los medios

de prueba razonable, que por la vigencia del principio de jurisdiccionalidad se deja en manos del juez.

52. La noción de peligro es un concepto relacional, pues solo existe peligro respecto a algo (*v. gr.*, un evento dañoso, perjudicial, etc.) y a partir de algo. En el derecho penal el riesgo se relaciona tanto con la acción como con el resultado. El peligro se encuentra entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa (Torío López).

El peligro jurídicamente relevante supone lo siguiente:

(i) Una específica situación de peligro. Es necesario determinar las circunstancias fácticas que generan la situación de peligro (general o concreto).

(ii) La inseguridad o la incertidumbre de la lesión provocada por dicha situación, ya que pese a conocer los factores concurrentes de un hecho, es posible que puedan aparecer circunstancias aleatorias.

(iii) Una prognosis sobre un evento futuro.

(iv) Un criterio valorativo al exigir la probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal en un caso concreto.

El concepto de peligro es muy discutido en las diversas ciencias, y en el derecho su noción es muy difícil de determinar. Se acepta como punto de partida un **concepto normativo de peligro**[923], y no un concepto puramente objetivo o subjetivo[924].

923 Por todos, García Cavero, *Derecho penal. PG*, cit., p. 454; Feijoo Sánchez, Bernardo, *Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro*, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 330 y ss.; Acale Sánchez, María, *Los delitos de mera actividad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a. época, N.° 10, 2002, p. 28; Cerezo Mir, José, *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a. época, N.° 10, 2002, p. 52: "El concepto de peligro es siempre un concepto normativo. Lo es en la medida en que se tienen en cuenta en el juicio de peligro, las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causal"; Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 40, 45 y ss.; Kindhäuser, Urs, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal*, en *InDret*, febrero, Barcelona, 2009, p. 11: "el concepto de peligro es normativo en dos sentidos. Por una parte, se refiere a la posibilidad de un acontecimiento lesivo cuya producción no es deseada por quien habla. De ahí que el concepto de peligro no sea utilizado con sentido en caso de que quien habla no contemple el posible suceso como un daño. Quien compra un número de lotería no se expone al peligro de ganar el premio principal, sino, en todo caso, al peligro de haber gastado su dinero en vano. El equivalente positivo del peligro es la posibilidad"; Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldarriaga, *Manual de derecho penal. PG*, 4a. ed., Lima, Idemsa, 2011, T. II, N.° 2038, p. 69.

924 Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema en el **Acuerdo Plenario N.° 6-2006/CJ-116** del 13 de octubre del 2006 expedido por Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, ha señalado que "el *peligro* es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también

El peligro en el ámbito del derecho penal solo tiene relevancia si se relaciona con un comportamiento humano (activo u omisivo) que lo genera o lo incrementa. No interesan los meros procesos causales que provienen de la naturaleza ni los hechos en bruto que son ajenos a una conducta. La noción de peligro no es un juicio teórico, sino un juicio práctico que no gira alrededor de un hecho puro. Se está ante juicio normativo en donde se toman en cuenta las valoraciones jurídicas.

53. Otro de los temas de prueba que deben acreditarse de manera adecuada en el proceso penal es la problemática del peligro procesal en la imposición de las medidas cautelares, tanto personales y reales.

El peligro procesal es el fundamento constitucional de las medidas cautelares, en especial, de las que tienen que ver con una restricción o limitación de algún derecho fundamental[925], *v. gr.*, la libertad personal.

El peligro procesal como presupuesto fáctico, por ejemplo, de la prisión provisional debe ser alegado, sostenido y probado por el Ministerio Público en su requerimiento respectivo. El peligro procesal, propio de la prisión provisional en cualquiera de sus manifestaciones (riesgo de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria), debe cumplir con tres requisitos: debe tratarse de un riesgo ***real***, un riesgo ***grave*** y un riesgo procesal ***inminente***. Solo si el riesgo procesal invocado es grave, corresponde dictar la prisión provisional; cuando se trata de un riesgo procesal moderado, solo corresponde dictar una medida de comparecencia con restricciones, y si el riesgo procesal es de baja intensidad, lo que se debe dictar es una comparecencia simple.

F. Lugares[926]

54. Otro de los temas de prueba que se presentan en el proceso penal es la necesidad de probar la existencia de determinados lugares, de ciertas cualidades de dichos espacios o la presencia en ellos de la persona. Por ejemplo, en el hurto y en el robo agravado, el establecer como una circunstancia agravante el que se cometa el hecho en una casa habitada, lo que supone no solo la acreditación de la existencia de un determinado inmueble, sino que dicho inmueble se encuentre habitado.

---

se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal". Con ello, se asume una postura mixta, pues no solo se fundamenta el peligro en una noción normativa, sino también en una regla de experiencia.

925 Cfr. Asmat Rubio, Humberto, *Tratamiento actual de la determinación del peligro procesal en las medidas coercitivas personales*, en *Actualidad Penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2022, p. 45.

926 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. PG. Actos procesales*, cit., T. III, p. 92; Cafferata Nores/ Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 45.

Igualmente, en el delito de robo se castiga como circunstancia agravante el cometer el hecho en un "lugar desolado". En el delito de hurto, robo y abigeato, se castiga el apoderamiento de un bien "sustrayéndolo del lugar donde se encuentra". En el delito de exhibiciones y publicaciones obscenas, se castiga a quien, en un "lugar público", realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena (artículo 183). Se sanciona también a quien, en "un lugar público" y teniendo licencia para portar arma de fuego, hace uso, maniobra o de cualquier forma manipula la misma en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de estupefacientes, drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o sintéticas (artículo 279-F), o a quien "profana el lugar en que reposa un muerto o públicamente lo ultraja" (artículo 318.1). En el delito de fuga de accidentes de tránsito, se pune a quien en un accidente automovilístico o de tipo similar en el que ha tenido parte y del que han resultado lesiones o muerte, se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias o se aleja por razones atendibles (artículo 408).

El CP establece como reglas para la imposición de la pena la "prohibición de frecuentar determinados lugares" (artículo 58.1) y la "prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez" (artículo 58.2), lo que supone probar la existencia de dichos lugares y las razones mínimas de por qué las personas no pueden concurrir.

G. Los hechos internos o los estados mentales: el dolo, la culpa, las emociones, las perturbaciones de la conciencia[927]

55. En el derecho, junto a los hechos externos que se producen en el mundo social, tienen una enorme relevancia los hechos internos que, como fenómenos psíquicos, una vez que se manifiestan, son capaces de producir hechos jurídicos que

927 Cfr. Iacoviello, Francesco, *Processo di parti e prova del dolo*, en *Criminalia*, 2010, pp. 463 y ss.; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 45; 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, p. 98; Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 269; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 66; Ragués, Ramón, *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, en *Revista Estudios de la Justicia*, N.° 4, 2004, pp. 6 a 19; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 159; González Lagier, Daniel, *Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de "sentido común"*, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N.° 3, 2022, pp. 49 y ss.; González Lagier, Daniel, *La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima*, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 68; julio-diciembre, 2005, pp. 33 y 35; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*,

despliegan importantes consecuencias jurídicas[928]. Si bien los hechos se presentan en realidad como una unidad de sentido, desde el punto de vista analítico, es posible estudiar los sucesos tomando en cuenta distintas perspectivas, entre las que destaca la que divide los hechos en externos e internos.

Los hechos internos que pertenecen al ámbito psicológico, sentimental o volitivo de las personas consisten en valoraciones, sentimientos, actitudes preferencias o voluntades[929]. Los hechos internos pueden ser de diversa índole, como la intención, la voluntad, la finalidad, el conocimiento. Dentro de la amplitud de los diversos hechos internos con relevancia jurídica, los que más comúnmente se discuten en el proceso son el dolo, la culpa, el error, las emociones, la imputabilidad, la alteración o no de la conciencia, el estado mental de las personas, este último a fin de determinar, por ejemplo, la presencia de una enfermedad mental.

Desde el punto de vista epistemológico, se sostiene que no puede haber diferencias esenciales entre la actividad cognoscitiva dirigida a establecer la existencia física de un determinado hecho y la que tiene por objeto conocer la dimensión intelectual (interna, subjetiva, etc.) del mismo. Llevado esto al caso de la conducta humana, no puede haber actividades distintas para conocer el aspecto externo del comportamiento que determinar y probar su aspecto interno[930].

---

cit., pp. 70 y ss.; Pérez Gil, Julio, *El conocimiento científico en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 84 y 85; Hunter Ampuero, Iván, *Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 22, N.° 1, 2015, p. 216; Garcimartín Montero, Regina, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Cedecs, 1997, p. 51; Döhring, Erich, *La prueba. Su práctica y apreciación*, Buenos Aires, Librería "El Foro", 1998, p. 75; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 155; Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. 1, p. 27; Mittermaier, Carl, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 11a. ed., Madrid, 2004, pp. 68 y 141.

928 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/27, p. 302; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 71: "que los hechos psicológicos sean internos o no-observables no significa que no sean auténticos hechos, y por lo tanto comprobables mediante juicios descriptivos"; Hunter Ampuero, *Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*, cit., p. 216: "Estos hechos se caracterizan por situarse en la esfera inmaterial, interna o sicológica de un determinado sujeto, que resultan físicamente imposibles o difíciles de constatar, pero que en muchas oportunidades son considerandos por el legislador para la producción de efectos jurídicos"; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 155: "no se trata de hechos materiales, pero sí de hechos reales, susceptibles de conocimiento concreto y de apreciación subjetiva".

929 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 159; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 71; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 155.

930 Cfr. Bacigalupo Zapater, *Casación por infracción de la ley y motivación de la sentencia*, cit., p. 98; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 71; Andrés

En los estados mentales o los hechos internos se pueden distinguir entre (i) voliciones (como los deseos y las intenciones), (ii) cogniciones (creencias, conocimientos), (iii) percepciones y sensaciones, (iv) estados afectivos (emociones, estados de ánimo) y (v) actos mentales (el planear, deliberar, decidir, etc.)[931].

56. Los aspectos internos de la persona no porque pertenecen a su mundo interior dejan de ser hechos (o fenómenos) reales que pueden y deben ser probados en los distintos procesos, entre los que se incluye el proceso penal. Los estados internos o subjetivos de la persona, por más que se trate de hechos inmateriales, no dejan de ser hechos reales y con una existencia efectiva. El que, muchas veces, el hecho interno sea percibido únicamente por la persona en la que se desarrolla el fenómeno psicológico concreto no quiere decir que este no se pueda probar de manera adecuada o razonable, a través de los diversos medios de prueba y, en particular, a través de la prueba por indicios.

La regulación jurídica de los distintos fenómenos psíquicos (intención, conocimiento, error, culpa, buena fe) es variada y puede ser distinta de un ordenamiento jurídico a otro. Dicha regulación no viene acompañada, lamentablemente, de definiciones jurídicas operativas que ayuden a determinar su significado y, con ello, a establecer lo que deberá ser objeto de prueba en el proceso penal. Por ejemplo, legalmente no se define qué es dolo, culpa o error. En este ámbito, será relevante y decisivo el conjunto de criterios, conceptos y definiciones que brinda la doctrina jurídico-penal y la jurisprudencia en la interpretación de la regulación legal de los distintos hechos internos y estados subjetivos. Pese a la amplitud, y a veces indeterminación, de las disposiciones legales que se refieren a los hechos internos en el derecho, existe un conjunto de conceptos y definiciones básicas que ayudan a su precisión y a establecer el supuesto de hecho normativo.

El intérprete y el operador jurídico, en función a la regulación legal, tiene que individualizar y precisar el contenido y el sentido de la clase de hecho psíquico que se debe probar en el proceso penal, señalando su clase (dolo o culpa, enfermedad mental, grave alteración de la conciencia, etc.), su entidad y característica principal (*v. gr.*, intención, dolo directo de segundo grado o dolo eventual).

57. La dificultad de la prueba de los hechos internos, que deriva de su propia naturaleza, complejidad y estructura, no quiere decir que no se puedan probar y, menos, que no sean objeto de prueba en el proceso penal.

IBÁÑEZ, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 269; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 66.

931 Por todos, GONZÁLEZ LAGIER, *Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de "sentido común"*, cit., p. 52.

La dificultad de la prueba de los hechos internos es consecuencia de que no es posible ofrecer una prueba externa fiable y segura, que sea intersubjetivamente verificable, de los distintos sucesos que existen en la esfera psíquica de la persona. Las técnicas, métodos y medios probatorios que se utilizan para probar los hechos externos no despliegan la misma eficacia y utilidad que poseen para probar los hechos internos. Si bien es posible que, por ejemplo, haya el testimonio de una persona que relate que escuchó del autor del hecho (*v. gr.*, un homicidio) y señalar cuál era su intención, dicho supuesto es excepcional y escasamente frecuente. Incluso el testimonio de este acto previo no refleja una real intención criminal (*v. gr.*, la comunicación podría haber sido de broma) ni su culpabilidad en el hecho concreto, sino que solo prueba una (posible) manifestación oral que alguien pudo haber prestado, la cual, además, como toda prueba, debe ser corroborada.

La prueba de los distintos estados subjetivos y los hechos internos no siempre es la misma ni encierra el mismo grado de complejidad en todos los casos ni tampoco supone el empleo de los mismos medios de prueba. La utilización de la prueba de los hechos psíquicos es variable y difiere según el hecho interno que se pretenda probar. No todos los hechos psíquicos requieren del aporte de la misma clase de prueba en todos los casos. Por ejemplo, para acreditar una enfermedad mental es necesario remitirse a una pericia psiquiátrica con el fin de determinar la clase de enfermedad que se padece, su naturaleza, y gravedad y la afectación de la conciencia y personalidad en el caso concreto. Para probar la intención delictiva o el conocimiento de los hechos es necesario remitirse al uso de la prueba por indicios.

La capacidad de rendimiento de la prueba de los hechos internos depende del desarrollo de los criterios doctrinales y jurisprudenciales útiles que sirven como criterios guías y que representan una **tipología de indicadores objetivos**[932] ("indicios tipo" o "esquemas típicos de indicios") que pueden ayudar a la operatividad funcional y a la prueba de esta clase de hechos. Por ejemplo, en el ámbito del derecho penal, es común la elaboración y aplicación de una serie de criterios que sirven para acreditar el dolo en determinada clase de delitos como, por ejemplo, el delito de homicidio, el delito de receptación, el delito de lavado de activos, entre otros.

La prueba de los hechos internos no está sometida a las reglas de la prueba legal ni al empleo de una determinada clase de prueba, *v. gr.*, la prueba directa o prueba por indicios. En el campo penal, hay quienes creen que la prueba más idónea para acreditar la intención o el dolo —o, en general, los hechos internos— es la confesión del imputado que sería la prueba reina en esta clase de hechos. Si bien es posible otorgar algún crédito inicial a la manifestación del imputado cuando reco-

932 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 160; González Lagier, *La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima*, cit., pp. 33 y 35.

noce el haber cometido un hecho punible (*v. gr.*, se la puede considera una *notitia criminis*), el ordenamiento jurídico, a fin de prevenir las confesiones erradas, fraudulentas, basándose en criterios de racionalidad empírica, exige que la declaración por la cual el imputado admite los cargos sea corroborada de manera escrupulosa (artículo 160.2.a del CPP[933]). La ley peruana no establece que las declaraciones *contra si mismos* deban ser tomadas como verdaderas ni asigna un valor preferente ni automático a la confesión de los hechos. La confesión es una prueba que no tiene un rango privilegiado ni constituye un medio que posea un mayor valor probatorio o fuerza conviccional. Por el contrario, se trata de una prueba débil y sospechosa.

El principio del libre convencimiento del juez plantea que ninguna prueba posee preeminencia sobre otra y que en ningún proceso se puede consagrar, de manera general, el valor superior o la mayor jerarquía de ciertas pruebas.

58. Las dificultades probatorias que encierra acreditar determinados hechos internos (*v. gr.*, el dolo, la buena fe) hace que se utilice como prueba por excelencia a la prueba indirecta, llamada también "prueba indiciaria", una técnica de reconstrucción adecuada de esta clase de sucesos[934]. A partir de la prueba de ciertos hechos secundarios debidamente probados es posible elaborar y construir inferencias sobre la intención del sujeto o cualquier otro hecho interno. Dicha técnica probatoria requiere un escrupuloso control no solo de los indicios (hechos secundarios debidamente probados), sino también fundamentalmente, de las inferencias probatorias, que a partir de los hechos probados permiten concluir de manera razonable en un determinado sentido. Al respecto, la jurisprudencia de los diversos países, luego del análisis de muchos casos, ha elaborado a lo largo del tiempo una serie de criterios que sirven como pautas y criterios útiles —algunos de ellos, consolidados— para establecer de manera razonable la existencia de un hecho interno, tomando como base la clase de delitos y la concurrencia probada de una serie de indicadores objetivos. Se trata de criterios no vinculantes ni obligatorios, pero que sirven como pautas referenciales muy valiosas para la solución adecuada de muchos casos.

En la prueba por indicios —en especial, de los hechos internos—, el objeto de prueba y de conocimiento en el proceso son los hechos (indiciarios o indicadores) que permiten alcanzar razonamientos y conclusiones probatorias fiables, siempre que se emplee una adecuada racionalidad empírica y jurídica[935]. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la prueba de los hechos internos encierra una enorme complejidad y que lo que se trata de acreditar son efectivamente los fenómenos

933 La confesión solo tendrá valor probatorio cuando: "esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción".

934 Cfr. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 224.

935 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 165.

psicológicos de una persona de carne y hueso, y que no es correcto sustituir el objeto de prueba (el hecho interno) con la referencia a indicadores objetivos[936] y menos con presunciones más o menos estandarizadas.

La Corte Suprema de Justicia señala que el hecho subjetivo es de más difícil averiguación, pues, por definición, requiere siempre ser descubierto (o inferido) a partir de otros hechos externos; se trata de un conocimiento indirecto conocido a partir de otros hechos, desde luego con un mayor nivel de dificultad[937].

59. La mejor doctrina viene reclamando que la acreditación del elemento subjetivo, en especial, del dolo, debe no solo ser objeto de prueba rigurosa, sino que este debe estar probado más allá de una duda razonable[938]. Con ello, se enfatiza que no basta cualquier nivel de prueba, ni es suficiente cualquier estándar probatorio (*v. gr.*, la probabilidad prevaleciente). Es necesario que, como cualquier elemento del injusto penal, haya una convicción que despeje cualquier duda esencial o razonable.

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 o explicitar el proceso racional que lleva a mostrar cómo el juez entiende que se ha probado este elemento subjetivo[939].

El dolo es una particular clase de hecho relevante para la decisión, pertenece a la categoría de hechos internos[940], que a su vez se diferencian de los hechos externos. De esta manera, al dolo se lo concibe como la cara interna de la conducta que

936 De manera distinta: Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 165: "el hecho psíquico interno no existe como objeto de prueba y su definición normativa es solo una formulación elíptica cuyo significado se reduce a las circunstancias específicas del caso concreto"

937 Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 60-71. Véase, la Casación N.° 2045-2019 Arequipa del 30 de septiembre del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "El hecho subjetivo del conocimiento del traslado de la droga decomisada, como tal, debe ser probado y su acreditación se realiza mediante la prueba por indicios".

938 Cfr. Andrés Ibáñez, *La función de las garantías en la actividad probatoria*, cit., p. 193: "no cabe duda de que la naturaleza de los factores intencionales hará el proceso intelectual dirigido a la determinación de su eventual existencia más delicado y más difícil, pero esto no elimina la necesidad del esfuerzo de racionalización, sino que, por el contrario, la acentúa"; Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 217.

939 Cfr. Zugaldía Espinar, José Miguel, *La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 39, fasc. 2, Madrid, 1986, p. 407.

940 En sentido similar: Cuello Contreras, Joaquín, *El derecho penal español. PG*, 3a. ed., Madrid, 2002, T. I, p. 651.

tiene existencia real y que, por tanto, es un hecho que debe probarse de manera suficiente[941].

H. ¿SE PUEDEN PROBAR LOS HECHOS FUTUROS?

60. En la doctrina procesal, hay acuerdo en sostener que no solo se pueden probar los hechos del pasado, entendidos como acontecimientos históricos, sino también los hechos del presente (*v. gr.*, la conducta procesal de las partes) y, eventualmente, los hechos del futuro[942].

Creemos que aquí lo importante es tomar como referencia el concreto supuesto de hecho que se describe en la disposición legal, que en la inmensa mayoría de casos se refiere a acontecimientos del pasado y, de manera muy infrecuente, a sucesos del presente. Un ejemplo de hecho futuro es el lucro cesante que consiste en la pérdida de ganancias producto de un determinado daño (*v. gr.*, la mutilación), el cual presenta ciertas dificultades derivadas de la necesidad de efectuar averiguaciones acerca de su existencia y cuantificación.

La Corte Suprema de Justicia entiende por lucro cesante como "un tipo de daño patrimonial que hace referencia al lucro, al dinero, a la ganancia, a la renta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o el daño que se le ha causado[943], es decir, el monto económico dejado de percibir; puesto que, si no se hubiese originado el daño, el sujeto seguiría percibiendo el dinero que le corresponde"[944] y que "que comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar

941 Cfr. Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., 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, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 65.

942 Ampliamente, Mora Sánchez, Jeffry, *Predictibilidad conductual y proceso penal: algunos apuntes sobre el fundamento epistémico de los hechos futuros en las medidas cautelares*, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N.° 2, 2021, pp. 53 y 68; Hunter Ampuero, *Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*, cit., p. 220; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 152 (quien alude al cálculo del lucro cesante por actividades futuras); Palacio, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 19.

943 Véase, la Casación Laboral N.° 08960-2018 del 24 de marzo del 2021 de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República; la Casación Laboral N.° 14367-2018 del 20 de mayo del 2021 de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República.

944 Véase, la Casación Laboral N.° 10614-2017 del 8 de enero del 2020 de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República; la Casación Laboral N.° 14367-2018 del 20 de mayo del 2021 de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República: "En tal sentido, la indemnización de daños y perjuicios en la modalidad de lucro cesante se configura como la ganancia dejada de percibir o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo o acto

a causa del acto dañino, por ello puede concluirse que el lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño, el mismo que debe ser cierto puesto que lo que busca resarcirse serán aquellas ganancias dejadas de percibir como consecuencia del acto dañino[945]". Expresamente se reconoce el lucro cesante como un caso de hechos futuros[946]. De manera general, la Corte Suprema señala lo siguiente: "respecto al daño, que engloba, en conjunto, el daño patrimonial y el extrapatrimonial. El patrimonial, también entendido como material, es —a su vez— de dos clases: el daño emergente (la pérdida patrimonial efectivamente sufrida) y el lucro cesante (entendido como la ganancia dejada de percibir). El extrapatrimonial, en palabras de nuestro Código Civil, se refiere al daño moral y al daño a la persona"[947].

61. Aquí vale preguntarse ¿es posible probar hechos futuros? En este ámbito manifestamos las dudas acerca de si es posible probar "hechos futuros", sobre todo, si se trata de acontecimientos que no han ocurrido ni de los que se tiene constancia, y sobre los cuáles no es posible desplegar medios probatorios[948]. Se reconoce que en esta clase de hechos resulta imposible la existencia de una prueba directa, por lo cual debe estimarse su acreditación a partir de ciertos datos objetivos que sí requieren una actividad probatoria importante[949].

Sobre los hechos futuros se puede hacer proyecciones, cálculos o pronósticos, pero no se puede establecer de manera concreta pruebas. Una cosa es probar los hechos o circunstancias que pueden fundamentar de manera idónea juicio o pronósticos sobre lo que puede ocurrir en el futuro, y otra muy distinta es sostener que los acontecimientos que no han ocurrido (y que tal vez nunca ocurran) se pueden acreditar. Los cálculos o las proyecciones sobre lo que pasara en el futuro

---

dañoso, es así, que para la cuantificación de este daño, las remuneraciones dejadas de percibir por el demandante en el periodo que duró el despido, solo puede ser considerado como uno de los criterios para fijar el monto indemnizatorio por lucro cesante".

945 Véase, la Casación Laboral N.° 3289-2015 del 19 de enero del 2017 de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República.

946 Véase, la Casación Laboral N.° 08960-2018 del 24 de marzo del 2021 de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República.

947 Véase, el R. N. N.° 1075-2020 del 4 de octubre del 2021 de la Sala Penal Permanente.

948 Cfr. Mora Sánchez, *Predictibilidad conductual y proceso penal: algunos apuntes sobre el fundamento epistémico de los hechos futuros en las medidas cautelares*, cit., p. 68: "En este punto es posible afirmar que los hechos prospectivos, en sentido estricto, no son susceptibles de ser probados, en tanto no se puede corroborar algo que no ha sucedido. No obstante, siendo imprescindible dotar de contenido epistémico a la hipótesis probabilística que constituye el riesgo de ocurrencia de un evento, es preciso establecer si es viable en la actualidad predecir la conducta humana, con suficiente fiabilidad como para afectar la esfera de libertades y derechos de un sujeto determinado.".

949 Por todos, Hunter Ampuero, *Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*, cit., p. 221.

se pueden estimar, pero no puede haber una actividad probatoria concreta sobre algo que no ha ocurrido.

En el ámbito del proceso penal, se dictan decisiones que afectan derechos fundamentales con un amplio margen de incertidumbre, entre otros aspectos, debido a que se deben pronunciar sobre hechos que todavía no ocurren y que suponen una situación de peligro. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se dictan medidas cautelares (personales o reales), en especial, en el caso de la prisión provisional contra un individuo que requiere pronunciarse sobre dos aspectos claves: (i) la probabilidad de que contra el investigado se emita una sentencia condenatoria (ii) y la probabilidad de que la libertad del imputado se afecte debido a que existe un peligro fuga o de obstrucción de la actividad probatoria[950].

En el ámbito de las medidas cautelares personales, resulta central la noción de peligrosidad procesal que consiste en un estado de cosas tal que permite afirmar que es posible que la persona en cuestión ejecutará en el futuro una acción de aquellas que quieren evitarse, debe recordarse que *peligro* significa "riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal[951]".

En la doctrina civil, se reconoce que el juez no puede exigir una probabilidad muy elevada en la acreditación de que el hecho futuro se va a producir. Solo es posible exigir una probabilidad mediana o moderada[952].

La Corte Suprema ha entendido que el lucro cesante, al encontrarse propuesto en términos de aquello "dejado de percibir", a veces se puede establecer en términos de certeza (*v. g.*, cuando la percepción de la ganancia solo depende de la producción de un evento futuro cierto –plazo–), pero otras se encontrará ligado a la incertidumbre que usualmente acompaña a los eventos futuros (v.g. las rentas que pudieran recibirse del arrendamiento de un inmueble o la cosecha que pudiera obtenerse de un predio dedicado a la actividad agrícola). Por esta causa, se ha sostenido que la

950 Cfr. Mora Sánchez, *Predictibilidad conductual y proceso penal: algunos apuntes sobre el fundamento epistémico de los hechos futuros en las medidas cautelares*, cit., p. 68; Dei Vecchi, Diego, *La prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales*, en *Ideas & Derecho*, n.º 11, 2015, p. 14; Asmat Rubio, *Tratamiento actual de la determinación del peligro procesal en las medidas coercitivas personales*, cit., p. 45.

951 Cfr. Dei Vecchi, *La prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales*, cit., pp. 14 y 15: "Aquí se trata, además, y sobre todo, de una hipótesis probabilística. En este orden de ideas, los enunciados fácticos, siempre probables en ese sentido probatorio, pueden a su vez ser afirmados como ciertos o como eventos probables. Ambos son enunciados probables en términos probatorios (más o menos probables de acuerdo a la fortaleza de los elementos epistémicos); solo el segundo es probable en el sentido que ahora interesa, como probabilidad ínsita en el concepto de *periculum libertatis*".

952 Por todos, Hunter Ampuero, *Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*, cit., p. 221.

diferencia más trascendental entre daño emergente y lucro cesante "[...] está en la mayor dificultad de prueba inherente a este último, con el resultado de que esta figura se presta más fácilmente par ser sometida a una apreciación equitativa"[953]. No obstante, esta circunstancia no impide que el órgano jurisdiccional pueda aplicar **al caso criterios que, sobre la base de la equidad y las reglas de la experiencia, permitan arribar a una determinación razonada del lucro cesante** cuando, a pesar de haberse probado su existencia, existan circunstancias que razonablemente impidan al demandante acreditar con exactitud la cuantía[954].

La Corte Suprema ha señalado que "se exige en rigor la valoración de la prueba para la existencia del lucro cesante y sobre todo en el *'quantum'*, acreditándose el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir, lucro cesante y la realidad de éste. La carga de la prueba corresponde al demandante y si el caso se refiere a las ganancias dejadas de percibir por una empresa, será necesario acudir a los medios usuales de prueba como la contabilidad, declaraciones fiscales, etcétera, mediante un auditor/perito en la materia, que emitirá un informe que podrá acreditar por diversos medios técnicos el más que probable beneficio dejado de percibir, es decir, el *'quantum'* del lucro cesante[955]". La medición del lucro cesante surge a partir de ciertos indicadores objetivos, entre ellos, la ocupación laboral o vocación estudiantil, que permitan fijar una suma proporcional con la pérdida de ingresos económicos futuros. Se refiere, concretamente, a la falta de ganancias que lícitamente se hubiera producido a favor del perjudicado, en caso que el delito no se hubiera perpetrado[956].

62. En el caso de los delitos de peligro que están presentes en muchas disposiciones del CP —sean de peligro concreto o abstracto—, como también en el caso de la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad (artículo III del TPCP y el artículo 73 del CP), se trata de evaluar una situación real (de peligro) y lo que puede ocurrir, ya sea de manera general o en el caso concreto.

El peligro tiene componentes fácticos y normativos que deben analizarse con escrupulosidad en el caso concreto, y han de tomarse en cuenta los medios de prueba que los sustentan o los descartan.

953 Véase, la Casación N.° 3499-2015 del 5 de abril del 2016 de la Sala Civil Permanente.
954 Véase, la Casación N.° 3499-2015 del 5 de abril del 2016 de la Sala Civil Permanente.
955 Véase, la Casación N.° 4039-2013 del 17 de noviembre del 2014 de la Sala Civil Transitoria.
956 Véase, el R. N. N.° 1969-2016 del 1 de diciembre del 2016 de la Sala Penal Permanente.

CAPÍTULO VI

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

SUMARIO: I. La carga de la prueba en el derecho. **II.** La prueba de cargo debe ser aportada por la acusación. A. La presunción de inocencia y la carga de la prueba. B. Una regla de racionalidad mínima: quien afirma algo lo debe probar. C. La presunción de inocencia y la carga de la prueba en los tribunales de justicia nacionales e internacionales. **III.** Las manifestaciones de la presunción de inocencia como regla probatoria. A. La existencia de actividad probatoria. B. La actividad probatoria de cargo. C. La obligación constitucional, convencional y legal de que se prueben todos y cada uno de los elementos de la imputación. D. La actividad probatoria de cargo debe ser completa y suficiente.

I. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO

1. La carga (*onus*) es una facultad cuyo ejercicio es necesario para la consecución de un determinado objetivo. Se la entiende como una situación jurídica por la que el ordenamiento jurídico impone a un sujeto el comportarse de un determinado modo si es que busca obtener una determinada ventaja[957]. Se trata de un imperativo del propio interés que posee una parte y que se manifiesta en la amenaza de un perjuicio si es que no se cumple con determinada actividad y/o prestación[958].

Las cargas se distinguen de los deberes debido a que, mientras que las primeras son imperativos del propio interés; los segundos representan imperativos establecidos en interés de la comunidad o de un tercero[959].

Toda carga supone la noción de poder y de libertad; así como lleva consigo la idea de una facultad. En el derecho, una carga es una facultad cuyo ejercicio es una condición necesaria y relevante para la obtención de una posición de ventaja o para no sufrir un perjuicio[960].

A nivel del proceso, a los litigantes no les incumbe ningún deber u obligación. Solo existen cargas (no deberes) de fundamentar la pretensión de probar, de comparecer, de argumentar o de alegar. Si es que no se cumple con las cargas o hay descuido en su ejercicio, la situación procesal puede empeorar y puede haber consecuencias perjudiciales[961].

2. La carga de la prueba es una figura que pertenece a la teoría general del derecho, a la teoría de aplicación del derecho[962] y a la teoría general de la argumentación, que se extiende de manera transversal a las diversas ramas del ordenamiento jurídico[963]. Supone responder a las preguntas de quién tiene el deber de suministrar la prueba en el proceso, quién debe probar o quién está obligado a probar las

957 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 69, nota 52.

958 Cfr. Goldschmidt, James, *Teoría general del proceso*, Barcelona, Labor, 1936, pp. 82 y 83; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 291.

959 Cfr. Goldschmidt, *Teoría general del proceso*, cit., p. 82.

960 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 292.

961 Cfr. Goldschmidt, *Teoría general del proceso*, cit., p. 83.

962 Véase, Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 11.

963 Cfr. Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 218.

afirmaciones que se realizan, y cómo se deben establecer las consecuencias que se generan por el incumplimiento de dicho mandato.

La carga de la prueba se funda en el argumento pragmático (de oportunidad, experiencia[964]) y de justicia de que para aplicar el derecho un órgano estatal se debe estar seguro y convencido positivamente acerca de la existencia de los presupuestos de la norma cuya aplicación se discute. Cualquier laguna probatoria o cualquier duda acerca de los presupuestos fácticos o de las circunstancias descritas en la disposición jurídica impide que el juez pueda aplicar la norma al caso concreto.

Las reglas jurídicas acerca de la carga de la prueba ayudan al juez a formarse un juicio (afirmativo o negativo) sobre un determinado caso y una pretensión concreta así como también ayudan a resolver situaciones de incertidumbre en relación a las circunstancias de un hecho, indicándole al juez cómo debe llegar a adoptar una determinada decisión. Las normas sobre la carga de la prueba le brindan una instrucción obligatoria al juez acerca de la decisión que debe expedir en caso de que no se pueda llegar a un determinado grado de certidumbre sobre una pretensión concreta[965]. En buena cuenta, dicha regla instruye al juez a que debe decidir el caso en contra de la parte a quien le corresponde acreditar un supuesto fáctico y no lo ha efectuado. Una de las principales funciones de las reglas de la carga de la prueba es evitar el dejar de aplicar el derecho en un determinado caso en el que se presentan dudas razonables o incertidumbre.

Las reglas sobre la carga de la prueba son un complemento indispensable de toda ley y, en general, de toda disposición jurídica que pretenda aplicarse a un caso concreto. El juez solo puede aplicar una disposición jurídica (ley o cualquier norma jurídica) si se ha comprobado, bajo cierto estándar probatorio, la existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto fáctico de la disposición. Si es que acredita que el supuesto de hecho descrito en la ley no se cubre o si hay una situación objetiva de incertidumbre acerca de si concurren o no los elementos constitutivos, la disposición jurídica no debe aplicarse. Como regla jurídica, se establece que siempre una parte "soporta la carga de la prueba respecto a los presupuestos del precepto jurídico aplicable" (Rosenberg).

3. En el derecho comparado se tiene que no todos los ordenamientos jurídicos cuentan con disposiciones legales sobre la carga de la prueba. Un claro ejemplo de ello lo representa los Estados Unidos, en donde son los jueces quienes determinan caso a caso qué parte tiene la carga de probar determinado hecho, sobre la base de una serie de criterios entre los que destaca la mayor o menor facilidad que tiene

964 Cfr. Araújo/Pellegrini/Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 434.

965 Véase, Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 2.

una parte respecto al acceso de cierto tipo de pruebas o a los conocimientos sobre la misma[966].

En el sistema del *civil law*, si bien se parte de ciertas premisas básicas, como el reconocimiento de la regla de que quien afirma o alega debe probar la verdad de su afirmación, en algunos casos se registran determinadas excepciones en función a la particularidad de un determinado grupo de casos.

Las excepciones más destacadas son las siguientes:

En primer lugar, se encuentran los procesos en los que intervienen personas de alta vulnerabilidad y que por diversas circunstancias presentan situaciones estructurales de debilidad. Aquí se trata de proteger los derechos fundamentales de aquellas personas que dentro de la sociedad y, en especial, a nivel del proceso, ostentan una posición desventajosa y que tienen indiscutibles dificultades para ofrecer determinadas pruebas en defensa de sus intereses.

En segundo lugar, por razones de justicia, se establece en ocasiones, que aquella parte que tenga en su poder la prueba o pueda acceder a ella con mayor facilidad que su contraria debe aportarla al proceso, y por tanto se convierte en titular de la carga de la prueba.

En tercer lugar, en ocasiones es necesario buscar, con base en el respeto al principio de igualdad de armas y del debido proceso, el equilibrio de diversas situaciones de defensa, por lo que se hace necesario fijar la carga de la prueba sobre aquella parte que tenga mejores posibilidades de aportarla y de defenderse.

Debe destacarse que en la regulación procesal de la carga de la prueba concurren una serie de razones y no solo se basa en un solo fundamento. Desde la órbita constitucional y de la política legislativa, se parte de que muchas posiciones procesales se verían afectadas y que la protección de ciertos derechos fundamentales o de naturaleza legal serían conculcados si las reglas sobre la carga de la prueba se mantienen inalterables e incólumes; de allí que se tienda a su flexibilización. Justamente, las situaciones más comunes son los casos del trabajador en el proceso laboral, de la mujer en los procesos de violencia a la mujer, del niño en los procesos de familia o contra menores, o todos aquellos casos que involucran a personas que en la sociedad del riesgo están expuestos a sufrir perjuicios de diversa índole[967].

En todos los supuestos, la normatividad procesal, o el tratamiento jurisprudencial, tratan de restaurar el equilibrio en el proceso y establecer la concesión

966 Véase, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 258.

967 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 259; Ormazábal Sánchez, Guillermo, *Carga de la prueba y sociedad del riesgo*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

de un mecanismo de igualdad de oportunidades. Asimismo, la configuración de las reglas de la carga de la prueba posee una honda conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, y en concreto con el acceso a la justicia, toda vez que de la carga probatoria depende el acceso a la justicia y la adecuada tutela judicial efectiva[968].

Ha de quedar claro que la distribución de la carga de la prueba tiene una incidencia directa en el resultado del proceso, ya que se parte del principio de que será derrotado quien no logre probar el enunciado fáctico que ha alegado; ello vale tanto para quien afirma una hipótesis en los casos comunes y generales como para quien busca tener cobertura en las excepciones a las reglas de la carga probatoria. En efecto, las reglas de la carga de la prueba buscan ordenar las obligaciones probatorias de las partes en el proceso y condicionan el resultado del proceso, ya que quien no cumple con su deber de probar un enunciado fáctico que sostiene o no cumple con la carga probatoria impuesta por la ley sencillamente perderá el juicio.

4. En la doctrina procesal es común distinguir entre la **carga formal o subjetiva** y **la carga material u objetiva de la prueba**[969].

La carga formal o subjetiva de la prueba es aquella actividad realizada por cada parte en apoyo de su interés legítimo y de su pretensión concreta con el fin de evitar el perjuicio generado por la expedición de una sentencia desfavorable.

La posibilidad de introducir la noción de carga formal de la prueba en el proceso penal se critica utilizando distintas razones[970].

En primer lugar, se señala que el Ministerio Público no solo tiene un interés legítimo en lograr la condena del imputado, sino que, en el caso peruano, tiene la obligación no solo de indagar los elementos constitutivos del delito, sino que también debe averiguar todas aquellas circunstancias que acreditan la inocencia (artículo IV.2 del TPCPP) o que eximen o atenúan la responsabilidad del imputado (artículo 61.2 del CPP). La fiscalía siempre ha de actuar sujeta al principio de legalidad, tanto para pedir la condena como para solicitar con la misma diligencia la absolución

968 Ormazábal Sánchez, *Carga de la prueba y sociedad del riesgo*, cit.

969 Cfr. Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 217; Paula Ramos, Vitor de, *La carga de la prueba en el proceso civil. De la carga al deber de probar*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 54 y ss.; Michelli, *La carga de la prueba*, cit., p. 243; Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 15; Asencio Mellado, José María, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, Lima, Inpeccp, 2008, pp. 52 y ss.; Tomé García, José Antonio, *Curso de Derecho procesal penal*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2019, p. 468.

970 Cfr. Tomé García, *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 468; Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal penal*, 3a. ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2019, p. 840; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., pp. 52 y ss.

del imputado[971]. Se alude a que la fiscalía es una "parte imparcial" o que posee la doble característica de ser parte y a la vez un órgano de justicia[972]. El Ministerio Público no posee un *onus subjetivo*, dado que no tiene ningún interés en lograr la condena de una persona a cualquier precio al ser portador de un interés público en el descubrimiento de la verdad y en la realización de la justicia[973]. Por ello, es que se afirma que no se puede decir nunca que el órgano de acusación pública resultó vencido[974], ya que también los casos de absolución pueden ser considerados como una victoria (constitucional) del Ministerio Público.

Se reconoce que en el proceso penal el único interés legítimo y exclusivo es el del imputado en preservar su libertad y mantener el respeto a los derechos fundamentales, mientras que los demás sujetos procesales deben actuar con objetividad en todas sus intervenciones. El Ministerio Público, en la investigación, el procesamiento o el enjuiciamiento del delito, puede archivar, puede sobreseer el caso o puede retirar la acusación, y no necesariamente va a mantener la persecución de manera arbitraria, dado que lo que importa es el descubrimiento de la verdad y servir al interés de la justicia. Asimismo, puede proponer pruebas que acrediten la inocencia, la responsabilidad atenuada de la persona o puede, incluso, alegar la inocencia del imputado.

En segundo lugar, se debe respetar también el principio de investigación integral y la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda acudir a la denominada "prueba de oficio", que tiene un uso excepcional a nivel del juicio oral[975] (artículo 385.2[976]), a fin de lograr el adecuado esclarecimiento de los hechos, lo que acredita que no solo las partes cuentan con la iniciativa probatoria o pueden ordenar la actuación de otros medios de prueba, sino también el órgano jurisdiccional[977]. El

971 Cfr. Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, cit., p. 840; Calaza López, Sonia, en Gimeno Sendra, Vicente / Díaz Martínez, Manuel / Calaza López, Sonia, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 474; Tomé García, *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 468.

972 Véase, Michelli, *La carga de la prueba*, cit., p. 245.

973 Cfr. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 226; Sousa Mendes, *LIÇÕES de direito processual penal*, cit., p. 217; Michelli, *La carga de la prueba*, cit., p. 244; Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 32.

974 Cfr. Michelli, *La carga de la prueba*, cit., p. 245.

975 Cfr. Calaza López, en *Derecho procesal penal*, cit., p. 475.

976 "El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes".

977 Cfr. Nieva Fenoll, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 338, quien señala que no se debe confundir entre lo "oficial" y lo "inquisitivo" acotando: "debe decirse que el juez, al proponer la prueba intenta simplemente esclarecer un hecho, sin saber cuál va a ser el resultado de la práctica de dicho medio de prueba, dado que, si lo supiera, la prueba

juez no solo debe buscar la prueba que acredite las circunstancias constitutivas del delito, sino también los medios de prueba favorables a la posición del imputado. El órgano jurisdiccional debe descubrir la verdad, y la actividad probatoria que puede ordenar que se practique no necesariamente va a coincidir con la propuesta probatoria de las partes[978]. Se señala que en materia penal no hay una distribución verdadera y propia de la carga de la prueba[979], que, en realidad, pesa en su totalidad sobre la acusación. En el proceso penal hay una carga de la prueba unidireccional o unilateral en relación a los elementos constitutivos del delito, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil en el que sí se admite una distribución de la carga de la prueba[980]. Mientras que la carga de la prueba en el proceso civil es simétrica, en el proceso penal la carga de la prueba es **asimétrica**, debido a que los imputados gozan de la presunción de inocencia[981].

Por su parte, la **carga material u objetiva** de la prueba plantea que la acreditación de un hecho se convierte en una obligación para quien posee el interés de probar su existencia; de tal manera que, si es que no se cumple con dicho deber, la consecuencia jurídica perjudicial recaerá sobre la parte obligada a probar y que no logró su cometido[982]. Los jueces deben decidir los casos, pese a que las partes no hayan logrado disponer de pruebas, no hayan podido acreditar sus afirmaciones o no lo hayan efectuado de manera convincente. Los tribunales deben decidir las controversias sometidas a su conocimiento, pese a la ausencia total de medios de prueba o ante medios de prueba insuficientes o escasamente fiables. Aquí lo que se determina no es quién debe probar un hecho, sino, más bien, quién debe soportar las consecuencias negativas frente a la falta (total o parcial) de prueba. A veces la falta o ausencia de pruebas es más clara que la concurrencia de medios de prueba.

En materia penal, el hecho de que se asume como contenido esencial de la presunción de inocencia el que si la acusación no cumple con dicha carga, la única solución constitucionalmente posible es la absolución del acusado posee un profundo valor histórico y político debido a que supone el abandono de criterios que imperan en autores de los siglos XVI-XVII (Carpzow y otros autores) que sostenían

---

realmente no tendría por qué practicarse"; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 68.

978 Cfr. Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, cit., p. 837; Tomé García, *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 468.

979 Cfr. Michelli, *La carga de la prueba*, cit., pp. 239 y 241; Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 32.

980 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 293.

981 Cfr. Tavares Morais, Felipe Soares, *A derrotabilidade da acusação e seus reflexos no ônus da prova*, Saõ Paulo, Marcial Pons, 2020, pp. 169 y 188.

982 Cfr. Tomé García, *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 469; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 68.

que la prueba semiplena o incompleta podía dar lugar a una condena, pero con una pena inferior en vez de la prevista para el delito[983]. Si es que no se cumple con la exigencia de la prueba suficiente de los elementos constitutivos del delito y del estándar probatorio de una decisión de condena más allá de una duda razonable, la consecuencia que se debe adoptar es la absolución de la persona y no la sanción con una pena menor, por debajo del mínimo legal, o el castigo por la comisión de cualquier otro delito.

En un Estado constitucional, la presunción de inocencia es la garantía de libertad y la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y, en especial, de los inocentes, y, en nuestro modelo de Estado constitucional de Derecho prima la libertad y la tutela de los derechos de la persona por encima de las obligaciones del Estado de garantizar la seguridad de sus ciudadanos.

La libertad, los derechos de los ciudadanos no solo resultan amenazados por la comisión de los delitos, sino también por un uso ilegítimo del *ius puniendi* del Estado, por la intervención de los derechos fundamentales sin sustento o base objetiva (*v. gr.*, el incumplimiento del principio de intervención indiciaria), por la injerencia excesiva, innecesaria y desproporcional en los derechos de la persona o la imposición de penas arbitrarias. Un derecho penal fundado en la Constitución y en la adecuada tutela de la dignidad y los derechos de la persona debe conjugar dos objetivos fundamentales: por un lado, proteger la libertad y derechos de los ciudadanos que integran la sociedad frente a los ataques de los ciudadanos que delinquen (deberes de tutela de los bienes jurídicos y afianzamiento de la seguridad de las personas) y, por otro lado, proteger la libertad y derechos de los ciudadanos frente a un uso ilegítimo del *ius puniendi* del Estado.

El fundamento de la presunción de inocencia reside en servir de garantía a la libertad de los ciudadanos frente a la amenaza de intervenciones injustas en el sistema de derechos a lo largo del proceso penal, así como también en prevenir y evitar condenas injustas. Por ello, el ordenamiento en una decisión política[984], ante la disyuntiva de condenar o absolver, cuando el resultado probatorio alcanzado con las pruebas practicadas en el juicio no es suficiente, opta por la absolución; lo que significa que en la ponderación entre la restricción de la libertad que comporta

983 Cfr. Cuerda Riezu, Antonio, *La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?*, en *InDret*, Barcelona, abril de 2014, p. 3.

984 Cfr. Ubertis, Giulio, *Sistema di procedura penale*, 2a. ed., Torino, Utet, 2007, p. 180; Tranchina, Giovanni, *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2011, vol. I, p. 181; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 204 (para quien se trata de un principio de indiscutible raíz **democrático** y **liberal** que supone tanto una determinada visión del proceso como del ser humano); Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 505 (para quien se trata de un criterio político transformado en precepto jurídico propio de un Estado de Derecho).

la condena de algún inocente —el coste por la pérdida de la libertad individual y derechos del condenado inocente— o la absolución de algún culpable —el riesgo mediato para la libertad de todos, o seguridad colectiva, que se ve amenaza con la eventualidad de la reincidencia—, se opta por salvaguardar la libertad de los inocentes[985].

La situación de incertidumbre probatoria se puede producir tanto en relación a los elementos constitutivos del delito como también en relación a los elementos impeditivos o extintivos[986]. En ambos casos la duda razonable lleva a sostener la necesidad de absolver a la persona a quien se le imputa la comisión de un delito. Un hecho no probado, o insuficientemente probado, equivale jurídicamente a un hecho inexistente[987].

5. La doctrina italiana distingue entre la **carga sustancial de la prueba** y la **carga formal de la prueba**[988]

La **carga sustancial de la prueba** supone que la parte debe realizar una determinada conducta prestacional cuya inobservancia o incumplimiento comporta una situación desventajosa y perjudicial a sus intereses. La carga de la prueba constituye una regla probatoria en el sentido de que determina e individualiza el perjuicio de la parte sobre la que recae la consecuencia de no haber cumplido con haber convencido al juez de la existencia del hecho afirmado. En el ámbito del proceso penal, la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público, quien debe acreditar que el delito ha sido cometido por el imputado; si es que no lo logra hacer, la consecuencia que se impone es la absolución.

Si quien acusa prueba los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado en su condición de autor o partícipe, la carga de la prueba debe entenderse cumplida. En sentido contrario, a la defensa le corresponde probar la ausencia de credibilidad de la fuente de prueba o la no atendibilidad de la prueba de cargo así como también la prueba de la existencia de hechos excluyentes o impeditivos de la responsabilidad penal (causas de justificación o causas de inculpabilidad) o que el hecho atribuido puede ser reconstruido de manera diversa al planteamiento del

985 Cfr. Pérez Manzano, Mercedes, *Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda*, en *Jueces para la Democracia*, N.° 67, 2010, p. 58.

986 Cfr. Calaza López, en *Derecho procesal penal*, cit., p. 474; Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, 13a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 296; Tomé García, *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 469.

987 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 253, p. 255; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 71.

988 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., pp. 419, 437 y ss.; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 253; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 69 y ss.; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 225.

Ministerio Público. El imputado, o su defensa, puede probar que el hecho no ha ocurrido o que no ha tenido lugar la conducta afirmada por la acusación[989].

Por su parte, **la carga formal de la prueba** supone que le corresponde a cada parte la carga de investigar la fuente de prueba y de introducir en el proceso el medio de prueba que considera pertinente y útil en respaldo de sus afirmaciones y pretensión. La carga formal se encuentra regulada en el artículo 155.2 del CPP, que prescribe que "las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales". La ley introduce una regla estructurada que establece la iniciativa y el modo acerca de cómo ingresan los medios de prueba al proceso[990].

El que se cumpla con la carga de la prueba formal y con introducir los medios de prueba no importa automáticamente el haber cumplido con la carga de la prueba en sentido material[991]; *v. gr.*, el Ministerio Público puede presentar en un caso de homicidio el testimonio ocular de una persona que tiene problemas graves de visibilidad, por lo que el juez no puede estar convencido de la realidad del hecho.

La carga de introducir a cada parte la prueba en el proceso implica atribuir la competencia de (i) la investigación de la fuente de prueba; (ii) la necesidad de analizar el concreto medio de prueba a fin de obtener un resultado ventajoso y de acreditar la existencia de un acto afirmado; (iii) la solicitud al juez de la admisión del medio de prueba[992]. El juez decide o no admitir el medio de prueba sobre la base de los criterios de pertinencia y relevancia en relación al objeto del proceso, a que no se encuentre prohibida y a que no sea superflua[993]. Al respecto, el CPP establece también que el juez: "podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución" (artículo 155.2).

La titularidad de la iniciativa probatoria en el proceso penal corresponde a las partes que intervienen en el proceso impulsando y actuando cada una sus pretensiones. Para ello, las partes plantean sus respectivas solicitudes y propuestas probatorias dentro del plazo y las formalidades previstas en la ley.

La regla que establece el CPP es que la iniciativa probatoria recae en los sujetos procesales, lo que constituye un principio probatorio esencial del proceso penal. El

989 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 69.

990 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 178.

991 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 253, p. 256; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 71.

992 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 70; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, pp. 253, 255.

993 Cfr. Grevi, Vittorio y Giulio Illuminati, Conso, Giovanni / Grevi, Vittorio / Bargis, Marta, *Compendio di procedura penale*, 10a. ed., a cura de Marta Bargis, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 270.

cuadro probatorio, que es utilizado para fundar una decisión judicial, debe introducirse al proceso por pedido expreso y acción de las partes. Sin embargo, dicha regla ni es absoluta ni inderogable, ya que el mismo CPP reconoce la iniciativa probatoria de oficio, la que, como establece la ley procesal, debe encontrarse expresamente prevista en la ley[994] (artículos 158.3 y 385.2 del CPP).

La prueba se introduce en el proceso a solicitud de la parte que requiere probar una afirmación o refutar la posición de la otra parte y se sintetiza en la locución de la "disponibilidad de la prueba[995]", el "principio dispositivo"[996] o el "principio dispositivo en materia probatoria"[997], según el cual la parte dispone de la iniciativa en la propuesta de los medios de prueba. A la parte le corresponde la tarea de identificar e individualizar el tema, la fuente y el medio de prueba, por lo que se habla de un principio dispositivo. Con ello, se resalta que a las partes les atañe fijar un determinado tema de prueba o identificar una determinada fuente o medio de prueba que, una vez admitido y actuado en el proceso, puede fundar una concreta decisión judicial[998].

Las partes son autorizadas por la Constitución y la ley a probar cualquier hecho o circunstancia que forma parte del proceso, ya sea en vía directa, mediante la solicitud de admisión de un medio de prueba, o en vía indirecta, por medio de la refutación de las afirmaciones que sostiene la parte opuesta[999]. Sin embargo, en el ámbito penal, se trata de una regla que se encuentra sujeta a excepciones. Por ejemplo, una de estos casos es que "la Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio" (artículo 155.3 del CPP). La intervención del juez en la actividad probatoria no deroga ni erosiona el denominado "principio de disponibilidad de la prueba", sino que lo reafirma al establecer que solo la ley —y no al juez o algún otro poder público— puede conceder la facultad de introducir excepciones a la vigencia del principio de iniciativa de las partes en la actividad probatoria.

994 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 410.

995 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 178.

996 Cfr. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 222.

997 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, pp. 253, 255; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 410; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 70.

998 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 410.

999 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 177; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 222.

II. LA PRUEBA DE CARGO DEBE SER APORTADA POR LA ACUSACIÓN

A. La presunción de inocencia y la carga de la prueba

6. Una de las consecuencias más importantes de la presunción de inocencia es determinar la titularidad de la carga de la prueba en el proceso penal. Si a una persona se la considera inocente y recibe el trato de inocente en el proceso penal, resulta lógico exigir que deba ser quien le imputa cargos y le atribuye la comisión de un delito (*v. gr.*, el Ministerio Público o el querellante particular) quien debe asumir el compromiso de acreditar su responsabilidad penal[1000].

En la organización constitucional del proceso penal le corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal (art. 159.5), sea de oficio o a petición de parte, lo que arrastra la titularidad de la carga de la prueba como condición necesaria para dicho ejercicio. Como presupuesto del ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función (art. 159.4). El artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal prescribe que "El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad". El artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone que "sobre el ministerio público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie".

La titularidad de la carga de la prueba es compatible con el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, que requiere la facultad de investigar con objetividad, el acopiar la evidencia y formular una imputación de manera clara

1000 Cfr. Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 296; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 145; Maier, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 507: "el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible"; Bovino, Alberto, *El ministerio público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 134: "Dado que el estado de inocencia opera como un escudo que protege al imputado, le corresponde al acusador —particular o estatal— la tarea de presentar elementos de prueba que demuestren con certeza los presupuestos de la responsabilidad penal del imputado"; Caro Coria, Dino Carlos, *La prueba de la individualización judicial de la pena*, en *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch-Cedpal, 2019, p. 241.

y definida[1001]. El ejercicio de la acción penal no está disponible ni es renunciable, salvo en los casos expresamente previstos en la ley.

Como consecuencia del principio acusatorio, le corresponde a un tercero (órgano independiente), distinto al juez, el plantear tanto la imputación de los cargos (formalización de la investigación preparatoria) como el postular, de ser el caso, la acusación por la cual se pide llevar a juicio a una persona y se solicita se le imponga una determinada dosis de pena.

El principio acusatorio no requiere que quien acusa (el fiscal o el querellante) se encuentre convencido de que la persona es culpable de los hechos que se le atribuyen o que haya prueba abrumadora de la responsabilidad penal. Basta que haya una probabilidad objetiva de que la persona ha cometido un determinado hecho que se estima delictivo, a título de acción u omisión[1002].

7. Desde el momento en que la presunción de inocencia es un derecho fundamental y, concretamente, un derecho del imputado, se exige que la investigación de los hechos, la formulación de cargos y la acreditación de los elementos objetivos y subjetivos del delito recaiga en un órgano independiente, que en la estructura de la ley fundamental peruana está definido como un órgano constitucional autónomo: el Ministerio Público.

Una de las consecuencias más importantes de la presunción de inocencia en el contexto histórico y político es el reconocimiento del desequilibrio estructural en el proceso penal[1003], lo que lleva a sostener que la carga y la producción de las pruebas se le asigna como una obligación constitucional y legal al Ministerio Público, titular de la acción penal. En el proceso penal, la distribución de las cargas probatorias (obligaciones de prueba), siempre y como regla, termina por favorecer la posición del imputado al imponer la prueba de la culpabilidad a los órganos de persecución.

1001 Cfr. Illuminati, Giulio, *Presunzione di non colpevolezza*, en *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, Treccani, 1991, p. 5.

1002 Cfr. Guerrero Peralta, Óscar Julián, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, 2a. ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2015, p. 234.

1003 Cfr. Taruffo, Michele, *Tres observaciones sobre "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, de Larry Laudan*, en Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.° 28, 2005, p. 117; Cuerda Riezu, *La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?*, cit., pp. 4 y 5: "Como se acaba de indicar, las partes en el proceso penal no se encuentran en una situación de completo equilibrio ni las "armas" que ostentan pueden ser consideradas iguales. Este aspecto es apreciable en la presunción de inocencia, que sólo puede ser ejercitada por quien es acusado o imputado o por quien es condenado sin pruebas. Se observa aquí una clara diferencia respecto a otros derechos fundamentales de carácter procesal, cuya titularidad corresponde por igual a acusador y a acusado y cuya tutela puede ser solicitada en las diversas instancias judiciales e incluso a través del recurso de amparo; es el caso, por ejemplo, del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley".

El imputado no tiene el deber de probar que es inocente[1004]. Dicha labor es ajena y corresponde a un órgano estatal (a quien haga sus veces) como condición para la configuración de un proceso justo y debido.

En cambio, en el proceso civil —y en otra clase de procesos— no existe el aludido desequilibrio estructural que constituye el elemento central del proceso penal. No hay un trato preferente ni una presunción probatoria a favor de alguno de los actores del proceso civil (demandante o demandado). El hecho de que haya algunas presunciones legales que establecen determinadas cargas probatorias no significa que estas solo gravan a una de las partes, perjudicando a las otra, sino que se distribuyen equitativamente.

8. La presunción de inocencia como regla probatoria[1005] atribuye a la acusación la carga de la prueba de la responsabilidad penal del imputado y exige una sentencia absolutoria, en caso de que haya una duda razonable acerca de su culpabilidad[1006]. Para que haya una sentencia condenatoria debe haber una actividad probatoria relevante y suficiente que la sustente. De manera sintética, se sostiene que a quien imputa le corresponde probar cada una de sus afirmaciones y no le corresponde al imputado demostrar su propia inocencia[1007].

El imputado debe ser absuelto no solo cuando no resulten probados los elementos constitutivos del delito, sino también cuando no sean probados los hechos que por mandato de la ley penal poseen el efecto de paralizar la aplicación de la norma jurídica[1008]. En el proceso penal, debe acreditarse, como condición para dictar una sentencia condenatoria, no solo la existencia de todos los elementos constitutivos del delito, sino la no existencia de los elementos capaces de excluir la antijuridicidad o culpabilidad de una persona[1009]. Se exige, por un lado, la prueba de los elementos

1004 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 507; Caro Coria, *La prueba de la individualización judicial de la pena*, cit., p. 242.

1005 Cfr. Ovejero Puente, Ana María, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 135; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 139. De manera distinta: Nieva Fenoll, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 408 para quien: "la presunción de inocencia no es una regla de la carga de la prueba. No actúa en caso de insuficiencia de prueba solamente, sino que orienta toda la actividad probatoria, suficiente o insuficiente".

1006 Cfr. Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 31; Paulesu, Pier Paolo, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 10.

1007 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 436.

1008 Cfr. Michelli, *La carga de la prueba*, cit., p. 239: "La regla de juicio impone la declaración positiva de certeza de los hechos constitutivos del delito y la declaración negativa de los extintivos".

1009 Cfr. Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 25: "cuando en un proceso penal se trata de legítima defensa, debe constar positivamente su no existencia para que pueda condenarse al reo; si el tribunal duda de que el reo haya actuado o no en legítima defensa, debe absolverlo". De

que integran el tipo de injusto (hecho constitutivo positivo) y, por el otro lado, la acreditación de la no concurrencia de excluyentes de la antijuridicidad y de la culpabilidad (hecho constitutivo negativo)[1010]. Si es que la acusación no logra acreditar una afirmación sobre los elementos constitutivos del delito como verdadera, es indiferente el motivo por el cual se ha producido dicha situación (*v. gr.*, negligencia fiscal, imposibilidad de recabar las pruebas de cargo, etc.). No importa si la fiscalía estuvo inactiva, o que el despliegue probatorio se realizó sin éxito, o si la defensa del imputado consiguió probar su hipótesis alternativa, o que la prueba de oficio ordenada por el Tribunal no haya llegado a un resultado positivo[1011].

La prueba debe recaer en los hechos introducidos por la fiscalía y que sustentan 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[1012]. 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, también llamado "el principio de presunción de la no culpabilidad", el cual rige hasta que haya sentencia definitiva, consentida y ejecutoriada.

9. En la doctrina, se admite que la carga de la prueba en materia penal, como competencia de la acusación, no es una regla absoluta[1013]. A nivel del derecho comparado, se reconocen dos excepciones a la carga de la prueba en materia criminal como tarea propia de la acusación: (i) los poderes probatorios del juez; (ii) la regla de la comunidad de la prueba.

Los sistemas procesales en los que en el ámbito penal la carga de la prueba solo recae en los sujetos procesales que participan en la contienda —y se excluye a cualquier otro sujeto de poder contar con iniciativa probatoria— son la excepción. En la mayor parte de legislaciones, se reconoce que junto a la iniciativa probatoria que corresponde desarrollar a las partes también se admite el hecho de que los jueces puedan ordenar de manera facultativa y excepcional la práctica de ciertos

---

manera distinta: Caro Coria, *La prueba de la individualización judicial de la pena*, cit., pp. 241 y 264: "Esto no significa asignar al ministerio público el deber de probar, además de los hechos constitutivos del delito atribuidos al encausado, la inexistencia de circunstancias atenuantes en el caso".

1010 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 295.

1011 Cfr. Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 14.

1012 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., pp. 52 y ss.: "la prueba debe recaer sobre los hechos en los que se apoya la pretensión punitiva (hechos constitutivos), 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".

1013 Véase, Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 292.

actos de prueba (artículos 155.3 y 385.2 del CPP). Es posible que en la etapa de juzgamiento el órgano jurisdiccional ordene la admisión y actuación de medios de prueba necesarios e indispensables para el esclarecimiento de los hechos, o manifiestamente útiles para buscar la verdad, al margen de si el medio de prueba favorece a la acusación o al imputado. En el derecho peruano se admite de que en de que caso el Ministerio Público no haya probado algún elemento constitutivo del delito, el juez puede ordenar la práctica de una prueba de oficio, a fin de acreditar la comisión del delito por el imputado.

Por otro lado, el principio de comunidad o adquisición de la prueba supone que el juez puede analizar y evaluar los medios de prueba independientemente de la parte que los ha ofrecido o que ha facilitado su práctica. Es posible que una parte en el proceso produzca, por cualquier motivo, una prueba perjudicial a sus intereses o a la pretensión concreta que promueve. Un medio de prueba que es producido por una parte puede ser valorado en beneficio de la otra parte. No existe ninguna regla jurídica que imponga que la prueba solo podrá ser evaluada en favor de aquella parte que la propuso. Si en algún ordenamiento jurídico existiera una regla semejante, no solo se trataría de una ley arbitraria, sino que sería una norma completamente irracional.

B. Una regla de racionalidad mínima: quien afirma algo lo debe probar

10. El principio fundamental que guía el proceso y la actividad probatoria en muchos ordenamientos procesales se basa en el brocardo del **onus probandi incumbit ei qui dicit** (la carga de la prueba incumbe a quien afirma). Dicho principio parte de la máxima, más amplia y general, que señala que quien hace una afirmación debe estar listo y dispuesto a demostrar la verdad de lo que ha afirmado. Ello supone también cumplir con la exigencia racional de que no se debe afirmar aquello de lo que no hay una constancia adecuada o de que no se debe sostener afirmaciones que luego no van a poder ser acreditadas. Por ello, actúa de manera incorrecta quien hace una afirmación con la pretensión de que sea tomada como verdadera, pero no busca acreditar dicha afirmación. Quien afirma algo no puede emplazar luego a quien disiente de ella o tiene un parecer contrario para que pruebe la falsedad. En una argumentación racional y responsable, no es tolerable que quien afirma algo obligue a quien no piensa como él a probar la falsedad de su afirmación.

Quien afirma un hecho —*v. gr.*, que una persona ha cometido un delito— debe necesariamente probar y hacerse cargo de dicha afirmación. En nuestro ordenamiento jurídico es el Ministerio Público quien imputa y sostiene determinados hechos en el proceso penal a una persona, atribuyéndole la comisión como autor o partícipe de un delito, por lo que le corresponde probar cada una de sus afirmaciones y las

proposiciones fácticas que sostiene[1014]. Solo aquellos hechos que han quedado debida y oportunamente acreditados en el juicio oral, a través del debate contradictorio y con las garantías de inmediación y publicidad, pueden ser tomados en cuenta en la sentencia[1015]. Quien sostiene algo no puede luego desatenderse de su afirmación y pretender que se le conceda la razón. En un auditorio de seres racionales, si una persona sostiene y afirma algo, lo mínimo que puede esperarse es que acredite la verdad o verosimilitud de sus afirmaciones, a través de pruebas y argumentos.

Una afirmación no escoltada por evidencia suficiente que la respalde no puede generar consecuencias perjudiciales sobre otro sujeto, situación que ocurriría si se aceptan, por ejemplo, los cargos del Ministerio Público sin que se acredite la verdad de la proposición que se sostiene. El demandado o el imputado no puede ni debe ver perjudicado sus intereses por afirmaciones no probadas o por hipótesis no confirmadas, pues, como sostiene Taruffo, "atribuir, en el proceso, la victoria a quien ha alegado un hecho sin demostrarlo parece un privilegio carente de justificación[1016]".

La carga de la prueba le corresponde a quien afirma o plantea un tema dentro del proceso. En el caso del proceso penal, la carga de la prueba le corresponde a quien afirma la culpabilidad de una persona. Si bien puede que la inocencia surja a partir de la prueba actuada en el proceso, es posible que ella se derive, según el modelo constitucional del proceso penal, de la sencilla razón de que no se ha demostrado de manera suficiente la hipótesis acusatoria que sostiene la culpabilidad del sujeto[1017].

11. Los principios y reglas sobre la carga de la prueba cumplen una indiscutible función epistémica en la medida que reclaman que todo aquel que haya alegado un hecho debe demostrar con pruebas que ese hecho ocurrió de manera real. Dichas reglas sirven claramente a la determinación de los enunciados fácticos y como premisas que favorecen la determinación de la verdad. Como apunta Taruffo, "se debe presionar a la parte que ha alegado un hecho para que suministre su prueba, amenazándola —por así decirlo— con la derrota en el caso que el hecho no resulte probado. Tan solo en esta situación la regla prevé que se adopte, en todo caso, una decisión, a falta de una determinación verdadera sobre los hechos[1018]".

Quien afirma o sostiene algo, pero no lo puede probar se expone al riesgo directo de ser vencido en juicio y a que la alegación que funda su pretensión sea

1014 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 236.
1015 Cfr. Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2015, p. 234.
1016 Taruffo, Simplemente la verdad. *El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 256.
1017 Véase, Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 318.
1018 Taruffo, Simplemente la verdad. *El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 256.

desechada. Ese riesgo no solo es fáctico, sino que se trata de un riesgo que tiene un fundamento normativo, tanto legal como constitucional.

Si bien es correcto entender que la decisión judicial en materia penal es aquella que declara la verdad o falsedad del enunciado propio del discurso referencial que contiene la imputación, debe precisarse que su no comprobación se debe entender no tanto como una real y efectiva situación de inocencia respecto a los hechos imputados, sino como que no se ha podido acreditar la imputación como verdadera[1019]. De allí que, por ejemplo, los jurados americanos al absolver a una persona de los cargos formulados por la fiscalía la consideren como "no culpable" y no tanto como inocente.

C. La presunción de inocencia y la carga de la prueba en los tribunales de justicia nacionales e internacionales

12. Los alcances de la presunción de inocencia como regla probatoria han sido recogidos de manera unánime por el sistema internacional de los derechos humanos.

La Corte IDH ha señalado que la presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa[1020] y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado[1021]. El estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal[1022]. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la imposición de una sanción penal, de manera que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no

1019 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 338.

1020 Corte IDH Casos: Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 127; Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 138; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 182; Rosendo Cantú y otra c. México, 15 de mayo del 2011, párr. 33; Fernández Ortega y otros c. México, 15 de mayo del 2011, párr. 33; Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. Chile del 29 de mayo del 2014, párr. 171; Ricardo Canese c. Paraguay, 31 de agosto de 2004, párr. 154; J. C. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 233; López Mendoza c. Venezuela, 1 de septiembre de 2011, párr. 128.

1021 Corte IDH Casos: Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 122; Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. Chile del 29 de mayo del 2014, párr. 171; Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 127; J. C. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 233; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 184.

1022 Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 127; Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 123.

en el acusado[1023]. Es más, 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[1024].

En este sentido, la Corte IDH estima que la presunción de inocencia exige que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión y que las autoridades judiciales deben fallar con la certeza más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados aspectos fácticos relativos a la culpabilidad del imputado[1025].

La Corte IDH ha señalado que "incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado"[1026]. En efecto, a los jueces penales les corresponde juzgar una imputación formulada por el Ministerio Público, en los delitos perseguibles de oficio, y determinar, mediante una evaluación rigurosa, si el órgano encargado de la persecución del delito cumple con la titularidad de la carga de la prueba, y si ha ofrecido y ha actuado prueba suficiente que sea capaz de enervar la protección de la presunción de inocencia[1027].

Al respecto, la Corte IDH condenó al Estado peruano debido a que los órganos jurisdiccionales presumieron la culpabilidad de un ciudadano, con lo que se requirió

1023 Corte IDH Casos: Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 127; Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 123; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 182; Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. Chile del 29 de mayo del 2014, párr. 171; López Mendoza c. Venezuela, 1 de septiembre de 2011, párr. 128; J. C. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 233.

1024 Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 123; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 184; Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 127.

1025 Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 128; Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 124.

1026 Corte IDH Caso: Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. chile Del 29 de mayo del 2014, párr. 223.

1027 Cfr. J. C. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 228: "este Tribunal considera que la Corte Suprema no actuó conforme al principio de presunción de inocencia, al exigir al tribunal de instancia "establecer la inocencia o culpabilidad de los acusados". La Corte recuerda que el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad. La Corte Superior de Lima dispuso absolver a la señora J. porque no contaba con prueba suficiente de su culpabilidad. Al no explicar en qué consistió la compulsa inadecuada de la prueba o la indebida apreciación de los hechos la Corte Suprema presumió la culpabilidad de la señora J.".

que sea la propia persona la que demuestre su inocencia[1028]. En consecuencia, al presumir la culpabilidad del inculpado, requiriendo que sea este quien demuestre su inculpabilidad, se vulneró el derecho a la presunción de inocencia[1029].

En otro caso, la Corte IDH condenó al Perú debido a que una sentencia condenatoria afirmó que "no surgi[ó] una prueba de descargo contundente que lo h[iciera] totalmente inocente de los ilícitos que se le imputa[ban]", por lo que se invirtió la carga de la prueba en perjuicio de la persona condenada[1030].

13. La Comisión IDH considera que un corolario fundamental del principio de presunción de inocencia es que las autoridades judiciales dejen constancia de la prueba que se consideró suficiente para desvirtuar dicha presunción. Asimismo, ante la existencia de prueba favorable, el principio de presunción de inocencia exige a las autoridades judiciales motivar las razones por las cuales dicha prueba favorable no genera una duda sobre la responsabilidad penal de la persona en cuestión[1031].

La Comisión IDH ha señalado que resulta la inversión de la carga de la prueba en el sentido de que una persona tenga que probar su inocencia, lo cual resulta manifiesto en el lenguaje de un órgano jurisdiccional cuando indicó que "no ha surgido prueba de descargo contundente que lo haga totalmente inocente de los ilícitos que se le imputan"[1032].

La Comisión IDH precisa que "el análisis de si el Estado ha incumplido el principio de presunción de inocencia, puede requerir una revisión de cómo el tri-

---

1028 Véase, Ramírez Rojas c. Perú, del 25 de noviembre de 2005, párr. 160: "Al presumir la culpabilidad del señor Urcesino Ramírez Rojas, requiriendo a su vez que sea el propio señor Urcesino Ramírez Rojas el que demuestre su inculpabilidad, el Estado violó el derecho de presunción de inocencia consagrado en el artículo 8.2 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma".

1029 Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 138; García Asto y Ramírez Rojas c. Perú, 25 de noviembre de 2005, párr. 160.

1030 Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 141.

1031 Informe N.° 9/14: Caso 12.700: Agustin Bladimiro Zegarra Marin c. Perú, párr. 68 y 69: "En el presente caso, de la lectura de la sentencia condenatoria, la Comisión observa que ninguna de las dos salvaguardas descritas anteriormente estuvo satisfecha. Así, en cuanto al primer elemento, la Quinta Sala Penal fue explícita en indicar que el único elemento de prueba en contra del señor Zegarra Marín eran las declaraciones de sus coimputados. Tras citar el contenido de la declaración de uno de ellos, la autoridad judicial no señaló las razones específicas por las cuales resultaba en sí misma suficiente para desvirtuar su presunción de inocencia. Aún más, en cuanto al segundo elemento, la Comisión observa que no obstante existir prueba favorable que contradecía directamente las declaraciones del señor Cárdenas Hurtado, la autoridad judicial no dejó constancia de la motivación por la cual tales pruebas no generaban duda sobre su responsabilidad penal, limitándose a indicar, sin mayor análisis, que las imputaciones realizadas por el coimputado eran "factibles".

1032 Informe N.° 9/14: Caso 12.700: Agustin Bladimiro Zegarra Marin c. Perú, párr. 70.

bunal en cuestión manejó y valoró la prueba en el marco de las garantías del debido proceso. Este es un ejercicio distinto del correspondiente a los jueces penales y se dirige de manera exclusiva a evaluar si en el ejercicio de sus funciones, cumplieron u omitieron las salvaguardas mínimas que impone el principio de presunción de inocencia[1033]".

14. El Comité de DH reconoció la violación de la presunción de inocencia en un caso en que los tribunales nacionales impusieron al autor una carga de la prueba desproporcionada y no demostraron fuera de toda duda razonable que el autor fuese culpable de las infracciones de las que se lo acusaba. En este caso, el tribunal penal se limitó a constatar que el autor no había probado que no hubiera infringido los artículos del Código de Trabajo, sin aportar elemento de prueba alguno que corroborase esa acusación. Aquí, el Comité consideró que el Estado parte ha contravenido el artículo 14, párrafo 2[1034].

De igual forma, viola la presunción de inocencia la afirmación de que si la persona alega que se encontraba en otro lugar durante los hechos, está obligada a probarlo. Así, por ejemplo, no se le puede exigir al imputado de que pruebe y tenga que demostrar que no había ingresado a un determinado país para recién desvincularlo de la posible autoría de un delito[1035].

15. Lo que el TEDH ha remarcado como una de las manifestaciones de la presunción de inocencia en el proceso penal es que la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación[1036].

El TEDH ha destacado que, en materia penal, el asunto acerca de la búsqueda y presentación de las pruebas debe considerarse a la luz de los párrafos 2 y 3 del artículo 6 de la CEDH (similar al art. 8 de la CADH), en especial, a partir de la presunción de inocencia[1037]. Toda la cuestión de la obtención de pruebas debe ser

1033 Informe N.° 9/14: Caso 12.700: Agustin Bladimiro Zegarra Marin c. Perú, párr. 62.

1034 Comunicación N.° 1620/2007, J. O. C. Francia; Dictamen aprobado el 23 de marzo de 2011, 101° Período de Sesiones, párr. 9.6.

1035 Comunicación N.° 1870/2009, Sobhraj C. Nepal (Dictamen aprobado el 27 de julio de 2010, 99° Período de Sesiones), párr. 7.3 y 7.6.

1036 TEDH Casos: Kapetanios y otros c. Grecia, 03 de abril del 2015, párr. 82; Kabili c. Grecia, 31 de octubre del 2008, párr. 24; Vassilios Stavropoulos c. Grecia, 27 de septiembre de 2007, párr. 39; Dicle y Sadak c. Turquía, 16 de junio del 2015, párr. 50; Barberà, Messegué y Jabardo c. España, 6 de diciembre de 1988, párr. 77; Tendam c. España, 13 de julio del 2010, párr. párr. 37; Cleve c. Alemania, 15 de enero del 2015, párr. 52; Allen c. el Reino Unido, 07 de diciembre del 2013, párr. 93; John Murray c. el Reino Unido, 8 febrero de 1996, párr. 54; Telfner c. Austria, 20 de marzo de 2001, párr. 15; Janošević c. Suecia, 23 de julio del 2002, párr. 97; Lavents c. Letonia, 28 de noviembre del 2002, párr. 125; Mircea c. Rumania, 29 de marzo 2007, párr. 71.

1037 TEDH Caso: Barberà, Messegué y Jabardo c. España, 6 de diciembre de 1988, párr. 76.

contemplada desde la regulación convencional de la presunción de inocencia y requiere, entre otras cosas, que la carga de la prueba se encuentre en manos de la acusación[1038].

Se viola la presunción de inocencia si un órgano jurisdiccional, o cualquier autoridad pública, exige a una persona que pruebe o establezca su inocencia. El desplazamiento de la titularidad de la carga de la prueba al imputado afecta la presunción de inocencia[1039]. No es correcto trasladar la carga de la prueba de la acusación a la defensa respecto de los elementos del delito[1040].

Se quebranta la presunción de inocencia cuando, por ejemplo, determinadas disposiciones, ya sean sustantivas o procesales, obligan al imputado a probar su inocencia o cualquier circunstancia útil para su absolución.

16. El TC peruano ha recordado que "como es sabido, constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho"[1041].

El Tribunal Constitucional peruano, sobre la base de la vigencia del principio de presunción de inocencia y de la regla legal de la titularidad de la carga de la prueba, "considera necesario señalar que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba"[1042].

El TC peruano ha señalado que "al disponerse en este caso que sea el propio investigado administrativamente quien demuestre su inocencia, se ha quebrantado el principio constitucional de presunción de inocencia que también rige el procedimiento administrativo sancionador, sustituyéndolo por una regla de culpabilidad que resulta contraria a la Constitución"[1043].

De igual forma, el TC peruano estimó que se infringió la presunción de inocencia cuando un juzgado penal afirmó que "el encausado no ha podido mantener

1038 TEDH Casos: Capeau c. Bélgica, 13 de enero del 2001, párr. 25; Barberà, Messegué y Jabardo c. España, 6 de diciembre de 1988, párr. 77.

1039 TEDH Casos: Kabili c. Grecia, 31 de octubre del 2008, párr. 24; Telfner c. Austria, 20 marzo de 2001, párr. 15; John Murray c. el Reino Unido, 8 de febrero de 1996, párr. 54.

1040 TEDH Casos: John Murray c. el Reino Unido, 8 febrero de 1996, párr. 54; Telfner c. Austria, 20 de marzo de 2001, párr. 15.

1041 Véase, las sentencias del Exp. N.° 06135-2006-PA/TC; Caso: Hatuchay E.I.R.L. y Exp. N. ° 0052-2004-AA/TC; Caso: J. J. C. C.

1042 Véase, las STC recaídas en los Exp. N.° 3960-2005-PHC/TC; Caso: Justo Antonio Colonio Arteaga; Exp. N. ° 1615-2009-HC/TC; Caso: Amadeo Maca Ríos; Exp. N.° 04300-2008-PHC/TC; Caso: Arturo Ignacio Quispe del Río; Exp. N.° 04613-2007-PHC/TC; Caso: Guillermo Chamochumbe Ysmodes.

1043 Exp. N.° 2192-2004-AA /TC; Caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses.

su inocencia", de tal manera que se consideró que "esta frase, *per se*, es lesiva del derecho a la presunción de inocencia La cuestión a dilucidar en el proceso penal subyacente era sencilla: hubo o no hubo engaño por parte del favorecido a los agraviados. La argumentación que respalda la sentencia condenatoria de primera instancia no se enfoca en explicitar las razones por las cuales se concluye que efectivamente el favorecido engañó a los agraviado"[1044].

III. LAS MANIFESTACIONES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA

17. El principio de presunción de inocencia como derecho fundamental despliega sus efectos en el ámbito de la actividad probatoria estableciendo un conjunto de reglas que forman parte del debido procedimiento probatorio y delineando las características que deben reunir los medios de prueba para poder sustentar una decisión de condena[1045]. Dicho principio exige que una sentencia condenatoria por cualquier delito solo puede basarse en auténticos actos de prueba y no en meros actos de investigación; asimismo, las pruebas deben ser lícitas y no deben haber violado los derechos fundamentales y deben haberse practicado respetando las garantías del debido proceso a nivel del juicio oral[1046].

No basta que pueda existir una actividad probatoria desde el punto de vista empírico, entendida como obtención de un dato de la realidad, dicha actividad también ha de practicarse rodeada de ciertas garantías, cumpliendo con determinadas formalidades y garantizando la vigencia de los derechos fundamentales de la persona[1047].

Desde el punto de vista constitucional y legal, las principales consecuencias de la presunción de inocencia son las siguientes:

A. La existencia de actividad probatoria

18. El primer requisito (lógico) de la regla de prueba de la presunción de inocencia es que debe producirse prueba en el proceso penal, pues si no hay prueba no puede hablarse de que el proceso haya cumplido sus fines (*v. gr.*, la búsqueda de la

1044 Exp. N.° 04415-2013-PHC/TC, Caso: Marco Antonio Figueroa Falcón.

1045 Cfr. Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 321; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 155.

1046 Cfr. Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, cit., p. 138; Gimeno Sendra, en Gimeno Sendra/Díaz Martínez/Calaza López, *Derecho procesal penal*, cit., p. 51.

1047 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 139.

verdad) y menos que haya la posibilidad de dictar una sentencia condenatoria o que se puede afectar los derechos de la persona[1048]. Si es que no se ha producido actividad probatoria de cargo el derecho a la presunción de inocencia se erige como baluarte y barrera infranqueable que impide el dictado de una sentencia condenatoria[1049].

La prueba de la existencia de un delito y de cada uno de sus elementos es gobernada por una regla que tiene un significado unívoco: la carga de la prueba le corresponde al que acusa, quien es el que tiene la responsabilidad de vencer y enervar dicha presunción[1050]. La regla es de rango constitucional: el principio de la presunción de inocencia, también llamado "el principio de presunción de la no culpabilidad", rige desde el momento que existe una imputación y hasta que haya sentencia definitiva, consentida y ejecutoriada.

La prueba que se actúe en el proceso puede ser una prueba típica (*v. gr.*, una prueba testimonial, pericial documental, el reconocimiento personal, etc.) o una prueba atípica que debe estar en condiciones de brindar una determinada información de signo incriminatorio suficiente para que pueda fundar una sentencia condenatoria.

La existencia de prueba de cargo suficiente es un requisito que se predica de una concreta y específica estación procesal: el juicio oral; con las garantías de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción. Solo de manera excepcional se puede considerar prueba a la "prueba anticipada" (art. 242 y 383.1) y a la prueba preconstituida (art. 383.1 y 425.2)[1051].

19. El requisito de la existencia de prueba no puede ni debe ser sustituido por la concurrencia de meras sospechas, de alegaciones, conjeturas o apreciaciones subjetivas[1052], *v. gr.*, que la persona era la única interesada en el homicidio de la víctima, que era el único beneficiado con la perpetración del delito. No bastan las impresiones, las apariencias o las noticias de impacto no contrastadas en juicio para enervar la vigencia de este derecho fundamental[1053].

1048 Cfr. Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 49; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 155.

1049 Cfr. Moreno Catena, Víctor y Valentín Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 445; Barona Villar, Silvia, en *Proceso penal. Derecho procesal III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 430.

1050 Cfr. Marinucci, Giorgio y Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale* [PG], Milano, Giuffrè, 2004, p. 17.

1051 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 117.

1052 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 141; Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2015, p. 246.

1053 Cfr. Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 135.

El principio de la presunción de inocencia es una garantía mínima del debido proceso que opera como barrera infranqueable, que protege los derechos fundamentales frente a los abusos del poder de persecución, el cual puede querer limitarlos teniendo como base las meras sospechas y conjeturas. Dicho principio está presidido por el mandato constitucional de interdicción de sospecha que implica la prohibición de la utilización preventiva del *ius puniendi* del Estado, obligando a que ningún legislador y ninguno de los poderes públicos puedan regular, aceptar o ejecutar actos que restrinjan derechos fundamentales para prevenir o investigar la existencia de conductas ilícitas, salvo que existan indicios suficientes[1054].

Una interpretación respetuosa de la Constitución y los tratados de los derechos fundamentales rechaza a las simples y meras sospechas como razón suficiente para afectar derechos fundamentales y para privar de la libertad a una persona. Ninguna sospecha, por más vehemente que sea, puede legitimar la afectación de un derecho fundamental. Es necesario tener una base mucho más sólida, como los indicios de criminalidad. Ni siquiera basta la **sospecha sincera** o la **conjetura honesta** del investigador para justificar la intervención sobre un derecho de la persona, pues dicha sospecha puede estar basada en meras intuiciones y corazonadas, de tal manera que no responde a una base objetiva y racional. Incluso, se discute si es compatible con la presunción de inocencia el iniciar una investigación y la persecución penal sobre la base exclusiva de una sospecha o una conjetura. La posición correcta niega dicha posibilidad.

Las máximas de la experiencia y las inferencias probatorias no pueden sustituir a la información aportada por los medios de prueba admitidos a nivel del proceso penal. Si, por ejemplo, los testigos señalan de manera uniforme que una persona se encontraba en un lugar distinto de la comisión del delito a la misma hora del crimen, determinadas apreciaciones del juzgador no pueden dejar de lado la prueba de descargo o los resultados que se derivan de la actividad probatoria. Asimismo, si una persona acredita, mediante documentos públicos y otros medios de prueba, que el día de la perpetración del delito se encontraba fuera del país (o de viaje), no se debe recurrir a consideraciones subjetivas que carecen de respaldo probatorio para condenarla.

20. La Corte Suprema de Justicia señala que la decisión judicial no puede basarse en simples sospechas o conjeturas sin prueba alguna que la corrobore[1055].

1054 Cfr. Caamaño, Francisco; *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 19 y 194; Sanguiné, Odone, *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 135.

1055 Véase, el R. N. N.° 3405-2014 del 13 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Rodríguez Tineo).

La sentencia condenatoria debe sustentarse en auténticos indicios o datos objetivos concretos y materiales dotados de significación suficiente para proporcionar una base real de la que pueda inferirse lógicamente —más allá de las simples sospechas, suposiciones o conjeturas— que el encausado está directamente implicado el hecho juzgado[1056].

La máxima instancia de la justicia ordinaria destaca que "la simple sospecha no es suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia que ampara al procesado, y esta no tiene la condición de indicio necesario para desarrollar a partir de ella la prueba indiciaria. Una sentencia de condena no se puede estructurar en función de afirmaciones sin verificación, pues se debe respetar la garantía de la presunción de inocencia[1057]".

Una mera sospecha no es un indicio[1058]. En efecto, mientras que el indicio es un medio de prueba y requiere que el hecho indicador esté plenamente demostrado, en la sospecha esto no acontece, ya que solo se trata de una hipótesis que se apoya en el conocimiento intuitivo y cuya eficacia se limita a encauzar las primeras investigaciones de la autoría del delito, pero no así un indicio, de cuya inferencia se pueda demostrar la responsabilidad de los imputados[1059].

La particular relevancia que tiene la necesidad de exteriorizar los datos o hechos objetivos que puedan calificarse de indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona acusado con el mismo radica en que los indicios son algo más que las simples sospechas, pues tienen que apoyarse en datos objetivos y tener una base real sobre la comisión del hecho delictivo y la vinculación del imputado con el mismo —elementos objetivos indiciarios—; es decir, estos datos o hechos objetivos deben contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las "meras hipótesis subjetivas"[1060].

La Corte Suprema de Justicia, en el estudio de un caso razonó que: "la tesis incriminatoria, en el caso particular, no trasciende más allá de una mera conjetura o sospecha, la cual no cuenta con elementos de convicción adicionales que permitan

1056 Véase, el R. N. N.° 4901-2009 del 6 de julio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Santa María Morillo).

1057 Véase, el R. N. N.° 2331-2018 del 13 de agosto del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas).

1058 Véase, el R. N. N.° 1912-2005 del 6 de setiembre del 2005 de la Sala Penal Permanente.

1059 Véase, el R. N. N.° 367-2014 del 10 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Rodríguez Tineo).

1060 Véase, el R. N. N.° 2353-2009 del 16 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Santa María Morillo).

inferir razonablemente que participaron en los actos de planificación o ejecución del hecho acusado; que, del mismo modo, si bien las coartadas que esgrimieron, en algunos casos, no tienen el sustento necesario para su credibilidad, sólo constituyen un indicio de mala justificación, por lo que no se le puede asignar idoneidad y contundencia al citado medio, pues no cuenta con el respaldo debido al valorarla conjuntamente con la prueba actuada"[1061].

21. No pueden ser considerados como medios de prueba desde el punto de vista jurídico los siguientes elementos:[1062]

(i) aquellas fuentes de prueba que pese a existir no han sido incorporadas materialmente al proceso;

(ii) aquellas fuentes de prueba que han sido incorporadas al proceso con violación de los derechos fundamentales o que no han sido incorporadas a través del procedimiento legalmente previsto;

(iii) los conocimientos privados del juez, por más ciertos e inequívocos que sean, ya que no pueden sustituir o reemplazar a los legítimos y auténticos medios de prueba (típicos o atípicos).

22. Los actos de investigación, por más que sean de cargo, como regla, no pueden fundamentar una sentencia condenatoria[1063]. Solo los actos de prueba que se practican con las debidas garantías y dentro del contradictorio de las partes pueden ser utilizados como razones legítimas de una condena.

La Corte Suprema de Justicia distingue entre los actos de investigación y los medios de prueba al sostener que: "es fundamental, entonces, distinguir los actos de investigación y los medios de prueba. Los primeros tienen por finalidad obtener las evidencias o los elementos materiales en que el titular de la acción penal sustentará su denuncia y, de ser el caso, la acusación fiscal; es por ello que se establece que las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento. Los segundos —los medios de prueba—, son aquellas actuaciones que se realizan ante el Juez de juzgamiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso penal, pues si bien estos actos de investigación, pueden servir de sustento para imponer medidas cautelares personales, no tienen efecto para sustentar una sentencia, pues únicamente se esti-

1061 Véase, el R. N. N.° 4826-2005 del 19 de julio del 2007 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Salas Gamboa).

1062 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 141; Vega Torres, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 1993, pp. 47 y 50.

1063 Cfr. Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, cit., p. 138.

marán como pruebas aquellas que se hayan producido o incorporado en el juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción. En efecto, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito, la identificación y participación del autor o cómplice, empero, no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para la acusación y la defensa, así como la dirección del debate contradictorio, que se desarrolla ante el Tribunal sentenciador; sin embargo, esta regla general, contiene excepciones que posibilitan valorar como prueba las que se actuaron en la instrucción, tales como la denominada 'prueba preconstituida' y la 'prueba anticipada', que se refiere a las diligencias sumariales de imposible repetición en el juicio oral, por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, es forzosamente única e irrepetible"[1064].

Asimismo, se resalta que "el Tribunal puede valorar una prueba personal recabada en la instrucción, cuando realmente la presencia del testigo sea imposible o de muy difícil actuación, sea porque el testigo haya muerto o no exista posibilidad de localizarlo, por encontrarse o ignorarse su paradero, debiendo en estos supuestos acreditarse por el órgano jurisdiccional que se agotaron razonablemente las posibilidades para su localización y citación, y procederse a la oralización del testimonio prestado en la instrucción para su debida incorporación al juicio oral"[1065].

B. La actividad probatoria de cargo

23. El imputado no requiere ni está obligado a probar su inocencia en el proceso penal. Una cosa es que el imputado tenga derecho a defenderse y pueda probar lo que estime conveniente y otra muy distinta es que tenga la obligación de acreditar su inocencia. El ciudadano no tiene por qué demostrar que no ha cometido el delito[1066]. La obligación de acreditar que alguien es culpable le corresponde a quien le atribuye la comisión de los mismos y le formula los cargos. La presunción de inocencia sirve básicamente tanto para asignar la carga de la prueba a quien sostiene la acusación (imputación en sentido amplio), con lo cual se le exige que despliegue la actividad probatoria y acredite la culpabilidad de una persona, así como también para fijar un estándar o *quantum* de prueba que es necesario para condenar.

1064 Véase, el R. N. N.° 2679-2011 del 25 de junio del 2012 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Morales Parraguez).

1065 Véase, el R. N. N.° 2679-2011 del 25 de junio del 2012 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Morales Parraguez).

1066 Cfr. Caro Coria, *La prueba de la individualización judicial de la pena*, cit., p. 242.

Por el principio de presunción de inocencia, se produce un desplazamiento y traslado de la carga de la prueba hacia quien atribuye a la persona la comisión de un determinado delito[1067]; de tal manera que es al órgano estatal que investiga y formula una imputación a quien le corresponde presentar la prueba de cargo que acredite la supuesta comisión del hecho delictivo y la intervención de una persona como autor o partícipe. El fundamento de dicha carga y de la obligación de probar la culpabilidad estriba en la consideración previa del imputado como inocente que no necesita actuar alguna prueba para demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye[1068]; asimismo, se toma en cuenta que si a la defensa le tocara probar la inocencia del imputado estaría sometida a una probatio diabólica de los hechos negativos[1069]. La Corte Suprema de Justicia sostiene que no le es exigible le es exigible, al procesado o procesados que, demuestre que no se cometió el delito (la prueba diabólica)[1070].

24. Un sector relevante de la doctrina considera que una de las principales consecuencias de la presunción de inocencia es la consagración de la carga de la prueba como obligación de las partes acusadoras, quienes deben probar en el proceso los elementos constitutivos de la pretensión penal y de la reparación civil[1071], es decir, la existencia de todos y cada uno de los elementos del tipo del injusto y de la intervención del imputado[1072]. Se resalta que la presunción de inocencia debe cubrir los elementos constitutivos del delito (acción, resultado, nexo de causalidad), así como la culpabilidad, la punibilidad y las causas excluyentes de responsabilidad[1073].

El desplazamiento de la carga de la prueba hacia quien realiza la acción penal y afirma formalmente que una persona ha cometido el delito no quiere decir necesariamente que la presunción de inocencia tenga un carácter pasivo[1074]. La

1067 Cfr. Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, cit., p. 445; Barona Villar, en *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 431; Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 69; Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 138; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 56; Gimeno Sendra, Derecho procesal penal, cit., p. 841.

1068 Cfr. Barona Villar, en *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 431; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 56.

1069 Cfr. Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 137 y 841; Gimeno Sendra, en Gimeno Sendra/Díaz Martínez/Calaza López, *Derecho procesal penal*, cit., p. 50.

1070 Véase, el R. N. N.° 2966-2012 del 25 de abril del 2014 de la Primera Sala Penal Transitoria.

1071 Cfr. Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, cit., p. 445; Gimeno Sendra/Díaz Martínez/Calaza López, *Derecho procesal penal*, cit., p. 137.

1072 Cfr. Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 137.

1073 Cfr. Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 296; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 293.

1074 Sin embargo, Cuerda Riezu, *La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?*, cit., p. 3: "el derecho a la presunción de inocencia tiene carácter pasivo".

presunción de inocencia supone que el imputado no tiene que probar el estado que el ordenamiento jurídico, la Constitución y los tratados de derechos humanos le reconoce como parte de su dignidad como persona, y, según su elección, decisión personal y estrategia defensiva, puede optar por defenderse pasivamente (sin hacer nada o siquiera mover un dedo) o también defenderse de manera activa, fuerte y decidida, presentado medios de prueba que acrediten la no comisión del delito o su completa ajenidad al hecho que se le atribuye.

Quien imputa formalmente debe cumplir con aportar la prueba necesaria que acredite la culpabilidad de la persona. El que afirma y atribuye que otro ha cometido una infracción penal (delito o falta) debe cumplir con aportar la prueba necesaria que acredite cada una de sus afirmaciones[1075].

25. Uno de los requisitos para enervar la presunción de inocencia es que la actividad probatoria sea de cargo, o de signo incriminatorio, es decir, que vincule a una persona con la comisión, como autor o partícipe, de un hecho delictivo[1076].

A una persona solo se le pueda condenar cuando se incorpora al proceso una determinada clase de prueba: la de carácter de cargo o incriminatorio que acredita su culpabilidad e intervención en el hecho imputado. No basta que concurra actividad probatoria —que puede ser de descargo o revestir carácter neutral—, la prueba debe perjudicar la posición jurídica del imputado acreditando que ha cometido el delito que se le atribuye. Por tanto, no basta que se haya practicado prueba o que la prueba que se introduce sea copiosa y de gran cantidad, ni que se haya sido diligente en la investigación, sino que es indispensable que la prueba sea objetiva y materialmente de cargo[1077].

La prueba de cargo, para que sea compatible con la Constitución, los derechos fundamentales y la presunción de inocencia, debe ser racional, en el sentido de ser **razonable y razonada**[1078]. No son prueba de cargo las meras corazonadas, las intuiciones, las sospechas o las denuncias públicas no corroboradas.

La determinación de la prueba de cargo requiere una individualización y un análisis exhaustivo del material probatorio que ingresa al proceso. La referencia a la existencia de prueba de cargo supone, desde un ángulo lógico, que debe haber

1075 Cfr. Caro Coria, *La prueba de la individualización judicial de la pena*, cit., p. 243.

1076 Cfr. Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, cit., p. 466; Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 135; San Martín Castro, *Derecho procesal penal*. Lecciones, cit., 2020, p. 155; Caro Coria, *La prueba de la individualización judicial de la pena*, cit., p. 243.

1077 Cfr. Vega Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 130.

1078 Cfr. Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., pp. 136 y 141.

previamente una clasificación y taxonomía de los medios de prueba, en el sentido de que se debe individualizar la prueba de cargo, la prueba de descargo o la prueba "neutral". No es posible conocer ni determinar el hecho de que una prueba sea de cargo (o de descargo) si es que previamente, en el caso concreto, no se conoce ni se puede establecer el contenido material de la prueba ni si la misma puede servir para acreditar una determinada hipótesis (la del Ministerio Público o la de la defensa).

La identificación de la prueba de cargo supone como paso previo el conocimiento y la determinación del contenido de cada medio de prueba. La condición de la prueba de cargo no depende de si el concreto medio de prueba es aportado por el Ministerio Público, por el agraviado o por cualquier entre persecutor (*v. gr.*, la Policía Nacional). También la prueba de cargo puede ser suministrada por cualquier sujeto procesal como, por ejemplo, el imputado o su propia defensa.

26. La prueba de cargo debe referirse de manera concreta y específica a los hechos materia de imputación en el proceso penal[1079]; de tal manera que no poseen dicha calidad ni pueden considerarse constitucionalmente como tales aquellas que de manera manifiesta sean ajenas a los hechos imputados y enjuiciados[1080]. No puede ni debe ser estimado como prueba de cargo, por ejemplo, el que el testigo (o el declarante) no presenciara los hechos[1081], *v. gr.*, cuando se trata de testigo de

1079 Véase, el R. N. N.° 3546-2008 del 28 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga).

1080 Cfr. Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 136.

1081 Véase, el **R. N. N.° 1271-2019** del 17 de marzo del 2021 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Cavero Nalvarte): "la declaración del efectivo policial Castro Hernández, sólo hace ver que no recuerda bien los hechos por el tiempo transcurrido, que actuó como apoyo y no presenció los hechos"; el **R. N. N.° 1879-2018** del 2 de julio del 2019 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Pacheco Huancas): "la intervención policial, posterior a todo ello, carece de relevancia probatoria, de ahí que el efectivo policial Dante Pastor Bocangel, en su declaración plenaria —página cuatrocientos dos (vuelta)—, solo se limitó en señalar que no presenció directamente el hecho"; el **R. N. N.° 3080-2015** del 15 de marzo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria: "como es evidente, respecto de la imputada, la declaración incriminatoria de Fabián Nación solo es de referencia. No presenció los hechos ni estuvo presente en el inmueble donde éstos ocurrieron"; luego se señala: "Es de precisar que como el encausado Fabián Nación es un colaborador eficaz —así calificado luego que sobre su mérito se expidiera la correspondencia sentencia— su coimputación no tendría mérito alguno si no consta en autos algún dato objetivo que corrobore los hechos que atribuye a sus coencausados, más aún si se necesita, principalmente, cuando se trata de testigos de oídas, la declaración del testigo fuente que proporcione una información coincidente con la del primero o que, en su defecto, existan otros medios de prueba alternativos —directos o indirectos— que confirmen lo que atribuyó a otros encausados. Nada de lo anotado se cumple en el presente caso"; el **R. N. N.° 336-2015** del 20 de marzo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Prado Saldarriaga) "del análisis de los medios de prueba obrantes en autos, se determina que no concurren corroboraciones periféricas que la doten de credibilidad más allá de toda duda razonable, ya que el testimonio de Erasmo Chipana Mamani (fojas dos mil cuatrocientos diez, tomo IX) quien señaló haber visto al imputado el día de los hechos

referencia[1082] —distinto es el caso si observó determinada conducta luego de ocurridos los hechos[1083]—, o el que los testigos presentados en juicio no reconocieran

conduciendo un automóvil Probox, junto con dos personas más, quienes llevaban chalinas que les cubrían el rostro, es insuficiente porque no presenció el hecho criminal"; el **R. N. N.° 2140-2014** del 13 de octubre del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "el Sereno interviniente no presenció los hechos. A ellos accedió por la versión del agraviado, como consta del Parte de fojas dos. El agraviado sólo declaró preliminarmente sin el concurso del fiscal, no se presentó al Juzgado ni ante la Sala de Juicio. Consta un acta de reconocimiento fotográfico al otro encausado, con el concurso del Fiscal [fojas diecinueve], sede donde refirió la intervención delictiva de Mendoza Pinedo, de la cual luego se retractó por medio de la declaración jurada de fojas ciento cuarenta y seis"; luego señala "estando al tiempo transcurrido, debe valorarse el material probatorio en concordancia con el derecho al plazo razonable e interdicción de las dilaciones indebidas. La causa tiene más de tres años. Si se tiene en cuenta la negativa del imputado y que las declaraciones preliminares sin fiscal no tienen el carácter legal de prueba, así como que el contenido del Parte del Serenazgo se amparó en lo que expresó el agraviado, es claro que no se tiene prueba suficiente que revele, primero, la legalidad de la intervención —ni siquiera se encontró en poder del imputado el celular que se afirma robado—; segundo, la realidad de un robo en el que habría participado el imputado Mendoza Pinedo; y, tercero, que quien fue capturado fue el que ineludiblemente intervino en el robo en cuestión".

1082 Véase, el **R. N. N.° 2612-2017** del 19 de julio del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "Constituye una regla de prueba consolidada que la declaración referencial no es suficiente para sustentar en ella una condena. Se requiere la versión del testigo presencial o, en su caso, de pruebas circunstanciales sólidas que permitan corroborar y dar mérito a una versión de oídas —simples rumores o señalamientos genéricos, sin fuente precisa, no merecen credibilidad—."; el **R. N. N.° 2790-2015** del 3 de abril del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado): "El testimonio es de referencia o indirecto, cuando este no presenció personalmente el suceso sobre el que declara, sino que narra lo que le relató otro testigo. En ese sentido su fuente de percepción fue otro testimonio. Sin embargo, su carácter es subsidiario, en cuanto es mejor obtener la prueba original, es decir, la declaración del testigo directo que percibió el hecho; salvo que sea imposible obtener su declaración". Luego, señala citando al profesor español Vicente Gimeno Sendra sostiene que: "Como criterio general cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron, de ellos, el relato de su experiencia". En la sentencia del Tribunal Constitucional Español 131/1997, se indicó que: "La prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos".

1083 Véase, el **R. N. N.° 1981-2017** del 20 de agosto del 2018 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo) en este caso la Corte Suprema "apreció que, en la sentencia recurrida, no se afirmó lo contrario y que la declaración de Espejo Ramírez se valoró solo en cuanto a lo que sí presenció, esto es, lo ocurrido inmediatamente después del intento de robo y que situó al procesado en el lugar de los hechos (aspecto aceptado por este). Es decir, no se trata de un testigo del intento de robo, sino del contexto inmediatamente posterior a este, pero que corrobora periféricamente la sindicación del agraviado. Además, dicho testigo ha reiterado su versión de los hechos que presenció a lo largo del proceso (a nivel preliminar, de instrucción y en juicio oral); esto es, que cuando se encontraba a bordo del vehículo de sus labores como efectivo policial (en ese momento trabajaba como seguridad del Estado) fue impactado de manera imprevista por el vehículo que conducía el agraviado, por lo que, cuando bajó a reclamarle, este le indicó que

al acusado[1084]. El que haya varios testigos del hecho no quiere decir necesariamente que vinculen como interviniente al imputado[1085], el que haya presenciado una agresión física de su enamorado no la hace testigo del robo imputado[1086], o el hecho de que el imputado salga de una turba de personas que mantenía una gresca con los agraviados no quiere decir que sea culpable del robo cometido[1087].

---

había sido asaltado por el procesado. Este sujeto pasaba cerca, por lo que —en el marco de sus atribuciones como efectivo policial— lo intervino y este cayó al suelo (negó haberlo golpeado), le realizó el registro personal (el agraviado le indicó que estaba armado) y le encontró un arma de fuego a la altura de su cintura". En otro caso se tomó en cuenta que el acusado: "fue detenido por la policía en el lugar y momento de los hechos, portando un arma de fuego, como se señala en el parte de intervención policial y el acta de registro personal (de fojas veintiocho), que fue firmada por el testigo Rodolfo Raúl Salhuana Villanueva, efectivo policial que concurrió al juicio oral y declaró que era quien conducía el vehículo donde se transportaban los dos policías que intervinieron al percatarse del robo, Manuel Gutiérrez Corcuera (autor del parte policial) y Augusto Escalante Moreno, y quienes frustraron con su intervención el ilícito y detuvieron a Carlos Luis Hidalgo Celi. Si bien el testigo no presenció la captura de Hidalgo, sí lo vio reducido por sus compañeros en el lugar de los hechos" véase, el **R. N. N.° 2654-2016** del 13 de marzo del 2017 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Sánchez Espinoza).

1084 Véase, el **R. N. N.° 1665-2018** del 31 de mayo del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Chávez Mella): "durante las diligencias de reconocimiento (que solo tienen carácter de indicio procedimental), tanto las testigos como el agraviado Aquije Hernández no reconocieron al procesado y nunca lo sindicaron en sus declaraciones. Así, la imputación solo depende de la incriminación efectuada por los coprocesados (durante la investigación preliminar y el juicio oral, en el cual fueron condenados), sindicación de la que se retractaron y afirmaron que se debió a un sentimiento negativo (resentimiento). Adicionalmente, no existe elemento probatorio que corrobore la inicial declaración incriminatoria. Por este motivo, se genera un estado de incertidumbre que no produce certeza y, por ende, cabe absolver al encausado por insuficiencia de pruebas"; el **R. N. N.° 3546-2008** del 28 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga): "obra en autos las testimoniales de Clivio Benites de Kitazono y Kitazono Roca, víctimas del atentado ocurrido el veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y seis —véase las declaraciones plenarias de fojas tres mil doscientos veintiséis y tres mil doscientos cuarenta, respectivamente, quienes no reconocieron a la encausada Calderón Lara como la acompañante de la hoy condenada Galván Montero—".

1085 Véase, el **R. N. N.° 657-2016** del 19 de diciembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Cavero Nalvarte): "del conjunto de declaraciones no fluye con absoluta claridad que el imputado agredió al agraviado y le robó sus pertenencias. El testigo Tenorio Manchego, que es ajeno a ambos grupos, no vincula a Ferreros Díaz, al igual que los encausados y testigos vinculados a él. El testigo Elvis Joel Zaconeta Pino, uno de los que con el agraviado acudió a la reunión social en cuestión, no aporta información alguna. Los otros dos (Cancho Munarriz y Raúl Zaconetta Pino) dan cuenta de la presencia del imputado en la agresión, pero solo uno menciona del robo, aunque no es directo en sindicar a Ferreros Díaz. El agraviado no da una versión persistente contra Ferreros Díaz, pues primero no menciona nombres, luego cita a otros encausados y, finalmente, en el acto oral recién sindica al procesado, lo que no puede considerarse fiable para sustentar una condena por un delito grave".

1086 Véase, el **R. N. N.° 2603-2014** del 15 de noviembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

1087 Véase, el **R. N. N.° 3062-2014** del 12 de diciembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo): "El testigo policial, al que hace referencia el Ministerio Público en

La calificación de prueba de cargo supone un juicio *ex post,* que se realiza una vez que se admite, actúa y se fija el concreto valor probatorio de la fuente o del órgano de prueba. No se trata de un juicio *ex ante*, debido a que representa un medio probatorio que forma parte del elenco de pruebas postuladas por el Ministerio Público o un sujeto procesal relacionado con la imputación o la persecución penal. No siempre los medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público resultan ser pruebas de cargo, ni siempre los medios de prueba ofrecidos por la defensa del imputado van arrojar resultados probatorios de descargo.

Con razón, se afirma que, si los hechos resultan probados, poco importa quién o qué sujeto procesal ha aportado y desplegado la actividad probatoria que permite acreditar un determinado hecho o circunstancia, sobre todo, si en el ámbito probatorio rige el principio de adquisición por el cual las pruebas producidas en el proceso sirven a todas las partes con independencia de quien las propuso e introdujo al proceso[1088]. En el proceso solo importan los hechos que se ha logrado acreditar y es indiferente quién los demostró[1089]. Una vez producida la prueba se torna irrelevante preguntar quién la produjo o la presentó; basta verificar si los hechos relevantes del caso se probaron de manera adecuada[1090] (principio de adquisición probatoria).

27. La existencia de actividad probatoria de cargo supone que se incorporen al proceso pruebas materiales o personales dirigidas a lo siguiente:

(i) acreditar la verdad de ciertas afirmaciones sobre determinados hechos de relevancia penal, tanto desde la perspectiva objetiva (relación causa e imputación objetiva) como desde la subjetiva (dolo o culpa);

(ii) establecer la intervención delictiva de una persona como autor o como partícipe.

Por un lado, la prueba de cargo debe acreditar la comisión del hecho punible con sus respectivas circunstancias concurrentes (temporales y especiales) y, por otro lado, la participación del imputado en cualquiera de sus formas comisivas[1091].

---

su recurso, no presenció los hechos imputados, a lo cual ha de sumarse que el procesado fue intervenido al observarse que salía de la turba de personas que mantenía una gresca con los agraviados, lo cual no es mérito suficiente para estimar un juicio de condena, tanto más si no se le encontró el objeto del delito".

1088 Cfr. Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 53.

1089 Cfr. Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 18.

1090 Cfr. Araújo/Pellegrini/Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 435.

1091 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 438; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 293; Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, cit.,, p. 445; Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 69; Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, cit., p. 136; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 143;

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la finalidad de la labor probatoria es establecer si un determinado hecho se ha producido realmente o, en su caso, si se ha producido en una forma determinada[1092]. Por otro lado, si se llega a probar la existencia del hecho objeto de la investigación esto no necesariamente prueba la autoría o participación, dado que también es la finalidad de la prueba el identificar al autor, cómplice o partícipe con suficiente fuerza como para que quede desvirtuada cualquier presunción de inocencia[1093].

Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 136; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 57; Maier, Julio B. J., *La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la Ordenanza Procesal Alemana, en Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima, Palestra, 2008, p. 85: "Si caemos en cuenta que el objeto procesal no está constituido sólo por el acontecimiento sucedido sino también por su atribución a una determinada persona y por el mismo imputado como individuo —cuestión introducida a proceso—, concluiremos en que parte del objeto procesal es asumido directamente por el Juez de Instrucción"; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 155.

1092 Véase, el R. N. N.° 2728-2017 del 27 de diciembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 2149-2015 del 14 de marzo del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria (Ponente: Chávez Mella); el R. N. N.° 1318-2015 del 7 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 3310-2014 del 24 de septiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Loli Bonilla); el R. N. N.° 2836-2014 del 3 de junio del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1986-2014 del 22 de octubre del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1152-2014 del 31 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 1798-2013 del 11 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 1658-2013 del 4 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Cevallos Vega); el R. N. N.° 1091-2013 del 10 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Cevallos Vega); el R. N. N.° 3090-2012 del 16 de julio del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 1798-2012 del 10 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1586-2012 del 21 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1212-2012 del 27 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 655-2012 del 20 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 186-2012 del 7 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 2346-2011 del 31 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 2166-2011 del 24 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 2159-2011 del 19 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 2143-2011 del 17 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1627-2011 del 19 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1617-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1347-2011 del 10 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana).

1093 Véase, el R. N. N.° 2437-2016 del 17 de julio del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 2149-2015 del 14 de marzo del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria (Ponente: Chávez Mella); el R. N. N.° 3310-2014 del 24 de septiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Loli Bonilla); el R. N. N.° 2735-2014 del 4 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1798-2012 del 10 de

28. La presunción de inocencia comprende de modo necesario la individualización e identificación de una persona antes de vincularla con una investigación y proceso penal[1094]. Tal exigencia es indispensable si desde el inicio de las investigaciones aparecen dudas y objeciones sobre si la persona a quien se le investiga sea quien efectivamente se señala que es, *v. gr.*, como cuando no se logra precisar con suficiencia el que una persona responda a un determinado apelativo o sobrenombre. Al respecto, los órganos estatales deben adoptar medidas mínimas necesarias para lograr despejar la duda acerca de la identidad de una persona[1095].

La Corte IDH resalta que el Estado debe agotar los medios necesarios para investigar y determinar en forma fehaciente la identidad de la persona que corresponde a un determinado sobrenombre o apelativo. Ello es compatible con la obligación de que el Ministerio Público "deberá investigar no solo los hechos y circunstancias de cargo, sino también, las que sirvan para descargo del imputado" [1096]. Se incumple con dicho deber si la fiscalía no hace nada por investigar los hechos indicados por la persona imputada, a fin de descartar su participación en el hecho punible endilgado o para asegurar la comparecencia de la persona que, según se indicaba, respondía a un apelativo[1097].

29. La motivación de la prueba en una sentencia condenatoria requiere no solo la justificación de cuáles son las pruebas o los indicios, las inferencias y las conclusiones probatorias sobre la existencia del hecho punible, sino que de manera obligatoria se requiere la justificación de cómo dichos indicios y las pruebas acreditan la concreta intervención de una persona en la comisión del hecho punible como autor o partícipe.

En buena cuenta, desde la perspectiva constitucional y como mandato derivado de la presunción de inocencia, se debe justificar en orden a probar lo siguiente:

(i) la realización del delito;

(ii) la intervención de una persona en su comisión.

---

octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1586-2012 del 21 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana).

1094 Corte IDH: Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 129.

1095 Corte IDH: Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 130: "la Comisión determinó en su informe de fondo que existen múltiples elementos que, desde la investigación inicial y a lo largo del procedimiento, generan dudas sobre la identidad de José Agapito Ruano Torres como El Chopo. No obstante, el señor Ruano Torres fue condenado sin que las autoridades policiales, de investigación y judiciales, adoptaran medidas mínimas para responder a las dudas generadas sobre su identidad. Lo anterior fue reconocido por el Estado".

1096 Corte IDH: Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 130.

1097 Corte IDH: Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 130.

El deber de justificar o de motivar las decisiones judiciales es mucho más intenso y reforzado —sobre todo si se trata de una sentencia condenatoria en la que se ordena el cumplimiento de una pena privativa de la libertad a una persona— en los casos en que hay una pluralidad de imputados que han realizado distintos comportamientos. Debe haber aquí una motivación individualizada y por separado de la prueba personal, material o indiciaria respecto a cada persona que (supuestamente) ha intervenido como posible autor o partícipe.

La motivación de la prueba por mandato constitucional y convencional, que se vincula a la presunción de inocencia, debe tener carácter individualizado respecto a cada hecho (y problema jurídico planteado) y, además, debe ser específica de la concreta y efectiva intervención de una persona en la comisión de un delito.

La obligación constitucional y legal de la motivación individualizada de las sentencias penales —sean condenatorias o absolutorias— se encuentra recogida en el artículo 393.3 del CPP, que impone como regla de deliberación y votación de las sentencias penales:

> "[...]
> b) Las relativas a la existencia del hecho y sus circunstancias;
> c) **Las relativas a la responsabilidad del acusado, las circunstancias modificatorias de la misma y su grado de participación en el hecho**".

En toda sentencia, debe encontrarse razonamientos justificatorios que justifiquen (artículo 139.5 de la Constitución) de manera adecuada las siguientes cuestiones:

(i) **las relativas a la responsabilidad del acusado,**
(ii) **a las circunstancias modificatorias de la misma y**
(iii) **a su grado de participación en el hecho.**

La Corte Suprema de Justicia ha señalado la necesidad de que se acredite tanto la comisión del hecho punible como la condición de autor o partícipe como requisito esencial para dictar una sentencia condenatoria y como contenido material de la presunción de inocencia. Así, afirma lo siguiente:

- "Es de remarcar que el derecho a la presunción de inocencia (literal 'e' del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado) exige no solo que se pruebe el hecho delictivo, sino también la vinculación del imputado con tal evento. En otras palabras, probar un hecho delictivo no

implica necesariamente que el imputado sea su autor o haya participado en su perpetración"[1098].

- Para que se emita sentencia condenatoria resulta indispensable la existencia de una actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias y tutelando el contenido constitucional del derecho a la prueba, que permita evidenciar la concurrencia de todos los elementos del delito y la participación del acusado. Ello, a su vez, permite evitar la existencia de arbitrarias restricciones del derecho a la libertad personal de los justiciables y tutelar su derecho a la presunción de inocencia, en los términos descritos precedentemente[1099].
- "Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea *suficiente* —primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal—. Ello quiere decir, *primero*, que las pruebas —así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones— estén referidas a los hechos objeto de imputación —al aspecto objetivo de los hechos— y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio"[1100].
- El rol del titular de la acción penal es demostrar la existencia del hecho, que este tenga carácter delictivo, y determinar la persona que lo cometió, así como la vinculación del hecho con el sujeto en función a prueba plena y necesaria para establecer tal relación[1101].
- "En la dogmática penal contemporánea, la imputación objetiva se determina al verificar que la persona ha creado un riesgo jurídicamente relevante penalmente prohibido. Siendo que para determinar el carácter relevante y prohibido desde el Derecho Penal de la conducta será necesario partir del ordenamiento positivo a fin de verificar si el comportamiento está sancionado en la norma penal y si esa actuación concreta de la persona se muestra como una forma de organización defectuosa de su esfera de libertad. Así las cosas, el llamado ámbito de protección de la norma nos permite verificar si esa organización defectuosa configura la conducta descrita en

1098 Véase, el R. N. N.° 2132-2018 del 23 de abril del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Chávez Mella).

1099 Véase, el R. N. N.° 64-2017 del 3 de mayo del 2018 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Quintanilla Chacón).

1100 Véase, la Casación N.° 10-2007 del 29 de enero del 2008 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Urbina Ganvini); la Casación N.° 14-2009 del 5 de febrero del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Calderón Castillo).

1101 Véase, el R. N. N.° 2631-2015 del 23 de febrero del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Cevallos Vega).

> el tipo penal teniendo como referencia a un ciudadano fiel al Derecho que no ejecutaría ese actuar por ser contrario al ordenamiento"[1102].

30. Por el principio de libertad probatoria, toda clase de prueba —en la medida que no viole los derechos fundamentales, las garantías mínimas del debido proceso y las formalidades legales en su incorporación— puede servir para acreditar la culpabilidad de una persona. La acreditación de la culpabilidad o la inocencia de una persona puede producirse a través del empleo de cualquier medio de prueba lícito[1103]. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "en virtud del principio de libertad probatoria un hecho puede acreditarse por cualquier elemento y/o medio probatorio lícito e incorporado legítimamente al proceso"[1104].

Cualquier medio de prueba lícito puede admitirse y actuarse en el proceso con las debidas garantías y constituir prueba de cargo válida. Así como cualquier medio de prueba puede servir para acreditar la inocencia de una persona, también cualquier medio de prueba puede ser utilizado para acreditar su culpabilidad.

Desde el punto de vista racional y epistémico, ninguna prueba tiene, en abstracto, mayor peso o posee una mayor jerarquía que otra prueba. Ninguna prueba vale más que otra. En la actualidad, ni la confesión ni la pericia constituyen medios de prueba privilegiados o que cuentan con un mayor peso probatorio que otras clases de medios de prueba. El principio del libre convencimiento del juez plantea que ninguna prueba posee preeminencia sobre otra y que en un proceso se puede consagrar, de manera general, el valor superior o la mayor jerarquía de ciertas pruebas. No es posible establecer una jerarquía *in abstracto* entre los distintos medios de prueba, y menos es correcto afirmar que una prueba es superior a otra y que es posible establecer pruebas de mayor calidad epistémica.

Por ejemplo, la prueba por indicios no posee un menor valor epistémico, racional y jurídico respecto a otras clases de pruebas, como pueden serlo la prueba testimonial, la prueba pericial o la prueba documental. Es completamente errado sostener que la prueba por indicios posee un menor valor epistémico y, por tanto, un valor probatorio inferior que otras clases de pruebas. En efecto, esta clase de prueba no puede ser ni hipervalorada ni hipovalorada por el legislador ni por los actores del sistema legal (jueces, fiscales, abogados y policías), si es que se quiere mantener un equilibrio en el sistema probatorio y se pretende alcanzar decisiones justas en el proceso.

1102 Véase, el R. N. N.° 434-2014 del 26 de noviembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Cevallos Vega).

1103 Cfr. Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, cit., p. 466.

1104 Véase, el R. N. N.° 1171-2017 del 28 de septiembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas).

La prueba por indicios no solo está en condiciones de ofrecer la posibilidad de llegar a conclusiones fiables, seguras y con alto grado de certidumbre, sino que en algunos casos puede ofrecer resultados probatorios más confiables y atendibles que los que se puede lograr con el empleo de las pruebas directas o de la llamada "prueba narrativa" (*v. gr.*, la declaración personal) si es que se respetan sus requisitos legitimadores. En el ámbito penal la prueba por indicios está en condiciones de desvirtuar la presunción de inocencia en la medida que los indicios sean graves, plurales, precisos y convergentes, y se apoyen en inferencias razonables que permitan alcanzar conclusiones con un alto grado de probabilidad.

Se recuerda que tanto la prueba directa como la prueba indirecta requieren de un razonamiento probatorio de carácter inductivo cuyo resultado ha de evaluarse en términos de probabilidad[1105], por lo que no es correcto inclinarse *a priori* por el mayor grado de certeza de la prueba directa sobre la prueba indirecta[1106]. Lo que existe en el caso de la prueba indirecta, respecto a la prueba directa, es que para llegar a una determinada conclusión hay una mayor cantidad de pasos inferenciales[1107]. En la prueba directa hay, por lo menos, dos pasos inferenciales y no solo uno como usualmente se afirma[1108]. Por tanto, no existe una diferencia cualitativa entre ellas,

1105 Por todos, Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 361; Gironi, Emilio, *La prova indiziaria, en La prova penale*, Torino, UTET, 2008, vol. III, p. 150; Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 389; Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., 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*, Santiago, Legal Publishing, 2010, p. 130.

1106 Cfr. Battaglio, Silvia, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nueva serie, Anno XXXVII, Milano, Giuffrè, 1995, p. 421; Gironi, *La prova indiziaria*, cit., p. 150; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 194 y 206; Ferrua, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., pp. 223 y ss.; Igartua Salaverría, *Los indicios tomados en serio*, cit., p. 72; Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 165; Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., pp. 116, 131 y 218; Climent Durán, *La prueba penal*, cit., 1999, T. I, p. 85.

1107 Cfr. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., 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, *Inferencia probatoria*, cit., p. 94; Igartua Salaverría, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima, Palestra, 2009, p. 160; Igartua Salaverría, *Los indicios tomados en serio*, cit., p. 80; Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 130; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 207; Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 173.

1108 Cfr. Iacoviello, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 203; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 211; Gironi, *La prova indiziaria*, cit., p. 150.

así como no es posible sostener que una ofrezca mayores garantías que la otra[1109]. Como recuerda de manera general Ferrajoli "es claro que cuanto mayor es el número de las inferencias para inducir de la prueba la conclusión de la responsabilidad por el delito del que es causa, tanto menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria"[1110].

En la doctrina, se considera que la prueba indiciaria no tiene un menor valor probatorio que la prueba directa y no es correcto sostener que posee una escasa consistencia o que su nivel de confianza es muy bajo[1111]. No existe una diferencia estructural u ontológica entre la prueba directa y la prueba indirecta como si se tratara de pruebas de naturaleza distinta y de diferente fuerza probatoria, ya que, en realidad, ambas clases de prueba apuntan a objetos diversos: la prueba directa al hecho principal y la prueba indirecta a un hecho secundario o intermedio[1112]. Ello lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que una huella digital o una mancha de sangre en la escena del crimen puede ser mucho más consistente o confiable que el testimonio de una persona[1113], o que cualquier prueba personal o histórica[1114], debi-

1109 Cfr. González Lagier, *Inferencia probatoria*, cit., p. 94; Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 205.; Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 130.

1110 Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 131: "Basta en realidad que la defensa aduzca una contraprueba que desmienta una sola de las inferencias necesarias de la serie para interrumpir la cadena y desmontar todo el razonamiento".

1111 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 361; Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 540; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 344; Gironi, *La prova indiziaria*, cit., pp. 133 y 149; Battaglio, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, cit., pp. 412 y 421; Gianturco, Vito, *Los indicios en el proceso penal*, Bogotá, 1975, p. 125; Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 484 y 485: "en lo que se refiere a la libre convicción del juez, la fuerza probatoria de los indicios, en cambio, igual a la de cualquier otro elemento de prueba".

1112 Cfr. Daniele, Marcello, Indizi (*Diritto processuale penale*), en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, Annali X-2017, p. 508; Igartua Salaverría, *Los indicios tomados en serio*, cit., p. 79; Miranda Estrampes, Manuel, *La prueba indiciaria y el estándar del más allá de toda duda razonable, en La prueba en el proceso penal acusatorio*, Lima, Jurista, 2012, p. 38.

1113 Cfr. Battaglio, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, cit., p. 397; Busetto, Marcello, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, 8a. ed., Padova, Cedam, 2013, p. 602; Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 226; Daniele, Indizi (*Diritto processuale penale*), cit., p. 509; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 48; Gironi, *La prova indiziaria*, cit., p. 133; Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 68; Tomás y Valiente, Francisco, *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia, en Revista Española de Derecho Constitucional*, N.° 20, mayo-agosto, 1987, p. 32: "una serie de indicios convergentes puede obtener el juzgador mayor grado de certidumbre que de una sola prueba directa".

1114 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 24/13, p. 278; Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 226; Daniele, *Indizi (Diritto processuale penale)*, cit., p. 509.

do a que la dactiloscopia permite afirmar con un alto grado de certeza que cuando hay 16 o 17 puntos comunes entre dos huellas digitales, se está ante la huella que pertenece a una misma persona[1115]. La correspondencia dactiloscópica de menos puntos (inferior a 16) puede asumir un mayor o menor valor indiciario según la naturaleza del punto de correspondencia (simple o complejo), o según el tiempo o las características morfológicas de la huella recogida[1116].

No es posible tampoco establecer, desde el punto de vista de la presunción de inocencia, que los medios de prueba de cargo posean mayor importancia que los medios de prueba de descargo. A dicha conclusión no se puede llegar sin violar la presunción de inocencia y los criterios de racionalidad mínimos. En todo caso, ello depende de su contenido intrínseco, modo de obtención, de la fiabilidad y credibilidad de cada concreto medio de prueba.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la libre apreciación razonada de la prueba reconoce al Juez la potestad de otorgar el mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen[1117]. También se destaca que "el proceso penal en un Estado de derecho no solo debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe buscar la verdad material, no como una verdad absoluta sino como un deber de apoyar

1115 Cfr. Catalano, Elena María, *La prova indiziaria, en Prova penale e método scientifico*, Torino, Utet, 2009, p. 71; Saponaro, Luisa, *Dall'indizio alla prova indiziaria: Il rapporto tra probabilità e certezza*, Milano, Cedam, 2015, p. 124; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 606; Gironi, *La prova indiziaria*, cit., p. 137; Zaza, Carlo, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 79; Daniele, *Indizi (Diritto processuale penale)*, cit., p. 509; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 48; Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, p. 25; Gianturco, *Los indicios en el proceso penal*, cit., p. 69.

1116 Cfr. Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 606.

1117 Véase, Acuerdo Plenario N.° 02-2005 del 30 de septiembre del 2005; el R. N. N.° 1171-2017 del 28 de septiembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas); el R. N. N.° 2947-2012 del 12 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 3112-2010 del 16 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 3694-2010 del 13 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 1358-2010 del 30 de junio del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 1250-2010 del 17 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 2691-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 2647-2010 del 18 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 741-2010 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 3455-2009 del 11 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 434-2009 del 11 de mayo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

una condena, solo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado; pues la libre apreciación razonada de la prueba"[1118].

31. Los principios constitucionales de la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el deber de motivar las resoluciones judiciales requiere una adecuada y minuciosa individualización de los medios de prueba, la precisión de contenido y adecuada evaluación de la prueba de cargo, tanto en sus aspectos cualitativos como en los de credibilidad y fiabilidad de los medios de prueba.

Una de las consecuencias directas e inmediatas del principio de exhaustividad de la motivación de la decisión judicial es que se deben fundamentar y justificar todas las pruebas admitidas y actuadas en el proceso, sin excepción alguna[1119], situación que se logra de manera adecuada a través de la motivación individualizada de los medios de prueba que requiere que se identifique la prueba, se determine si el concreto medio de prueba 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 posibilita a las partes a que conozcan si se tienen en cuenta todos los hechos alegados y todas las pruebas propuestas, admitidas y actuadas.

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[1120], en el sentido de 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 posibilita la preparación de un esquema de trabajo clasificatorio y de atribución 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, así 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 las partes[1121].

1118 Véase, el R. N. N.° 310-2011 del 6 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana).

1119 Cfr. Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 171.

1120 Cfr. Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2009, p. 117.

1121 Véase, Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 202: "la motivación —como se ha dicho— debe consistir en la 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

La técnica analítica de valoración de la prueba permite que la sentencia sea un documento autosuficiente, es decir que se explica por sí mismo de manera adecuada y que facilita mostrar la base real del relato fáctico sobre la prueba efectivamente practicada. La ponderación individual de cada uno de los medios probatorios actuados ayuda a que se cumpla con el requisito de que la fundamentación de los hechos y de las pruebas sea completa[1122]. De no evaluarse la prueba de manera individualizada y analítica, el razonamiento probatorio siempre será parcial, faccionado, tendrá fisuras y no cumplirá con el requisito de completitud del discurso justificatorio[1123]. El análisis individualizado de la prueba requiere, como es lógico, que se examinen todas y cada una de las pruebas admitidas y actuadas en el proceso. Bajo ninguna forma se autoriza a que la valoración analítica sea una ponderación unilateral de algunos medios de prueba con los que se pretende justificar una determinada decisión en la que se valora positivamente algunos medios y se desecha de manera intencional otros (o sencillamente se omite su valoración); así 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 un determinado aspecto de una declaración testimonial y no otro aspecto relevante y crucial).

La libre valoración de la prueba es una libertad racional, metódica que sigue parámetros epistémicos y no supone una libertad omnímoda, general o indiscriminada, sino, más bien, una "libertad responsable"[1124], que obliga a justificar la decisión sobre la base de la prueba admitida y actuada en el proceso con las debidas garantías.

C. La obligación constitucional, convencional y legal de que se prueben todos y cada uno de los elementos de la imputación

i. La imputación constitucionalmente fundada

32. Para que en un proceso penal exista una imputación legítima y válida, se debe cumplir con imputar todos y cada uno de los elementos típicos del delito,

---

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".

1122 Cfr. Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 123.

1123 Cfr. Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 171.

1124 Cfr. Vásquez Sotelo, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 520; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 144.

tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo[1125]. No basta solo atribuir alguno de ellos. El respeto al principio de legalidad debe cumplirse en su totalidad y a cabalidad. No puede haber una imputación parcial en la que solo se ha cumplido con realizar unos elementos del tipo y otros no, pues, de ser así, se incurriría en una causal de atipicidad relativa.

Por mandato del principio de legalidad, todos los elementos objetivos y subjetivos del delito son objeto de prueba en el proceso penal[1126]. Para desvirtuar la presunción de inocencia la actividad probatoria de cargo no debe dirigirse a acreditar la culpabilidad de una persona en la comisión de cualquier delito, sino de aquel delito específico por el que se encuentra imputada en el caso concreto[1127].

Atendiendo a la regulación normativa de cada delito en particular, el operador jurídico debe cuidar de establecer que en la elaboración de la imputación conste la realización de todos y cada uno de los elementos del delito (objetivos y subjetivos) perpetrado por una persona, y que se acredite la comisión de los tipos penales ampliados, *v. gr.*, la participación o tentativa. No es válido ni correcto, desde la perspectiva constitucional y legal —si es que se quiere cumplir con el mandato del principio de legalidad—, que haya imputaciones parciales, incompletas, o que no cumpla con el estricto alcance de la regulación legal de cada delito en particular.

La construcción de una imputación en materia penal, por parte del Ministerio Público o el querellante, debe efectuarse tomando como base y eje central a la ley penal[1128], lo que requiere un manejo adecuado de la dogmática penal y de la teoría general del delito. No basta tomar en cuenta el impacto social del hecho, la condición de las personas intervinientes o la influencia o el efecto que ejercen los medios de comunicación para que se atribuya la comisión de un delito a una persona.

Los fiscales y los jueces deben cumplir con la Constitución, los tratados de derechos Humanos y la ley penal (artículos 138 y 146.1 de la Const.). No pueden permitir que se les instrumentalice para dar lugar a represalias, o venganzas privadas, ni deben actuar como si las investigaciones y los procesos penales fueran un ajuste de cuentas de las autoridades con los ciudadanos.

El hecho de que no se cumpla con los alcances del principio de legalidad penal y con todos los elementos objetivos y subjetivos del injusto penal hace que se esté

1125 Véase, Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 329; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 293; Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 137.

1126 Ampliamente: Castillo Alva, José Luis, *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*, Lima, Grijley, 2013, pp. 130 y ss.

1127 Cfr. Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 137.

1128 Cfr. Naucke, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 75.

ante una **imputación arbitraria,** que viola el sentido tuitivo y protector tanto de la Constitución como de la ley penal. Tan arbitraria es una imputación construida al margen de la ley como una imputación parcial e incompleta que no toma en cuenta ni respeta todos y cada uno de los elementos del delito.

33. En el proceso penal, las autoridades encargadas de la investigación y procesamiento buscan individualizar conductas y acciones concretas capaces de ser reconducidas a la tipicidad de un delito concreto. Mientras que la ley penal consagra una clase de conductas que se consideran disvaliosas y prohibidas, en la investigación del delito y en el proceso penal se busca individualizar la conducta como suceso histórico único que forma parte del objeto del proceso. La actividad reconstructiva que se realiza en el derecho (*v. gr.*, la investigación o el proceso) se basa en un hecho histórico correctamente individualizado y contextualizado[1129].

Tanto a nivel legislativo como a nivel del proceso penal, la descripción del hecho está cubierta por una **dimensión semántica**[1130] que requiere el manejo del lenguaje de manera adecuada y precisa. La dimensión semántica del hecho adquiere un papel **eminentemente narrativo**[1131] al fijar la imputación y los enunciados que la componen: hecho, la evidencia y la calificación jurídica.

En el proceso, el hecho real y suceso histórico concreto está ausente, solo se puede conocer y reconstruir parcialmente a través de enunciados lingüísticos y de las narraciones que realizan las partes, así como por medio de la evidencia que se logra acopiar y recoger[1132]. El juez tiene un conocimiento mediato —y nunca directo— de la existencia de los hechos, a través de los testimonios, documentos e indicios[1133]. Dicho conocimiento posee un carácter contingente y la reconstrucción que se realiza de la parcela de la realidad viene dada por el caudal probatorio del que

1129 Cfr. Rafaraci, Tommaso, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, en *Giustizia Insieme*, n.º 3, 2011, p. 82.

1130 Cfr. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., p. 41.

1131 Cfr. Calvo González, José, *Proceso y narración. Teoría y práctica del narrativismo jurídico*, Lima, Palestra, 2019, pp. 17, 56, 59, 87, 179, 231, 249, 270 y ss.; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., pp. 45, 53 y ss.

1132 Cfr. Bontempelli, *Prova, verità e giudicato penale*, cit., p. 12; Taruffo, Michele, *Fatto, prova e verità, en Criminalia*, 2009, p. 315.

1133 Cfr. Capograssi, *Juicio proceso ciencia verdad*, cit., p. 209: "todo el proceso no es más que una especie de fatigosa, complicada, peligrosa mediación por la que el juez, justamente, a través de la mediación de personas, de cosas, de pensamientos, puede volverse presente en la contienda de los intereses, presente en la acción criminosa, y presente con toda la consciencia de la ley y del orden que deben realizarse para que la crisis sea resuelta y la experiencia reparada". Luego señala: "Hay ciertamente algo de mágico en el proceso: un hacer reaparecer como presente aquello que es pasado, un hacer regresar inmediato aquello que ha desaparecido en su inmediatez, un hacer representar vivos sentimientos que se han apagado, y a la par, más singular aún, hacer retornar íntegra una situación que se ha descompuesto".

se dispone en su momento. La prueba proporciona una aproximación de la verdad de los enunciados que tienen como objeto los hechos en el proceso. El cambio del caudal probatorio altera y modifica de manera significativa el conocimiento que se tiene de los hechos.

El juez trata de reconstruir el pasado a través de las referencias de terceros (las partes) y de las pruebas que se presentan y se actúan en el proceso. Como señala Capograssi, "el juez escucha las palabras de los otros, ve las cosas que los otros le presentan, reflexiona sobre las reflexiones de los otros. Pero todo este revivir, que el juez hace a través del revivir de los otros, no es nunca un ver directamente, no es nunca la presencia"[1134].

ii. La imputación y el principio de legalidad penal

34. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que en el derecho penal rige plenamente el principio de legalidad, pues el delito, la pena y la persecución estatal deben estar establecidas normativamente[1135]. El principio de legalidad, en materia sancionadora, prohíbe que se pueda aplicar una pena si no está determinada por la ley. El principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos[1136]. El principio de legalidad es una herramienta trascendente que el juez penal tiene para garantizar el Estado de derecho; no pudiendo crear ni suprimir sanciones penales por interpretación judicial[1137]. El principio de legalidad penal informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones[1138].

1134 Cfr. Capograssi, *Juicio proceso ciencia verdad*, cit., p. 210: "Es un hacer presente lo que no es presente. Y por esto es un proceder a través de signos, que significan, pero que no son la cosa significada; casi se diría un proceder a través de rastros, figuras, jeroglíficos, que el juez debe traducir en aquella realidad buscada y ya desaparecida en su inalcanzable presencia actual. A través de este proceder por signos, casi se diría a través 'las sombras de las cosas' (es la frase de un gran magistrado de otros tiempos, en un pasaje que será referido más adelante), el juez debe rehacer el pasado. Y debe rehacerlo presente para juzgarlo; porque debe aplicar las leyes al caso, porque debe resolver la crisis, porque debe recomponer y hacer regresar a su cauce la corriente descompuesta de la experiencia jurídica".

1135 Véase, la Casación N.° 640-2017 del 18 de abril del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Neyra Flores).

1136 Véase, el R. N. N.° 383-2014 del 18 de septiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Salas Arenas).

1137 Véase, el R. N. N.° 3090-2012 del 16 de julio del 2013 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia voto singular del magistrado Salas Arenas.

1138 Véase, el R. N. N.° 842-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Salas Arenas).

La garantía material específica del principio de legalidad, en materia sancionadora, impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no se encuentra también determinada por la ley. El principio de legalidad impone tres exigencias concurrentes: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Entonces el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos, ya que protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en forma clara e inequívoca en una norma jurídica[1139]. La perfección típica de un delito implica la realización plena del tipo subjetivo y del tipo objetivo, lo cual afirma el juicio de tipicidad, como primera valoración, a fin de establecer la concurrencia de un verdadero injusto penal; esta valoración dogmática supone, en realidad, un juicio de imputación, la atribución de un injusto penal a la persona del autor, un proceso de imputación que cuenta con una dimensión objetiva y subjetiva[1140].

Asimismo, sostiene que "el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica, que el ciudadano sepa cuáles son las conductas sancionadas y sus consecuencias y cuáles no; en efecto, si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos", y que "un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva"[1141]. El principio de legalidad

1139 Véase, la Casación N.° 11-2007 del 14 de febrero del 2008 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Ponce de Mier).

1140 Véase, el R. N. N.° R. N. N.° 1994-2017 del 20 de agosto del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Chávez Mella).

1141 Véanse, la Casación N.° 640-2017 del 18 de abril del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Neyra Flores); el R. N. N.° 272-2018 del 9 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Neyra Flores); el R. N. N.° 1972-2016 del 13 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Neyra Flores) con cita de Claus Roxin.

garantiza la seguridad jurídica debido que solo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificadas previamente[1142].

La Corte Suprema de Justicia sostiene que "la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia material vinculada al principio de legalidad penal que consiste en la adecuación de la conducta que se atribuye al encausado a la descripción legal de un delito formulado en abstracto por la ley penal"[1143], y que "la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia procesal vinculada al principio de legalidad penal. Ella consiste en la adecuación de la conducta que se atribuye al imputado a la descripción legal de un delito formulada en abstracto por la ley penal"[1144]. El juez penal debe ser leal al principio de legalidad desde el inicio del proceso, lo que significa que la determinación de los tipos penales debe hacerse conforme a ley, de acuerdo al aforismo latino *nulla crimen nulla poena sine lege*, y para ello deberá realizar una correcta adecuación del supuesto de hecho al tipo legal preexistente (juicio de tipicidad y subsunción)[1145]. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado democrático, conforme a lo establecido en el artículo segundo, inciso vigésimo cuarto, literal e), de la Constitución Política

1142 Véase, el R. N. N.° 2090-2005 del 7 de junio del 2006 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

1143 Véase, el R. N. N.° 1648-2011 del 9 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 4159-2011 del 27 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 1463-2012 del 13 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 1481-2011 del 19 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 215-2011 del 6 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 321-2011 del 7 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 105-2010 del 5 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 3058-2009 del 22 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 1200-2009 del 28 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 790-2009 del 15 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 229-2009 del 16 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 3790-2008 del 2 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 4828-2008 del 4 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 4828-2008 del 24 de mayo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (Ponente: Prado Saldarriaga); el R. N. N.° 3584-2004 del 24 de mayo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (Ponente: Prado Saldarriaga).

1144 Véase, el R. N. N.° 2212-04 del 13 de enero del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria.

1145 Véase, el R. N. N.° 1847-2011 del 30 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 1292-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado). También: el R. N. N.° 2531-2011 del 5 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 2750-2009 del 21 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Voto singular de la Dra. Barrios Alvarado).

del Estado[1146]. Una conducta será típica cuando reúna los requisitos señalados por un determinado tipo legal. Luego, se habla de tipicidad como característica de la acción de adecuarse a un tipo legal. El tipo legal está conformado por un aspecto objetivo y subjetivo. El profesor Muñoz Conde manifiesta que el aspecto objetivo del tipo presenta de manera constante los siguientes elementos: sujeto activo, conducta y bien jurídico. Se entiende al primero como aquel sujeto que realiza la conducta prohibida u omite la acción esperada[1147].

La tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas se encuentran encardinadas con la dimensión subjetiva del principio de legalidad penal, en la medida que, debe garantizarse a toda persona sometida a un proceso penal dos aspectos concretos: (i) que su conducta se encuentre tipificada correctamente en una norma como delito o falta y (ii) que la sanción se encuentre contemplada previamente en la norma jurídica[1148].

Las causales de atipicidad son aquellas que impiden la adecuación de la conducta a los presupuestos de un tipo penal y, por lo tanto, excluyen la tipicidad de la conducta; la congruencia entre el tipo penal y el comportamiento del sujeto debe ser plena, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo; de lo contrario, la conducta deviene en atípica. En este proceso de subsunción, el principio de legalidad funciona como garantía para el sujeto, dado que este no puede ser procesado por la realización de comportamientos diferentes a los establecidos en el ordenamiento jurídico como constitutivo de un hecho punible[1149].

35. La presunción de inocencia exige que sea la parte acusadora (*v. gr.*, el Ministerio Público o el querellante) la que demuestre y pruebe cada uno de los elementos del delito que se le imputa a una persona. El ciudadano no tiene que demostrar su inocencia, sino que dicha obligación corresponde a quien le atribuye y formula los cargos. La acusación soporta la carga objetiva de la prueba en relación al conjunto de los presupuestos y circunstancias configuradoras del delito[1150].

1146 Véase, el R. N. N.° 1397-2011 del 22 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Salas Arenas); el R. N. N.° 2363-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

1147 Véase, la Casación N.° 640-2017 del 18 de abril del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Neyra Flores).

1148 Véase, el R. N. N.° 2524-2011 del 25 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Prado Saldarriaga).

1149 Véase, el R. N. Exp. N.° 2809-2004 del 22 de marzo del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria (Ponente: Prado Saldarriaga).

1150 Cfr. Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 32.

La titularidad de la carga de la prueba no solo supone que a quien afirma o sostiene la imputación le debe corresponder acreditar el "hecho" supuestamente cometido por una persona[1151], sino que, además, debe probar cada uno de los elementos del injusto típico y culpable. Por ello, no basta con que se acredite el hecho atribuido (proposición fáctica), es necesario que se pruebe de manera suficiente y adecuada el hecho punible en todos y cada uno de sus elementos en relación a un autor o partícipe determinado.

El Comité de Derechos Humanos ha estimado que si un acto u omisión debe traducirse en una condena penal, no es cuestión que pueda determinarse en abstracto; por el contrario, se trata de una cuestión a la que solo se puede responder tras un juicio en el que se presenten pruebas que produzcan la convicción necesaria acerca de los elementos del delito. Si no puede probarse debidamente la existencia de un elemento necesario del delito, tipificado en el derecho nacional o internacional, la conclusión es que la condena del acusado de ese acto u omisión quebrantaría el principio de que nadie sea condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no eran delictivos en el derecho nacional o internacional, principio consagrado en el párrafo 1 del artículo 15[1152].

El TC español sostiene que "la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos 'los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad' (SSTC 233/2005; de 26 setiembre, FJ 11; 127/1990, de 5 de julio, FJ 4; 93/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; en la misma línea, SSTC 137/2002, de 3 de junio, FJ 5; y 147/2002, de 15 de julio, FJ 5".

1151 Véase, el R. N. N.° 2282-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana).

1152 Comunicación N.° 1870/2009, Sobhraj C. Nepal (Dictamen aprobado el 27 de julio de 2010, 99° Período de Sesiones), párr. 7.6; Comunicación N.° 1080/2002, Nicholas c. Australia, dictamen aprobado el 19 de marzo de 2004, párr. 7.5: "En cuanto a la segunda cuestión, el Comité observa que, según el párrafo 1 del artículo 15, es necesario que el acto u omisión por el que se condena a un acusado constituya "delito". Si un acto u omisión debe traducirse en una condena penal no es cuestión que pueda determinarse en abstracto; por el contrario, se trata de una cuestión a la que sólo se puede responder tras un juicio en el que se presenten pruebas que produzcan la convicción necesaria acerca de los elementos del delito. Si no puede probarse debidamente la existencia de un elemento necesario del delito, según se tipifica en el derecho nacional (o internacional), la conclusión es que la condena del acusado de ese acto u omisión quebrantaría el principio nullum crimen sine lege, así como la seguridad jurídica estipulados en el párrafo 1 del artículo 15".

iii. El principio de la presunción de inocencia exige la prueba suficiente de cada uno de los elementos del delito

36. La prueba de cargo debe versar sobre las afirmaciones acerca de los hechos materia del proceso penal y debe cubrir todos los elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), sea que se trate de elementos objetivos o subjetivos. La acusación debe no solo afirmar una determinada tesis, sino que ha de comprobar la realidad de la misma a través de la prueba actuada en el proceso penal (juicio oral), más allá de una duda razonable[1153].

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[1154]. El Tribunal Supremo español 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"[1155]. En efecto, la acreditación de todos y cada uno de los elementos del injusto culpable de cada delito en particular (*v. gr.*, robo, homicidio, violación, cohecho, prevaricato, etc.) constituye el tema de prueba en el proceso penal[1156].

La actividad probatoria tendiente a acreditar los extremos de la acusación 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, del debido proceso y de la pertinencia y utilidad en la generación de la prueba[1157].

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[1158].

1153 Cfr. Badaró, *Processo penal,* cit., 2014, p. 293; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 77; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 155.

1154 Cfr. Marinucci/Dolcini, Manuale *di diritto penale* [PG], cit., 2004, p. 18; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 293; Bacigalupo Zapater, *Casación por infracción de la ley y motivación de la sentencia*, cit., p. 90 y ss.; Igartua Salaverría, Juan, *Dos usos desviados de la "presunción de inocencia"*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 7, 2006, T. I, p. 434; Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, cit., p. 136; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., pp. 49 y 77; Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2015, p. 423.

1155 Véase, la Sentencia N.° 790/2009. Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

1156 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., pp. 48, 52 y ss.

1157 Cfr. Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, 1960, T. I, p. 486.

1158 Cfr. Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 130; Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, cit., p. 445; Nieva Fenoll, Jordi, *Derecho procesal III.*

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[1159]. 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 ni la absolución por la circunstancia agravante por la no concurrencia del elemento cualificado[1160].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "no puede enervarse la presunción de inocencia, en tanto no exista material probatorio suficiente e inequívoco que autorice a tener objetivamente acreditada la responsabilidad penal que se incrimina"[1161], y que: "frente a la insuficiencia de pruebas e indicios que no tienen fuerza acreditativa necesaria para sustentar una sentencia condenatoria, las reglas de valoración señalan que debe absolverse al imputado"[1162]. Ante la insuficiencia de pruebas de cargo que demuestren la responsabilidad penal de los encausados, es de rigor optar por la

---

Proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 410; Caro Coria, *La prueba de la individualización judicial de la pena*, cit., p. 250; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 57.

1159 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 conocía de la resolución criminal de su co-acusado Tasayco Espejo, es decir, estos previamente concertaron voluntades repartiendo funciones para realizar satisfactoriamente el evento delictivo".

1160 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 52.

1161 Véase, el R. N. N.° 699-2014 del 19 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 2039-2013 del 28 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Morales Parraguez); el R. N. N.° 3731-2012 del 5 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

1162 Véase, el R. N. N.° 1761-2015 del 14 de enero del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 2235-2014 del 9 de septiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 873-2014 del 14 de marzo del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 741-2014 del 6 de junio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo).

absolución, pues no se enervó la presunción de inocencia que nuestra Constitución Política y el Estado reconocen a todo justiciable[1163]. La evaluación probatoria que realiza el órgano jurisdiccional debe ser integral, y ameritar los elementos de cargo y descargo aportados por las partes durante el desarrollo del proceso, por lo que de no existir medios de prueba suficientes que sustenten la imputación fiscal, corresponderá la absolución[1164] y cuando los datos existentes no son idóneos, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre el delito o la responsabilidad de un acusado, la insuficiencia de elementos incriminatorios conduce a la absolución[1165].

37. La doctrina y la jurisprudencia comparada distinguen dos clases de hechos constitutivos que forman parte de toda conducta delictiva: los **hechos externos** y los **hechos internos**[1166]. 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.)[1167].

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 la intervención del hombre (hechos naturales). En ocasiones, los hechos externos no aparecen definidos de manera puramente fáctica, sino que su sentido depende de una definición jurídica o de su relación con un criterio legal[1168]. 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, crea un riesgo (como también lo puede disminuir) a un concreto bien jurídico (*v. gr.*, la vida, la libertad, el patrimonio, etc.).

1163 Véase, el R. N. N.° 3244-2013 del 30 de abril del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo).

1164 Véase, el R. N. N.° 4062-2013 del 8 de abril del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Salas Arenas).

1165 Véase, el R. N. N.° 1388-2015 del 6 de junio del 2017 de la primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Salas Arenas).

1166 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 294; Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, cit., p. 445; Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., 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"; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 77; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 55; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 67 y 69.

1167 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 55.

1168 Cfr. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., 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[1169] jurídicamente exigido[1170]; de otro modo, no se podría diferenciar la omisión de la inercia[1171]. 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[1172]. La omisión penalmente relevante resulta impensable sin la presencia de una norma jurídica que impone el deber jurídico de actuar[1173].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "la determinación de la responsabilidad penal requiere, necesariamente, la concurrencia de todos los elementos típicos que integran el tipo penal imputado. En sentido contrario, ante la falta de concurrencia de uno de los elementos típicos no es posible pretender la imposición de una pena. Ello se desprende del principio de legalidad, que en su vertiente subjetiva garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en un tipo penal previo, estricto y escrito y también que la sanción se encuentre previamente contemplada como su consecuencia directa"[1174].

La Corte Suprema de Justicia a través de la Sentencia Plenaria Casatoria N.° 1-2017/CIJ-433 del 11 de octubre del 2017 ha señalado:

> Respecto del juicio histórico, sobre el que recae esta regla jurídica de máxima jerarquía, es claro que el cumplimiento del estándar de prueba se refiere, de modo relevante, de un lado, a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal —objeto de acusación y enjuiciamiento—; y, de otro lado, a la vinculación

1169 Cfr. Jescheck, Hans y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal* [Trad. de Miguel Olmedo Cardenete], Granada, Comares, 2003, p. 662.

1170 Cfr. Wessels, Johannes, *Derecho penal [PG]* [Trad. de Conrado Finzi], Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 213.

1171 Cfr. Mantovani, Ferrando, *Diritto penale [PG]*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2001, p. 137.

1172 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, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 277.

1173 Cfr. Mantovani, *Diritto penale [PG]*, cit., p. 137, para quien el "deber convierte la inercia en omisión".

1174 Véase, el R. N. N.° 699-2015 del 29 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

> del imputado con éstos, a título de autor o de partícipe (artículos 23, 24 y 25 del Código Penal). Estos elementos típicos y la intervención delictiva —que procesalmente constituyen el objeto o tema de prueba— deben probarse más allá de toda duda razonable. Cabe acotar que no existe prueba en sí sino prueba de un tipo penal, de un suceso histórico jurídico-penalmente relevante afirmado por la acusación el supuesto fáctico por el que se acusa.

Los elementos objetivos y subjetivos del delito deben ser materia de acreditación estricta y rigurosa por parte del Ministerio Público[1175]. La Corte Suprema ha señalado que "El tipo penal puede ser clasificado en elementos objetivos y subjetivos; los ELEMENTOS OBJETIVOS son referencias al mundo objetivo (externo) vinculadas a la conducta punible, con abstracción de todo lo que en la conducta pudiera haber de contenido psicológico, como por ejemplo, matar, sustraer, apropiarse, falsificar; los medios utilizados, violencia o intimidación; el sujeto activo (persona que realiza la conducta típica) y el sujeto pasivo (el titular del bien jurídico tutelado); mientras que se considera ELEMENTOS SUBJETIVOS a las referencias al mundo interno o anímico del autor, como por ejemplo, procurar provecho, ánimo de lucro, el dolo, etc."[1176].

38. La titularidad de la carga de la prueba se extiende tanto a los elementos objetivos como a los elementos subjetivos del delito. Los elementos objetivos del injusto penal son la acción u omisión típica, la relación de causalidad, la imputación objetiva, el resultado y la condición de interviniente en el hecho (autor o partícipe). También los elementos subjetivos del delito requieren ser probados, de tal manera que los efectos de la presunción de inocencia se extienden más allá de los elementos objetivos de la infracción penal[1177].

1175 Véase, el R. N. N.° 3291-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 1947-2009 del 1 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Neyra Flores).

1176 Véase, el R. N. N.° 929-2014 del 22 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Barrios Alvarado).

1177 Cfr. BADARÓ, *Processo penal*, cit., 2014, p. 294; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 217; ASENCIO MELLADO, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 77. En contra: San Martín Castro, Derecho procesal penal. Lecciones, cit., 2020, p. 156 para quien la presunción de inocencia: "abarca los elementos objetivos del delito, por lo que quedan fuera de ella los elementos subjetivos. El dolo, por ejemplo, se ha de inferir de los hechos objetivamente probados; y, como tal juicio de inferencia, escapa de la materia que abarca aquella presunción, que se refiere solo a los mencionados elementos objetivos sobre los que se recae propiamente la actividad probatoria. La alegación de ausencia de dolo o de error de tipo se analiza por la denuncia de infracción de los artículos 12 y 14 del Código penal.

Desde una perspectiva jurídica, no es lo mismo demostrar que el resultado se produjo como consecuencia de un riesgo típicamente relevante que acreditar que el autor conocía (o no sabía) acerca de la configuración de dicho proceso[1178].

El primer elemento del delito que debe probarse en el proceso penal es la tipicidad de la conducta, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo. La tipicidad representa la puerta de entrada para analizar la relevancia jurídico-penal de la conducta[1179]. Por esta razón es que se afirma que la búsqueda de la verdad procesal supone la búsqueda de la verdad típica[1180].

39. En el proceso penal, deben probarse los elementos subjetivos del delito[1181].

Los elementos subjetivos en la práctica siempre presentan una mayor complejidad procesal y una mayor dificultad en su acreditación. De manera enfática, se señala que una cosa es la fundamentación material del dolo desde el punto de vista sustantivo y otra muy distinta es su demostración y fijación procesal[1182]. Si bien en el campo del derecho procesal rige el principio de libertad de prueba, la acreditación de los elementos subjetivos o internos no presenta las mismas particularidades que la demostración de los hechos externos[1183]. Por sus características y complejidad, las posibilidades de prueba no solo son distintas, sino que media una mayor limitación a la hora de acreditar los elementos internos[1184].

En un Estado constitucional y en un proceso penal democrático, el dolo no se puede presumir o se puede dar por probado de manera automática una vez que se acrediten los elementos objetivos y materiales del delito. Como un hecho interno

1178 Cfr. Hruschka, Joachim, *Sobre la difícil prueba del dolo, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.° 4, Lima, 2003, p. 152.

1179 Cfr. Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 113.

1180 Por todos, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 125: "la búsqueda de la verdad procesal es también una búsqueda de la verdad típica, pues el resto, ciertamente, no interesa"; Hassemer, Winfried, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, México, Ubijus, 2009, p. 28; Pastor Alcoy, Francisco, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 180.

1181 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 294; Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, cit., p. 445; Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, cit., p. 136; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 50; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., pp. 58 y ss.

1182 Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, en *CPC*, N.° 65, 1998, p. 357.

1183 Cfr. Volk, Klaus, *Concepto y prueba de los elementos subjetivos, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.° 3, Lima, 2002, p. 411.

1184 De modo distinto: Zugaldía Espinar, *La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual*, cit., p. 405.

o como un estado anímico transitorio, puede y debe ser objetivamente acreditado a través de los diversos medios de prueba disponibles. La presunción del dolo —o lo que es lo mismo, la presunción del conocimiento o de la voluntad— representa una violación al principio de la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad[1185], y así, de manera expresa, lo ha declarado la Corte IDH[1186]. Asimismo, no basta con sostener que el dolo se imputa o se atribuye a una persona por el solo hecho del cumplimiento de un rol social o competencia normativa, *v. gr.*, la condición de funcionario público, de conductor experimentado de un vehículo,

1185 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 294.

1186 Corte IDH **Caso: Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. Chile** del 29 de mayo del 2014, párr. 171: "La Corte reitera que la tipificación de delitos implica que la conducta incriminada esté delimitada de la manera más clara y precisa posible. En esa tipificación, la especial intención o finalidad de producir "temor en la población en general" es un elemento fundamental para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo es y sin el cual la conducta no sería típica. La Corte considera que la referida presunción de que existe tal intención cuando se dan determinados elementos objetivos (entre ellos "el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios") es violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención, y asimismo de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2 de la misma. El principio de presunción de inocencia, que según ha determinado la Corte constituye un fundamento de las garantías judiciales, 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 a cargo de quien acusa, y no del acusado, y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal"; luego señala: "al respecto, el Estado manifestó que con la reforma de la Ley N.° 18.314 del año 2010 "se eliminó la presunción de la intención de causar temor" con el fin de "proteger el principio de presunción de inocencia [...,] de modo que [...] cualquier acusación de terrorismo debe ser probada por quien la plantee y no, como era antes de la modificación legal, en que los imputados de tales delitos debían desvirtuar la presunción de intención terrorista". En similar sentido explicó tal reforma el testigo Acosta Sánchez, propuesto por Chile, quien indicó en la audiencia pública que esa presunción "comprometía en buena medida el principio de culpabilidad". El perito Scheinin, propuesto por la Comisión, la FIDH y CEJIL, opinó en similar sentido, indicando que las presunciones en los tipos penales van en detrimento del acusado e invierten el razonamiento del tribunal en cuanto que todos los elementos del delito deben ser probados más allá de toda duda razonable. El perito Cancio Meliá, propuesto por CEJIL, consideró que esa presunción "imp[uso...] una extensión irrestricta del alcance de terrorismo, al [...] invertir la carga de la prueba, y fijar el [...] principio de que cualquier conducta realizada con un artefacto incendiario [...] se consideraba, en principio, terrorista", lo que, en su opinión, es "completamente incompatible no sólo con el principio de legalidad[,] (pues hace [...] imprevisible cuando se estimaría que 'consta lo contrario', es decir, la ausencia de la finalidad [de producir temor]), sino también con los más elementales postulados del debido proceso". Asimismo, el perito Andreu-Guzmán, propuesto por la FIDH, indicó que la presunción del artículo 1 de la Ley N.° 18.314 "riñ[e] con el principio de presunción de inocencia, toda vez que da por probada prima facie el dolo específico por el simple hecho del uso de ciertos métodos o armas", y que es "un claro y bien anclado principio del derecho penal contemporáneo que el dolo, y a fortiori, el dolo específico[,] es un elemento de la conducta ilícita que debe ser probado y no puede presumirse". Además, precisó que "la redacción del artículo 1 al establecer presunciones de la intencionalidad (dolo específico) pone la carga de la prueba en el acusado de demostrar que no tenía tal intención" (párr. 172).

por su calidad de juez o fiscal, etc. La vigencia del principio de presunción de inocencia como regla probatoria de los elementos objetivos y subjetivos del delito rige, independientemente de la gravedad del delito que se le atribuye a una persona, de su repercusión social o mediática, de la tipología de delitos, de la naturaleza del proceso o de cualquier otra particularidad.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "el procesado goza de la garantía constitucional de su inocencia, prevista en el artículo segundo, inciso vigesimocuarto, acápite e, de la Constitución Política del Perú, por lo que es el acusador quien debe demostrar el dolo en su accionar, a través de pruebas que tengan la contundencia suficiente para destruir esa presunción de inocencia que lo ampara"[1187], y que "ante la falta de actuación probatoria del sujeto procesal legitimado para determinar el dolo con el que obró el imputado, no corresponde a la judicatura, vía presunción o interpretación, establecer el ánimo subjetivo con el que este habría obrado. Por ello, en virtud de lo estipulado en el artículo séptimo del título preliminar del Código Penal, no se puede condenar a una persona únicamente con la descripción objetiva del tipo penal"[1188].

1187 Véase, el **R. N. N.° 195-2018** del 12 de marzo del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas): "El Ministerio Público invoca como pruebas del conocimiento del encausado de la edad real de la menor agraviada, circunstancias supuestamente invocadas en las declaraciones de las partes, como que eran vecinos, que se conocieron desde que ella tenía siete años y él doce, y la relación del procesado con la familia de ella. Sin embargo, leídas tales declaraciones, se advierte que en estas los declarantes al mismo tiempo afirmaron que solo se conocían de vista, eran del mismo barrio, pero que no fue sino hasta el año dos mil nueve o dos mil diez que empezaron a conversar, además de que ninguno de los dos tuvo en realidad contacto directo con la familia del otro sino hasta después de que la menor quedó embarazada, por lo que no existe certidumbre respecto a la veracidad de los datos en los que se sustenta el titular de la acción penal. Además, cabe señalar que las declaraciones de las partes involucradas en el proceso que resumen sus afirmaciones sobre los hechos del caso no constituyen en sí mismas pruebas del juicio de hecho, por lo que se debe trasladar la prueba a las fuentes que concurran a comprobar su dicho".

1188 Véase, el **R. N. N.° 1509-2017** del 17 de enero del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas) quien refiriéndose al delito de peculado doloso señaló que "el representante del Ministerio Público tampoco propuso medios de prueba enfocados en acreditar el apoderamiento de dinero en el que habría incurrido el ahora sentenciado, esto es, no determinó el afán o tipo subjetivo con el que obró el agente. Los medios de prueba actuados en Sede Superior resultan insuficientes para determinar convicción plena respecto al proceder de Niño Anicama. El titular de la acción penal no demostró, cuando menos, que la disposición patrimonial fue exclusivamente a favor del sentenciado, y que ella hubiera sido con ánimo de apropiación. No desestimó la concurrencia del error alegado por el sentenciado ni el acuerdo colectivo al que hizo referencia la denunciante Lía Josefina Bocanegra Mejía"; luego destaca que "la determinación del tipo subjetivo no ha sido propuesta ni en la acusación ni durante la realización de los debates orales. Como se indicó, el defensor de Niño Anicama se limitó a expresar que su patrocinado obró por error, ante la recomendación de los asesores de la Municipalidad Distrital de Las Lomas. La sentencia sometida a evaluación tampoco emite conclusión respecto al afán con el que habría actuado el ahora procesado".

Por el dolo, el agente, de manera consciente, o con conocimiento, crea con su conducta un riesgo idóneo para el surgimiento de un resultado lesivo[1189]. El hecho subjetivo es propiamente un hecho y, como tal, se prueba; no es aceptable un mero juicio de imputación. Los juicios de atribución de intenciones no solo forman parte de la prueba del dolo, sino de la prueba de que el agente realizó un tipo de acción determinado, en tanto que las intenciones son un tipo de realidad que es posible conocer; integran la *quaestio facti*, no la *quaestio iuris*, pues las intenciones son un tipo de realidad que es posible conocer (la prueba de la intención es descubrimiento, es una operación cognoscitiva, no adscriptiva); consecuentemente, existe al respecto una relación explicativa que da cuenta del significado de una acción concreta[1190]. El dolo importa un conocimiento de los elementos objetivos del tipo,

1189 Véase, la **Casación N.° 278-2020** del 15 de septiembre del 2021 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro). Sin embargo, en el voto singular de la **Casación N.° 953-2017** suscrito por el Juez Supremo Salas Arenas, se ha señalado que "En el fundamento cinco punto cinco de la ejecutoria suprema se expresa que el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción y el artículo veinte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establecen, de manera relativa, la inversión de la carga de la prueba, debido a que el funcionario público debe acreditar que el desbalance patrimonial tuvo una causa justificada lícita. Estimo que los citados artículos no señalan que en el delito de enriquecimiento ilícito exista inversión de la carga de probar. Una afirmación tal sentido podría afectar la presunción de inocencia y la no autoincriminación. En el fundamento jurídico décimo cuarto del Recurso de Nulidad N.° 2939-2015-Lima, se señaló que 'entender que el delito de enriquecimiento ilícito exige una justificación razonable al funcionario o servidor público colisiona con el derecho del procesado a guardar silencio frente a la imputación; actitud que puede tener sustento en el derecho a la no autoincriminación, de tesitura igualmente convencional y, por ende, constitucional' (sic). En el delito de enriquecimiento ilícito no hay en estricto una inversión de la carga de la prueba, sino una distribución de la carga de la prueba, debido a que el señor representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal, debe probar la existencia del desbalance patrimonial, mientras que el funcionario público, en el ejercicio del derecho de defensa que lo asiste, podrá responder al indicio imputado por el señor fiscal".

1190 Véase, la **Casación N.° 278-2020** del 15 de septiembre del 2021 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).
Sin embargo, en el voto singular de la **Casación N.° 953-2017** suscrito que el Juez Supremo Salas Arenas se ha señalado: "En el fundamento cinco punto cinco de la ejecutoria suprema se expresa que el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción y el artículo veinte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establecen, de manera relativa, la inversión de la carga de la prueba, debido a que el funcionario público debe acreditar que el desbalance patrimonial tuvo una causa justificada lícita. Estimo que los citados artículos no señalan que en el delito de enriquecimiento ilícito exista inversión de la carga de probar. Una afirmación tal sentido podría afectar la presunción de inocencia y la no autoincriminación. En el fundamento jurídico décimo cuarto del Recurso de Nulidad N.° 2939-2015-Lima, se señaló que "entender que el delito de enriquecimiento ilícito exige una justificación razonable al funcionario o servidor público colisiona con el derecho del procesado a guardar silencio frente a la imputación; actitud que puede tener sustento en el derecho a la no autoincriminación, de tesitura igualmente convencional y, por ende, constitucional" (sic). En el delito de enriquecimiento ilícito no hay en estricto una inversión de la carga de la prueba, sino una distribución de la carga de la prueba, debido a que el señor representante del Ministerio Público, como titular de la ac-

ligado al aspecto volitivo de la conducta, puesto que el agente tiene la potestad de autodeterminarse, es decir, dirigir su acción hacia el fin que en consecuencia se ha representado: conciencia y voluntad, dos aspectos indesligables del dolo, que deben concurrir necesariamente para la configuración del delito[1191].

Cuando no se prueba el conocimiento de todas las circunstancias típicas y, pese a ello, se condena a una persona por la supuesta comisión de un delito doloso, se está vulnerando el principio de legalidad, de culpabilidad[1192] y el principio de la presunción de inocencia. Se incurre en una manifiesta e inconstitucional ficción de dolo, llamada también *praesumptio doli*[1193]. De allí que, para evitar incurrir en infracciones constitucionales que vician el proceso, debe acreditarse el conocimiento de las circunstancias concretas que fundan la realización del tipo objetivo.

En la demostración del dolo, se excluye tanto las presunciones legales —que afectarían de manera directa la presunción de inocencia— como las presunciones judiciales[1194]. Con razón, ha señalado la Corte Suprema de Justicia que "si bien el Tribunal ha condenado al acusado calificando el delito a título doloso, al respecto debe tenerse en cuenta que el dolo no se presume por lo que debe acreditarse"[1195].

Se atenta contra la presunción de inocencia si se condena a una persona porque no demostró que no actuó dolosamente o simplemente porque se presume que actuó dolosamente, *v. gr.*, si no se retractó de las declaraciones agraviantes que brindó[1196], o cuando se afirma que la persona no acreditó que sus intenciones

---

ción penal, debe probar la existencia del desbalance patrimonial, mientras que el funcionario público, en el ejercicio del derecho de defensa que lo asiste, podrá responder al indicio imputado por el señor fiscal".

1191 Véase, el R. N. N.° 722-2020 del 13 de julio del 2021 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Coaguila Chávez).

1192 Cfr. 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. 148.

1193 Véase, Hruschka, *Sobre la difícil prueba del dolo*, cit., p. 158; Pérez del Valle, *Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal*, cit., p. 148; Feijoo Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, cit., p. 349.

1194 Cfr. Pérez del Valle, *Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal*, cit., p. 155.

1195 Véase, Rojas Vargas, Fidel y Alberto Infantes Vargas, *Código Penal. Catorce años de jurisprudencia sistematizada*, Lima, Idemsa, 2005, p. 89.

1196 Véase, la sentencia de la Corte IDH del caso **Ricardo Canese c. Paraguay**, 31 de enero del 2004, párr. 159 y 161: "la Corte ha notado que el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Primer Turno y el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, presumieron el dolo del imputado del hecho de que éste no se retractó de las declaraciones que había realizado sino que las ratificó, de su grado de preparación intelectual y de su conocimiento sobre la obra pública de Itaipú que, a criterio del juzgador, implicaban que 'sabía perfectamente a quienes iban dirigidas sus declaraciones, el alcance que tenían sus expresiones y el daño que podría causar a éstos'. Además, a partir de estas implicaciones, los juzgadores asumen que el señor Canese tenía intención

eran defraudatorias, que actuó de buena fe o que no aportó prueba de descargo de cuál fue realmente su intención[1197]. De ello fluye de que también le compete a la acusación probar los elementos subjetivos del delito; de tal manera que no rige alguna presunción de que una vez acreditada la conducta objetiva, se debe inferir el dolo de manera obligatoria.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que el titular de la carga de la prueba debe aportar los elementos probatorios objetivos e idóneos que determinen la intención dolosa de los acusados, por lo cual no es posible desvirtuar la presunción de inocencia[1198]. La conducta dolosa se debe probar tanto en lo que tiene que ver con los autores como en lo relacionado con los partícipes[1199]. En efecto, la Corte Suprema ha señalado que debe absolverse a una persona si es que no existe prueba objetiva que acredite el dolo en su accionar[1200].

El simple conocimiento de que se va a cometer un delito o de que una persona tiene una actividad delictiva (*v. gr.*, receptación, robo, microcomercialización de drogas, TID, etc.) no puede dar lugar a responsabilidad penal de manera automática si es que no se comprueba previamente un aporte concreto y un favorecimiento

---

de agraviar o menoscabar la imagen, fama, crédito o intereses de los integrantes del directorio de Conempa". Luego señala que "A partir de las anteriores razones, el Tribunal encuentra claro que tanto el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Primer Turno como el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, presumieron el dolo del señor Canese y, a partir de ello, le exigieron que desvirtuara la existencia de su intención dolosa. De esta manera, tales tribunales no presumieron la inocencia del imputado, por lo que la Corte concluye que el Estado violó, en perjuicio del señor Canese, el artículo 8.2 de la Convención Americana".

1197 Cfr. Llobet Rodríguez; *Derecho Procesal Penal*; San José; Editorial Jurídica Continental, 2005, T. II, p. 217.

1198 Véase, el R. N. N.° 2979-2013 del 15 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1199 Véase, la sentencia de la **Casación N.° 367-2011** del 15 de Julio del 2013 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú: "la imputación subjetiva se centra en determinar si el autor actuó con dolo, entendido como el conocimiento exigido al sujeto según su rol en un caso concreto; y, culpa, entendida como el no conocer que la acción es delictiva, pero que es posible de exigir en función a la posición del imputado en el contexto de la acción por él realizada. Un error común al momento de evaluar el elemento subjetivo del delito es obviar su prueba, y dar por supuesto o probado el elemento subjetivo. Ello puede constatarse al observar una resolución y analizar que el Juzgador centra todos sus argumentos en la imputación objetiva, descuidando la argumentación en el plano subjetivo. La prueba del dolo en el proceso penal va de la mano del concepto que se tenga de dolo. Si se parte de considerar un concepto eminentemente subjetivo de dolo (que ponga un énfasis en el elemento volitivo), entonces existirá un serio problema de prueba, porque no es posible —al menos no con los métodos de la ciencia técnica actual— determinar que es aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción".

1200 Véase, el **R. N. N.° 3352-2011** del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia: "al no existir prueba objetiva que acredite el dolo en el accionar del referido imputado o que enerve su presunción de inocencia prevista en el parágrafo "e", inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Perú".

material a la comisión del hecho punible, *v. gr.*, el que una persona conozca que un familiar (hermana) se dedica al tráfico ilícito de drogas no quiere decir que ella pueda ser hecha responsable del mismo[1201].

De igual forma, no basta la simple condición de familiar (*v. gr.*, esposa, conviviente, tío, sobrino) o que se comparta un mismo techo para entender, que quien vive en un lugar sabe de las actividades ilícitas que se llevan a cabo por otros miembros de la familia (*v. gr.*, si en el hogar convivencial se encontró la droga y equipos para la elaboración o acondicionamiento de droga[1202]).

40. El conocimiento debe acreditarse tanto de los elementos del tipo básico como de los del tipo agravado.

La exigencia vinculada al respeto estricto del principio de legalidad exige que se deban acreditar rigurosamente los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, y, dentro de estos últimos, la prueba del conocimiento de las circunstancias agravantes posee una especial relevancia a la hora de su aplicación. No basta alegar su concurrencia o su acreditación objetiva. Es necesario que se pruebe, a través de los medios de prueba disponibles, que el autor o el cómplice del delito conocía la existencia de la circunstancia agravante.

1201 Véase, el R. N. N.° 198-2012 del 8 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Tello Gilardi).

1202 Véase, el R. N. N.° 824-2016 del 17 de octubre del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro) "el hecho de que en el hogar común se encuentre droga y equipos, del que reconoce autoría exclusiva el dueño de casa: el encausado Loja Vásquez, y de que es imposible que su conviviente —la encausada Pérez Cerón— no supiera nada de eso, tal hecho —el mero conocimiento de la actividad delictiva de su coimputado— no la convierte en coautora o cómplice del delito de tráfico ilícito de droga. Debe probarse, con arreglo al tipo legal acusado, que la encausada intervino en la tenencia con fines de comercialización y, antes, preparación de droga con los instrumentos incautados. Tal conducta, empero, no ha sido acreditada. Lo que está probado es la autoría de su conviviente Loja Vásquez, titular de lo incautado. No lo está, en cambio, que se trató de una tenencia compartida de droga con fines de tráfico y de que el equipo incautado era para que ambos lo utilicen en la preparación y/o acondicionamiento de droga. Esa lógica común no tiene punto de referencia probatorio. Nadie vincula a la referida imputada, quien por lo demás carece de antecedentes [fojas doscientos dieciséis]"; el R. N. N.° 261-2015 del 7 de abril del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria señala que: "en el hipotético caso que la acusada hubiese tenido conocimiento que su coacusado llevaba en su maletín alguna droga; este hecho no la convierte en coautora o cómplice del delito de tráfico ilícito de drogas, conforme ya se ha señalado en el Recurso de Nulidad N.° 824-2016/Callao. Debe probarse, con arreglo al tipo legal acusado, que la encausada Intervino en la Promoción o Favorecimiento al consumo de drogas tóxicas, mediante actos de tráfico. Tal conducta, empero, no ha sido acreditada. Lo que está probado es la autoría de su coprocesado Didi Félix Zegarra Ugarte, titular de lo incautado; quien ya fue condenado. No se ha probado, que se trató de una tenencia compartida de droga con fines de tráfico. Nadie vincula a la procesada, quien por lo demás carece de antecedentes penales".

41. También los elementos de la culpabilidad individual deben ser acreditados de manera rigurosa en el proceso penal en lo que se refiere a la capacidad de culpabilidad, a la exigibilidad de otra conducta y al conocimiento de la antijuridicidad.

Ningún elemento del delito (objetivo o subjetivo) puede dejar de acreditarse en el proceso penal respetando las garantías mínimas del debido proceso.

D. La actividad probatoria de cargo debe ser completa y suficiente

42. El artículo II.1 del TPCPP establece que para destruir la presunción de inocencia y dictar una sentencia condenatoria "se requiere de una **suficiente actividad probatoria de cargo**, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales".

La doctrina viene reclamando que la prueba en materia penal, para que posea la virtualidad de enervar la presunción de inocencia, debe ser suficiente y completa[1203]; además, debe ser objetiva u objetivable y permitir concluir racionalmente, a través de inferencias específicas, en una determinada conclusión.

La prueba debe ser **completa y exhaustiva**, ya que debe comprender a todos y cada uno de los elementos objetivos del injusto penal (tipicidad y antijuridicidad) y de la culpabilidad; de tal manera que, si falta un elemento objetivo o subjetivo de dichos elementos, se deberá dictar de manera irremediable una sentencia absolutoria. Con ello, lo que se busca es sujetar la labor del juez a la Constitución, a la ley y, específicamente, al respeto de los derechos fundamentales, con ello se erradica la arbitrariedad, la intuición o el capricho por parte del juzgador.

Los medios de prueba deben cubrir en su integridad, y de forma completa, el supuesto legal de un tipo penal concreto, tanto en sus elementos objetivos como en los subjetivos. La reconstrucción que se hace por medio de la prueba de un suceso histórico concreto fijado y descrito en un determinado injusto típico debe comprender todas las piezas del rompecabezas que forman el supuesto de hecho previsto en la ley penal.

La exigencia de **prueba completa** es un necesario e ineludible complemento al requisito legal de la prueba suficiente o de "suficiente actividad probatoria de cargo". Solo cuando se ha verificado que se cuenta con una actividad probatoria completa de todos los elementos del injusto penal y de la culpabilidad, recién debe evaluarse la suficiencia probatoria y el estándar probatorio correspondiente.

1203 Cfr. Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 78.

La Corte IDH ha destacado que el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la CADH, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal[1204]. Si obra contra ella prueba **incompleta** o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla[1205].

43. El CPP señala que, para dictar una sentencia condenatoria, "se requiere de una **suficiente actividad probatoria de cargo**, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales".

Se debe dejar sentado que la suficiente actividad de cargo es distinta a la exigencia de la mínima actividad probatoria, que, en ocasiones, se reclama como presupuesto para dictar una sentencia condenatoria. El CPP ha establecido un estándar probatorio más riguroso y estricto al requerir "prueba suficiente" que posea un nivel distinto que la mínima actividad probatoria. Se trata de un "**juicio de suficiencia probatoria**"[1206]. Ya no se exige la concurrencia de una mínima prueba de cargo, sino que se reclama que la actividad probatoria de cargo sea "suficiente".

La noción de "suficiencia" supone la introducción de un elemento claramente "valorativo"[1207] o "normativo" en el discurso legislativo que tiene incidencia en el contenido esencial de la presunción de inocencia. El principio de legalidad procesal en materia probatoria dota de un nuevo sentido y significado a la tutela de los derechos fundamentales, reclamando no una mínima actividad probatoria, sino una actividad probatoria suficiente para condenar a una persona.

En la doctrina peruana y comparada[1208], se admite que la presunción de inocencia puede ser desvanecida por una mínima actividad probatoria. Así, por ejemplo, la doctrina y jurisprudencia españolas establecen como contenido de la presunción de inocencia las siguientes circunstancias: (i) la concurrencia de una mínima actividad

1204 Véase, las sentencias de la CIDH: Fernández Ortega y otros c. México, 15 de mayo del 2011, párr. 33; Rosendo Cantú y otra c. México, 15 de mayo del 2011, párr. 33.

1205 Las sentencias de la CIDH: Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 122; Cantoral Benavides c. Perú, 18 de agosto de 2000, párr. 120; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 183; Ricardo Canese c. Paraguay, 31 de agosto de 2004, párr. 153.

1206 Cfr. San Martín Castro, Derecho procesal penal. Lecciones, cit., 2020, p. 156.

1207 Cfr. Miranda Estrampes, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 569; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 191.

1208 Véase, en la doctrina española: Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, cit., p. 465; Barona Villar, en *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 439; Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 69; Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 137 y 841; Tomé García, *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 466; Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 135; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., pp. 46, 47 y 76.

probatoria; (ii) que la prueba se haya obtenido y practicado con todas las garantías procesales; (iii) que la actividad probatoria sea de cargo[1209].

Sin embargo, la doctrina española ha sido crítica, en su momento, respecto al empleo de la afirmación —tanto por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional español— de que la presunción de inocencia puede ser enervada con una mínima actividad probatoria, por lo cual ha planteado su reemplazo por la existencia de "adecuada actividad probatoria"[1210], que sería equivalente a la prueba de cargo suficiente. La exigencia de prueba suficiente requiere que haya una cantidad y calidad de prueba de cargo practicada[1211].

44. La prueba suficiente exige reparar tanto en la cantidad como en la calidad de la actividad probatoria de cargo; así, también comprende el grado de credibilidad y fiabilidad de dicha prueba. La referencia a la prueba suficiente alude a una **actividad probatoria de entidad o de gran envergadura y calado**. Bajo ninguna forma se refiere solo a la existencia de una mínima prueba de cargo o a la sola existencia de prueba incriminatoria.

Los jueces no solo deben tomar en cuenta la cantidad de información que aporta un órgano de prueba (*v. gr.*, testigo), sino también la calidad de información que suministra. La declaración del testigo puede presentar un relato minucioso de los hechos, pero no por ello va necesariamente a brindar un relato de calidad o confiable que sirva para el esclarecimiento de los hechos. Se debe distinguir entre la información de los hechos aportada por el testigo, de la credibilidad del testimonio y del testigo.

Una sentencia condenatoria se debe apoyar en la medida de lo posible en prueba de cargo suficientemente fiable o, por lo menos, fiable[1212].

1209 Cfr. Vega Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 35, 36, 129, 135; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., pp. 139 y ss.; Barona Villar, *en Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 431; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 47; Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 176.

1210 Cfr. Vásquez Sotelo, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 411; Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 572.

1211 Cfr. Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, cit., p. 445; Barona Villar, en *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 431; Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 140; Vásquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, cit., p. 411.

1212 Hümmer c. Alemania, 19 de julio de 2012, párr. 45; Nikolitsas c. Grecia, 07 de marzo del 2014, párr. 37.

El TEDH sostiene que los órganos jurisdiccionales están obligados a evaluar la credibilidad de los testigos examinando la fiabilidad de las declaraciones de cada uno de ellos de la manera más cuidadosa posible[1213]. Dicho deber de analizar la información aportada por el testigo y su credibilidad es mayor cuando la defensa, o el imputado, cuestiona de manera particular su confianza y fiabilidad. Sin embargo, el análisis de la credibilidad del testimonio no se supedita a ningún cuestionamiento particular o específico planteado por alguna de las partes.

El TEDH señala que, a la luz del principio de presunción de inocencia y el derecho del acusado a impugnar cualquier evidencia en su contra, un tribunal penal debe examinar de manera exhaustiva, independiente e integral la admisibilidad y la fiabilidad de las pruebas relacionadas a la determinación de la culpabilidad del acusado, independientemente de la forma en que la misma evidencia pudo haber sido evaluada en cualquier otro procedimiento relativo a otros acusados. Por ejemplo, debe tomarse en cuenta si los imputados habían sido partes en un proceso penal anterior y si habían sido capaces de desafiar las decisiones alcanzadas en ellos con respecto a cualquier reclamación o cuestión particular. Por ello, se condenó a un Estado debido a que los jueces no tuvieron en cuenta las objeciones justificadas que se formularon por los imputados y su defensa en relación con la admisibilidad y el valor probatorio de las pruebas en su contra. Dichas pruebas no se examinaron de manera adecuada ni se justificaron las observaciones planteadas, más aún si se trató de evidencia altamente cuestionable. De ello se desprende que el derecho de los demandantes a la prueba de testigos y su derecho a un juicio razonado se ha infringido[1214].

Es necesario que los tribunales, en especial, los del orden penal, precisen de manera adecuada los razonamientos acerca de la evaluación de la credibilidad y fiabilidad del testimonio y, en general, de las pruebas de cargo, o, incluso, de las posibles razones que podrían llevar a la presencia de un falso testimonio[1215]. Más allá de la referencia a pruebas circunstanciales —que siempre se presentan—, los órganos jurisdiccionales deben explicar y sustentar por qué consideran que determinada evidencia es fiable, sobre todo cuando reciben cuestionamientos de las partes.

1213 Manucharyan c. Armenia, 24 de noviembre del 2016, párr. 58.

1214 Huseyn y otros c. Azerbaiyán, 26 de julio del 2011, párr. 212 y 213.

1215 Sievert c. Alemania, 19 de julio del 2012, párr. 65; Prăjină c. Rumanía, 01 de julio del 2014, párr. 58.

Los jueces deben tener en cuenta todo lo que le fue actuado durante el procedimiento, comprobar la credibilidad de las pruebas cuando se decida usarlas y responder a las objeciones que la defensa puede hacer en la credibilidad de un testigo[1216].

Se apunta, por ejemplo, que, cuando la defensa objeta que las declaraciones de los policías (testigos de cargo) respecto a la forma como se las había tomado y el contenido de las mismas parecen seguir un mismo patrón (*v. gr.*, utilizan las mismas palabras, las declaraciones se reciben al mismo tiempo), el órgano jurisdiccional debe referirse y justificar razonadamente por qué rechaza o desestima dicha objeción. En este sentido, se reclama que los tribunales penales deban examinar los cuestionamientos dirigidos hacia la admisibilidad de las deposiciones, la fiabilidad, la credibilidad y la integridad personal de los testigos que supuestamente habían firmado declaraciones idénticas. El análisis de las objeciones patentiza la efectividad del derecho de la defensa de poder influir en la decisión final del órgano jurisdiccional y, en particular, en la evaluación global y específica de la evidencia y en si existen pruebas lo suficientemente fuertes que acrediten que una persona sea culpable[1217].

El TEDH sostiene que cuando la declaración de un testigo está respaldada por otras pruebas corroborantes, la evaluación de si es decisivo dependerá de la fuerza de la evidencia de apoyo (*v. gr.*, las pericias, los documentos, otros testimonios etc.); mientras más fuerte es la prueba que corrobora, es menos probable que la declaración del testigo sea considerada como decisiva[1218]. En cambio, si la prueba de testigos es la única prueba de cargo o la prueba que la apoya es débil, la prueba testimonial será decisiva.

45. En la doctrina y la jurisprudencia comparada, especialmente en la española, se establece que la expresión "prueba suficiente" o "actividad probatoria suficiente" alude a la existencia de un plus y de un *quantum* en relación a la simple exigencia de actividad probatoria objetivamente incriminatoria[1219]. Con ello, no basta que haya prueba de cargo ni que de la misma se infiera la culpabilidad del imputado,

1216 Tseber c. República Checa, 22 de febrero del 2013, párr. 67; Trampevski c. "la antigua República Yugoslava de Macedonia", 10 de julio de 2012, párr. 48.

1217 Huseyn y otros c. Azerbaiyán, 26 de julio del 2011, párr. 205; Trančíková c. Eslovaquia, 13 de enero del 2015, párr. 39.

1218 Schatschaschwili c. Alemania, 15 de diciembre del 2015, párr. 116; Manucharyan c. Armenia, 24 de noviembre del 2016, párr. 54; Dimović c. Serbia, 28 de junio del 2016, párr. 38; Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido del 15 de diciembre de 2011, párr. 131 y 160; Pichugin c. Rusia, 23 de octubre de 2012, párr. 197; Lawless c. el Reino Unido, 16 de octubre del 2012, párr. 27; Tseber c. República Checa, 22 de febrero del 2013, párr. 53; Lučić c. Croacia, 27 de febrero del 2014, párr. 73; Štefančič c. Eslovenia, 25 de octubre de 2012; párr. 37.

1219 Cfr. Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 573.

sino que es necesario que la prueba acredite la responsabilidad de manera clara y contundente[1220].

Para ello, se toma en cuenta la capacidad explicativa y acreditativa de la prueba de cargo recabada en el proceso, que vincula de manera intensa y fuerte al interviniente en el hecho. Supone la capacidad, la idoneidad[1221] y la aptitud de la prueba para servir de base y fundamento para una declaración judicial de culpabilidad[1222]. La actividad probatoria suficiente es aquella que logra disipar en el juzgador las dudas razonables acerca de la culpabilidad de una persona y que dada su fortaleza y capacidad está en condiciones de sostener de manera legítima un juicio de condena. Se infringe esta regla cuando el juez expedide una sentencia condenatoria, pese a la existencia objetiva de una duda razonable[1223].

La prueba de la culpabilidad de una persona que genera una decisión de condena 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 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 de que ella aparezca 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[1224] (injusto culpable).

En muchas ocasiones, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "la presunción de inocencia requiere de pruebas suficientes y concluyentes"[1225], "las pruebas concluyentes determinan la responsabilidad penal de los encausados en el ilícito"[1226]

1220 Cfr. Vega Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 135.

1221 Cfr. Caro Coria, *La prueba de la individualización judicial de la pena*, cit., p. 244.

1222 Cfr. Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., pp. 576 y 577: "podemos definir la suficiencia de la prueba como su aptitud para formar convicción judicial, como finalidad de la misma. En nuestra opinión, el juicio de suficiencia de la prueba de cargo supone analizar o examinar su eficacia, es decir, su fuerza o valor probatorio, y ello no solo en su aspecto formal (prueba practicada con todas las garantías), sino fundamentalmente en su aspecto material"; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 156.

1223 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 157.

1224 Cfr. Marinucci/Dolcini, *Manuale di diritto penale* [PG], cit., 2004, p. 18.

1225 Véase, el R. N. N.° 1679-2019 del 19 de agosto del 2021 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 930-2016 del 15 de mayo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 2118-2015 del 9 de mayo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo).

1226 Véase, el R. N. N.° 575-2015 del 16 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 2660-2014 del 8 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente

y que "estas deberán ser contundentemente afirmativas sobre la realidad del suceso histórico materia de acusación penal; en caso contrario prevalecerá la garantía de presunción de inocencia"[1227]. De allí que se absuelva por no existir "medios probatorios idóneos, suficientes y concluyentes que determinen la responsabilidad penal de los encausados"[1228].

Se considera que la prueba suficiente ha de tener un signo inequívocamente acusatorio o incriminatorio, tanto en relación al delito como a la intervención delictiva, así como también ha de respetar de modo necesario las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia[1229]. La prueba suficiente no solo debe existir ontológicamente, sino que también ha de ser presentada y justificada de manera adecuada. No puede haber una prueba suficiente sin una argumentación adecuada y coherente de la que se considera como "prueba suficiente". El requisito de la prueba suficiente solo es compatible con la "argumentación suficiente" y no con la fundamentación precaria de lo que se considera (subjetivamente) como prueba suficiente. Desde la perspectiva constitucional y racional, no se puede hablar de prueba suficiente sin una sustentación de dicha suficiencia. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que una "buena" argumentación no puede sustituir la precariedad probatoria y menos puede convertir milagrosamente lo insuficiente en suficiente. No se puede convertir simplemente el agua en vino.

Como la exigencia de prueba suficiente es una noción material (y no formal), ella solo se puede llenar de sentido cuando hay un estricto respeto a las reglas de la sana crítica, que supone el cumplimiento de las leyes de la lógica, de la ciencia y de la experiencia humana (artículo 158.1 del CPP).

La prueba ambigua o que no posee un resultado probatorio concluyente ni unívoco no cumple con el requisito de la prueba suficiente. De igual manera, la existencia de prueba escasamente fiable que no está escoltada de otras pruebas o de otros hechos de corroboración no satisface la condición de prueba suficiente.

46. La prescripción legal referida a que para condenar se requiere "una **suficiente actividad probatoria de cargo**" modifica también el control constitucional y legal

---

(Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 2228-2013 del 16 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein).

1227 Véase, el R. N. N.° 930-2016 del 15 de mayo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 2118-2015 del 9 de mayo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo).

1228 Véase, el R. N. N.° 632-2013 del 27 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Prado Saldarriaga); el R. N. N.° 1040-2005 del 23 de junio del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (Ponente: Valdez Roca); el R. N. N.° 3302-2004 del 26 de mayo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria.

1229 Cfr. Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 574.

de la prueba de cargo a nivel del proceso penal. Tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia deben verificar no tanto la existencia de una "mínima actividad probatoria" de cargo, sino la concurrencia de una suficiente prueba de cargo. Ya no basta constatar la falta de prueba de cargo, la existencia de un vacío[1230], de una laguna o un desierto probatorio[1231]. Es necesario que se fiscalice la concurrencia de prueba de cargo suficiente.

El **canon de suficiencia** establece un mecanismo de control constitucional y legal obligatorio que dota de un nuevo sentido al principio constitucional de la presunción de inocencia. La suficiencia no alude solo al aspecto cuantitativo de la prueba de cargo, sino que también se relaciona con el aspecto cualitativo de la actividad probatoria, así como también se refiere a la necesaria fiabilidad y credibilidad de la prueba de cargo.

Los órganos máximos de control judicial de las decisiones judiciales (Corte Suprema de Justicia y Tribunal Constitucional) no deben limitarse únicamente a verificar que existe prueba, o que esta es de cargo, o que se trata de una mínima actividad probatoria, o que se ha incurrido en un error manifiesto, en un vicio grave o en una arbitrariedad. Una cosa son los posibles errores o vicios en los que puede incurrir la sentencia condenatoria, y otra muy distinta es que se controle el cumplimiento del canon de suficiencia como contenido esencial de la sentencia condenatoria. La sentencia puede ser un documento formalmente correcto en el que no se advierte algún vicio o arbitrariedad, pero a la vez puede reflejar una condena sin prueba de cargo o que dicha decisión se levanta sobre la base de una mínima actividad probatoria.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "por el ámbito del recurso de casación solo corresponde realizar, lo que se denomina un 'juicio sobre la prueba' —control de su legalidad—, no un "juicio de suficiencia" —existencia de pruebas inculpatorias concluyentes— y, menos, un "juicio sobre la razonabilidad de la motivación" —exigencia de inferir razonablemente (sana crítica judicial) desde los medios de prueba válidos los hechos y la culpabilidad del imputado según el discurso del órgano jurisdiccional de mérito; es decir, si este discurso en que reside la valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad— (confróntese: Sentencia del Tribunal Supremo Español de treinta de julio de dos mil trece, que fija los tres controles que se pueden realizar a partir de esta garantía; y, STSE 25/2015,

1230 Cfr. Caro Coria, *La prueba de la individualización judicial de la pena*, cit., p. 244.

1231 Cfr. Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 570.

de tres de febrero, que concreta el control en esta materia y que no supone nueva valoración de la prueba)"[1232].

47. El artículo 158.2 fija una cláusula de **insuficiencia probatoria** o de **no autonomía probatoria** para el caso de las manifestaciones que presten ante las autoridades, fiscales o judiciales, los testigos de referencia, para el caso de la declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas. Dentro de las denominadas "situaciones análogas", se puede comprender a los coimputados y a los agraviados. Para la ley, el uso de su declaración y la imposición de medidas coercitivas o una sentencia condenatoria se supedita al hecho de que existan "otras pruebas que corroboren sus testimonios". Dicho precepto se ocupa de regular el análisis probatorio de un tipo o clase de prueba concreta: la prueba personal o declarativa, y, en concreto, de la declaración que pueden prestar los testigos de referencia y los arrepentidos o colaboradores eficaces. Es opinión común afirmar que la declaración del coimputado es prueba insuficiente para destruir la presunción de inocencia[1233].

Dicha cláusula de insuficiencia probatoria tiene efectos limitados, según el tenor de la ley, en la medida que solo se puede aplicar en los casos en que se busca imponer al imputado una medida coercitiva o dictar una sentencia condenatoria en su contra. Lo que la ley procesal penal veda y limita es su empleo en la afectación de derechos fundamentales, que ocurre, por ejemplo, en las medidas coercitivas (domicilio, secreto de las comunicaciones, patrimonio, libertad, etc.) o en la expedición de una sentencia condenatoria. En los demás casos, la declaración de los testigos de referencia y la de los colaboradores se pueden utilizar sin límite legal, aunque se entiende que su uso debe efectuarse con precauciones, *v. gr.*, para abrir investigaciones preliminares, para formalizar investigaciones preparatorias o, incluso, para formular una acusación.

La Corte IDH, en relación a la figura del coimputado, ha reconocido su escaso valor probatorio al considerar lo siguiente: "[L]o cierto es que es posible afirmar la limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un coimputado, más allá de su contenido específico, cuando es la única prueba en la que se fundamenta una decisión de condena, pues objetivamente no sería suficiente por sí sola para desvirtuar la presunción de inocencia[1234]". Por lo tanto, fundar una condena sobre la base de una declaración de un coimputado sin que existan otros elementos

1232 Véase, Casación N.° 553-2018 del 11 de setiembre del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1233 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 191.

1234 Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 133; Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 127.

de corroboración vulneraría la presunción de inocencia"[1235]. La Corte IDH resalta que las declaraciones de los coacusados revisten valor indiciario y, por consiguiente, forman parte de la prueba indirecta o indiciaria, por lo que se deben valorar sus contenidos conforme a los principios de la sana crítica; es decir, que sean varios los indicios y que, entre ellos, sean serios y precisos, así como concordantes. El coimputado no tiene el deber de prestar declaraciones, dado que realiza un acto sustancial de defensa, a diferencia del testigo, que incurre en una conducta delictiva no solo cuando falta a la verdad, sino incluso cuando la omite o es remiso[1236].

La declaración del coimputado debe contar con factores externos de verosimilitud, esto es, de corroboración periférica al relato incriminatorio[1237]. Si es que no consta una prueba periférica externa que otorgue consistencia al primer testimonio incriminador, debe absolverse al imputado. La Corte Suprema de Justicia señala que "la sola declaración no uniforme de un coimputado no puede erigirse en prueba de cargo suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia. Como no existe prueba plural, inculpatoria, concordante entre sí y suficiente, no es posible dar por acreditada la vinculación delictiva del encausado"[1238].

La coimputación debe tener puntos de corroboración firmes o sólidos[1239]. Es esencial, al tratarse de declaraciones poco fiables por provenir de coimputados, la concurrencia de un elemento de prueba, objetivo y externo a la versión de sus coimputados, que corrobore la coimputación[1240]. El requisito de corroboración objetiva de la sindicación de un colaborador es imprescindible, pues de otro modo

1235 **Ruano Torres y otros c. El Salvador**, 5 de octubre del 2015, párr. 133: "Más allá de la compatibilidad de instituciones que buscan la colaboración de ciertos implicados con la parte acusadora a cambio de determinadas contraprestaciones —como la del colaborador eficaz, el arrepentido o en este de prescindir de la persecución penal de uno de los partícipes cuando haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave— con la Convención Americana, lo que no fue planteado en el presente".

1236 Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 130.

1237 Véase, el R. N. N.° 1499-2019 del 27 de enero del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); el R. N. N.° 870-2018 del 30 de enero del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Chávez Mella).

1238 Véase, el **R. N. N.° 1832-2017** del 9 de julio del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "la única prueba de cargo es el testimonio incriminador del coimputado Sapaico de la Cruz. No se recabó prueba material que acredite alguna vinculación de Palomino Berrocal con los hechos ocurridos en mil novecientos noventa y ocho; tampoco prueba personal adicional que revele que el imputado, cuando los hechos, se encontraba en Huancayo o Satipo, por el contrario, existe prueba de descargo en este sentido".

1239 Véase, el R. N. N.° 2354-2015 del 26 de enero del 2016 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1240 Véase, el R. N. N.° 816-2016 del 28 de junio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

lo que declara no puede considerarse cierto[1241]. Si los datos existentes no son idóneos, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre el delito o la responsabilidad del acusado, la insuficiencia de elementos incriminatorios conduce a la absolución[1242].

La Corte Suprema de Justicia destaca que "la exigencia de la prueba suficiente, como parte integrante del derecho a la presunción de inocencia, está consagrada por el artículo 2, inciso 24 de la Constitución Política del Perú"[1243], y que "es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes[1244]. El canon de suficiencia de la prueba —de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado— sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados —en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible—, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permiten trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto[1245].

1241 Véase, el R. N. N.° 3412-2015 del 8 de mayo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1242 Véase, el R. N. N.° 3248-2015 del 18 de agosto del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Salas Arenas); el R. N. N.° 2584-2016 del 26 de junio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Salas Arenas).

1243 Véase, la Casación N.° 760-2016 del 20 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

1244 Véase, Acuerdo Plenario N.° 02-2005 del 30 de septiembre del 2005; el R. N. N.° 1171-2017 del 28 de septiembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas); el R. N. N.° 1780-2013 del 28 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 2947-2012 del 12 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 3112-2010 del 16 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 3694-2010 del 13 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 1358-2010 del 30 de junio del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 1250-2010 del 17 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 2691-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 2647-2010 del 18 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 741-2010 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 3455-2009 del 11 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 434-2009 del 11 de mayo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

1245 Véase, el Acuerdo Plenario N.° 02-2005 del 30 de septiembre del 2005 de la Corte Suprema de Justicia; el R. N. N.° 2470-2017 del 25 de julio del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente:

Se resalta que "la calidad de la prueba requerida para condenar a un imputado debe ser sólida para dar por establecida su culpabilidad, más allá de toda duda razonable; esto es, la evidencia debe ser suficiente y contundente que no deje lugar a ninguna duda"[1246], y que "la presunción de inocencia es un principio que consiste en que se tiene como una verdad *iuris tantum* que toda persona no es autora ni partícipe en la comisión de un delito por lo que debe necesariamente probarse que es culpable, de donde se deriva el conocido principio *in dubio pro reo*"[1247].

La Corte Suprema de Justicia del Perú ha entendido que "uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea *suficiente* —primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal—. Ello quiere decir, *primero*, que las pruebas —así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación —al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, *segundo*, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio, ya sea si se tratan de pruebas directas o indiciarias"[1248].

Sequeiros Vargas); el R. N. N.° 1780-2013 del 28 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.° 2947-2012 del 12 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 3694-2010 del 13 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 1358-2010 del 30 de junio del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 1250-2010 del 17 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); el R. N. N.° 2647-2010 del 18 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 741-2010 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 434-2009 del 11 de mayo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf); el R. N. N.° 3455-2009 del 11 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

1246 Véase, el R. N. N.° 2149-2015 del 14 de marzo del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria (Ponente: Chávez Mella); el R. N. N.° 2735-2014 del 4 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1798-2012 del 10 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1586-2012 del 21 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana).

1247 Véase, el R. N. N.° 2149-2015 del 14 de marzo del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria (Ponente: Chávez Mella); el R. N. N.° 2735-2014 del 4 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 1798-2012 del 10 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana).

1248 Véase, la Casación N.° 879-2015 del 3 de noviembre del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Chaves Zapater); la Casación N.° 40-2011 del 20 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); la Casación N.° 126-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); la Casación N.° 96-2010 del 3 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Calderón Castillo); la Casación N.° 148-2010 del 3 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); la Casación N.° 161-2010 del 16 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); Auto

Las reglas de prueba como contenido de la presunción de inocencia son las siguientes[1249]:

1.º Prueba en sentido técnico, conforme a las exigencias procesales —las fuentes de información utilizadas para la formación del fallo deben ser legalmente 'prueba'—;

2.º Prueba fiable —que permita incorporar elementos sólidos con gran nivel de verosimilitud acerca de lo que enuncia—;

3.º Prueba legítima —que las fuentes de prueba se obtengan sin vulnerar garantías procesales y que los medios de prueba se actúen conforme a las normas procesales—;

4.º Prueba corroborada —que consten varios elementos de convicción que se fortalezcan entre sí— y,

5.º Prueba de cargo suficiente —que tenga un carácter incriminatorio, aportada por la acusación y de su propio tenor sea posible concluir, desde el ángulo de un observador imparcial, que responsabilidad penal del encausado—.

48. Otra cláusula de insuficiencia probatoria en la regulación del artículo 158.3 del CPP referida a la prueba por indicios.

El artículo 158.3 del CPP constituye una verdadera disposición normativa que regula una **prueba legal negativa**[1250] y que refleja un criterio legal de valoración de la prueba[1251] o una regla jurídica de valoración[1252] en la medida que establece los requisitos que deben cumplir los indicios contingentes para su evaluación en el caso concreto. Se trata de una disposición legal que forma parte del nuevo "derecho a la prueba", que se caracteriza por poner un límite al principio del libre convenci-

---

de calificación de la Casación N.° 41-2010 del 14 de octubre del 2010; el auto de calificación de la Casación N.° 382-2013 del 14 de marzo del 2014 (Ponente: Pariona Pastrana); la Casación N.° 161-2010 del 16 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); la Casación N.° 14-2009 del 5 de febrero del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Calderón Castillo); la Casación N.° 49-2010 del 23 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Calderón Castillo); la Casación N.° 73-2010 del 23 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Calderón Castillo); la Casación N.° 10-2007 del 29 de enero del 2008 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Urbina Ganvini); la Casación N.° 03-2007 del 7 de noviembre del 2007 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1249 Véase, la Casación N.° 603-2015 del 1 de setiembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1250 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 472. En sentido distinto: Saponaro, *Dall'indizio alla prova indiziaria: Il rapporto tra probabilità e certezza*, cit., p. 138.

1251 Cfr. Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 69.

1252 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 53.

miento del juez al establecer normativamente el momento de la evaluación de la prueba indiciaria[1253]. La ley establece una regulación detallada de la evaluación de la prueba indiciaria. Se excluyen los indicios que no cumplen con las condiciones y requisitos previstos en la ley, así como también las inferencias que no encuentren su fundamento en las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia. La ley establece los requisitos y parámetros para el empleo de ciertos datos cognoscitivos; de tal modo que, si es que no se cumple con las exigencias legales expresas, el dato y la información probatoria no pueden ser utilizados para acreditar un determinado suceso[1254].

El artículo 158.3 del CPP prescribe que la prueba por indicios requiere lo siguiente: (i) que el indicio esté probado; (ii) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; (iii) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes. El sentido del artículo 158.3 del CPP busca rodear de controles y cautelas la evaluación de la prueba indiciaria, tal como ocurre, por ejemplo, con el análisis de la declaración del coimputado, del colaborador eficaz o el testigo de referencia (artículo 158.2 del CPP)[1255]. La disposición legal que regula la prueba indiciaria y, en concreto, los indicios contingentes (artículo 158.3.c) se convierte en una regla de inutilización de los indicios en la acreditación del delito o la relación de intervención delictiva si es que no se cumple con el requisito de que los indicios deben ser plurales, concordantes y convergentes[1256].

1253 Cfr. Battaglio, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, cit., p. 404.

1254 Cfr. Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 6: "con riferimento all'indizio, se mancano i requisiti della gravità precisione e concordanza al giudice è preclusa ogni utilizzazione del dato noto non oggetto di prova da cui, attraverso un'inferenza, si approda al dato ignoto oggetto di prova".

1255 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 359.

1256 Cfr. Battaglio, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, cit., p. 407.

CAPÍTULO VII

LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA

SUMARIO: I. Noción. **II.** La hipótesis principal y el control epistémico de la no refutación. **III.** La hipótesis alternativa y las partes procesales. **IV.** La hipótesis alternativa y su acreditación. El caso de la coartada. **V.** La hipótesis alternativa y la prueba contraria. **VI.** La hipótesis alternativa y la justificación de la decisión judicial. **VII.** La hipótesis alternativa y la jurisprudencia. A. La hipótesis alternativa y la jurisprudencia de la Corte IDH. B. La hipótesis alternativa y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

I. NOCIÓN

1. Tanto en la actividad científica como en el proceso penal se pueden constatar la presencia de diversas hipótesis que buscan explicar determinados fenómenos o sucesos, las cuales tienen como característica principal el ser razonables y objeto de control por las partes (o la comunidad científica)[1257].

En el proceso penal no solo existe una sola hipótesis (la del fiscal), ya que también la defensa, según su estrategia, puede manejar una hipótesis (alternativa o complementaria a la que plantea la fiscalía).

Las controversias judiciales de carácter fáctico pueden ser concebidas como hipótesis explicativas contradictorias (de imputación o de inocencia) que han de ser evaluadas de acuerdo a las pruebas recogidas en el proceso[1258]. En ese sentido, para que una afirmación que se presenta como hipótesis sea confirmada, es necesario que la misma no resulte excluida, falseada o contradicha por otras hipótesis y pruebas disponibles[1259].

El hecho que se discute en el proceso es un suceso de la vida y, como tal, debe ser susceptible de ser explicada de manera razonable por las partes. La acusación no solo debe apoyar su hipótesis en la evidencia empírica, sino que también debe brindar una explicación razonable de los hechos ocurridos: la historia debe ser plausible y verosímil.

1257 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., pp. 147 y 149, quien alude que en el proceso penal se debe hablar de un método hipotético-deductivo-observacional.

1258 Por todos, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Barcelona, Trotta, 1997, p. 53; Igartua Salaverria, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima, Palestra, 2014, p. 125; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 93.

1259 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 236; Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 159; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 196: "Por eso justificar que la hipótesis no ha sido refutada supone, en definitiva, demostrar que no ha habido contrapruebas (de la hipótesis) o que las eventuales contrapruebas han sido destruidas".

2. En el proceso penal se confrontan hipótesis basadas en pruebas; no se enfrentan pruebas opuestas sin hipótesis[1260]. Las hipótesis deben basarse en hechos y en evidencia empírica razonable; no en meras conjeturas, corazonadas y especulaciones.

En el proceso penal el juicio sobre los hechos que interesa es el que surge del problema de la veracidad o no de la afirmación de culpabilidad que realiza el Ministerio Público al momento de formular su imputación. Lo que se discute en el proceso penal no es la verdad ontológica[1261], o total[1262] en el sentido histórico, de si un hecho ha ocurrido en la realidad o no, sino la afirmación del Ministerio Público acerca de la culpabilidad de un imputado como posible autor o partícipe de la comisión de un delito. Lo que se busca acreditar en buena cuenta no son los hechos puros y duros, sino una determinada afirmación en forma de hipótesis que realiza un órgano del Estado (el Ministerio Público) acerca de que una persona ha cometido un hecho previsto como delito en la ley penal.

Si bien las afirmaciones sobre los hechos en el proceso son formuladas por las partes, no se trata de una discusión puramente fáctica o probatoria, sino que lo que se discute son afirmaciones sobre los hechos con relevancia jurídica. Se trata de dilucidar la aplicación de consecuencias jurídicas a determinados hechos jurídicos. La ley cumple un papel configurador y selectivo esencial. Configurador, debido a que la norma establece el supuesto de hecho que es relevante para el ordenamiento jurídico, y selectivo porque, de todos los sucesos que pueden presentarse en la realidad, solo se toman en cuenta algunos, dejando de lado otras conductas.

Lo que es materia de esclarecimiento por los órganos estatales viene establecido por la ley, de manera previa, y por la regla de exclusión, que determina qué actos probatorios o de investigación se encuentran prohibidos.

La discusión en el proceso penal gira alrededor de las afirmaciones que forman una o varias hipótesis del Ministerio Público acerca de la comisión de uno o varios delitos perpetrados por una persona. Tan cierto es que en el proceso penal se discuten afirmaciones, y no hechos, que la decisión final puede terminar declarando que no se ha cometido algún delito o que el hecho atribuido nunca se ha ejecutado en la realidad, pese a la afirmación que realiza una de las partes. Nadie puede dudar que en el proceso penal la discusión procesal no puede girar alrededor de hechos, sino sobre afirmaciones sobre hechos que pueden o no haberse realizados, lo que finalmente se termina declarando en la sentencia.

1260 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 559.
1261 Cfr. Pellegrini Grinover, *Provas ilícitas, interceptaçoes e escutas*, cit., p. 88.
1262 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/6, p. 367

3. La tesis de defensa, sea del imputado o de su abogado, debe ser una hipótesis razonable que sea compatible con los hechos del caso y la evidencia recogida. No puede basarse en hechos imaginarios, imposibles de probar o en simples alegaciones sin apoyo empírico.

El planteamiento de la hipótesis alternativa por parte del imputado o su defensa —como de los demás sujetos procesales distintos a la fiscalía— es netamente **facultativa** y no obligatoria. La defensa de una parte pasiva del proceso penal (*v. gr.*, el imputado o tercero civilmente responsable) puede limitarse a negar la hipótesis fiscal o a mantener una posición pasiva, sin que se llegue a formular una hipótesis alternativa[1263].

El escenario ideal en un proceso es que cada parte cuente con una hipótesis o una explicación racional del suceso, la que deberá discutirse de manera adecuada e idónea en el juicio. Pese a que la hipótesis alternativa —o tesis de la defensa, de descargo o hipótesis contraria— no es indispensable que se formule en el proceso, pues ni la ley lo exige ni es necesario por la configuración acusatoria del proceso penal, desde el punto de vista racional y persuasivo resulta conveniente que se formule y discuta.

Las ventajas de plantear una hipótesis alternativa son las siguientes:

(i) posibilita abrir un escenario racional de discusión en el que se analizan versiones distintas y opuestas —sea parcial o totalmente diferentes— de los hechos que se afirma que han ocurrido;

(ii) permite confrontar dialécticamente dos historias o dos explicaciones en el proceso que fortalecen la búsqueda de la verdad;

(iii) facilita el control de cada una de las hipótesis en conflicto por medio del contraste con la evidencia empírica;

(iv) posibilita que las partes determinen si existe la suficiente capacidad y fuerza apoyada en evidencia y en argumentos para refutar la tesis opuesta o la hipótesis contraria;

(v) en caso de que en el proceso penal la acusación no refute de manera adecuada la hipótesis alternativa planteada por la defensa, se abren las puertas para la absolución por aplicación del principio de la decisión de condena más allá de la duda razonable.

1263 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 254: "El fiscal afirma la hipótesis A. La defensa puede limitarse a negar la hipótesis de la acusación (es decir, afirma no-A), o bien puede avanzar una contrahipótesis incompatible con la acusatoria (esto es, afirma B incompatible con A)".

La hipótesis alternativa de los hechos supone, por ejemplo, invocar que hay hechos o evidencias que sustentan la concurrencia de una causa de justificación[1264] (*v. gr.*, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, consentimiento, obrar en el ejercicio legítimo de un cargo, de un derecho o de un deber, etc.) o, incluso, una causal de inculpabilidad, por lo que no corresponde condenar, sobre todo, cuando su existencia es probable[1265]. Igual ocurre con las causas de extinción del delito o con las causas de extinción de la pena[1266].

4. Desde el punto de vista racional, lo primero que se examina es si las pruebas recogidas confirman o corroboran una hipótesis[1267]. Aquí se verifica si la conjetura de la que se parte está avalada por el material probatorio recogido en el proceso o si carece de sustento racional. Es posible que una hipótesis no encuentre respaldo probatorio alguno o que su apoyo sea mínimo (débil), de mediana o gran envergadura.

Una vez que se corrobora la hipótesis, aunque sea de manera mínima, se ingresa a la etapa de refutación; es decir, se pasa a la etapa en que se analizan los hechos y las pruebas que la desmienten y hacen perder peso. Si la tarea de la refutación resulta ser exitosa, debe llevar a modificar la hipótesis inicial o simplemente a abandonarla.

II. LA HIPÓTESIS PRINCIPAL Y EL CONTROL EPISTÉMICO DE LA NO REFUTACIÓN

5. Desde el punto de vista científico, para que una hipótesis quede confirmada, debe ser sometida a un control epistémico de la no refutación con el fin de garantizar su consistencia y credibilidad[1268]. Si es que no se somete la hipótesis a la exigencia de no refutación, su valor será escaso y la garantía que ofrece será provisional, con

1264 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 729; Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 398. En la doctrina española: Gimeno Sendra, Vicente, *La prisión provisional y derecho a la libertad*, en Barbero Santos, Marino (coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Seminario internacional, Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996, Sección Española de Intercenter, Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, p. 150.

1265 Véase, Llobet Rodríguez, Javier, *Prisión preventiva. Límites constitucionales*, Lima, Grijley, 2016, p. 188.

1266 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 729; Zappalà, Enzo, *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2011, vol. I, p. 424.

1267 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 254.

1268 Cfr. González Lagier, *Inferencia probatoria*, cit., p. 88; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 196; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 94. En el derecho alemán histórico: Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 308, p. 209: "Existe incertidumbre, subsisten dudas, si al juez se le presentan como posibles varias configuraciones de los hechos, sin que ninguna de ellas sea indudable".

lo que genera una baja confianza sobre su plausibilidad y resultados[1269]. Por ello, es común la posición que remarca que el nivel de corroboración de una hipótesis será mayor mientras más sean los controles y desafíos de refutación que se realizan[1270]. Como señala Taruffo, "para afirmar que una hipótesis ha sido confirmada por pruebas adecuadas es necesario explicar también por qué razones no deben considerarse atendibles las pruebas que contrastan o divergen respecto de ellas"[1271]. En la misma línea, se destaca que la "hipótesis debe superar sustancialmente indemne (o con pocas lesiones) los intentos de falsación"[1272].

En el campo científico se sostiene que una hipótesis o una teoría para que sea aceptada y aceptable debe cumplir con el requisito de tolerar y ser resistente a la **refutación o crítica que se emprenda contra ella.** El estatus científico de una teoría o hipótesis pasa por soportar el test de refutación o de testabilidad. Los elementos confirmatorios de una hipótesis solo deben tomarse en cuenta si son el resultado de un intento serio, pero fallido, de refutarla. Como recuerda Popper, "una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible no es científica. La irrefutabilidad no es una virtud de una teoría (como se cree a menudo), sino un vicio"[1273]. Se habla aquí de que se deben refutar y vencer las hipótesis alternativas de los hechos[1274].

En el proceso de un Estado constitucional, el método de la confirmación y el de la falsación de la imputación se encuentran en sintonía con la metodología de la investigación científica y el desarrollo articulado de la filosofía de la ciencia[1275].

1269 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 256: "en el momento de la falsación de la hipótesis (esto es, del intento de refutarla) es la linfa vital del actual derecho procesal probatorio"; Ferrua, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., p. 232: "la falibilidad es un motivo más para intensificar los controles empíricos, no un pretexto para bajar el nivel probatorio idóneo para fundar la condena"; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 94.

1270 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 86.

1271 Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 272.

1272 Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 159.

1273 Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 61.

1274 Cfr. Igartua Salaverria, *Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, "in dubio pro reo"*, cit., p. 479: "la motivación de una decisión condenatoria debe afrontar un doble reto: de un lado, justificar que la hipótesis factual retenida es congruente 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"; Ferrer Beltrán, Jordi, *Los estándares de prueba en el proceso penal español*, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N.º 15, 2007, p. 6; Beltrán, Ramón, *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*, en *Política Criminal*, vol. 7, N.º 14 (diciembre 2012), p. 473.

1275 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 257.

6. En el proceso penal la hipótesis acusatoria debe verificarse y someterse a la posibilidad de refutación, de tal modo que la legitimidad de las hipótesis reside en el hecho de que se encuentran apoyadas en pruebas y a la vez en que no sean refutadas por contrapruebas[1276]. El que el juez haya considerado fiable y se incline por dar credibilidad al testimonio de Juan, que afirma un hecho X, no establece aún ninguna justificación de por qué no se da valor probatorio alguno al testimonio de Pedro, que niega el hecho X[1277]. El test de la no refutación debe llevar a justificar por qué no se toma en cuenta y no se valora el testimonio de Pedro.

La defensa del imputado y el mismo juez deben someter a la hipótesis acusatoria a los controles que se estimen necesarios para comprobar su objetividad y valor[1278]. En la realidad del proceso, puede ocurrir que coexistan no solo dos versiones paralelas de los hechos, sino que estas dos versiones cuenten con un caudal probatorio que las respalde o avale; de tal manera que exista coherencia y acreditación en cada una de las afirmaciones, tanto en la de la acusación como en la de la defensa. En estos casos, en la medida que ninguna de las hipótesis antagonistas es falseada del todo, un sector de la doctrina considera que debe tomarse en cuenta y preferirse la tesis que resulte más coherente[1279]. Sin embargo, se destaca que, si bien en estos casos el criterio de coherencia puede ser útil, su valor es netamente marginal y solo en determinados casos excepcionales puede ser decisivo, en la medida que las hipótesis se traten de historias equivalentes desde el punto de vista de la verdad de los hechos[1280].

Para aceptar una hipótesis y para que esta sea tomada como cierta, no debe verse refutada por otras pruebas disponibles[1281]. En efecto, una hipótesis que, en materia penal, proviene del Ministerio Público como titular de la acción penal, debe

1276 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 1997, p. 37; Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 256.

1277 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 272: "el silencio acerca de las pruebas que no han sido tenidas en cuenta deja abierta la duda sobre el real fundamento de la reconstrucción de los hechos que ha sido acogido como verdadero. Por consiguiente, todas las pruebas de las que se disponía para la decisión deben ser consideradas expresamente, y su valoración también debe ser adecuadamente justificada".

1278 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 87.

1279 Cfr. Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 1999, p. 113; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 315: "el criterio de la coherencia de la narración de los hechos puede operar racionalmente como factor de elección entre las distintas versiones de los mismos hechos"; Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 284.

1280 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 315: "Sólo la narración que relata hechos verdaderos puede ser valorada por su coherencia y únicamente en ese caso la coherencia de la narración es un criterio preferencial de elección".

1281 Cfr. Mittermaier, Karl, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 2a. ed., Madrid, Revista de Legislación, 1877, p. 67.

ser resistente a determinadas contrapruebas[1282] y a otras hipótesis alternativas. La regla epistemológica de la no refutación es una garantía que permite aceptar con un elevado grado de confianza la hipótesis planteada como verdadera[1283]. Como señala Jordi Ferrer, "la fiabilidad de una inferencia aumentará a medida que la hipótesis vaya superando controles probatorios diseñados para falsarla y la superación de cada uno de ellos aumentará su probabilidad". Hay quien habla de que la reconstrucción fáctica, para que prospere, ha de salir indemne de las tentativas de falsación[1284]. Se recuerda que quien quiere obtener convicción no debe cerrar las puertas a la duda y, por el contrario, ha de detenerse ante todos los indicios que pueden conducir hacia ella[1285].

7. La regla de la no refutación se enlaza directamente con el principio de contradicción, manifestación del derecho de defensa, por el cual las partes poseen una incidencia directa en la configuración de la prueba y en su eficacia[1286]. El derecho de defensa refleja la institucionalización del poder de refutación de la acusación por parte del acusado[1287]. Los participantes en el proceso no solo tienen derecho a presentar pruebas de descargo, sino también a refutar las pruebas de cargo. La valoración racional de la prueba debe estar en condiciones de superar las contrapruebas o la tesis planteada por la defensa. Al respecto, y de manera general, 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

1282 Cfr. Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 284.

1283 Cfr. Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 383; González Lagier, *Inferencia probatoria,* cit., p. 88; Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, p. 125.

1284 Cfr. Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, p. 164.

1285 Por todos, Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, cit., 1877, p. 69.

1286 Véase: Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 380.

1287 Por todos, Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 1997, p. 151: "Para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles". Empero, Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, p. 164, se aparta de las posturas que consideran que es suficiente una mínima contradicción o fisura de la hipótesis acusatoria para que esta se entienda refutada, al considerar que "incurriríamos en una postura maximalista si sostuviéramos que es suficiente cualquier contraprueba para que la historia construida sucumba; pero no hay duda que la probabilidad de ésta será inversamente proporcional al peso de las contrapruebas".

> razones por las cuáles se han rechazado otras alternativas relevantes. En efecto una alternativa rechazada pudo haber sido mejor que la alternativa aceptada. Para mostrar 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[1288].

8. Un estándar racional de prueba exige cuanto menos lo siguiente: i) la hipótesis debe tener un alto grado de contrastación que explique los datos disponibles; ii) deben refutarse las hipótesis plausibles con la inocencia que surjan de la evaluación de los hechos y de la evidencia, sean o no invocadas por la defensa.

Para condenar no solo se debe haber confirmado una determinada hipótesis (la acusatoria), sino que, además, debe refutarse la hipótesis desplegada por el imputado o por su defensa en la medida que tenga respaldo y evidencia que la escolte. La refutación de la hipótesis alternativa es una poderosa prueba lógica a favor de la acusación, debido a que no solo demuestra la logicidad de la acusación, sino que acredita la elevada probabilidad de la misma[1289].

No es correcto condenar a una persona cuando hay varias hipótesis posibles, en especial, cuando hay más de una explicación y construcción razonable de la evidencia empírica[1290]. Si es que hay varias narraciones o explicaciones sobre los hechos (*v. gr.*, las de la acusación y de la defensa), el juez no es libre de escoger de manera aleatoria y arbitraria cualquier versión que le parezca. Ha de elegir la que posea mayor respaldo probatorio, pero, además, debe haberse refutado la hipótesis rival.

El requisito de la refutación de las hipótesis alternativas a la imputación debe cumplirse en cada caso concreto, salvo que i) se traten de hipótesis irrazonables; ii) sean incompatibles con los datos y la evidencia de los que se disponga en el caso; iii) se trate de meras hipótesis *ad hoc* construidas a propósito de explicar lo que ocurrió[1291].

1288 Taruffo, Michele, *Decisiones judiciales e inteligencia artificial*, en *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 386.

1289 Véase, Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 593.

1290 Cfr. Laudan, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, cit., p. 111.

1291 Por todos, Ferrer Beltrán, Jordi, *Los estándares de prueba en el proceso penal español*, en *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima, Grijley, 2016, p. 236; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 148.

Si bien lo ideal es refutar todas las hipótesis alternativas (*v. gr.*, las alegaciones de la defensa), dicha tarea deviene difícilmente practicable a nivel del proceso penal. No creemos que sea conveniente ni necesario exigir la refutación de todas las hipótesis alternativas, sino de las hipótesis esenciales a la tesis de la defensa[1292] y de aquellas que fluyan de los hechos y de la prueba actuada en el proceso. Solo hay la obligación de refutar las hipótesis alternativas razonables que surjan de la evidencia practicada. Las hipótesis alternativas *ad hoc*, las que son abiertamente irrazonables o las que no surjan de los hechos y la evidencia no tienen que ser refutadas. Una hipótesis teórica (o práctica) que carece de pruebas no puede neutralizar una hipótesis que cuente con ellas y que la hace más probable[1293].

En el proceso penal la fiscalía no tiene la obligación de refutar todas las hipótesis posibles e imaginables del hecho, sino solo las hipótesis que poseen sustento y que se desprenden de la evidencia y de los hechos del caso. No bastan las simples conjeturas o las hipótesis que son teóricamente posibles, pero prácticamente inviables.

III. LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA Y LAS PARTES PROCESALES

9. La aparición de la hipótesis alternativa puede surgir a partir de cualquier planteamiento de cualquiera de las partes del proceso —incluso del agraviado—, así como es posible que fluya de la actuación de cualquier medio de prueba, *v. gr.*, el testigo, la pericia, el documento.

La posibilidad de alegar la hipótesis alternativa no es una obligación o una carga que corresponde plantear de manera directa al imputado o a su defensa técnica[1294]. Ella puede surgir de manera manifiesta del desarrollo de la investigación o del proceso penal cuando, por ejemplo, un testigo advierte que el imputado se defendió de una agresión cometida por el (supuesto) agraviado o cuando una cámara de vídeo recoge la imagen que confirma que el imputado que se encontraba en el lugar de los hechos, lejos de colaborar con el apoderamiento violento de los bienes de la víctima, le prestó ayuda, luego de que esta cayó al suelo.

Sin embargo, lo regular en la investigación o en el proceso es que la hipótesis alternativa sea introducida por el imputado cuando declara ante las autoridades o a través de un documento defensivo. Un momento importante en que el imputado

1292 En sentido distinto: Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 284, quien considera que: "tienen que resultar también desvirtuadas todas las hipótesis alternativas".

1293 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 260.

1294 Cfr. Fassone, Elvio, *Dalla "certezza" all' "ipotesi preferibile": un metodo per la valutazione*, p. 18. https://fdocumenti.com/document/fassone-dalla-certeza-all-ipotesi-preferibile.html?page=1

puede introducir la hipótesis alternativa es la prestación su declaración indagatoria. El CPP establece que se le invitará al imputado a que "declare cuanto [lo] tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye" (artículo 88.2), lo que en buena cuenta supone la posibilidad de introducir en dicho instante una hipótesis y un mecanismo de defensa, distinta a la formulada en la imputación. Al imputado se le reconoce también la facultad de "solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba, así como la de efectuar las aclaraciones que considere convenientes durante la diligencia" (artículo 87.3), y, además, puede indicar "de ser posible o considerarlo oportuno, los actos de investigación o de prueba cuya práctica demande" (artículo 88.2), lo que implica reconocerle la facultad de promover actos de investigación y de prueba que permitan sustentar la hipótesis alternativa.

La formulación de la hipótesis alternativa no es incompatible con el ejercicio del derecho al silencio, debido a que el imputado puede postular una hipótesis alternativa, sin necesidad de que preste declaración a lo largo de la investigación y del proceso, como cuando, por ejemplo, dicho planteamiento lo formula el imputado en un documento escrito (sin que declare), o como cuando se lo introduce al proceso en virtud al papel que cumple la defensa técnica, *v. gr.*, el defensor de libre elección o la defensa pública.

Al no regular el CPP el procedimiento de cómo y de qué manera se puede introducir la hipótesis alternativa, al proceso penal, no se puede limitar dicho acto a una determinada formalidad o al cumplimiento de algún requisito. Ella puede ingresar al proceso de cualquier forma —*v. gr.*, en la declaración de un testigo o por cualquier otro medio de prueba—.

La formulación de la hipótesis alternativa debe generar la apertura de una línea de investigación, de la cual deriva la obligada realización de actos de investigación y de diligencias tendientes a corroborarla.

10. El proceso penal acusatorio permite el desarrollo y el efecto expansivo del control epistémico de la no refutación de la hipótesis al garantizar a las partes que gozan de igualdad de armas la posibilidad de plantear sus pretensiones, sus hipótesis y los medios de prueba que los respaldan a través del debate contradictorio. Los sujetos procesales —por un lado, la parte acusadora y la parte civil y, por el otro lado, las partes pasivas (el imputado, el tercero civilmente responsable)— pueden realizar una tarea de control y testeo de cada una de las hipótesis que plantean, así como de la evidencia que las respalda.

En un proceso penal democrático, inspirado en el principio constitucional y convencional de igualdad de armas, la búsqueda de la verdad se basa en un trabajo

dialéctico y cooperativo de todas las partes en el que se esgrime pruebas, argumentos y razones, a fin de llegar a una decisión justa que se apoya en una racionalidad discursiva.

En cambio, en el proceso inquisitivo, se busca confirmar la hipótesis incriminadora del juez, sin que se les permita a las partes defender su propia hipótesis y demostrar las inconsistencias de la imputación y la prueba que la sostiene; se trata de un proceso revestido de una grave tara y de un vicio epistemológico. En este tipo de proceso la verdad está desconectada de los planteamientos y los puntos de vista de las partes; en él, se confía en la sabiduría casi mística de la autoridad y en la racionalidad autosuficiente del juez[1295].

IV. LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA Y SU ACREDITACIÓN. EL CASO DE LA COARTADA

11. En el proceso penal la hipótesis alternativa más empleada es la coartada.

La coartada, en sentido estricto, se define por el Diccionario de la Real Academia como el "argumento de inculpabilidad de un reo por hallarse en el momento del crimen en otro lugar". En ocasiones, los tribunales la utilizan como sinónimo de "argumento de defensa"[1296].

La coartada afirma un **hecho positivo**: la persona se encontraba al momento de ocurrido el evento criminal en otro lugar; dicha afirmación tiene un efecto negativo en la confrontación con la tesis de la imputación que lo hace incompatible.

1295 Por todos, Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 256.

1296 Véase, el **R. N. N.º 3152-2005** de 17 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente: "en el juicio oral agrega que efectuó dos disparos contra el agraviado, uno en la espalda y otro en la cabeza, pero que lo hizo en defensa propia; que sin embargo esa coartada resulta ilógica ya que por la localización del primer disparo —espalda, región lumbar— el agraviado cayó al suelo donde fue rematado con un disparo en la cabeza que le ocasionó la apertura de la bóveda craneana, como se describe en el certificado médico de fojas ciento setenta y cinco —vuelta—"; el **R. N. N.º 634-2005** de 5 de mayo del 2005 de la Sala Penal Permanente: "siendo claro que la coartada del imputado, en el sentido que la niña le dijo que tenía dieciséis años de edad, carece de sustento probatorio"; el **R. N. N.º 295-2008** de 8 de julio del 2008 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana): "de las declaraciones del acusado se advierte que aceptó ser autor del delito de homicidio calificado, pero declino de su posición inicial, y con ello incurrió en contradicciones, las que se justificarían por su mal estado de salud de la cabeza; lo que no es corroborado por el certificado médico legal que concluyó que se encuentra lúcido, orientado en tiempo, espacio y persona que presenta signos estables, por lo que sus declaraciones iníciales en las que refirió la secuencia coherente de los hechos delictuosos tiene valor probatorio por haber sido prestadas con las garantías de ley".

Se reconoce que la acreditación de la inexistencia de un hecho puede ser cubierta mediante la prueba positiva de un hecho diverso que sea incompatible con el suceso en el que se basa una determinada hipótesis[1297].

La coartada consiste en la prueba de la inexistencia del hecho descrito en la imputación —que es la participación material del imputado en el delito— a través de la demostración positiva de un hecho diverso e incompatible que consiste en la presencia del imputado en otro lugar. En efecto, la coartada constituye en el proceso penal un particular tema de prueba que se caracteriza en afirmar la presencia del imputado en otro lugar en el momento de la comisión del delito. Como cualquier tema de prueba a nivel del proceso penal, se puede probar por cualquier medio de prueba permitido. La coartada plantea una hipótesis alternativa que se presenta incompatible con el objeto principal de prueba del proceso penal[1298] y constituye el ejemplo emblemático de la denominada "prueba contraria indirecta"[1299], en el que se niega la presencia del imputado en el lugar de la comisión del delito a través de la prueba positiva, dado que en el momento de la perpetración se encontraba en otro lugar. Por ejemplo, en el proceso se afirma la comisión de un suceso delictivo por una persona X y se sostiene como hipótesis alternativa que X no pudo ser autor o partícipe debido a que en el momento de su comisión se encontraba en otro lugar.

La coartada supone que una persona (sospechosa) afirma que al momento de la comisión de un delito se encontraba en un lugar distinto[1300], de tal manera que es materialmente ajena al hecho. No basta que se encuentre físicamente en un lugar distinto, sino que es necesario que la persona esté desvinculada del hecho. Por ejemplo, con el desarrollo tecnológico es posible que una persona no se encuentre presente físicamente en un lugar, pero que, a la vez, supervise, controle o simplemente monitoree la realización de un suceso delictivo, v. gr., a través de un sistema de video, de una llamada por teléfono, etc., situación última que más allá de ser posible debe ser acreditada de manera suficiente.

La coartada parte de la ley científica de que no es posible que una persona se encuentre en dos lugares diferentes al mismo tiempo, pues el hombre no tiene el don de la ubicuidad, lo que acredita que el imputado no ha participado mate-

1297 Cfr. Mancuso, Enrico Maria, *Il regime probatorio dibattimentale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 162.

1298 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 150: "la prueba de la coartada, si se acredita, es ciertamente un elemento que desvirtúa la hipótesis acusatoria".

1299 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 162.

1300 Véase, Saponaro, *Dall'indizio alla prova indiziaria: Il rapporto tra probabilità e certezza*, cit., p. 122.

rialmente del hecho[1301]. Se acepta que la afirmación de una coartada por parte del imputado, o cualquier parte pasiva del proceso penal, tiene aval científico debido a que se funda en el hecho de que ninguna persona puede encontrarse en dos lugares distintos de manera simultánea, en el mismo tiempo[1302]. La Corte Suprema de Justicia ha reconocido expresamente el **principio de ubicuidad** al sostener que "no corresponde sancionar penalmente —sobre la base de una sindicación sin corroboración mínima— a una persona que acreditó suficientemente su presencia en un lugar distinto —con lejanía considerable— al tiempo de los hechos. Más aún si los motivos que expone son razonables y cumplen con el estándar de verosimilitud. Por ello, corresponde conceder crédito a su versión basada en el principio de ubicuidad"[1303].

12. La hipótesis alternativa (v. gr., la coartada) debe contar con una serie de requisitos, entre ellos, el de ser coherente[1304], verosímil[1305], tener respaldo probatorio,

1301 Véase, Battaglio, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, cit., p. 400; Saponaro, *Dall'indizio alla prova indiziaria: Il rapporto tra probabilità e certezza*, cit., p. 122.

1302 Cfr. Gironi, *La prova indiziaria*, cit., pp. 137 y 140; Mazza, Oliviero, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, en *Criminalia*, 2012, p. 369; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 610; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 55; Gianturco, *Los indicios en el proceso penal*, cit., p. 69; Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 485.

1303 Véase, el R. N. N.º 123-2019 de 25 de febrero del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas).

1304 Véase, el **R. N. N.º 2442-2010** de 17 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Lecaros Cornejo): "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 domicilio, 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"; el **R. N. N.º 2822-2017** de 16 de octubre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "la coartada del imputado no es coherente con las circunstancias de la intervención policial y lo que expusieron los agraviados —él huyó luego de la colisión y, relevantemente, los dos agraviados advirtieron que el mototaxi que conducía esperaba a los asaltantes y luego huía con ellos—. No existe la menor prueba de la coartada que se alega. Los dos robos se produjeron previo concierto y el imputado intervino en la propia ejecución de los mismos. Intervino en los hechos como propio".

1305 Véase, el R. N. N.º 393-2019 del 3 de febrero del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas); el R. N. N.º 2055-2010 del 25 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

ser planteada en el tiempo oportuno[1306], no ser incoherente o contradictoria[1307], ni haber sido concertada con otros imputados[1308] o personas. Para que la coartada se refute y se cumpla con el deber de motivar el juicio de hecho, 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[1309]. La coartada normalmente decae cuando el imputado reconoce los hechos y confiesa su participación[1310].

La hipótesis alternativa (*v. gr.*, la coartada) no solo debe invocarse, sino también probarse de manera suficiente como cualquier enunciado fáctico o afirmación en el proceso[1311]. No basta, para que posea virtualidad y eficacia probatoria, que solo se sostenga de manera genérica. Es necesario que se acredite de manera idónea a través de los medios probatorios reconocidos. La aplicación del principio de libertad

1306 Véase, el R. N. N.º 4656-2009 del 15 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Lecaros Cornejo).

1307 Véase, el **R. N. N.º 80-2016** de 12 de junio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "el imputado Moreno Mendoza negó los hechos y expuso que el día y hora de los hechos estaba en su casa con su conviviente Olga Quispe Yanasupo y su amiga Carmela Alina Huamán porque ésta le pidió que él sea padrino de su hijo [declaraciones coincidentes de fojas treinta, cuatrocientos sesenta y cuatrocientos sesenta y ocho, así como de fojas doscientos sesenta y tres y doscientos sesenta y siete], aunque acotó, primero, que estaba viendo televisión (versión inicial), y, segundo, que también fue a su casa un señor —cuyo nombre no proporciona— (versión final). Además, a fojas doscientos setenta y siete Luz Angie Moreno Tello, hija del encausado, presentó una declaración jurada afirmando que el día de los hechos, de dieciséis horas treinta minutos horas a las veintidós horas, estuvo en casa de aquel. Estos datos contradictorios evidencian que la coartada no es consistente".

1308 Véase, el **R. N. N.º 470-2015** del 23 de febrero del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado): "Determinada que la coartada es falsa, es evidente que las versiones de los encausados Howar Vásquez Alvarado y Reyner Araujo Carrera fueron concertadas, no tienen, por tanto, capacidad corroborativa aditiva, el vicio de la sindicación del primero impregna a la del encausado Araujo Carrera".

1309 Véase, el R. N. N.º 2729-2008 de 11 de septiembre del 2008.

1310 Véase, el R. N. N.º 470-2015 del 23 de febrero del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado): "Dicha coartada decae cuando el encausado Howar Vásquez Alvarado reconoce los cargos efectuados en su contra, de modo que no fue obligado, sino que cometió el delito libremente —dos cuartadas falsas iguales determina por razón lógica su concertación, la que decae al haber el encausado Vásquez Alvarado aceptado su participación en los hechos—".

1311 Cfr. Ferrua, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., p. 228.

de prueba permite que cualquier hipótesis alternativa, como la coartada, se pueda acreditar o refutar por cualquier medio de prueba típico (*v. gr.*, testimonios[1312],

1312 Véase, el **R. N. N.º 2253-2018** de 13 de agosto del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "el encausado Chujutalli Tapullima en su declaración preliminar de fojas quince y en su declaración plenarial de fojas doscientos sesenta y dos, uniformemente, negó los cargos y acotó que el día de los hechos estuvo en Pucaca en casa de Asteria Chujutalli Saboya junto con Segundo Pisco Saboya y otras personas, incluso conversaba con la agraviada delante de sus padres. Asteria Chujutalli Saboya y Segundo Pisco Saboya han declarado plenarialmente [fojas doscientos sesenta y tres y doscientos sesenta y cuatro] corroborando que, cuando los hechos, el imputado se encontraba con ellos"; el **R. N. N.º 3074-2015** de 25 de mayo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Prado Saldarriaga): "La tesis exculpatoria se refrenda con: a) La negativa uniforme y constante del procesado Edgar Antonio Valdivia Custodio (manifestación policial de fojas quince, en presencia del representante del Ministerio Público, instructiva de fojas ciento treinta y siete, y en el plenario a fojas cuatrocientos sesenta y uno) quien sostuvo que no es verdad lo afirmado por el agraviado y su hermano Ricardo Lacuta Tinco, debido a que a la hora del hecho delictivo se encontraba en una reunión en la Comisaría, convocada por el comisario comandante Baca Cornejo. Dicha reunión habría durado hasta las diez con treinta minutos o diez con cuarenta minutos de la mañana. Luego, al salir de la misma, conversó aproximadamente diez minutos con su hermano Jorge, quien le pidió un préstamo y luego se dirigió a la cafetería de la comisaría. b) Las testimoniales de los efectivos policiales Eduardo Víctor Baca Cornejo, comisario (testimonial de fojas ciento ochenta y ocho; ampliación de fojas trescientos cuarenta y dos, y en el plenario a fojas cuatrocientos ochenta y cinco); Mesfin Vadín Pizarro Limaymanta (testimonial de fojas ciento noventa y tres, ampliación de fojas trescientos cuarenta y seis, y en el plenario a fojas cuatrocientos ochenta y nueve vuelta); Jorge Luis Guerra Cerrón (testimonial de fojas trescientos siete y en el plenario a fojas cuatrocientos ochenta y ocho vuelta); Wilder Galoc Culqui (testimonial de fojas trescientos trece y en el plenario a fojas cuatrocientos ochenta y nueve); Juan Edmundo Julián Arenas (testimonial de fojas trescientos cuarenta y ocho); José Jair Baylón Muñoz (testimonial de fojas trescientos cincuenta y en el plenario a fojas quinientos seis vuelta); Urbano Moisés Castillo Vargas (testimonial de fojas trescientos cincuenta y dos); María Milagros Narváez Retuerto (manifestación policial de fojas veintiséis, en presencia del representante del Ministerio Público, y en el plenario a fojas cuatrocientos ochenta y siete); quienes afirman que el procesado Valdivia Custodio participó en la reunión que convocó el comisario Baca Cornejo y luego se constituyeron a la cafetería que está dentro de la Comisaría, donde departieron un desayuno; permanecieron allí entre treinta a cincuenta minutos el cual terminó aproximadamente a las once y cincuenta de la mañana"; el **R. N. N.º 3158-2015** de 20 de julio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro) declaración de un hermano; el **R. N. N.º 1448-2015** de 9 de marzo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "la coartada del imputado, en el sentido que el día de los hechos estuvo en la Comunidad de San Juan de Capilla del distrito de Condori cuidando su ganado y haciendo zanjas por el PRONAA, tiene corroboración testifical"; el **R. N. N.º 152-2015** del 21 de febrero del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "Varios testigos dan cuenta acerca de que la persona estuvo trabajando en un hotel en Lima el día de los hechos y pese a que las versiones versiones pueden tener un contenido genérico sobre el motivo del ingreso a laborar a ese negocio —que sería de un familiar suyo—, lo que hacía regularmente y aquello que el imputado desarrollaba esporádicamente, pero lo que puntual y uniforme es que el día de los hechos estaba en Lima, y en ese hostal, por lo que no puede encontrarse en Huancayo en la hora en que ocurrió el crimen"; el **R. N. N.º 4061-2013** de 16 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo): "el procesado Vicente Andrés Mendoza Candela, afirmó que el día de los

documentos[1313], videos etc.) o atípico (*v. gr.*, la prueba tecnológica: el informe de

hechos estuvo en una reunión social con José Luis Condori Condori (lo cual fue corroborado con la declaración de Elízabeth Condori Siguña de Condori)"; el **R. N. N.º 4915-2009** de 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "el encausado Martínez Godoy, detenido tiempo después de los hechos y con amplios antecedentes por delitos de robo, hurto, violación sexual y omisión de asistencia familiar (fojas seiscientos sesenta y cuatro y seiscientos sesenta y siete), uniformemente ha negado los cargos y ofreció como coartada que el día y hora de los hechos se encontraba en el taller 'Aladino' de Walter Rómulo Flores Gálvez, conjuntamente con su prima Sandra Giuliana Rodríguez Godoy y el representante de ventas de la empresa Mavila Sociedad Anónima Carlos Emmanuel Ramírez Pérez. Las declaraciones de las tres personas antes mencionadas corroboran esta versión" y que: "la coartada del imputado está plenamente acreditada con fuente distinta de carácter personal y documental"; el **R. N. N.º 3436-2009** de 21 de septiembre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "el encausado Arévalo Mozombite niega los cargos. Como coartada afirma que estuvo libando licor por su cumpleaños con su amigo Germán Cheng desde las doce del día a las tres de la tarde, luego de lo cual se fue a la casa de su hermana a dormir, pero estuvo hasta las cinco de la tarde y luego regresó a su cuarto" y que: "Su coartada ha sido aparentemente consolidada por Norma Upiachihua Mozombite viuda de Vargas (declaración de fojas doscientos setenta y uno), en cuyo local libó licor, y por Yolanda Alves Yume, hermana de crianza del imputado (declaración de fojas doscientos setenta y dos), quien ratifica que el imputado llegó a su casa entre las dos o dos y treinta de la tarde y se retiró a las cinco de la tarde. La abuela de la niña, ex conviviente del imputado (declaración de fojas doscientos sesenta y ocho), expresó que llegó a saber que su nieta le dijo a su hijo que lo denunció porque no le daba dinero para su colegio"; el **R. N. N.º 3882-2009** de 3 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "desde la prueba personal consta en autos una declaración plenarial del hermano del acusado, Luis Gavina Gutiérrez Julca de fojas cuatrocientos ochenta y tres, quien avaló la coartada del imputado en el sentido que el día del último atentado sexual, cinco de marzo de dos mil seis, no pudo atacar al agraviado porque se encontraba reunido con él y otros amigos, dato que es corroborado por las declaraciones preliminar de Héctor Segundo Gorbalán Paredes de fojas dieciséis y sumariales de Jorge Walter Vega Álvarez de fojas ciento noventa y ocho, Roger Reyna Segura de fojas doscientos uno y Jorge Cava Baca de fojas doscientos cuatro"; el **R. N. N.º 2011-2009** de 17 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "el encausado Reyes Zavaleta de modo uniforme ha negado los hechos (manifestación policial de fojas diez e instructiva de fojas treinta). Como coartada aduce que en el mes de julio de mil novecientos noventa y seis se encontraba en Chimbote con su esposa, en casa de su tía Eleodora Reyes Nery, donde se quedó dos meses e incluso la ayudó a construir un corral (instructiva de fojas treinta). En el acto oral guardó silencio (acta de fojas trescientos sesenta y tres). Apoyan la presencia del encausado en Chimbote los testigos Juana Valverde García, su esposa: partida de matrimonio de —fojas sesenta y siete— (fojas treinta y ocho), Santos Eleuterio Rodríguez Reyes (fojas cuarenta y dos), Jimmy Ysidro Lorenzo Días (fojas cuarenta y tres), Santiago Cristiniano Reyes Nery (fojas cincuenta y cuatro)".

1313 Véase, el **R. N. N.º 3158-2015** de 20 de julio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro); el **R. N. N.º 3220-2015** del 10 de julio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado): "la tesis defensiva del encausado César Augusto Muñoz Ferreyra se basa en que a la fecha de los hechos residía en la ciudad de Tumbes con su familia y trabajaba como administrador del restaurante Los Estereos, trabajo que adquirió luego de que fuera retirado como miembro de la Policía Nacional del Perú"; luego señala "versión que se encuentra corroborada con los documentos que obran en el expediente, como son: la constancia de domicilio (de fojas trescientos noventa y siete), la constancia de trabajo (de fojas trescientos noventa y nueve), el informe del Programa del Vaso de Leche de la Municipalidad

Telefónica Móvil que da cuenta que los imputados se encontraban cerca del lugar del delito[1314]).

Distrital de Aguas Verdes (de fojas cuatrocientos seis), la Resolución Subprefectural (de fojas cuatrocientos doce), la Licencia de funcionamiento emitida por la Municipalidad del Centro Poblado Andrés Araujo Morán de Tumbes (de fojas cuatrocientos trece), donde desempeñó la función de Gerencia de Participación Vecinal por Resolución de Alcaldía de la Municipalidad de Aguas Verdes (de fojas cuatrocientos catorce); la Resolución de Gobernación de Tumbes que designó a Muñoz Ferreyra como Teniente Gobernador del sector Virgen del Cisne I (de fojas cuatrocientos quince), la Resolución de Alcaldía de la Municipalidad Provincial de Tumbes, que lo designó como Subgerente de Bienestar, Salud y Desarrollo Comunal (de fojas cuatrocientos dieciséis), el Certificado de Estudios emitido por la Escuela de Capacitación y Especialización de la Policía Nacional del Perú, llevado a cabo en la ciudad de Tumbes (de fojas cuatrocientos dieciocho), el certificado de participación en seminario emitido en el distrito de Aguas Verdes de fojas cuatrocientos diecinueve, el certificado de participación emitido por el Ministerio de Educación en la ciudad de Tumbes (de fojas cuatrocientos veinte), el reconocimiento emitido por el Gobierno Municipal Autónomo de Cantón Huaquillas (de fojas cuatrocientos veintiuno), el reconocimiento emitido por la Cámara de Comercio y Producción de Aguas Verdes (de fojas cuatrocientos veintidós), el diploma de reconocimiento emitido por la Dirección Regional de Salud de Tumbes (a fojas cuatrocientos veintitrés), el *Diario Regional* de Tumbes donde se aprecian entrevistas a Muñoz Ferreyra (de fojas cuatrocientos veintiséis, cuatrocientos veintinueve vuelta, cuatrocientos treinta y uno vuelta, y cuatrocientos treinta y dos); que demuestran que el encausado, posterior a la fecha de los hechos, vivió y laboró en la ciudad antes mencionada; los que si bien en concreto no establecen que el día en referencia estuvo en Tumbes, ellos acreditan que de manera permanente residió en dicho lugar desde el año mil novecientos noventa hasta el dos mil quince".

1314 Véase, el **R. N. N.º 256-2014** de 26 de septiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro) donde se refutó una coartada mediante prueba tecnológica: "el Informe de Telefónica Móvil de ubicación de celdas telefónicas de fojas noventa y uno esclarece el lugar donde se encontraban los imputados al momento de los hechos. El encausado Acurio Huby realizó llamadas telefónicas desde su celular nueve dos tres tres uno cinco cuatro y tres entre las seis y seis y treinta y dos horas al número nueve siete siete cero cuatro cuatro cinco cuatro —que de acuerdo a su declaración seria el teléfono de su hermano Jaime Miguel Acurio Huby, sin embargo este último lo ha negado enfáticamente [declaración sumarial de fojas quinientos veintidós]— desde el jirón Ayacucho, cuadra diez, de Magdalena, y Coronel Dianderas, cuadra tres, en San Miguel, respectivamente [él sostiene, empero, que vive en Jirón Echenique número mil trescientos cincuenta, interior quince-Magdalena, a dos cuadras de la vivienda del agraviado (fojas treinta y siete y cuarenta y cinco): empero, en el referido reporte aparece que su celular realizó llamadas desde las cinco y veinticuatro horas en Manzana R Residencial Santa Rosa-Callao]. El encausado ausente Giuria Via registra llamadas efectuadas el día de los hechos: quince de agosto de dos mil siete, desde las cinco y veinticuatro horas, en Residencial Santa Rosa Manzana R V- Callao al número nueve dos cero nueve tres uno uno dos; y registra una segunda llamada a las seis y cuarenta y siete horas al mismo número, teniendo como ubicación Coronel Dianderas, cuadra tres, en San Miguel. Después, desde las nueve dos hasta las nueve y veintiún horas Giuria Via llamó a su coencausado Acurio Huby, teniendo como ubicación en la citada Residencial Santa Rosa. El agraviado registra una llamada entrante a su número nueve dos nueve siete nueve seis tres siete, del número nueve siete dos tres cero uno nueve uno el día de los hechos a las seis y cinco horas, y está registrado en la dirección Jirón Diego de Agüero, cuadra cinco, Magdalena"; luego señala que "las coartadas que han presentado, como ha quedado expuesto, han sido refutadas con el mérito del Informe de Telefónica Móvil de

En la acreditación de la coartada no existe una regulación legal que requiera un principio de prueba escrita, documental o que revista cierta formalidad. Si hubiera una prescripción legal semejante sería de dudosa constitucionalidad, ya que supondría una clara afectación al derecho fundamental a la prueba al imponer ciertas formalidades innecesarias para acreditar un hecho. En el análisis de la actividad probatoria que pretende acreditar una coartada, no hay jerarquía de medios de prueba ni una determinada formalidad.

Ningún medio de prueba pertinente, útil y lícito puede ser prohibido o tener menos valor probatorio que otro en la acreditación de la coartada. Por ejemplo, es posible también acreditar la coartada con testimonios de familiares, *v. gr.*, primos, sobrinos, hermanos[1315]. En la demostración de la coartada, no basta que haya prueba de la misma (*v. gr.*, testigos), sino que los medios de prueba empleados deben situar la imputado en el día y la hora del crimen en otro lugar distinto. Si, por ejemplo, en la prueba de la coartada un testigo confirma la presencia del imputado en un determinado lugar, pero a una hora distinta (*v. gr.*, posterior) del momento del crimen, su virtualidad probatoria decaerá[1316]. Por ello, se requiere que, para la eficacia

---

ubicación de celdas telefónicas de fojas noventa y uno, que da cuenta, en relación a la demás prueba actuada, que se encontraban cerca del lugar de los hechos delictivos, lo que refuta su versión de ajenidad en los mismos".

1315 Véase, el R. N. N.º 3158-2015 de 20 de julio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro); el R. N. N.º 884-2014 de 9 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "su coartada es seguida por la versión de su hermana Susana Reyes Camones materia de su declaración plenarial de fojas cuatro mil quinientos ochenta y ocho".

1316 Véase, el R. N. N.º 4228-2009 de 9 de julio del 2010 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "El encausado Caldas Rodríguez introduce como coartada que el día y hora de los hechos se encontraba en la Granja Villa apoyando a su hermana en los preparativos para la celebración de la fiesta de su sobrina. Empero, su hermana Paola Rita Caldas Rodríguez en su testifical de fojas trescientos sesenta y ocho precisó que el imputado estuvo desde las doce horas y treinta minutos de la mañana hasta las cinco horas de la tarde, y el ataque a la víctima ocurrió entre las diez horas y cincuenta minutos y las once horas y cincuenta minutos —acta de levantamiento de cadáver de fojas doscientos noventa y uno—, de suerte que muy bien pudo cometer el delito y encontrarse, posteriormente, en el cumpleaños que su sobrina. Además, existe sindicación directa de la testigo presencial"; el R. N. N.º 409-2018 del 25 de julio del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "la encausada Ríos Gómez ofreció prueba testifical para acreditar que el día de los hechos se encontraba trabajando en la ciudad de Lima [declaraciones de Lucila Jacqueline Chacanyo Barturen, Pilar Irrazabal Huauya y Sara Maryorie Álvarez Gómez [fojas tres mil doscientos treinta y dos, tres mil doscientos cincuenta y seis y tres mil trescientos veintitrés]. Empero, no existen coincidencias básicas —entre lo que expresó y lo que anotaron los testigos— en las fechas, en los momentos y en las tareas que se dijo desempeñaba. Ello importa concluir que la coartada de la imputada, respecto del robo del celular y del lugar donde se encontraba el día del robo, no ha sido probada"; el R. N. N.º 2304-2017 del 5 de setiembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo): "Del análisis de las declaraciones de los testigos de descargo —ofrecidos para sustentar su teoría de que no se encontraba en la ciudad de Huamanga al momento de los hechos— se desprende que

probatoria de la coartada, haya una acreditación suficiente de que el imputado, en el día y la hora de la comisión del delito, se encontraba en otro lugar.

La hipótesis alternativa debe acreditarse de manera razonable. La referencia a la última violación presenta prueba testifical de descargo que sostiene la versión alternativa del acusado, en el sentido de que ese día y a esa hora, cinco de marzo de dos mil seis, como a la una y treinta de la tarde, se encontraba con su hermano y varios amigos en una reunión, lo que hacía imposible la perpetración de los hechos tal como han sido narrados por el agraviado[1317]. Igual ocurre cuando el imputado demuestra con prueba testimonial fiable que en la fecha en que se señaló que se cometió el hecho por la supuesta agraviada se encontraba en otra ciudad[1318].

En sentido inverso, por ejemplo, debe desestimarse dicha hipótesis si es que no hay evidencias de los supuestos indicados en la pericia de parte que puedan explicar alternativamente las lesiones observadas en la menor agraviada, pues la pericia debe analizarse conjuntamente con las demás pruebas[1319]. De igual manera, se exige que la coartada del imputado cuente con una prueba consistente: "el día veintitrés de noviembre de dos mil catorce al momento de los hechos estuvo detenido en la carceleta judicial —según la papeleta de libertad de fojas trescientos ocho, fue

---

las primeras —amigas del procesado— no brindaron detalles sobre la actividad del procesado materia de la imputación, sino que se limitaron a referir que se encontraron con él el veintiséis de mayo de dos mil doce a las dieciocho horas con treinta minutos, aproximadamente, en las inmediaciones de un mercado de la ciudad de Huamanga, y que al preguntarle a dónde iba este les respondió que a la ciudad de Lima, por lo que se despidieron de él porque ellas se dirigían a la selva. Es decir, no pudieron asegurar que el procesado efectivamente hubiera realizado el viaje a Lima; además, la hora en la que lo vieron no descarta necesariamente su vinculación con la imputación, pues, conforme se desprende de la acusación fiscal, el agraviado se encontró con el imputado poco antes de las veinte horas, es decir, pudo encontrarse en el mercado a la hora que las testigos señalan y luego dirigirse a otro lugar".

1317 Véase, el R. N. N.º 3882-2009 del 3 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1318 Véase, el **R. N. N.º 2011-2009** del 17 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "Como coartada aduce que en el mes de julio de mil novecientos noventa y seis se encontraba en Chimbote con su esposa, en casa de su tía Eleodora Reyes Nery, donde se quedó dos meses e incluso la ayudó a construir un corral (instructiva de fojas treinta). En el acto oral guardó silencio (acta de fojas trescientos sesenta y tres). Apoyan la presencia del encausado en Chimbote los testigos Juana Valverde García su esposa: partida de matrimonio de —fojas sesenta y siete— (fojas treinta y ocho), Santos Eleuterio Rodríguez Reyes (fojas cuarenta y dos), Jimmy Ysidro Lorenzo Días (fojas cuarenta y tres), Santiago Cristiniano Reyes Nery (fojas cincuenta y cuatro)".

1319 Véase, el R. N. N.º 943-2013 del 15 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

liberado el citado día, pero a las trece con cuarenta horas, y los hechos ocurrieron a las diecisiete horas, de suerte que la coartada en mención no es definitiva—"[1320].

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[1321] o que efectivamente desempeñaba un determinado oficio —*v. gr.*, con una guía de cancelación de adquisición de frutas[1322], una boleta de pago, un contrato de trabajo, un correo electrónico, un mensaje de WhatsApp, etc.—). En algunos casos, la Corte Suprema de Justicia anuló un fallo absolutorio, entre otras razones, debido a que no se había probado la coartada del acusado[1323].

1320 Véase, el R. N. N.º 2757-2017 del 9 de abril del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1321 Véase, el **R. N. N.º 4656-2009** del 15 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Lecaros Cornejo): "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 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".

1322 Véase, el R. N. N.º 3158-2015 de 20 de julio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1323 Véase, el **R. N. N.º 4603-2009**, Caso: Sánchez Vega, de 15 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "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.º 4474-2006** de 15 de diciembre del 2006 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Valdez Roca): "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"; el **R. N. N.º 26-2006** del 11 de abril del 2006 de la Sala Penal Permanente.

Todo elemento de prueba en el que se base la coartada debe ser sujeto de una evaluación rigurosa por parte del juez. No creemos que la coartada sea una prueba crítica negativa[1324], sino un hecho negativo que afirma la inexistencia del hecho afirmado por la acusación.

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 tomen 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 con los documentos oficiales en los que se registra el ingreso (entrada) a otro país (que debe coincidir con la fecha de salida), el sellado del pasaporte, el recibo de la compra del boleto aéreo o del medio de transporte utilizado en el desplazamiento, comprobantes de 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[1325], el boleto y el manifiesto de pasajeros de una empresa de transportes en el que se viajó[1326]). En

1324 Así: Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 55.

1325 Véase: **R. N. N.º 2059-2009** de 20 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "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.

1326 Véase, el **R. N. N.º 3158-2015** de 20 de julio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "La coartada de Alcántara Gamboa parece sólida —su hermano la consolida [fojas quinientos trece], quien incluso fue absuelto de los cargos que también se le formuló—. En efecto, mencionó que viajó a Lima en un camión para vender fruta, lo que consta de la declaración jurada del chofer del camión de fojas doscientos trece y del documento de SEPESAC (Servicio de Pesaje SAC) de fojas noventa, en concordancia con la guía de cancelación de adquisición de frutas a su nombre de fojas noventa y uno; y que regresó a San Martín de Pangoa luego del crimen, lo que se evidencia de la información y documentación remitida por la empresa de Transportes Turismo Central de fojas ciento cuarenta y nueve, el manifiesto de pasajeros de fojas ciento cuarenta y siete y el boleto de fojas ciento cuarenta y ocho. Es verdad que el boleto de fojas ochenta y siete es diferente que el de fojas ciento cuarenta y ocho, pero toda la documentación ulterior es conteste entre sí, de modo que, visto en su conjunto, más son los motivos para afirmar este dato que para negarlo".

la acreditación de la coartada de viaje al extranjero se puede tomar como referencia el simple movimiento migratorio de salida de viaje.

Debe destacar que, por sí sola, la ausencia de movimiento migratorio (registro formal) no prueba técnicamente que la persona no haya realizado un determinado viaje y, con ello, que haya 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 no 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 —el crimen fue reconocido por el inculpado sobre la base del hallazgo de rastros de sangre encontrado en la escena del crimen y que se acreditó que le pertenecían luego de la realización de la prueba de ADN—, pese a que en los registros migratorios no figuraba que este sujeto hubiera ingresado al Perú por alguna de sus fronteras[1327].

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*[1328].

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 el elemento incriminante de una persona. Se afirma, con razón, que el

1327 Véase la sentencia dictada por la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima en el **Exp. N.º 517-2009** de fecha 12 de octubre del 2012 en donde se hace referencia al: "Oficio N.º 4460-2012-Mp-Fn-Ucjie (Aj 45-11) de la Unidad de Cooperación Internacional, obrante en el Tomo 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".

1328 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 230; De otra opinión: Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 50.

hecho que la coartada no haya podido ser probada no acredita, en verdad, nada[1329]. En todo caso, el **indicio de mala justificación surge de la coartada probada como falsa**[1330]. La Corte Suprema de Justicia señala que el indicio de mala justificación se presenta cuando el imputado recurre a coartadas falsas ante circunstancias notoriamente incriminatorias[1331]. Un indicio de mala justificación es el haber formulado una coartada falsa ante circunstancias que lo incriminan[1332].

En efecto, si la coartada, pese a los esfuerzos realizados, no se logra probar en el sentido de que no genera certeza, no se puede predicar su verdad ni su falsedad, la misma no puede servir, ni siquiera como indicio, para declarar la culpabilidad de una persona[1333]. Estamos ante un caso de **coartada fallida.**

La Corte Suprema de Justicia señaló que "una coartada no probada no establece, en sí misma, la probanza de los cargos atribuidos —de lo uno no sigue necesariamente lo otro—, solo evidencia que no se dijo la verdad"[1334]. Para que se acredite la responsabilidad penal, es necesario que concurra una prueba positiva sobre la realidad del delito y su vinculación con la persona imputada[1335].

1329 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 54.

1330 Véase, la Casación N.º 161-2010 del 16 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Villa Stein).

1331 Véase, el R. N. N.º 2046-2015 del 11 de abril del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo).

1332 Véase, el R. N. N.º 2406-2017 del 12 de febrero del 2018 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Neyra Flores).

1333 Cfr. Saponaro, *Dall'indizio alla prova indiziaria: Il rapporto tra probabilità e certezza*, cit., p. 123; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 55.

1334 Véase, el R. N. N.º 2399-2014 de 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1335 Véase, el **R. N. N.º 2399-2014** de 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro) en un delito de tráfico de drogas: "es claro que no existe prueba de que el imputado Hurtado de la Peña era uno de los conductores de esa camioneta el día trece de junio de dos mil diez. No está probado, asimismo, con qué persona exactamente pudo haberse vinculado para la entrega de la camioneta"; el **R. N. N.º 80-2016** de 12 de junio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "Es de aclarar que lo decisivo para la condena son las sindicaciones, coincidentes entre sí, de los testigos presenciales, no la falsedad de las coartadas y la conducta delictiva anterior del imputado; pero, probado lo primero, los dos datos últimos refuerzan la conclusión incriminatoria", y que "constan las incriminaciones precisas de cuatro testigos presenciales y reconocimientos físicos puntuales. Ante estos señalamientos, que son coherentes y provienen de personas que no tienen motivos para atribuir al reo un cargo gratuito, no es posible aceptar la coartada del imputado, quien desde una perspectiva complementaria tiene antecedentes —indicio de capacidad moral—".

La máxima instancia de la justicia ordinaria peruana sostuvo "que un escenario de respuestas contradictorias, inverosímiles o no acreditadas de los imputados, no constituye, en sí mismo, un indicio de responsabilidad. Esta conclusión tiene respaldo constitucional, desde el derecho fundamental a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. El papel del indicio de coartada falsa o inverosímil del acusado es restringido, pues solo debe limitarse a robustecer indirectamente el valor epistemológico de los indicios incriminatorios previamente acreditados, y no es posible conferirle mérito probatorio autónomo. La actitud mendaz del imputado, con incidencia en su situación jurídica, tiene carácter contingente y limitado, y no se erige, automáticamente, como un indicio inequívoco de responsabilidad, si es que, *ex ante*, no convergen otras pruebas sólidas que lo avalen. Otorgarle validez a un escenario contrario, esto es, compeler a los imputados a declarar con la verdad en todo momento, simplemente, no tiene asidero alguno en la realidad y escapa de las facultades probatorias del juzgador"[1336].

13. La duda acerca de la veracidad de la coartada (que podía generarse por la presentación de una simple declaración jurada[1337], de recibos y pagos en copias simples, un 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.

Aquí se parte, como toda regla referida a la carga de la prueba, de que quien afirma un hecho tiene el deber de demostrarlo[1338] y que, por ello, la coartada debe

1336 Véase, el R. N. N.º 697-2018 de 24 de agosto del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Chávez Mella).

1337 Véase, el **R. N. N.º 4182-2009** de 24 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo). En este caso de robo agravado en la modalidad de subsecuente muerte, la Corte 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.

1338 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

ser acreditada de manera directa por quien la invoca[1339]. La Corte Suprema de Justicia ha destacado que, si bien la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, también es pertinente resaltar que cuando el procesado introduce una tesis defensiva contraria a la incriminatoria, ello no es óbice para que la defensa de este acredite su versión de los hechos[1340]. Sin embargo, parece justo y equitativo que, 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 los aportes de la acusación o defensa, para crear así las bases racionales para su decisión[1341]. 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; 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[1342]. 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.

Un caso en el que se requiere el despliegue de una prueba de oficio por el tribunal es cuando, por ejemplo, la defensa presenta la declaración jurada de una persona

---

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, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., pp. 255 y 256, quien sostiene que "atribuir, en el proceso, la victoria a quien ha alegado un hecho sin demostrarlo parece un privilegio carente de justificación".

1339 Véase, el **R. N. N.º 3583-2009** de 10 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "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.º 4840-2009** de 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro); el **R. N. N.º 4182-2009** de 24 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo). No obstante, en la doctrina y en la jurisprudencia comparada hay quienes consideran (véase: Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., 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".

1340 Véase, el R. N. N.º 1799-2016 del 11 de septiembre del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

1341 Cfr. Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 106.

1342 Cfr. Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 3.

que avala las afirmaciones y la tesis defensiva del imputado de que estuvo en otro lugar la hora o el día del suceso que se le atribuye. El tribunal, más que rechazar la presentación de la declaración jurada, ya sea inadmitiéndola o privándola de eficacia probatoria, debe ordenar la concurrencia de quienes firman la declaración jurada en calidad de testigos, a fin de que sean interrogados por las partes, y así corroborar la versión del imputado. No es correcto desechar sin más una hipótesis alternativa (*v. gr.*, la coartada) por el simple hecho de presentar una declaración jurada[1343]. Frente a la precariedad de la prueba ofrecida, el órgano jurisdiccional debe acudir a la prueba de oficio, y esforzarse en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de este hecho impeditivo que beneficia la posición defensiva de una persona.

Si una persona señala que el día de los hechos se encontraba trabajando fuera de la ciudad de manera informal (*v. gr.*, si no se encontraba en planilla) en una empresa determinada, el tribunal debe verificar la realidad o falsedad de este hecho[1344].

1343 La Corte Suprema de Justicia ha sostenido la posición de 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.*, la declaración jurada); véase el **R. N. N.º 4182-2009** de 24 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo): "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"; el **R. N. N.º 4840-2009** de 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "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". En alguna ocasión, la Corte Suprema, para validar la consistencia de la coartada, ha permitido la presentación de una declaración jurada, dentro de un acervo probatorio más amplio; Véase, el **R. N. N.º 3158-2015** de 20 de julio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro) en donde un hermano "mencionó que viajó a Lima en un camión para vender fruta, lo que consta de la declaración jurada del chofer del camión de fojas doscientos trece".

1344 Véase, el **R. N. N.º 1759-2009** de 16 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "si se tiene en cuenta la huida del imputado, quien no ha podido justificar su ausencia —su coartada de que trabajó en Tarma en la empresa Cemento Andino pero que no estaba en planillas ostensiblemente carece de credibilidad, vista la dimensión y formalidad de esa empresa—".

Si pese a la actividad probatoria *ex officio* promovida por el tribunal hay incertidumbre y persiste la duda, dicha situación no debe perjudicar al imputado, sino, al contrario, lo debe beneficiar, por lo que, ante la duda razonable, se ha de proceder a dictar una sentencia absolutoria[1345].

14. En el proceso penal la responsabilidad penal del imputado se acredita probando la realización de todos y cada uno de los elementos de injusto penal y culpable; así como refutando la hipótesis alternativa planteada por el imputado o su defensa.

Es necesario que haya una **prueba positiva** de la culpabilidad del imputado, sea que se trate de prueba directa o de una prueba por indicios. No basta de ninguna forma que haya una prueba negativa; es decir, que solo se determine que la hipótesis planteada por la defensa es falsa o que la misma no se puede demostrar.

Se debe diferenciar la refutación 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[1346]. La coartada falsa 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[1347]. Pero hay algo más: si

1345 Véase, el **R. N. N.º 2399-2014** de 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "Desde otra perspectiva, no cabe duda que una de las conclusiones posibles —hecho indicado— es que el citado imputado estaría vinculado a la droga decomisada, en tanto que la camioneta que tenía bajo su poder fue utilizada para el traslado de la misma. No obstante ello, también es plausible, frente a la ausencia de más datos indiciarios convergentes y concluyentes, la ajenidad alegada. Las deficiencias administrativas del sistema policial de denuncias virtuales, recién instaurado, no pueden excluirse, y las gestiones del imputado para conseguir la copia de la denuncia no merecen desestimarse de plano —un sistema nuevo, recién implementado, requiere de un período de ajuste, de aprendizaje y de personal capacitado—. El perfil del citado Hurtado de la Peña, médico de profesión —dedicado a la medicina alternativa—, no calza con una dedicación al tráfico de drogas: no existe prueba de actividades al margen de la ley, vinculaciones con personas vinculadas al mundo de las drogas o algún tipo de relación financiera, profesional o laboral que sugiera una inserción delictiva".

1346 Cfr. Saponaro, *Dall'indizio alla prova indiziaria: Il rapporto tra probabilità e certezza*, cit., p. 123; Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 49.

1347 Cfr. Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 49: "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,

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 otorgara las 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 deben concurrir 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[1348].

El fracaso de una coartada, una mala justificación no puede ser considerado por sí mismo como prueba suficiente de la autoría o participación en un hecho delictivo[1349]. Si el imputado incurre en mentiras cuando presta su declaración dicho comportamiento, no debe ser entendido esto, de manera inequívoca, como indicio de culpabilidad, pues, tal como señala Roxin, "no es extraño que un inocente tenga la expectativa de poder mejorar su situación a través de mentiras"[1350]. Normalmente se requiere la presencia convergente de una serie de indicadores, los cuales deben ser consistentes, fiables y portadores de un sentido unívoco para generar una decisión racional en el juez.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el hecho de que "un encausado mienta para excluir toda sospecha en su contra no es un indicio necesario o, mejor dicho, grave y suficiente de que, en efecto, cometió el delito imputado —el indicio de mala justificación siempre es de carácter contingente—. La mentira sería, en todo caso, un suceso verosímil, pero no lo suficientemente cierto como para erigirse en indicio base de una inferencia probatoria categórica, la cual requiere de datos adicionales, sobre una concreta intervención delictiva. La regla fundamental es que corresponde a la Fiscalía probar los elementos constitutivos del delito. La mentira de una coartada en modo alguno permite inferir que ineludiblemente el acusado

---

ante la falta de una hipótesis explicativa alternativa por parte del acusado, en términos de razonabilidad suficiente para generar una duda en el juzgador".

1348 Por ejemplo, el **R. N. N.º 2848-2009** de 9 de septiembre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "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.º 4840-2009 de 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1349 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 45/48, p. 569.

1350 Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 104.

cometió el delito —para una condena no es del caso probar necesariamente lo negativo, sino puntualmente lo positivo: que el reo delinquió, no que mintió—"[1351]. El indicio de falsa justificación —dato que no necesariamente es sólido por el solo hecho de no dar una explicación satisfactoria a juicio del analista: una explicación no satisfactoria no equivale necesariamente a una explicación falsa, una explicación con lagunas argumentativas no es siempre y en todo caso una afirmación espuria, si es que no se han incorporado datos sólidamente probados que desmientan concretos pasajes de la versión proporcionada—[1352]. La Corte Suprema remarca, en la evaluación de un caso, frente a la versión de los testigos que afirmaron que el procesado fue visto en la ciudad en que se cometieron los hechos —lo que contradice su tesis defensiva respecto a que se encontraba en otra localidad—, que **ella es manifiestamente insuficiente** si no se apareja prueba de cargo válida, en tanto el imputado puede haber dado una ubicación falsa al lugar de los hechos, como estrategia de defensa para evitar ser comprometido y alejarse de la imputación. En cualquier caso, ello solo puede constituir un indicio de mala justificación, absolutamente lejano y contingente, circundante al objeto principal de incriminación[1353].

Asimismo, se distingue el hecho de que la coartada no logre probarse (*v. gr.*, cuando solo se la invocó, pero no se desplegó actividad probatoria alguna, o cuando el desarrollo de la actividad probatoria no fue suficiente) del hecho en el que se demuestra la falsedad de la coartada[1354]. La falsedad de 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. Se distingue entre la coartada fallida, irrelevante para el juicio de culpabilidad[1355], y la coartada falsa, que es probatoriamente relevante para establecer la credibilidad del imputado[1356]. Sobre este último aspecto se alzan voces que desde la perspectiva constitucional plantean la necesidad de interpretar la coartada falsa como una manifestación del derecho de defenderse mintiendo dentro de un esquema de una estrategia tolerada social y jurídicamente. Se parte por estimar que el imputado cuenta con el derecho de

1351 Véase, el R. N. N.º 152-2015 del 21 de febrero del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro); el R. N. N.º 2671-2015 del 16 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana).

1352 Véase, el R. N. N.º 264-2010 del 3 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

1353 Véase, el R. N. N.º 1859-2014 del 29 de septiembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

1354 Véase, el R. N. N.º 1966-2009 de 17 de mayo del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Lecaros Cornejo).

1355 Cfr. Catalano, *La prova indiziaria*, cit., p. 79.

1356 Cfr. Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 610.

negar el suceso que se le atribuye y, de ser el caso, mentir, y de esta manera evitar autoincriminarse. Con todo, hay quienes plantean la conveniencia de realizar una operación de ponderación entre los intereses constitucionales en conflicto: el derecho de perseguir el delito y el derecho de defensa[1357].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "una coartada no probada no establece, en sí misma, la probanza de los cargos atribuidos —de lo uno no sigue necesariamente lo otro—, solo evidencia que no se dijo la verdad"[1358].

La acreditación de la coartada como falsa no supone jurídicamente, ni desde el punto de vista lógico ni jurídico, la acreditación de la culpabilidad del interviniente en el hecho (como 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"[1359]. 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 puede sustentarse, para ser considerada como corroboración objetiva, solo en que, contra la posible coartada de viaje al extranjero del imputado, la tesis de defensa se vea 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[1360], ya que deben existir otros medios 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

1357 Véase, Catalano, *La prova indiziaria*, cit., p. 80.

1358 Véase, el R. N. N.º 2399-2014 del 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1359 Véase, el R. N. N.º 3883-2009 de 2 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1360 En detalle, el **R. N. N.º 3883-2009** de 2 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "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".

debido a que se demostró que mentía[1361]. 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 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[1362]. 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[1363].

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[1364]; en todos los casos, el desechamiento de la coartada como hipótesis alternativa lo único que acredita es la existencia de un indicio de cargo, pero no prueba que una persona haya cometido el hecho delictivo. Estamos frente al caso de la denominada "coartada fallida"[1365], llamada también "coartada fracasada" o del "caso semejante", en el que la misma resulta manifiestamente inverosímil y poco creíble[1366].

1361 Cfr. Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 197: "La prueba de la falsedad de la coartada únicamente permite inferir que su autor no realizó lo que efectivamente alega (si sostiene que estaba en otro lugar se puede confirmar que no fue cierto; si mantiene que compró las joyas a X que no fue así), pero, en ningún caso, cabe afirmar directamente, por una operación mental sin elementos interpuestos que el imputado, negativamente, fue partícipe en los hechos positivos. Para que ello fuera así siempre sería necesario un indicio positivo que confirmara el hecho principal sin que, por la misma razón, la coartada falsa sea susceptible de confirmar ni de negar la veracidad de los hechos positivos por su completa ajenidad respecto de ellos".

1362 Cfr. Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., 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".

1363 Véase, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., 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).

1364 Cfr. Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 197.

1365 Véase, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 54; Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 48.

1366 Al respecto, Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 48.

Tampoco es válido aplicar un procedimiento de eliminación como el siguiente: si se demuestra que la hipótesis X es falsa, que la hipótesis Y no está probada o que la hipótesis Z es escasamente verosímil, entonces lo único que queda es que el imputado sea culpable.

15. 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 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, y también debe probarse un posible hecho incompatible[1367], 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 hipótesis alternativa (*v. gr.*, 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, pues 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 de 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"[1368] (fundamento décimo sexto punto seis). Más allá de lo cuestionable que puede ser refutar una coartada basada en la 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 que 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 (el distrito de Miraflores de la ciudad de Lima), sino fuera del país. Si

1367 Al respecto, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 254 y ss.

1368 Véase, el R. N. N.º 1882-2006 de 6 de agosto del 2007 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo).

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 de 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 "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[1369].

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 verdadero en el sentido de que se corresponda con la realidad, y si los hechos descritos en el documento se produjeron realmente.

V. LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA Y LA PRUEBA CONTRARIA

16. Dentro de los mecanismos y procedimientos que permiten establecer en el proceso penal las condiciones de posibilidad de refutación, se encuentra la facultad de proponer prueba contraria que busca acreditar una hipótesis fáctica alternativa a la propuesta, por ejemplo, por la acusación y la facultad de proponer prueba sobre la prueba, llamada también "prueba de segundo orden". En el primer caso, lo que se pretende es demostrar un determinado enunciado fáctico, el cual es distinto y alternativo al propuesto por una de las partes (la acusación); en el segundo caso,

1369 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 6 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.º 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".

estamos ante el ofrecimiento de prueba que pretende enervar la credibilidad de otra prueba y, de esta manera, incidir de manera negativa e indirecta en la acreditación de un hecho.

La proposición de las pruebas contrarias busca la falsación de una determinada hipótesis o la corroboración de una hipótesis alternativa incompatible con una de las hipótesis planteadas, *v. gr.*, mediante el planteamiento de una coartada o el peritaje sobre la autenticidad de un documento. La prueba sobre las pruebas actúa e incide directamente sobre el nivel de credibilidad de otras pruebas y no busca influir de manera directa en la acreditación de los hechos[1370], *v. gr.*, el ofrecimiento de dos testigos que acreditan la rivalidad y odio personal de un testigo de cargo y el imputado, o el peritaje psicológico sobre determinados testigos.

No es necesario ni imprescindible exigir que haya un determinado número de contrapruebas que refuten las pruebas aportadas por una de las partes, así como tampoco se requiere una determinada clase de pruebas que sustenten la refutación. El problema se centra aquí más en el peso de la prueba que refuta que en el número o la clase de las llamadas "contrapruebas". En ocasiones, basta una sola prueba para refutar la hipótesis acusatoria, para desbaratarla, tal como ocurre con una coartada cierta[1371].

Tanto la proposición de las pruebas contrarias como la de las pruebas de segundo orden están sometidas a las reglas y principios que rigen la actividad probatoria, del mismo modo que a la oportunidad de su actuación[1372].

La evaluación de los indicios suficientes, así como de los hechos que los sustentan, debe ser imparcial y objetiva. No solo deben tomarse en cuenta la hipótesis acusatoria y los indicios (o elementos) de juicio de cargo, sino también las hipótesis y los indicios de descargo que acreditan la ajenidad del imputado respecto a los hechos que se le atribuyen o que simplemente hablan de su inocencia.

VI. LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL

17. Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra de manera expresa y unívoca una norma que obligue a refutar motivando la hipótesis alternativa,

1370 Véase, Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 89.

1371 Cfr. Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 284: "una sola contraprueba eficaz basta para desvirtuar una hipótesis: si la coartada es verdadera la hipótesis es falsa"

1372 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 89.

la prueba contraria[1373] o la prueba de segundo orden, una interpretación teleológica y sistemática de las normas vigentes apunta a que en toda resolución judicial no solo se deben motivar las pruebas justificatorias de la decisión, sino también las hipótesis alternativas y las pruebas que marquen una resistencia o una oposición al criterio asumido[1374]. 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 una hipótesis a través de afirmaciones por las que finalmente se consagra la verdad judicial. Se reclama, en este ámbito, el despliegue de una serie razones que permitan refutar o desechar hipótesis alternativas distintas, sustentadas en pruebas. Tan importante en una actividad argumentativa racional es afirmar algo como refutar o demostrar la escasa relevancia de la hipótesis adversa y la prueba contraria que la sustenta[1375]. 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 o al control de la no refutación, con el fin de garantizar su credibilidad[1376], queda 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 reducida. Desde el punto de vista epistemológico, tan importante como la ponderación de las pruebas favorables o que consolidan una determinada hipótesis, es necesario tomar en cuenta, analizar y refutar de manera

1373 El artículo 394, inc. 3 del CPP, prescribe lo siguiente: "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.

1374 Cfr. Calò, Luciano, *Il contraddittorio scientifico*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 11.

1375 Cfr. Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, p. 115; Igartúa Salaverría, Juan, *La motivación de las sentencias. Imperativo constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 54: "a la acusación le corresponde probar que los hechos sucedieron así o asa, 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".

1376 Cfr. González Lagier, *Inferencia probatoria,* cit., p. 88; Igartúa Salaverría, *La motivación de las sentencias. Imperativo constitucional*, cit., p. 55.

expresa y fundamentada los elementos de prueba contrarios. Dicha labor permite lo siguiente: i) mostrar la capacidad de resistencia de la hipótesis, su nivel de credibilidad y consistencia; ii) analizar no solo las razones positivas, sino también las razones negativas que rodean a una postura.

La exigencia de la evaluación de todas las pruebas actuadas en juicio no solo implica que se pondere y analicen aquellas pruebas que están en condiciones de justificar la decisión, sino que también exige la evaluación de aquellas pruebas que no coincidan o no ayuden a reconstruir los hechos que se pretende justificar, en la cual debe señalarse las razones por las que no se les asigna eficacia o, teniéndola, esta 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"[1377]. 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[1378].

En tercer lugar, el ejercicio amplio y efectivo del derecho a la 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 le autoriza a ignorarlas por completo en la motivación[1379]. 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 quién salió vencedor en la contienda procesal, sino más bien que debe analizarse todo el tejido probatorio al margen de quién propuso las pruebas. La evaluación de toda la prueba producida se refiere a toda la prueba actuada y ofrecida por las partes reconocidas formalmente 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 analizarse todo el material probatorio que sostiene su posición, tal como reclama el alcance genuino del 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 de reconocerle un determinado peso dentro del esquema probatorio, el cual se deberá desarrollar en la etapa de la evaluación racional de la prueba.

1377 Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 420.

1378 Por todos, Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., pp. 422 y ss.

1379 Cfr. Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, p. 122.

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 resolución judicial dicha función endoprocesal encuentra su mayor valor y sentido en los casos en que existe una parte vencida o cuya 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**"[1380]. 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 o que, sencillamente, le favorecen[1381]. 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[1382]. 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 también 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 acerca de 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 una de estas ofrecen para sostener

1380 IGARTUA SALAVERRÍA, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, p. 119.

1381 Cfr. IACOVIELLO, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 267: "el juez no puede limitarse a elegir una hipótesis reconstructiva del hecho y a enunciar las pruebas que la confirman. También debe indicar los motivos que le han llevado a excluir las hipótesis antagonistas y a considerar inatendibles las pruebas contrarias aducidas"; luego señala que "la estructura de la motivación asume un carácter binario, en el sentido de que debe dar cuenta del conflicto dialéctico de las partes procesales", y finalmente que "una motivación que solo tuviera en cuenta las pruebas y no las contrapruebas, solo la hipótesis y no también las contrahipótesis, podría ciertamente construir un discurso coherente y no estaría, por tanto, afectada de manifiesta falta de lógica. Pero perdería la estructura dialógica, legalmente impuesta".

1382 Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, 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".

sus pretensiones[1383]. 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 evaluar 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 del valor que se le asigna a la hipótesis alternativa y 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 evaluación que se le asigna a la prueba de cargo[1384].

VII. LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA Y LA JURISPRUDENCIA

A. La hipótesis alternativa y la jurisprudencia de la Corte IDH

18. La Corte IDH destaca que la carga de la prueba se sustenta en que es el órgano del Estado quien tiene el deber de probar la hipótesis de la acusación y la responsabilidad penal, por lo que no existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni de aportar pruebas de descargo. Es decir, la posibilidad de aportar contraprueba es un derecho de la defensa para invalidar la hipótesis acusatoria, contradiciéndola mediante contrapruebas o pruebas de descargo compatibles con hipótesis alternativas (contra-hipótesis) que, **a su vez, la acusación tiene la carga de invalidar**[1385].

La Corte IDH ha señalado que el proceso penal, en tanto respuesta investigativa y judicial del Estado, debe constituir un medio adecuado para permitir una búsqueda genuina de la verdad de lo sucedido mediante una evaluación adecuada de las hipótesis consideradas sobre el modo y circunstancias del delito[1386]. La búsqueda genuina de la verdad solo se logra cuando se investigan, analizan y descartan las diversas hipótesis de cómo efectivamente ocurrió el hecho delictivo, entre las que

1383 Cfr. Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, p. 122: "El juez es un tercero en la medida que hay un primero [p. e. 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 ésta con las contrapruebas de la otra parte".

1384 Véase, Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 201.

1385 Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 140.

1386 García Ibarra y otros c. Ecuador, 17 de noviembre de 2015, párr. 152.

se cuentan las hipótesis defensivas promovidas al interior de la investigación y el proceso penal. Dicha búsqueda de la verdad no puede ser una búsqueda unilateral, faccionada, parcial y en la que solo se tomen en cuenta los intereses estatales, *v. gr.*, la hipótesis del Ministerio Público. También se debe dar respuesta a la hipótesis planteada por la defensa del imputado o a aquella hipótesis que fluya de los hechos y de las pruebas actuadas.

Al respecto, en la solución de un caso concreto, la Corte IDH estableció que el órgano jurisdiccional debía "valorar racional y objetivamente las pruebas de cargo y descargo, pero también las pruebas de oficio, así como desvirtuar las hipótesis de inocencia que surgiera a partir de estas, a fin de determinar la responsabilidad penal"[1387]. Tomando en cuenta la declaración de un experto, la Corte IDH razonó que "no basta con una enumeración de la prueba para fundar válidamente una condena, es necesario que el tribunal evalúe las pruebas, establezca el peso de cada una, y las compare con la prueba de descargo; debe haber un análisis, una evaluación de la prueba de cargo y de descargo"[1388]. Por ello, la Corte "constató que en la sentencia condenatoria emitida por la Quinta Sala Penal se enunciaron pruebas de oficio y de descargo que supuestamente podrían favorecer al inculpado, o bien podrían generar duda respecto a su responsabilidad penal, las cuales no se desprenden haber sido analizadas para confirmar o desvirtuar la hipótesis acusatoria. Tampoco se habrían confrontado las pruebas de cargo con otros elementos para ensayar las hipótesis posibles y desvirtuar la presunción de inocencia"[1389].

B. La hipótesis alternativa y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú

19. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha señalado como garantía de la presunción de inocencia al momento de dictar una sentencia condenatoria que "no consten explicaciones alternativas plausibles —una explicación inverosímil no pone en crisis la solidez de las pruebas de cargo, una plausible con base en los materiales recogidos sí lo hace: generan una situación de incertidumbre—"[1390]; o que no exista una hipótesis alternativa al curso causal de los acontecimientos, sustentada en otros medios probatorios, que conlleve a una conclusión diferente[1391].

1387 Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 142.

1388 Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 143.

1389 Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 143.

1390 Véase, el R. N. N.º 2868-2014 del 27 de diciembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: San Martín Castro).

1391 Véase, el R. N. N.º 185-2018 del 30 de abril del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Príncipe Trujillo).

Se enerva la presunción de inocencia cuando "existe una conexión racional, precisa y directa, por ser esta última una inferencia categórica deducida de la sucesión de los hechos declarados probados, y no hay una hipótesis alternativa al curso causal de los acontecimientos que posibilite decantar en una conclusión diferente, por lo que se ha logrado enervar la presunción de inocencia del acusado y se ha acreditado su responsabilidad penal"[1392].

No se pueden trazar hipótesis o causalidades hipotéticas, sin sustento fáctico ni experimental, para restar fuerza a una clara conclusión pericial[1393].

También destaca que la "existencia de otra explicación razonable de los hechos, derivada de los mismos elementos de prueba actuados en el proceso y alternativa a la hipótesis de la acusación fiscal, impide condenar al acusado"[1394] y que la versión exculpatoria sostenida por el recurrente, desde la etapa preliminar hasta el juicio oral, no fue desvirtuada por el representante del Ministerio Público, pues este no logró probar su acusación con prueba objetiva que enerve la presunción de inocencia que constitucionalmente le es inherente[1395].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "el grado de corroboración de una determinada hipótesis, que supere la presunción de inocencia del imputado, será determinada por el estándar establecido en el proceso penal, esto es, más allá de toda duda razonable; sin embargo, no se debe dejar de precisar que ello no implica dejar la decisión penal al mero subjetivismo, la simple creencia del juez de que existe duda; por el contrario, la superación de dicho estándar debe quedar plasmado de manera a través de la motivación y justificación de dicha decisión; en consecuencia, para considerarse probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: a) la hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas; b) deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado"[1396].

1392 Véase, el R. N. N.º 482-2018 del 3 de octubre del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Chávez Mella).

1393 Véase, la Casación N.º 1179-2017 del 10 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1394 Véase, el R. N. N.º 2863-2017 del 19 de junio del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Sequeiros Vargas).

1395 Véase, el R. N. N.º 2236-2018 del 17 de octubre del 2019 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

1396 Véase, el **R. N. N.º 894-2015 Lima Norte** del 23 de febrero del 2017 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Sánchez Espinoza): "de lo expuesto se determina que la hipótesis de la acusación no llega a explicar todos los datos disponibles, como es que el vehículo Station

Se ha resaltado que "en el proceso jurisdiccional es imperativo determinar el grado de probabilidad suficiente para dar por probada una hipótesis fáctica. En delitos graves conminados con penas privativas de libertad de larga duración el estándar de prueba a los efectos de un fallo de condena que derrote la presunción de inocencia es bastante elevado, más aún si como en el presente caso se tiene, desde la cadena instigadores, cursos causales contradictorios a partir de fallos anteriores y de lo que en esta causa se pretende demostrar por la parte acusadora. Es posible decir que sobre la acusación pesa la carga de la prueba más allá de duda razonable [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del seis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, caso Barbera, Messegué y Jabardo versus España]. Tal referencia, empero, ahora se cuestiona desde que hace falta un criterio de razonabilidad de la duda vista su vaguedad extrema. Parece sostenible asumir la propuesta de Ferrer Beltrán [*La valoración racional de la prueba.* Editorial Marcial Pons, Madrid, dos mil siete, páginas ciento cuarenta y siete a ciento cuarenta nueve]. Así: (i) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas —se ha de aplicar correctamente la metodología de contrastación de hipótesis—. (ii) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles —no las implausibles ni las incompatibles con los datos del caso o material probatorio del proceso— explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc* —por ejemplo, hipótesis del complot contra el acusado, que no es empíricamente

---

Wagon de placa de rodaje TIB-364 no se encontraba en posesión del acusado en la fecha de la supuesta comisión del delito, tal y como se evidencia en los documentos ya detallados; tampoco la pericia dactiloscópica detalla que las huellas encontradas en el lugar de los hechos sean compatibles con las huellas dactilares de los acusados. Tampoco se ha refutado objetivamente lo señalado por el acusado Wualter García Huamaní, quien admite tener un tatuaje en la pierna izquierda, pero precisa que este se lo hizo después de la fecha de la supuesta comisión del delito, lo que ha sustentado con documentos. Respecto a Miguel Ángel Ventura Trujillo no se encontraron patrones faciales que guarden similitud entre las muestras de la imagen capturada en los videos que corresponden al día en que supuestamente se cometió el ilícito. Asimismo, si bien algunos datos son compatibles con la hipótesis del Ministerio Público, también lo son con lo sustentado por los acusados, que no permite sostener que se haya refutado las hipótesis plausibles que explican los mismos datos que son compatibles con la inocencia de los acusados; por ello, no se ha superado el estándar de prueba más allá de toda duda razonable"; el **R. N. N.º 518-2015** del 21 de febrero del 2017 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Sánchez Espinoza) con cita de Jordi Ferrer señala lo siguiente: "de lo expuesto se evidencia que la hipótesis del Ministerio Público fue capaz de explicar cada uno de los datos disponibles en el proceso, además de ser coherentes entre sí y reforzarse mutuamente; refutó además la hipótesis planteada por los acusados de que la droga y el arma de fuego hallada en su domicilio no les pertenece y que no se dedican a la comercialización de droga, al no encontrarse explicación compatible alguna de los datos con su inocencia. Se superó de ese modo el estándar probatorio de más allá de toda duda razonable, el mismo que permite sustentar la derrotabilidad de la presunción de inocencia de los acusados".

contrastable, pues una hipótesis sea sometida a corroboración se requiere que se puedan formular predicciones contrastables a partir de ella—"[1397].

La máxima instancia de la justicia ordinaria destaca lo siguiente:

> El estándar de prueba que excluye la duda y fija un alto nivel de acreditación de la culpabilidad desde el material probatorio disponible, al punto, como sostiene Ferrer, de permitir descartar la hipótesis defensiva y consolidar, con exclusión de aquella la hipótesis acusatoria —la hipótesis que se considere probada debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación— [Ferrer Beltrán, Jordi: *Prueba sin convicción*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 209]"[1398], y que "el grado de corroboración de los enunciados fácticos propuestos por la acusación, el umbral de suficiencia probatoria, desde una concepción racional de la prueba —en términos de Jordi Ferrer Beltrán—, es de tal magnitud que consolida la hipótesis acusatoria y descarta la hipótesis defensiva; el material probatorio examinado es capaz de explicar los datos disponibles e integrarlos de forma coherente y, además, desecha la hipótesis alternativa de la defensa desde que las pruebas de su posición procesal no le otorgan grado sólido de confirmación [*Prueba sin convicción*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 209]"[1399].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la presunción constitucionalmente garantizada exige que se verifiquen dos exclusiones[1400]:

> **La primera**[,] que la sentencia condenatoria —única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia— no parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público. (...) **La segunda**[,] la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.

1397 Véase, el R. N. N.º 2966-2012 del 21 de noviembre del 2013 emitido por la Sala Penal Transitoria (Voto discordante de señores San Martín Castro y Rodríguez Tineo).

1398 Véase, la Casación N.º 1897-2019 La Libertad del 25 de agosto del 2021, fundamento sexto de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1399 Véase, la Casación N.º 1897-2019 La Libertad del 25 de agosto del 2021, fundamento decimocuarto de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1400 Véase, el R. N. N.º 1062-2016 del 3 de agosto del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria.

> Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables[1401].

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú se pueden encontrar algunos casos de desarrollo de la regla de consistencia y eficacia de la hipótesis alternativa de los hechos.

Por ejemplo, en un caso en el que se imputaba a un funcionario el delito de **exacción ilegal** (artículo 383 del CP) por el cobro indebido de viáticos, se precisó en un primer momento que, al ser comparados con las tarjetas de control de asistencia, memorandos de viaje oficial, planillas de pago, remuneraciones y racionamiento, se estableció que nunca salió de comisiones y que laboró en forma normal. Sin embargo, el funcionario adujo que sí se había ausentado de su lugar de trabajo para asistir a una serie de actividades y presentó diversos certificados de comisión de servicios coetáneos a las fechas en que habría laborado en la sede de la institución. Esas constancias no fueron cuestionadas —impugnadas o tachadas— por el acusador público ni, en su caso, por la Procuraduría Pública. La Corte Suprema estimó que "la prueba documental de descargo, en todo caso, permite dudar de la solidez de la acusación, pues no comprende el análisis de dichos documentos, que no han sido formal y materialmente desestimados por carecer de eficacia procesal"[1402]. Asimismo, hizo notar que "la Fiscalía no requirió, como era su carga procesal, que la referida documentación sea analizada por la Administración y determine que no tenía entidad para justificar los montos cobrados por viáticos. Tampoco probó que la firma consignada en las tarjetas de control corresponda a la del imputado, quien negó haberlo hecho, a fin de afirmar con solidez la fuerza probatoria de dichas tarjetas y a su vez, del acta de compromiso antes aludida"[1403].

Finalmente, razonó que "corresponde a la Fiscalía desplegar una actividad probatoria de cargo que enerve la presunción constitucional de inocencia de todo imputado. Si se presenta prueba documental de descargo —no consta de autos que en sede administrativa se requirió al encausado información al respecto y que se haya valorado los documentos de descargo— y si se niega la firma en las tarjetas de

1401 Tribunal Supremo de España, Sentencia N.º 1353/2009, Sala 2da, de lo Penal, 30 de diciembre de 2009; Ponente: Luciano Varela Castro; F.J. séptimo (2).

1402 Véase, el R. N. N.º 3744-2013 del 5 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1403 Véase, el R. N. N.º 3744-2013 del 5 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

control, base del Informe de fojas treinta y cinco, corresponde al Ministerio Público, en atención a lo anteriormente expuesto, enervar esa negativa y el valor de la prueba documental —descartándolas del acervo probatorio válido—, pues de lo contrario no queda otra opción al Juzgador que estimar la presencia de una duda razonable, dado que a la prueba de cargo se enfrenta a la de descargo, y sobre la eficacia de la prueba documental no existe dato demostrativo sólido que pueda restarle mérito probatorio"[1404]. En este caso, se estimó que la refutación de la hipótesis defensiva y de la prueba que la avala corresponden al Ministerio Público.

En otro caso, la Corte Suprema conoció una condena de parricidio en la que se imputaba a una mujer (esposa de la víctima) haberlo matado contando para ello con la sindicación de un presidiario, quien dijo "haber sido testigo del entierro del agraviado en un lugar cercano dentro de la propiedad de la acusada", luego de su declaración se "realizó la diligencia de excavación en el punto de referencia brindado por Huaylla Chahua, donde se encontró una fosa primaria y restos óseos de un individuo de sexo masculino, que a simple vista se observó fractura de cráneo irregular de lado izquierdo y diversos traumatismos". Finalmente, el protocolo de exhumación concluyó que los restos óseos, según el análisis comparativo de odontograma, pertenecían al agraviado, quien falleció de traumatismo encéfalo craneano grave ocasionado por agente contundente duro y pesado. Dichas conclusiones fueron confirmadas por el protocolo de necropsia realizado por el equipo forense especializado y por el informe antropológico forense y odontológico realizado por el Instituto de Medicina Legal, los cuales corroboran las conclusiones[1405].

Sin embargo, también se ordenó la realización de la prueba de ácido desoxirribonucleico (ADN), que se efectuó en los restos óseos hallados en el terreno de propiedad de la acusada. La diligencia de toma de muestras fue de carácter judicial, en la cual intervinieron la fiscalía y las partes, se realizó en la Oficina de la División Médico Legal de Abancay y se obtuvieron muestras tanto de la sangre de los padres del agraviado como de los restos que se encontraban en una caja lacrada, concretamente del fémur derecho del occiso —los dos tercios superiores—. Esas muestras fueron remitidas al Laboratorio de Ácido Desoxirribonucleico del Instituto de Medicina Legal de la sede central de Lima. El informe de resultado de ADN concluyó que la muestra del fémur corresponde a un individuo de sexo femenino, y que las personas de las que se obtuvo el ADN (padres de la supuesta víctima), quedan excluidos de la presunta relación de parentesco en condición de

1404 Véase, el R. N. N.º 3744-2013 del 5 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1405 Véase, el R. N. N.º 4356-2009 del 24 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

padres biológicos[1406]. Los peritos biólogos que realizaron el examen de ácido desoxirribonucleico en la diligencia de examen realizada en el juicio oral precisaron que "su pericia tiene un carácter definitivo, que está por completo descartado que los agraviados son los padres del individuo en cuestión. Respecto de este último acotaron que las muestras de restos óseos estaban degradadas, no completas —que puede explicarse por una serie de factores—, no se encontró los alelos para esos marcadores, por lo que la identificación del sexo solo es aproximada; no se descarta que pertenezca a un varón"[1407]. La Corte Suprema absolvió a la esposa de la imputación de parricidio debido a que los restos encontrados no correspondían a los de su pareja, tal como lo corroboró la prueba de ADN. El objeto del proceso y de la prueba residía en acreditar de manera concreta y específica si los restos de la víctima eran del esposo de la imputada, y no tanto determinar de manera genérica si se había cometido cualquier homicidio.

Cabe resaltar que la prueba de ADN tiene un peso probatorio mayor que cualquier testimonio o documento que pueda presentarse en el proceso. Incluso entre las denominadas "pruebas científicas", se establece el principio que no todas las pruebas tienen el mismo valor y peso objetivo. Un odontograma o una pericia antropológica, pese a que se realizan siguiendo un riguroso protocolo, tienen un valor de confirmación menor que una prueba de ADN, sobre todo, si lo que se busca establecer, a través de esta prueba en un caso de parricidio, la identidad (y filiación) de un cadáver comparándolo con el ADN de personas vivas (padres).

En un delito contra la libertad sexual, la Corte Suprema aceptó la hipótesis alternativa de que el imputado sufría un cuadro de cuadriparesia, al ser una persona que sufre de la pérdida de la fuerza en sus cuatro extremidades, al extremo de que depende de otras personas para efectuar las actividades básicas de la vida, lo que determinó que sufre una discapacidad, según el informe de discapacidad remitido. Con esta condición es poco probable que haya doblegado la voluntad de la menor agraviada y la haya accedido carnalmente[1408]. La Corte Suprema anuló una sentencia

1406 Véase, el R. N. N.º 4356-2009 del 24 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1407 Véase, el R. N. N.º 4356-2009 del 24 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1408 Véase, el **R. N. N.º 2248-2019** del 29 de octubre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro): "Si bien en el proceso no se tiene acreditado con certeza desde cuándo es que el procesado tiene dicho diagnóstico de cuadriparesia —'Tiene dificultad para poder desplazarse; disminución en las fuerzas de cuatro extremidades como consecuencia de fractura en la columna vertical, deficiencia músculo esquelética con tiempo de cinco años y requiere de ayudas técnicas; conforme al certificado médico de fecha veinte de noviembre de 2014 practicado por la perito médico legisla Denisse Astuahuaman Canchanya'—; sin embargo, conforme al propio dicho del procesado, esto es, desde el año dos mil seis, producto de un

debido a que se omitió "valorar como elemento de descargo la versión exculpatoria del acusado, referido a la amputación de su miembro inferior (pierna derecha), y posterior rehabilitación en el Instituto Nacional de Rehabilitación del Callao, durante el año mil novecientos noventa y ocho, ocurrido en fechas coetáneas con las presuntas agresiones sexuales a las dos menores agraviadas. Para ello señaló que es de rigor se recabe del referido Instituto de Rehabilitación el informe médico respecto al tratamiento y periodo de rehabilitación que hubiera recibido el encausado Félix Cárdenas Loayza durante el año mil novecientos noventa y ocho, a efecto de un mejor esclarecimiento de los hechos"[1409].

En un caso de robo agravado se atribuyó a dos imputadas el haber vertido benzodiacepina en los vasos con cerveza que los agraviados ingirieron en las dos habitaciones que alquilaron en el hostal con la finalidad de apoderarse de sus pertenencias, habiéndose establecido que el fármaco fue encontrado en una de las botellas de cerveza y los cuatro vasos de plástico que los efectivos policiales recogieron de la habitación del hostal, tal como se precisa en el dictamen pericial toxicológico. Las acusadas señalaron que nunca colocaron droga en la cerveza libada por los agraviados ni en los cuatro vasos utilizados para brindar, menos aún se apoderaron de algún bien de los agraviados, como así lo habían declarado estos en sus respectivas manifestaciones a nivel policial y judicial. La Corte Suprema las absolvió al estimar que en el peritaje toxicológico no se indica a quién corresponde cada vaso (procesadas o agraviados), ni cuándo, cómo o quién introdujo la referida sustancia en las muestras analizadas; de lo que se colige que el referido dictamen, por sí mismo, no puede generar certeza para establecer fácticamente que las procesadas vertieron la citada sustancia química en alguna de las botellas de cerveza y/o en los vasos recogidos del lugar de los hechos. A ello se suma que a las encausadas no se les encontró en posesión de drogas o sustancias químicas controladas, menos aún de las pastillas de benzodiacepina, ni se encontró que las hubieran consumido, como se advierte de los exámenes de química forense, sobre lo cual existen serias discrepancias respecto a la presencia de la cerveza en las habitaciones, pues los agraviados, en sus respectivas manifestaciones referenciales y judiciales, han indicado que la compraron en el hostal, lo que, además, fue corroborado por las procesadas en sus correspondientes declaraciones; en tanto que el administrador del hostal ha referido que las cervezas fueron introducidas por los agraviados y las procesadas, pero reconoce que en dicho establecimiento sí se vende esta clase de bebidas alcohólicas (cerveza). Se infiere de ello que la botella de cerveza contaminada pudo estar acondicionada con benzo-

---

accidente de tránsito que sufrió. Al respecto, el titular de la acción penal no probó en forma determinante que, al momento de los hechos, el procesado estuviera sano físicamente".

1409 Véase, el R. N. N.º 98-2016 del 09 de Junio del 2017 expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

diacepina con anterioridad al ingreso de las citadas personas al hostal o en dicho establecimiento, por lo que no puede atribuirse con certeza a las citadas procesadas la inclusión de la referida sustancia química en la cerveza, dadas las discrepancias existentes. Finalmente, cabe advertirse en autos que, tal como lo han declarado los agraviados y las procesadas, a estas no se les encontraron pertenencias o bienes de los primeros nombrados[1410].

En un caso de robo agravado, frente a la tesis imputativa del Ministerio Público que señalaba que dos hermanos habían participado en su consumación, uno de los intervinientes en el hecho señaló que el robo lo realizó en compañía de un sujeto distinto a su hermano, quien era un vecino que vive por su barrio. La Corte Suprema estimó que se estaba ante un caso de "supuesto fáctico alternativo", frente a la tesis fiscal que cuestiona la participación del acusado[1411].

20. La Corte Suprema de Justicia desestimó la hipótesis alternativa en un delito de tráfico de drogas que consistió en que una persona que ingresó, sin autorización, manejando un camión con un cargamento de droga a un terminal marino, concretamente, a una empresa dedicada a la carga y descarga de contendedores en los barcos, arrojando cinco maletas que contenían en total 339 kilos y cuatrocientos treinta y cuatro gramos de pasta básica de cocaína, señaló a las autoridades que actuó bajo la amenaza proveniente de un tercer sujeto no identificado, y que, por lo tanto, su conducta debería quedar exenta de responsabilidad penal, en virtud de la existencia de un "miedo insuperable". Se consideró que su planteamiento defensivo resultó

1410 Véase, el R. N. N.º 835-2017 del 25 de enero del 2018 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Quintanilla Chacón).

1411 Véase, el **R. N. N.º 1002-2021** del 12 de septiembre del 2022 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Brousset Salas): "manifestó que para la materialización de los hechos se valió de la participación de la persona de nombre Jesús Cornejo Montenegro. Señaló que él agarró al agraviado por la espalda y quien le ocasionó el corte fue Jesús, un vecino que vive por su barrio. Exculpó a su hermano, el coprocesado Junior Julio de los hechos imputados; no obstante, a nivel de juicio oral, se declaró inocente e indicó que lo han confundido con la persona de Jesús Cornejo que vive por ahí. El relato expuesto por este coprocesado Marvin Maycon Sánchez Acosta constituye un supuesto fáctico alternativo frente a la tesis fiscal y cuestiona la participación del acusado Junior Julio Sánchez Acosta en la materialización del evento criminal. Merece indicarse en el análisis de la nueva versión brindada por el acusado Marvin Maycon Sánchez Acosta —pues este previamente negó los cargos en su contra— que su dicho resulta atendible si consideramos que no resulta favorable ni beneficioso para la resolución de su propia situación jurídica, dado que no niega que los hechos se efectivizaron en pluralidad de agentes, conforme refiere el marco de imputación fiscal, que representa la concurrencia de las agravantes contenidas en los 2 (durante la noche o en lugar desolado), 3 (a mano armada), 4 (con el concurso de dos o más personas) y concordante con el último párrafo, del artículo 189, del Código Penal, el cual prevé que "[...] la pena será de cadena perpetua cuando el agente actué en calidad de integrante de una organización criminal o si como consecuencia del hecho, se produce la muerte en la victima o se le cause lesiones graves a su integridad física o mental".

inverosímil e irrazonable debido a que un supervisor del terminal "hizo bajar del vehículo al acusado; e incluso subió hasta la cabina a revisar, no encontrando nada. Además, agrega que al preguntarle al acusado el motivo por el cual había ingresado sin la cita correspondiente; este le respondió que era "porque se había equivocado y luego porque quería conocer dentro del terminal". De lo cual se desprende que resulta inverosímil que el acusado, habiendo incluso descendido del vehículo, no haya solicitado ayuda a fin de librarse de la supuesta amenaza de muerte de la que era víctima"[1412].

Se descarta también su hipótesis alternativa, debido a que el acusado también expresó que, debido al actuar negligente de los agentes de seguridad de no revisar minuciosamente la cabina del vehículo, no fue posible constatar la presencia del tercer sujeto; sin embargo, dicha tesis de defensa se desvanece, ya que el acusado acepta que, mientras el supuesto tercer sujeto que lo amenazaba se encontraba a bordo del vehículo, logró descender del mismo hasta en dos oportunidades —antes de ingresar al almacén, y antes de salir de dicho lugar—, sin haber pedido, sin embargo, ningún tipo de auxilio. La presencia de un tercer sujeto, a lo mucho, sería un indicativo de que existieron otros intervinientes en el plan conjunto del cual formó parte el acusado, pero no existe sustento para afirmar que este haya actuado bajo coacción[1413].

Si el imputado, ante la comisión de un delito sexual (abuso sexual de menor consumado), alega la existencia de disfunción eréctil, dicha dolencia debe estar probada de manera adecuada. Por ejemplo, en el análisis de un caso concreto se señaló que si bien "es verdad que el imputado padece de diabetes mellitus tipo II [informe médico de fojas mil ciento sesenta y uno], pero el informe urológico de fojas mil seiscientos cuarenta y cinco y la ratificación plenarial de fojas mil seiscientos cuarenta y siete, estableció que no hay relación directa entre diabetes y disfunción

1412 Véase, el R. N. N.º 1062-2016 del 3 de agosto del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria.

1413 Véase, el **R. N. N.º 1062-2016** del 3 de agosto del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria: "Así, conforme consta en el Acta de Visualización de folios doscientos veinticuatro; así como en la declaración preliminar del acusado a folios cincuenta y dos —pregunta N.º 05—; este manifestó que 'al llegar al control de seguridad, donde revisan la cabina, **me bajé del carro y subió un vigilante**, [quien] observó por unos segundos y luego se bajó indicándome que siguiera avanzando'. Por si fuera poco, agrega en la pregunta N.º 07, que, **'había otro vigilante'**, el cual se encontraba delante del vehículo; y en la pregunta N.º 38, dice que el vigilante no se percató del tercer sujeto por cuanto este se escondió debajo de una cubrecama que había en la cabina; y que luego se bajó el vigilante pero no observó nada; lo cual desvanece rotundamente la tesis de defensa, por resultar ésta inverosímil; toda vez que, si tal supuesto sujeto se encontraba escondido; el acusado pudo haber pedido auxilio con mayor facilidad, ante la presencia de dos vigilantes, y al haber descendido del vehículo".

eréctil, y no se ha encontrado en el imputado descompensación con entidad para producir otros efectos en otros órganos"[1414].

De igual modo, un perito médico frente a la alegada disfunción eréctil estimó que "al momento de practicar el examen, el encausado advirtió ausencia de capacidad eréctil; sin embargo, también refirió que el grado de certeza arribado no es absoluto, pues el examen realizado solo demuestra la impotencia a un 80 %, puesto que se requiere de la opinión necesaria del especialista en urología; asimismo, tampoco pudo precisar el tiempo que este vendría aquejando dicho mal, considerando la fecha en que se llevó a cabo el examen con la de los hechos. Otro punto relevante es el hecho que el médico deslizó la posibilidad [de] que la parte psicológica del encausado haya influido durante el examen, esto motivado por diversos factores, como el estado de ánimo, el ambiente que lo rodea, o la persona que realiza la prueba. Finalmente, agregó que por los avances de la ciencia una persona operada de la próstata no se ve afectada en su capacidad eréctil"[1415].

Asimismo, si se introduce como hipótesis alternativa, en un delito contra la indemnidad sexual de un menor de edad, que las lesiones sexuales (*v. gr.*, al ano) de una menor de seis años, fueron causados por un animal (*v. gr.*, un perro) y no por una persona (*v. gr.*, el abuelo), deben tomarse en cuenta las pruebas médicas y testimoniales. Así, por ejemplo, en el análisis de un caso concreto, la Corte Suprema señaló que se debe valorar los siguientes aspectos:

(i) el examen biológico indicó que "la trusa examinada del imputado reveló restos seminales con espermatozoides humanos en la entrepierna y, además, manchas pardo-amarillentos en la parte posterior de la entrepierna que corresponde a restos de heces. Esta prueba física apunta indiciariamente a que el imputado atacó sexualmente a su nieto, lo que se corrobora con lo indicado por el niño y las demás declaraciones de referencia[1416]";

(ii) en el acto oral, el médico legista precisó que el indicado desgarro no se habría podido ocasionar por el pene de un perro, aunque se tratara de un perro grande; que las lesiones fueron causadas por un pene de mayor

1414 Véase, el R. N. N.º 250-2018 del 2 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1415 Véase, **Casación N.º 413-2015** del 10 de noviembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado): "la evidencia del audio respalda la inferencia de la Sala Penal de Apelaciones; por lo que, la omisión de explicitar acabadamente el origen de esta inferencia no puede constituir afectación a la motivación de las resoluciones judiciales, pues se advierte que el razonamiento cuestionado deriva del examen que se realizó al médico perito y que en audio quedó registrado".

1416 Véase, el R. N. N.º 2562-2017 del 29 de enero del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

proporción y de otra morfología; que, incluso, cuando revisó al niño en el hospital, este le dijo que el hecho lo cometió su papá —el menor le decía papá a su abuelo, el imputado—;

(iii) el informe veterinario señaló que no se confirmó que el perro en cuestión introdujo el pene en el ano del menor agraviado;

(iv) la declaración de la trabajadora Social del Hospital "El Carmen", que declaró plenarialmente y a quien, al hacer el estudio social, el menor le dijo que el autor fue su abuelito; la misma trabajadora advirtió que la familia influía para que el menor no diga la verdad, los familiares decían que el menor había mentido[1417].

La Corte Suprema señaló que en estos casos la evaluación corresponde a la medicina humana, no a la veterinaria. Al respecto, precisó que "no resulta aceptable, desde el punto de vista médico forense, que las lesiones anales sufridas por el menor fueran ocasionadas por el pene de un perro" y que las explicaciones médico-legales son contundentes, al igual que las referencias del veterinario que declaró en la causa[1418].

El máximo tribunal de justicia señaló que es inaceptable considerar verdaderas las versiones de los familiares del acusado —los relatos que apuntan a que un perro "violó" al niño no tienen aval criminalístico y científico—, tanto más si es evidente la comprobación realizada por la trabajadora social cuando entrevistó al niño agraviado. Se descartan, por consiguiente, primero, las retractaciones del menor —presionado por su entorno familiar—; y, segundo, las declaraciones de la madre del niño[1419]. De igual forma, se tuvo en cuenta que la madre del niño firmó la declaración de aquel, que contó con el concurso del fiscal; de tal manera que cuestionar su contenido, con posterioridad a la suscripción de la misma, carece de credibilidad[1420].

En este caso, la coartada del imputado respecto a que el día de los hechos se encontraba, desde las seis de la mañana, en la ciudad de Huancayo —partió de su

1417 Véase, el R. N. N.º 2562-2017 del 29 de enero del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1418 Véase, el R. N. N.º 2562-2017 del 29 de enero del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1419 Véase, el R. N. N.º 2562-2017 del 29 de enero del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1420 Véase, el R. N. N.º 2562-2017 del 29 de enero del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "lo expuesto revela una confabulación de los familiares y allegados del imputado para alterar la verdad. La violación, como quedó expuesto, está probada, así como que el niño señaló, sin presión alguna y en un primer momento, que el autor de la misma fue el acusado; dato anterior que revela la presión sobre el niño y la ulterior retractación".

casa a las cinco y treinta de la mañana— (constancia de la relación de pasajeros[1421]), donde se reunió con la tesorera y la presidenta de la Comunidad Campesina de Huayao, pese a la aceptación por estas de la reunión producida, y a que dicho día se abrió una cuenta bancaria a su nombre, se respondió en el sentido de que "la constancia de viaje no incorporó la copia del pasaje y el rol de pasajeros; la constancia bancaria no precisó fecha ni que en ese momento estuvo presente el imputado; además, las afirmaciones de los testigos, vinculados de uno u otro modo al imputado, no tienen la contrastación objetiva que el caso requiere[1422]". Por ello, se concluye que "las pruebas de descargo, ante los datos médicos hospitalarios y legales, las precisiones de biología forense, y demás pruebas personales, no pueden ser aceptadas para generar duda razonable[1423]".

1421 La constancia de fojas cincuenta y tres, de la Asociación de Transportistas de pasajeros "Turismo Chaquicocha", recorrido Huancayo-Chambará, consignó que el día de los hechos, a las cinco y treinta horas el imputado viajó a Huancayo desde Huayao.

1422 Véase, el R. N. N.º 2562-2017 del 29 de enero del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1423 Véase, el R. N. N.º 2562-2017 del 29 de enero del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

CAPÍTULO VIII

EL DERECHO A LA PRUEBA CONTRARIA

SUMARIO: I. Regulación y fundamento normativo. **II.** La prueba contraria. Manifestaciones y alcance. **III.** La prueba de cargo y de descargo. **IV.** El derecho a la prueba contraria y el principio de igualdad de armas. **V.** La prueba principal y la prueba contraria. **VI.** La prueba positiva y la prueba negativa. **VII.** La prueba contraria y el procedimiento probatorio. **VIII.** La pericia y la prueba contraria. **IX.** El valor probatorio de la prueba contraria. **X.** La prueba contraria y su soporte jurisprudencial.

I. REGULACIÓN Y FUNDAMENTO NORMATIVO

1. La facultad de ofrecer prueba contraria, o de descargo, se encuentra recogida en algunas constituciones (artículo 111 de la Constitución italiana[1424]) y los tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce como garantías mínimas de un proceso justo el derecho "a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a **obtener la comparecencia de los testigos de descargo** y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo" (art. 14.3.e). La Convención Americana de Derechos Humanos prescribe como garantía mínima del debido proceso el "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos" (art. 8.2.f).

Una de las finalidades de la investigación preparatoria es reunir los elementos de convicción, de cargo y de **descargo** que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa (artículo 321.1); asimismo, en la apertura del juicio oral, al defensor del acusado se le concede el derecho de exponer brevemente sus argumentos de defensa y las **pruebas de descargo** ofrecidas y admitidas (artículo 371.2).

El CPP establece una serie de disposiciones que recogen como obligación del Ministerio Público respetar el principio de objetividad en cada una de sus actuaciones (art. 61.1), investigar e indagar no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado (art. 61.2); las mismas disposiciones señalan que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa (art. 321.1). Incluso, en el "Título preliminar" del CPP se prescribe que el Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (art. IV.1).

1424 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 138.

2. Una de las manifestaciones más importantes del derecho a la prueba, desde el punto de vista constitucional y legal, es el "derecho a la prueba contraria"[1425] o el derecho a la contraprueba[1426].

La configuración del derecho a la prueba como derecho de las partes que intervienen en el proceso (artículo 155.2 del CPP) representa el abandono de la concepción inquisitiva del Código de Procedimientos Penales de 1940 y de la cultura probatoria que inspiró el sistema de justicia por mucho tiempo, así como la asunción del modelo del proceso penal de corte estrictamente acusatorio en el que, como regla, las partes poseen el protagonismo en el despliegue de la actividad probatoria.

El derecho a la prueba se configura, en primer lugar, como el derecho a ofrecer y a que se admitan los medios de prueba pertinentes y útiles que plantean las partes, siempre que no se encuentren prohibidas por la ley o supongan la violación de los derechos fundamentales. Asimismo, el alcance constitucional de este derecho se extiende a que los medios de prueba que se admiten deben contar con una efectiva actuación dentro del proceso, y resulta necesario exigir que se evalúen racionalmente los medios de pruebas de prueba que se admitan y que se actúen[1427].

La elaboración y la consagración del derecho a la prueba constituye una reacción a la praxis altamente discrecional, con ribetes de arbitrariedad, en el ejercicio de la jurisdicción, en la admisión, actuación y evaluación de la prueba. Frente a una facultad que se entendía absolutamente libre y discrecional (la del juez), se pasó a adoptar una serie de controles, filtros y reglas, a fin de que se respete el derecho de las partes a defenderse probando y a postular medios de prueba pertinentes y útiles[1428]. Este derecho repudia y se opone a la arbitraria restricción de que se incorpore al proceso un medio de prueba, en especial, si guarda relación con el objeto de la investigación o del proceso.

3. La prueba contraria presupone, en efecto, la existencia de una prueba que se quiere impugnar o cuestionar.

1425 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 291; Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 462; Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 138; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 415; Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 203; Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 177.

1426 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 270.

1427 Cfr. Chiavario, Mario, *Diritto processuale penale*, 9a. ed., Milano, UTET Giuridica, 2022, p. 445; Grevi/Illuminati, Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., pp. 269 y ss.; Tonini, Paolo y Carlotta Conti, *Manuale di procedura penale*, 23a. ed., Milano, Giuffrè, 2022, p. 254.

1428 Cfr. Grevi/Illuminati, Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 269; Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 137.

Se reconoce el derecho del imputado (o de los sujetos pasivos del proceso penal) a proponer y a que se admitan pruebas de descargo sobre los hechos objeto de imputación en su contra; de igual manera, se plantea el derecho del Ministerio Público a proponer y a que se admitan pruebas de cargo (o de refutación) en relación a los hechos objeto de la prueba de descargo[1429].

Desde el punto de vista jurídico, la posibilidad de ofrecer medios de prueba contrarios está condicionada a que la parte pueda conocer, con el debido tiempo y antelación, los medios de prueba que presentan las partes antagonistas, pues solo así la parte acusada estará en condiciones de preparar y organizar su defensa de manera adecuada, sobre todo, en lo que a la actividad probatoria se refiere. Sin conocimiento previo de la hipótesis y prueba de las partes opuestas no es posible ofrecer y postular cualquier forma o modalidad de prueba contraria.

Es posible que en un proceso no se puedan presentar pruebas contrarias o pruebas de refutación y que, aun así, la imputación decaiga o no prospere, *v. gr.*, si no se logra confirmar la imputación mediante el empleo de medios de prueba disponibles. En este caso, la imputación debe rechazarse no por falsa, sino porque no se ha verificado su sustento y razonabilidad.

4. El derecho a la prueba tiene como una de sus manifestaciones más importantes el derecho a presentar hipótesis alternativas y pruebas contrarias que estén en condiciones de rebatir la imputación.

Se afecta el derecho a la prueba cuando se deniega la admisión de pruebas que ponen en crisis la imputación o que sustentan la hipótesis alternativa. De igual manera, se viola el derecho de defensa y a defenderse probando cuando se impide contradecir la imputación o las pruebas que las sustentan[1430].

La presentación de pruebas contrarias, o *ex adverso*, es una facultad (y no una obligación) de las partes procesales. Algunas legislaciones (*v. gr.*, el derecho italiano) cuentan al interior del CPP con un complejo de disposiciones que configuran un régimen de garantía reforzada que actualiza y potencia el respeto a la prueba contraria en la fase admisiva (artículos 438,5, 441-bis,5, 468,4, 495,2 del CPP italiano), en la asuntiva o de actuación (artículo 606,1,d del CPP italiano), y en la valorativa (artículo 546,1,e del CPP italiano)[1431].

1429 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 138; Grevi/Illuminati, Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 270.

1430 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 257; Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 137; Grevi/Illuminati, Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 269.

1431 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 139.

La prueba contraria cumple, desde el punto de vista constitucional y epistemológico, una **función de control de la prueba antagonista** que, para que pueda tener un valor procesal, debe ser sometida a las reglas del debate y del contradictorio[1432]. No se puede considerar como una prueba constitucionalmente legítima ni como una prueba formada, bajo la regla del principio del contradictorio, aquel elemento gnoseológico que se sustrae del control probatorio de las demás partes procesales y que no supera la posibilidad de refutación planteada por la práctica de pruebas de signo contrario. Por ello, se sostiene que la prueba contraria opera como un derecho subjetivo de la parte que la propone y que insta su admisión, y constituye un parámetro epistemológico que sirve para la acreditación de los hechos (*v. gr.*, como la hipótesis principal de imputación o la hipótesis alternativa)[1433].

La prueba contraria cumple un **rol político y epistemológico** a nivel del proceso penal al permitir a las partes el poder refutar la hipótesis y las pruebas propuestas por sus antagonistas.

El derecho a la prueba contraria encuentra su centro de gravedad en el contradictorio de las partes, que es un principio nuclear de la actividad probatoria y del debido proceso. La función negativa del contradictorio actúa como una regla de exclusión de todo material probatorio que se haya formado unilateralmente (*v. gr.*, en la fase investigativa) y que no haya sido sometido al debate y a la discusión por las demás partes que concurren al proceso.

5. Se debe distinguir entre la realización de un interrogatorio o un contraexamen, y la existencia de una prueba personal adversa (testigo, agraviado o coimputado) del ofrecimiento y concurrencia material de una prueba contraria[1434]. El examen cruzado de un órgano de prueba no constituye en sí mismo una modalidad de prueba contraria. Se trata, en realidad, de una técnica empleada para confirmar o desvirtuar la información que contiene una prueba personal o narrativa.

Puede haber interrogatorio a una fuente de prueba sin que se presente alguna prueba contraria a la imputación o que se refute la prueba de cargo. De igual forma, puede presentarse una diversidad de pruebas contrarias (*v. gr.*, documentos, pericias, etc.) sin necesidad que se acuda a la técnica del interrogatorio cruzado.

La prueba contraria difiere del examen cruzado debido a que el interrogatorio se ejercita sobre una misma fuente de prueba que se ha presentado al proceso por cualquiera de las partes, mientras que la prueba contraria supone el ofrecimiento

1432 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 270.
1433 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 143.
1434 Por todos, Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 151.

y la admisión de una fuente de prueba diversa que se coloca necesariamente a una mayor distancia material y lógica del órgano de prueba al que se le interroga[1435].

II. LA PRUEBA CONTRARIA. MANIFESTACIONES Y ALCANCE

6. En sentido amplio, el derecho a aportar prueba contraria posee dos manifestaciones.

Por un lado, el derecho a ofrecer medios de prueba que refuten la hipótesis fáctica de una de las partes, que la falsee o que corrobore una hipótesis fáctica distinta y que puede ser incompatible con la primigeniamente formulada[1436]. Por otro lado, también comprende el derecho a ofrecer y actuar medios de prueba que refuten o cuestionen la credibilidad o fiabilidad de aquellos medios de prueba que han sido presentados por una de las partes o que se han incorporado de oficio por parte del juez. El objeto de la prueba contraria se puede considerar a todo hecho o circunstancia idónea que puede disminuir la credibilidad o la autenticidad de cualquier fuente de prueba[1437]. En este último caso se trata de medios de prueba que no versan directamente sobre los hechos del caso ni sobre las hipótesis en disputa, sino sobre la fiabilidad positiva o negativa de ciertos medios de prueba que ayudan a la correcta evaluación individual de la prueba, *v. gr.*, el careo entre testigos, el peritaje psicológico o psiquiátrico sobre los testigos o la víctima, o la pericia para determinar la autenticidad de una grabación de audio o video.

El derecho a la prueba contraria se presenta como el derecho a ofrecer una "contraprueba"[1438] en relación a los medios de prueba que se ofrecen y admiten en el proceso por la otra parte. Este derecho consiste en poder utilizar todos los medios de prueba disponibles para tratar de acreditar lo contrario de lo que la contraparte pretende demostrar[1439], y es ejercida tanto por el imputado como por el Ministerio Público. No se debe creer que solo se trata de un derecho del imputado o de las partes pasivas del proceso penal. Por el principio de igualdad de armas, tanto el imputado como la fiscalía tienen el derecho de ofrecer los medios de prueba que refuten la pretensión, las alegaciones y las pruebas de la parte con la que se enfrentan

1435 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 151.

1436 Cfr. Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 72.

1437 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 162.

1438 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 336; Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 177; Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 256; Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 237; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 29; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 226.

1439 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 462.

dialécticamente[1440]. No se puede negar la contraprueba al investigado que la ofrece como medio de descargo y que refuta la imputación, ni a la fiscalía que pretende refutar la prueba o la hipótesis alternativa presentada por el investigado.

7. El derecho a presentar y a que se admitan pruebas contrarias no solo es oponible y se ejercita frente a las demás partes antagonistas del proceso, sino que también se puede articular esta clase de pruebas frente a los casos de la prueba de oficio que son ordenadas por el juez de manera directa. Con ello, se reconoce a las partes la facultad de participar activamente en la reconstrucción de los hechos cumpliendo con ella una función de garantía que se ejerce, incluso, para controlar los poderes probatorios del juez[1441].

El adecuado ejercicio de la prueba contraria desempeña una función de equilibrio en relación al papel que puede asumir el juez en el esclarecimiento de los hechos y a la posibilidad de que pueda ordenar, incluso, una ingente cantidad de prueba de oficio. Ante el ejercicio de las facultades probatorias que tiene el juez, las partes pueden deducir o presentar una serie de medios de prueba contrarios que tengan la posibilidad de refutar o contrarrestar las pruebas ordenadas por el juez.

Las pruebas de oficio no poseen un mayor estatuto epistemológico que los demás medios de prueba que pueden presentar las partes. No gozan de una presunción de acierto, de veracidad ni de autenticidad, por lo que pueden ser cuestionadas e impugnadas por las partes procesales en el ejercicio del derecho a la prueba y el derecho de defensa.

Las partes pueden y deben controlar el uso indebido y exagerado por el juez de las pruebas de oficio a fin de que se respete el objeto del proceso, así como la garantía judicial de imparcialidad. El derecho a la prueba, entendido como el derecho a controlar la prueba, conduce a que se deban fiscalizar de manera escrupulosa los poderes probatorios del juez.

8. En el proceso, las partes —en especial el imputado— no solo tienen la facultad de probar sus pretensiones y cada una de las afirmaciones que las respaldan, sino cuentan con el derecho de ofrecer pruebas de descargo, ya sea que se dirijan a acreditar que el hecho no se ha cometido, que, si bien se ha ejecutado, la persona no lo ha realizado (*v. gr.*, promedio de la coartada), que concurren en beneficio del acusado causas exonerantes (o atenuantes) de responsabilidad penal; de la misma forma, se pueden ofrecer medios de prueba que rebatan o pongan en entredicho la credibilidad y eficacia de las pruebas ofrecidas por la otra parte.

1440 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 412.
1441 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 175.

El derecho a ofrecer las pruebas de descargo y que las mismas se admitan no solo tiene como centro de actuación los casos de acreditación de la inocencia del imputado, sino que también se relaciona con la ejecución de tipos de injusto menor (*v. gr.*, homicidio por emoción violenta y no homicidio calificado) o, incluso, con la acreditación de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal. Las partes tienen derecho, por ejemplo, a presentar pruebas a fin de acreditar que los hechos no ocurrieron o que, si ocurrieron, fue de una diferente manera a la atribuida[1442].

Las pruebas de descargo —y, de manera más amplia, el derecho a presentar prueba contraria, cuyos titulares son todas las partes del proceso— pueden recaer sobre los hechos constitutivos de la infracción penal, sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (agravantes o atenuantes), así como sobre los hechos (enunciados) principales y secundarios del proceso. El derecho a presentar y ofrecer prueba contraria puede tener como objeto cualquiera de los hechos a los que se refieran la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito (art. 156.1).

9. La doctrina destaca como uno de los casos problemáticos de relevancia de la prueba los supuestos de prueba sobre prueba, llamada también "prueba de segundo orden" —que se identifica también como el derecho a la contraprueba[1443]—, cuya finalidad no es tanto determinar la verdad de los enunciados sobre ciertos hechos, sino enervar el valor o la credibilidad de ciertas pruebas, *v. gr.*, la declaración de los testigos sobre la existencia de móviles espurios en la declaración de la víctima, de los coimputados o de otros testigos, la pericia psicológica a la víctima, realizada para valorar la credibilidad de su testimonio, la pericia sobre la capacidad visual de un testigo de los hechos. Más que acreditar un hecho se busca cuestionar e impugnar el valor de una prueba utilizando otros medios de prueba.

Lo que se cuestiona es la credibilidad, autenticidad y confianza de un concreto medio de prueba, *v. gr.*, la declaración de un testigo puede ser desmentida por otro testigo, o un testigo puede declarar que el supuesto testigo presencial se encontraba en otro lugar o que este tiene una relación de enemistad, odio o venganza con el supuesto autor de los hechos.

La prueba contraria muchas veces tiene por objeto el mismo hecho que constituye el objeto de la prueba principal. Sin embargo, es posible que en la refutación de la tesis esgrimida por la otra parte se presenten medios de prueba de distinta clase a los promovidos por esta. Por ejemplo, si la fiscalía presenta un testigo directo para

1442 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 65.

1443 Véase, Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 85.

acreditar un hecho no es necesario que se presente para refutar dicha tesis un medio de prueba semejante (*v. gr.*, un testigo), ya que es posible que se pueda presentar en su lugar un documento —u otra prueba— que lo refute[1444].

En estos casos se propone ampliar la noción de "relevancia", debido a que en esta clase de pruebas se tiende a reforzar o a negar el peso probatorio de los elementos de convicción de la otra parte[1445], de tal modo que su valor epistemológico respecto al requisito de no refutación de la prueba es indiscutible. Se alude a que una prueba es también relevante siempre que permite alcanzar una determinada inferencia sobre la fiabilidad o credibilidad de otra prueba, lo que permite efectuar inferencias sobre los enunciados fácticos a probar. Se trata de una **relevancia indirecta**[1446].

10. Uno de los problemas más importantes alrededor de la prueba contraria es responder a la pregunta de si esta puede permitir la presentación y admisión de cualquier clase de medio de prueba sobre la base del principio de libertad probatoria o si se requiere una **homogeneidad tipológica entre la prueba** (directa o indirecta) y la prueba contraria. Aquí lo que se busca es responder si la prueba contraria debe ser de la misma clase y tipología que la prueba antagónica. Por ejemplo, se pregunta si, tras una determinada proposición fáctica que se pretende acreditar con la prueba testimonial, la refutación de dicha afirmación se puede realizar solo con la misma clase de prueba (*v. gr.*, testimonios) o si es posible presentar cualquier medio de prueba.

Un punto de vista en la doctrina y la jurisprudencia comparada se pronuncia por la necesidad de reclamar la **homogeneidad tipológica** entre la prueba (directa o indirecta) de una afirmación con la prueba contraria. De esta manera, si un he-

1444 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 246.

1445 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 56.

1446 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 160; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 90: "A pesar, pues, de no cumplir las exigencias del filtro de relevancia para la admisión de la prueba, como se acaba de ver este tipo de pruebas pueden tener una importante utilidad epistemológica para la correcta toma de decisiones. Por eso conviene considerar aquí, en mi opinión, una excepción a la definición general de relevancia de la prueba. Diremos que una prueba P, también es relevante cuando permita fundar (directa o indirectamente) inferencias sobre la fiabilidad de otra prueba P 2 que, a su vez, permita realizar inferencias sobre la verdad de los enunciados fácticos a probar. Se trataría, pues, de una suerte de relevancia indirecta". Sin embargo, Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 56, considera que las pruebas sobre pruebas poseen una relevancia directa: "Creo, por el contrario, que las 'pruebas sobre las pruebas' en la medida en que dotan de apoyo epistémico a las razones susceptibles de ser invocadas en favor de la proposición principal que quiere probarse son pruebas directamente relevantes. Ellas cambian el estatus epistémico de la proposición principal, aun si lo hacen por medio de la reducción o fortalecimiento del soporte epistémico de otras pruebas. Esto último no las priva de la relevancia que poseen por derecho propio".

cho se pretende acreditar con testimonios o documentos, la prueba contraria debe emplear el mismo tipo y clase de pruebas. No es posible utilizar otros medios de prueba que los empleados por el antagonista.

Un segundo planteamiento estima que el ofrecimiento y la admisión de la prueba contraria puede realizarse sin reparar en la denominada "homogeneidad tipológica" de los medios de prueba, se garantizan con ello la más amplia libertad probatoria de las partes que proponen e instan su recepción en la investigación o en el proceso. No es correcto que se restrinja sin base legal ni constitucional la posibilidad de refutar una imputación o un medio de prueba exigiendo que dicha tarea sea cumplida a través de la misma clase y tipo de medio de prueba.

Por el principio de libertad probatoria, cualquier enunciado o afirmación en el proceso penal puede probarse a través de cualquier medio de prueba admitido por la ley e, incluso, a través de cualquier medio de prueba no regulado específicamente en la ley procesal. En la doctrina procesal y en la mayor parte de códigos procesales, la posición mayoritaria considera que la regulación de los medios de prueba no es taxativa o cerrada[1447]. En el proceso y en la investigación del delito, rige el principio de que cualquier hecho relevante (positivo o negativo) puede ser investigado utilizando todos los medios disponibles, sea que tengan una relación directa o indirecta con los hechos[1448]. Si bien las leyes procesales muchas veces no enuncian este principio, lo presuponen como obvio[1449], al estar lógicamente relacionado con la búsqueda de la verdad. Por ejemplo, para probar un determinado enunciado fáctico o para refutar su existencia se pueden utilizar los siguientes elementos: una cosa (una puerta), un animal (un loro que habla), una huella (de un zapato, una huella digital) un tejido que se extrae del interior del cuerpo humano. De igual forma, todos los avances tecnológicos y científicos que se han alcanzado (prueba de ADN, ubicación geosatelital, escuchas y registros telefónicos, etc.) pueden servir como medios de prueba útiles para esclarecer un determinado suceso.

En la doctrina se considera que la exigencia de la homogeneidad tipológica de los medios de prueba en el caso de la prueba contraria supone una clara y directa vulneración del **derecho fundamental de la prueba** que posee un indiscutible sus-

1447 Cfr. Pérez Barberá, Gabriel, *Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal*, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 272.

1448 Cfr. Gössel, Karl-Heinz, *Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, en *El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho. Obras completas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 147; Beling, *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*, cit., p. 4.

1449 Véase, Beling, *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*, cit., p. 4.

tento constitucional y convencional, al limitar de manera arbitraria e irrazonable los alcances del ejercicio de un derecho fundamental[1450]. La ley peruana no cuenta —y la mayoría de códigos procesales del mundo tampoco—con cláusulas legales que limiten la posibilidad de ofrecer, y que se admitan, medios de prueba contrarios a cierta clase de pruebas homogéneas a las de signo opuesto.

Un planteamiento semejante vulnera también el **principio ontológico** de la naturaleza de las cosas, debido a que no se puede exigir una misma clase de prueba de refutación cuando el contexto probatorio y el carácter de ciertos delitos (*v. gr.*, los delitos clandestinos de abuso sexual, de robo, de los delitos de corrupción de funcionarios, etc.) hace ver que, a veces, es imposible e inviable encontrar la misma clase de prueba que la prueba antagonista. A veces, si a duras penas hay un testigo indirecto de los hechos, difícilmente se puede encontrar otro testigo que refute la declaración de aquel.

III. LA PRUEBA DE CARGO Y DE DESCARGO

11. A nivel del proceso penal una distinción canónica viene dada por la diferencia entre la **prueba de cargo** y la **prueba de descargo**[1451].

La dicotomía entre la prueba de cargo y de descargo asume una importancia decisiva en un sistema procesal de corte acusatorio, en donde el papel de las partes se encuentra marcado por el principio de división de funciones y el ejercicio de facultades y competencias propias, entre las que se cuenta la iniciativa en la actividad probatoria. Dicha distinción resulta irrelevante e innecesaria en el sistema procesal inquisitivo, en el que el predominio del órgano de instrucción tiene como como tarea central el recopilar la prueba de la culpabilidad de la persona[1452] (prueba de cargo).

La configuración del principio dispositivo en materia probatoria (artículo 155.2 del CPP) en el ámbito penal se caracteriza por estructurar la contraposición de la actividad probatoria entre las facultades de la acusación y de la defensa. Se plantea una sustancial distribución de la carga entre las partes que hace que determinados sujetos sean titulares de la iniciativa probatoria: el Ministerio Público debe aportar las pruebas de cargo y la defensa tiene la facultad de aportar, si lo considera necesario, las pruebas de descargo.

12. La prueba de cargo se define como aquella mediante la cual se acredita la existencia del delito, la culpabilidad del imputado o, en términos más amplios, la

1450 Por todos, Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 158.

1451 Por todos, Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 148.

1452 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 269.

responsabilidad penal de la persona. Se trata de la prueba que confirma de manera positiva (directa o indirectamente) "la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito" (artículo 156.1 del CPP). Por su parte, la prueba de descargo es aquella que niega la existencia o la realidad del hecho, la comisión de un delito por el imputado (*v. gr.*, cuestiona, total o parcialmente, la concurrencia de un elemento del injusto penal —objetivo o subjetivo— o de la culpabilidad) o de cualquier circunstancia o hecho, de tal modo que permita la exoneración de la responsabilidad penal del imputado (*v. gr.*, causa de justificación, causa de inculpabilidad, causa de no punibilidad etc.). En un sentido amplio, se considera también como prueba de descargo aquel medio que acredita la comisión de un injusto de menor gravedad (*v. gr.*, se comete una falta y no un delito, se incurre en una infracción disciplinaria y no en un hecho punible), de una circunstancia atenuante (genérica o específica) o de todo hecho que aminore el grado de responsabilidad penal inicialmente planteada[1453].

Para esta posición la prueba de descargo no equivale a la acreditación de la inocencia de la persona, así como tampoco plantea la necesidad de que su presentación conlleve de manera irremediable a la absolución del imputado, sino que comprende la posibilidad de acreditar un injusto menor o la acreditación de que en el caso concreto concurre una circunstancia atenuante.

La distinción de la prueba de cargo o de descargo no tiene que ver necesariamente con quien ofrece los medios de prueba. No toda prueba que presenta la fiscalía es una prueba de cargo, ni toda la prueba que presenta la defensa termina por ser una prueba de descargo. Pese a la división de roles en el proceso penal y al antagonismo entre acusación y defensa, la calidad de una prueba en el sentido de que sea de cargo o de descargo no se relaciona tanto con la actividad del Ministerio Público (o el querellante) o de la defensa de las partes pasivas del proceso (*v. gr.*, el imputado o el tercero civilmente responsable). Es posible que la fiscalía, por el respeto al principio de objetividad, ordene la realización en la investigación o presente en el juicio una prueba de descargo que favorezca la posición del imputado, y puede también que la defensa termine por ofrecer (intencionalmente o por negligencia) una prueba de cargo que termine por fundar y acreditar la responsabilidad penal del imputado.

13. La condición de prueba de cargo o de descargo puede merecer una perspectiva *ex ante* y *ex post*. En la perspectiva *ex ante,* la prueba de cargo o de descargo lo plantea el posible resultado que se quiere ser alcanzado por quien propone el medio

1453 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 149.

de prueba, *v. gr.*, se ofrece un testigo presencial de los hechos que supuestamente ha visto el robo a mano armada.

Desde la perspectiva *ex post*, la condición de prueba de cargo o de descargo depende del específico resultado probatorio que se alcance en el caso concreto luego de la admisión y actuación del medio de prueba. Así, es posible que, desde el punto de vista *ex ante,* se admita y actúe un medio de prueba que se considera un medio de prueba de cargo, pero que el concreto resultado probatorio que se alcanza sea de descargo; de igual manera, es posible que se ofrezca un medio de prueba con la expectativa de que sea de descargo, pero que el resultado probatorio que arroja sea el de un medio de prueba de cargo. En todo caso, lo decisivo en la denominación de la prueba de cargo o de descargo es el resultado probatorio que se obtiene de la actuación de un concreto medio de prueba.

14. Junto a la distinción de prueba de cargo y de descargo como sentido de la actividad probatoria de las partes, es posible que la actuación de uno o varios medios de prueba arroje un resultado neutral o irrelevante; es decir, una vez admitido y actuado un medio de prueba el resultado que se obtenga no resulte ni a favor de la acusación ni a favor del imputado. Un medio de prueba pertinente (*ex ante*) puede arrojar un resultado probatorio neutral.

Por ello, se yerra cuando se afirma que toda la prueba que se actúa a nivel del proceso penal puede ser catalogada de manera binaria como prueba de cargo o prueba de descargo. También se presentan pruebas con un resultado probatorio neutral y que no son eficaces ni útiles, ni para la acusación ni para la defensa.

15. La noción de prueba contraria no se puede equiparar a la noción de prueba de descargo, por diversas razones.

Primero, porque la prueba contraria puede ser prueba de cargo o de descargo. Si bien el caso más usual de prueba contraria es la prueba de descargo, también puede ser una modalidad de prueba contraria la prueba de cargo que, por ejemplo, puede presentar el Ministerio Público o la parte civil. La prueba contraria es un concepto más amplio que el de la prueba de descargo, ya que ella existe al margen de su significado o el sentido probatorio. Basta que exista una prueba opuesta, independientemente de una determinada valencia, signo o resultado probatorio.

Segundo, la prueba contraria supone, desde el punto de vista lógico, la preexistencia de una prueba de signo antagónico; de otro modo, no tiene sentido hablar de prueba contraria. En cambio, la prueba de descargo no necesita que haya, de manera efectiva y real, en el caso concreto, una determinada prueba de cargo. Es posible que haya una afirmación, hipótesis o imputación no corroborada o que no se apoye en prueba de cargo alguna y que aun así sea lógica y jurídicamente admisible

para ser presentada como prueba de descargo. En efecto, la prueba de descargo solo requiere la preexistencia de una imputación o de una hipótesis incriminatoria; no que concurra una prueba de cargo.

Tercero, es posible que en una investigación o en un proceso penal, la abrumadora cantidad de prueba que se presenta sea de descargo y que, como consecuencia de ello, el Ministerio Público se vea obligado a presentar prueba contraria o que refute la prueba de descargo, sin necesidad de que dichos medios de prueba, formal o materialmente, sean prueba de cargo en el sentido de que constituyan actividad probatoria que acredite de manera positiva la imputación, la punibilidad o la responsabilidad civil. La prueba contraria es una prueba de refutación y no siempre será una prueba de cargo o de descargo.

16. Es posible que un medio de prueba que se actúa en la investigación, en el proceso o en el juicio oral, sea a la vez un medio de prueba de cargo y de descargo. Por ejemplo, es posible que una persona declare haber visto cómo Pedro mataba a María, pero señale que lo hizo en defensa propia.

Un medio de prueba puede tener un carácter mixto o híbrido, ya que puede ser al mismo un medio de prueba de cargo y un medio de prueba descargo; *v. gr.*, el hecho de que un testigo ubique en el lugar de los hechos al imputado puede entenderse como una sindicación directa con los hechos, pero puede también señalar que no vio algo particular en su accionar.

IV. EL DERECHO A LA PRUEBA CONTRARIA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

17. La interpretación correcta de los documentos internacionales de derechos humanos, en materia del derecho a la prueba, debe reparar no solo en la expresa consagración del derecho de convocar e interrogar a los testigos de descargo. Este derecho, en realidad, se extiende a todo medio de prueba (*v. gr.*, documento, pericia, inspección judicial, reconocimiento en rueda, etc.) que refute la imputación o la prueba que la sustenta[1454], tanto para acreditar su falsedad, su falta de fundamento o su falta de credibilidad.

Una lectura de los tratados internacionales de derechos humanos y de la legislación interna, de la mano de la aplicación del principio de igualdad de armas y de un proceso justo, hace notar que el derecho a presentar prueba contraria no solo reside en una facultad exclusiva del derecho del imputado, sino que también se extiende al Ministerio Público (y eventualmente a la parte civil), que cuenta con la

1454 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 65.

facultad de presentar medios de prueba que refuten la tesis de defensa del imputado, así como la credibilidad o autenticidad de las pruebas que sustentan la posición defensiva[1455]. No solo se reconoce el derecho del imputado y de su defensa técnica a la posibilidad de cuestionar racional y probatoriamente la tesis del Ministerio Público y de la parte civil, sino que también se admite la facultad del Ministerio Público y las demás partes del proceso de poder desestimar la estrategia defensiva del imputado y de restar credibilidad a las pruebas que la respaldan.

De nada vale tutelar el contradictorio y el debate entre las partes como fundamento del proceso si es que no se permite a cada una de ellas defenderse probando de manera adecuada cada una de sus afirmaciones y si no se aceptan a nivel del proceso las pruebas de descargo.

18. No es de recibo aquí la tesis sostenida por un sector de la doctrina y la jurisprudencia comparada[1456] que considera que el derecho a presentar y que se actúe prueba contraria se limita a las partes necesarias del proceso penal (el imputado y el Ministerio Público), lo cual desecha la posibilidad de que pueda contar con dicha facultad la parte civil. Todas las partes poseen la facultad de probar sus pretensiones en igualdad de armas y dentro del proceso contradictorio. El hecho de que un sujeto sea eventual en la relación procesal no quiere decir que tenga menos derechos y facultades cuando concurra junto a los demás sujetos procesales. La parte civil o el tercero civilmente responsable no interviene en el proceso penal en una suerte de *capitis diminutio*. El principio de igualdad de armas y las garantías mínimas del debido proceso llevan a reconocer facultades semejantes a las partes activas y a las partes pasivas de la relación procesal; ninguna puede tener mayores poderes que otra, así como tampoco una parte puede estar en desventaja con la otra[1457].

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido el derecho a la prueba de la parte civil al sostener, frente a la afirmación de que la procuraduría no está legitimada para ofrecer prueba pericial de parte, que "es patente que a la parte civil le está permitido ofrecer prueba que justifique su pretensión civil, en tanto la pretensión que sostiene está en función a la acreditación de un hecho ilícito que le cause un daño efectivo —y, desde luego, los actos de lavado de activos, lo ocasionan—. La garantía de

1455 Al respecto, ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 85.

1456 Véase, la sentencia de la Corte Constitucional italiana N.º 532 del 29 de diciembre de 1995.

1457 Cfr. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 154 para quien no puede negarse a la parte civil el derecho a la prueba contraria que constituye un ineliminable especificación del derecho a la prueba.

tutela jurisdiccional y la garantía de defensa procesal, desde el principio-derecho de igualdad de armas, autorizan esta posibilidad procesal[1458]".

El derecho a la prueba contraria (o *ex adverso*) debe ser reconocido a todas las partes procesales, sean partes necesarias o eventuales, con lo que se asegura la igualdad de oportunidades y la participación activa en el esclarecimiento de los hechos, así como en la capacidad de ofrecer medios de prueba pertinentes y útiles para afianzar su posición jurídica. La dialéctica probatoria presupone la igualdad del estatuto jurídico de los sujetos que participan en el proceso y de las facultades, formales y materiales, que se les reconoce para ejercitar y respetar los derechos fundamentales que son titulares.

19. En el derecho comparado se plantea la necesidad de una protección especial de la prueba contraria, incluso mediante una tutela reforzada, como corolario del principio de igualdad de los protagonistas y actores del proceso, que realiza de manera pacífica, el conjunto de valores establecidos en la Constitución. En materia probatoria, el principio general de la igualdad de armas supone la estructuración del proceso según un canon de reciprocidad de las facultades probatorias atribuidas a las partes: todo proceso debe desarrollarse de modo tal que asegure la igualdad de oportunidades en la proposición, admisión y actuación de los medios de prueba, a fin de influir de manera racional en la decisión judicial[1459].

La posibilidad de ofrecer la contraprueba se rige por el principio de igualdad de armas, que supone cumplir con las siguientes exigencias[1460]:

(i) Se la debe considerar un derecho de todas las partes del proceso, sea que se trate de las partes necesarias o las partes eventuales.

(ii) La prueba contraria no supone que se utilice un mismo medio de prueba o que este sea homogéneo al medio de prueba ofrecido por la otra parte. No se requiere que la prueba contraria sea de igual naturaleza que la prueba principal[1461], *v. gr.*, un testimonio prestado se puede refutar con un documento[1462].

(iii) El ofrecimiento de contraprueba no se encuentra circunscrito a la negación del "mismo hecho" planteado por una de las partes, ya que se puede relacionar solo indirectamente sobre tal hecho.

1458 Véase, el R. N. N.º 1190-2019 del 30 de diciembre de 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1459 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 139.

1460 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 336.

1461 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 415.

1462 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 292.

(iv) Debe plantearse la contraprueba en la forma y el tiempo oportuno previsto en la ley, asumiendo el debido procedimiento probatorio[1463].

El respeto a las garantías mínimas del debido proceso y a la tutela judicial efectiva no supone plantear una perfecta identidad entre el poder procesal del Ministerio Público y el de las partes pasivas del proceso penal, dada la diferencia de posición institucional y los intereses opuestos. En relación con la prueba contraria, la lectura constitucional y convencional, exige que se mantenga, tanto normativamente como en el análisis de cada caso concreto, la mayor simetría posible entre el poder de la acusación y el de la defensa[1464]. Los tratados de derechos humanos no sancionan una regla de indiscriminada admisibilidad de los medios de prueba ofrecidos por el imputado, sino que, más bien, se establece que la defensa del imputado no sea puesta en una situación de desventaja en relación a la acusación.

En el ofrecimiento, la admisibilidad, actuación y evaluación racional de los medios de prueba, no debe haber una mayor ventaja o tendencia para la incorporación de los medios de prueba de cargo sobre los de descargo, o viceversa. La actividad probatoria debe promoverse en un plano de igualdad formal y material de oportunidades para todas las partes intervinientes en el proceso. El criterio de reciprocidad y el principio de igualdad de armas eleva a un mismo plano el derecho de la parte acusadora y de las partes pasivas del proceso penal, reconociendo una paridad entre el derecho a la prueba del Ministerio Público y el derecho a la prueba del imputado o del tercero civilmente responsable.

El derecho a la contraprueba no impide el análisis acerca de la legitimidad o constitucionalidad de la prueba, su pertinencia, o de si se trata de un medio de prueba manifiestamente sobreabundante o de imposible consecución[1465]. Lo que se busca con ello es aumentar y mejorar el patrimonio cognoscitivo del juez incorporando al proceso toda clase de prueba[1466], en especial, aquella prueba que afirma un hecho y también la que lo refuta.

El principio de igualdad de armas en materia probatoria busca asegurar la participación activa del imputado y su defensa en la verificación de los enunciados fácticos, con lo que se impide, hasta donde es posible, que la indagación de los hechos sea efectuada de manera unilateral y sesgada por el poder público. Con ello, se prohíbe la exclusión en la reconstrucción de los hechos del imputado y de todas

1463 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 336.
1464 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 139.
1465 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 462.
1466 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 204.

aquellas partes pasivas que tienen interés en preservar la vigencia de sus derechos fundamentales, entre ellos, la presunción de inocencia y el derecho de defensa[1467].

20. El TEDH sostiene que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo es una garantía del derecho a un proceso justo, en el que no solo importa la igualdad de armas entre la acusación y defensa, sino que se proporciona a la defensa y al Poder Judicial un instrumento esencial de control de la credibilidad y la fiabilidad de las pruebas de cargo y, por tanto, de los méritos de los cargos[1468].

El debido proceso exige que se preste a las partes una participación adecuada en el proceso, en condiciones de igualdad, en especial, en la etapa final y decisiva. Por ejemplo, se deben recibir, luego de la notificación de la apertura del procedimiento, las declaraciones y alegaciones, ya sean orales o escritas, así como también se debe brindar facilidades para el examen de la evidencia (*v. gr.*, consulta de los informes de los expertos) y la formulación de las observaciones y cuestionamientos que se crean pertinentes[1469].

El principio de igualdad de armas, como una de las características del concepto más amplio de un juicio justo, requiere un justo equilibrio entre las partes[1470] y exige que cada parte deba tener una oportunidad razonable para presentar su caso en condiciones que no la coloquen en una desventaja sustancial frente a su oponente[1471]. El principio de igualdad de armas se vulnera si un juicio se lleva a cabo en

1467 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 141.

1468 Riahi c. Bélgica, 14 de junio del 2016, párr. 39; Tseber c. República Checa, 22 de febrero del 2013, párr. 59; Sică c. Rumania, 9 de julio de 2013, párr. 69.

1469 Feldbrugge c. los Países Bajos, del 29 de mayo de 1986, párr. 46.

1470 Gorraiz Lizarraga y otros c. España, 27 de abril del 2004, párr. 56; Lagardère c. Francia, 4 de diciembre del 2012, párr. 38; Yvon c. Francia, 24 de abril del 2003, párr. 31.

1471 TEDH en los casos: Muncaciu c. Rumanía, 26 de enero del 2016, párr. 42; Leas c. Estonia, del 6 de marzo del 2012, párr. 77; Klimentyev c. Rusia 26 de noviembre del 2006, párr. 95; Moiseyev c. Rusia del 9 de octubre del 2008, párr. 135; Sevastyanov c. Rusia, del 22 de abril del 2010, párr. 70; Popov c. Rusia, 13 de julio del 2006, párr. 177; Štefančič c. Eslovenia, 25 de octubre de 2012; párr. 50; Hudáková y otros c. Eslovaquia, 27 de abril del 2010, párr. 25; Trančíková c. Eslovaquia, 13 de enero del 2015, párr. 39; Kinský c. la República Checa, 9 de febrero del 2012, párr. 100; Walston c. Noruega, 3 de junio del 2003, párr. 56; Ashot Harutyunyan c. Armenia del 15 de junio del 2010, párr. 136; Peric c. Croacia del 27 de marco del 2008, párr. 19; Lobo Machado c. Portugal del 20 de febrero de 1996, párr. 31; Barberà, Messegué y Jabardo c. España del 6 de diciembre de 1988, párr. 89; Kennedy c. el Reino Unido, 18 de mayo de 2010, párr. 184; Gorraiz Lizarraga y otros c. España, 27 de abril del 2004, párr. 56; Stoimenov c. ex República Yugoslava de Macedonia del 4 de mayo del 2007, párr. 41; Salov c. Ucrania, 6 de setiembre del 2005, párr. 87; Bulut c. Austria del 22 de febrero de 1996, párr. 47; Lanz c. Austria, del 31 de enero del 2002, párr. 57; Öcalan c. Turquía del 5 de diciembre de 2005, párr. 140; Dolenec c. Croacia del 26 de noviembre del 2009, párr. 207; Contardi c. Suiza, 12 de julio del 2005, párr. 38; Ankerl c. Suiza, 23 de octubre de 1996, párr. 38; Nideröst-Huber c. Suiza, 18 de febrero

condiciones en las que se coloca al acusado en una injusta desventaja, aun si no hay una parte acusadora[1472].

El principio de igualdad de armas incluye también el derecho fundamental que formula que el proceso penal debe ser contradictorio[1473]. Uno de los elementos centrales del principio de igualdad de armas reside en el derecho a interrogar a los testigos en condiciones semejantes tanto por la fiscalía como por la defensa[1474].

Todas las pruebas deben normalmente ser producidas en una audiencia pública, en presencia del acusado, con el fin de lograr, en plena de igualdad de armas, el debate contradictorio[1475]. Dicho debate no es un debate privado, cerrado, sino un debate

---

1997, párr. 23; Kress c. Francia, 7 de junio del 2001, párr. 72; Yvon c. Francia, 24 de abril del 2003, párr. 31; Morel c. Francia, 6 de junio del 2000, párr. 27.

1472 Monnell y Morris c. el Reino Unido 3 de febrero de 1987, párr. 62; Delcourt c. Belgica del 17 de enero de 1970, párr. 70.

1473 Salov c. Ucrania, 6 de setiembre del 2005, párr. 86; Belziuk c. Polonia del 25 de marzo de 1998, párr. 37; Brandstetter c. Austria del 28 de agosto de 1991, párr. 66; Natunen c. Finlandia del 31 de marzo del 2009, párr. 37.

1474 Tseber c. República Checa, 22 de febrero del 2013, párr. 59.

1475 TEDH en las sentencias de los casos: Manucharyan c. Armenia, 24 de noviembre del 2016, párr. 46; Dimović c. Serbia, 28 de junio del 2016, párr. 35; Riahi c. Bélgica, 14 de junio del 2016, párr. 28; Colac c. Rumania, 10 de febrero del 2015; párr. 41; Scholer c. Alemania, 18 de diciembre del 2014, párr. 45; Hümmer c. Alemania, 19 de julio de 2012, párr. 38; Efendiyev c. Azerbaiyán, 18 de diciembre del 2014, párr. 41; Insanov c. Azerbaiyán, 14 de marzo del 2013, párr. 160; Lučić c. Croacia, 27 de febrero del 2014, párr. 72; Vanjak c. Croacia, 14 de enero de 2010, párr. 49; Mirilashvili c. Rusia del 11 de diciembre del 2008, párr. 160; A. M. c. Italia del 14 de diciembre de 1999, párr. 25; Lüdi c. Suiza, 15 de junio de 1992, párr. 47; Pesukic c. Suiza, 12 de junio del 2012, párr. 44; Schatschaschwili c. Alemania, 15 de diciembre del 2015, párr. 103; Sievert c. Alemania, 19 de julio del 2012, párr. 58; P. S. c. Alemania del 20 de diciembre del 2001, párr. 21; Mika c. Suecia del 27 de enero del 2006, párr. 35; Horncastle y otros c. el Reino Unido, 16 de diciembre del 2014, párr. 131; Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido del 15 de diciembre de 2011, párr. 118; Ellis, Simms y Martin c. el Reino Unido, 10 de abril del 2012, párr. 72; Zentar c. Francia del 13 de abril del 2006, párr. 26; Saïdi c. Francia del 20 de setiembre de 1993; párr. 43; Guilloury c. Francia, 22 de junio 2006, párr. 52; Delta c. Francia, 19 de diciembre de 1990, párr. 36; Kress c. Francia, del 7 de junio del 2001, párr. 72; Matytsina c. Rusia del 27 de marzo del 2014, párr. 152; Blokhin c. Rusia, 14 de noviembre del 2013, párr. 161; Klimentyev c. Rusia 26 de noviembre del 2006, párr. 124; Aleksandr Valeryevich Kazakov c. Rusia, 4 de diciembre del 2014, párr. 28; Sică c. Rumanía, 9 de julio del 2013, párr. 58; Suldin c. Rusia, 16 de octubre del 2014, párr. 52; Yevgeni Ivanov c. Rusia, 25 de abril del 2013, párr. 41; Karpenko c. Rusia, 13 de marzo de 2012, párr. 61; Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia, del 25 de julio del 2013, párr. 707; Khametshin c. Rusia, 4 de marzo del 2010, párr. 31; Pichugin c. Rusia, 23 de octubre de 2012, párr. 195; Krivoshapkin c. Rusia, 27 de enero del 2011, párr. 53; Nechto c. Rusia del 24 de junio del 2012, párr. 114; Makeyev c. Rusia, 2 de mayo del 2009, párr. 34; Trofimov c. Rusia, 4 de diciembre 2008, párr. 33; Polufakin y Chernyshev c. Rusia del 25 de setiembre de 2009, párr. 190; Andandonskiy c. Rusia, 28 de septiembre 2006, párr. 49; Salikhov c. Rusia, 3 de mayo del 2012, párr. 111; Klimentyev c. Rusia 16 de noviembre del 2006, párr. 124; Melnikov c. Rusia, 14 de enero del 2010, párr. 65; Romanov c. Rusia, 24 de julio de 2008, párr. 100; Vozhigov c. Rusia, 26 de abril del 2007, párr. 51; Kornev y Karpenko

público entre las partes y su defensa[1476]. El derecho a un proceso contradictorio significa, en principio, que existe la posibilidad de que las partes en un juicio penal o civil puedan tener conocimiento de los argumentos y pruebas, así como también hacer comentarios sobre todas las pruebas de cargo y observaciones presentadas por cualquier parte en el proceso, con el fin de influir en la decisión del tribunal[1477].

---

c. Ucrania del 21 de octubre del 2010, párr. 54; Rudnichenko c. Ucrania, 11 de julio de 2013, párr. 101; Balsytė-Lideikienė c. Lituania, 4 de noviembre del 2008, párr. 62; Vyerentsov c. Ucrania, 4 de noviembre del 2011, párr. 81; Huseyn y otros c. Azerbaiyán, 26 de julio del 2011, párr. 188 y 201; Sadak y otros c. Turquía del 17 de julio del 2001, párr. 64; Z. c. Letonia, 24 de enero del 2008, párr. 94; Caka c. Albania del 8 de diciembre del 2009, párr. 101; Fitt c. Reino Unido 16 de febrero del 2002, párr. 44; Mayali c. Francia del 14 de junio del 2005, párr. 31; Botmeh y Alami c. Reino Unido del 7 de junio del 2007, párr. 37; Demski c. Polonia, 4 de noviembre 2008, párr. 37; Chmura c. Polonia, 3 de abril 2012, párr. 46; Biełaj c. Polonia, 27 de abril de 2010, párr. 54; Fąfrowicz c. Polonia, 17 de abril del 2012, párr. 53; Kachan c. Polonia, 3 noviembre de 2009, párr. 33; W.S. c. Polonia, 19 de junio del 2007, párr. 55; Gossa c. Polonia del 1 de setiembre del 2007, párr. 53; Jakubczyk c. Polonia, 10 mayo de 2011, párr. 44; Matyjek c. Polonia del 24 de abril del 2007, párr. 55; Makuszewski c. Polonia, 13 de enero de 2009, párr. 38; Tseber c. República Checa, 22 de febrero del 2013, párr. 44; Krasniki c. República Checa, 28 de mayo de 2006, párr. 75; Luboch c. Polonia del 15 de enero del 2008, párr. 60; B. c. Finlandia, 24 de abril del 2007, párr. 41; Mild y Virtanen c. Finlandia del 26 de abril del 2005, párr. 42; A.S. c. Finlandia, 28 de setiembre del 2010, párr. 52; A.L. c. Finlandia, 27 de enero de 2009, párr. 36; D. c. Finlandia, 7 de julio 2009, párr. 41; W. c. Finlandia, 24 de abril de 2007, párr. 43; Pitkänen c. Finlandia, 9 de marzo de 2004, párr. 57; S.N. c. Suecia, 2 de julio del 2002, párr. 44; Lucà c. Italia del 27 de febrero del 2001, párr. 39; Aigner c. Austria, 10 de mayo del 2012, párr. 35; Asch c. Austria, 26 de abril del 1991, párr. 28; Windisch c. Austria, 27 de septiembre de 1990, párr. 26; Gabrielyan c. Armenia, 10 de abril de 2012, párr. 76; Rosin c. Estonia, 19 de diciembre del 2013, párr. 52; Pello c. Estonia, 4 de diciembre del 2007, párr. 24; Leas c. Estonia, del 6 de marzo del 2012; Vronchenko c. Estonia, 18 de julio del 2013, párr. 55, párr. 77; Zdravko Petrov c. Bulgaria, 23 de junio de 2011, párr. 34; Trampevski c. "la antigua República Yugoslava de Macedonia", 10 de julio de 2012, párr. 44; Solakov c. ex República de Yugoslavia, 31 de octubre del 2001, párr. 57; Accardi y otros c. Italia del 20 de enero del 2005; Kolu c. Turquía del 2 de agosto del 2005, párr. 59; Nikolitsas c. Grecia, 7 de marzo del 2014, párr. 31; Dindar c. Turquía, 20 de diciembre del 2012, párr. 22; Cevat Soysal c. Turquía, 23 de septiembre del 2014, párr. 74; Hulki Güneş c. Turquía, 19 de junio del 2003, párr. 86; Gani c. España, 19 de febrero del 2013, párr. 38; Kostovski c. Países Bajos, 20 de noviembre de 1989, párr. 41; Berisha c. los Países Bajos del 5 de abril del 2000; Haas c. Alemania del 27 de noviembre del 2005; Calabro c. Italia y Alemania del 21 de marzo del 2002; P.K. c. Finlandia, 7 de julio del 2002; A.G. c. Suecia, 10 de enero del 2012; Lemasson y Achat c. Francia, 14 de enero del 2003; Camilleri c. Malta, 16 de marzo del 2000.

1476 Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia, del 25 de julio del 2013, párr. 645.

1477 Muncaciu c. Rumanía, 26 de enero del 2016, párr. 42; Ter-Sargsyan c. Armenia, 27 de octubre del 2016, párr. 60; Meftah y otros c. Francia, 26 de julio del 2002, párr. 51; Asnar c. Francia (N.º 2), 18 de octubre de 2007, párr. 24; Stepinska c. Francia, 15 de junio del 2004, párr. 16; Yvon c. Francia, 24 de abril del 2003, párr. 38; Kress c. Francia, 7 de junio del 2001, párr. 67 y 74; Trančíková c. Eslovaquia, 13 de enero del 2015, párr. 39; Vokoun c. la República Checa, 3 de julio del 2008, párr. 25; J.J. c. los Países Bajos, 27 de marzo de 1998, párr. 43; Cevat Soysal c. Turquía, 23 de septiembre del 2014, párr. 64; Göç c. Turquía, 11 de julio del 2002, párr. 55; Vanjak c. Croacia, 14 de enero de 2010, párr. 52; Nideröst-Huber c. Suiza, 18 de febrero 1997,

El derecho a interrogar a los testigos exige que al imputado se le brinde una oportunidad adecuada y suficiente para cuestionar y preguntar a un testigo que declara en su contra, ya sea cuando hace sus declaraciones o en una etapa posterior[1478].

Con todo, y por regla general, no puede interpretarse que las reglas del juicio justo y el derecho a interrogar a los testigos exijan, en todo caso, que el acusado o sus abogados formulen preguntas directas, ya sea por medio del interrogatorio o por otro medio, sino más bien que con ellos se ofrece al acusado una posibilidad suficiente y adecuada de interrogar al testigo de cargo en el momento de testificar o en una fase posterior del proceso[1479].

El TEDH ha señalado que "debe existir un compromiso razonable entre el interés público por el castigo y la represión del delito, que se basa en la admisión del rango más amplio posible de la evidencia incriminatoria, y el derecho del imputado o acusado a desvirtuar efectivamente dicha evidencia. Cuando el testimonio incriminatorio que se ofrece como prueba pertenece a testigos anónimos, o cuando los testigos se niegan a concurrir a las audiencias de lo cual resulta que la defensa no puede contrainterrogar sobre los hechos declarados por un testigo, se considera que tal proceder viola, en perjuicio del acusado, la norma contenida en el artículo 6, párrafo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos[1480]".

Según el Comité de DDHH, la disposición del pacto que regula el derecho a interrogar a los testigos tiene por objeto garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a los testigos, e interrogar y repreguntar a estos

---

párr. 24; Kessler c. Suiza, 26 de julio del 2007, párr. 29; Spang c. Suiza, 11 de octubre del 2005, párr. 28; Contardi c. Suiza, 12 de julio del 2005, párr. 40; F.R. c. Suiza, 28 de junio del 2001, párr. 36; Ressegatti c. Suiza, 13 de julio del 2006, párr. 30; Ziegler c. Suiza, 3 de mayo de 1993, párr. 33; Khuzhin y otros c. Rusia, 23 de octubre de 2008, párr. 103; Salov c. Ucrania, 6 de setiembre del 2005, párr. 87; Milatová y otros c. la República Checa, 21 de junio del 2005, párr. 59; Krčmář y otros c. la República Checa, 3 de marzo de 2000, párr. 39; Dombo Beheer BV c. los Países Bajos, 27 de octubre de 1993, párr. 33; Walston c. Noruega, 3 de junio del 2003, párr. 56; Kerojärvic. Finlandia, 19 de julio de 1995, párr. 42; H.A.L. c. Finlandia, 27 de enero del 2004, párr. 43; K. P. c. Finlandia, 31 mayo de 2001, párr. 25; K.S. c. Finlandia, 31 de mayo de 2001, párr. 21; Akay c. Turquía, 19 de febrero de 2002.

1478 Van Wesenbeeck c. Bélgica, 23 de mayo del 2017, párr. 89; Manucharyan c. Armenia, 24 de noviembre del 2016, párr. 46; Riahi c. Bélgica, 14 de junio del 2016, párr. 28; Karpyuk y otros c. Ucrania, 6 de octubre del 2015, párr. 106; Sică c. Rumania, 9 de julio de 2013, párr. 57; Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia, del 25 de julio del 2013, párr. 707; Yevgeniy Ivanov c. Rusia, 25 de abril del 2013, párr. 41; Majadallah c. Italia, 19 de octubre del 2006, párr. 37.

1479 González Nájera c. España, 11 de febrero de 2014, párr. 43; Gani c. España, 19 de febrero del 2013, párr. 38.

1480 TEDH Casos: Bonisch c. Austria (1985), Serie A, N.º 92; Kostovski c. Países Bajos (1989), Serie A, N.º 166; y Urterpertinger c. Austria (1986), Serie A, N.º 110.

en iguales condiciones de las que dispone la acusación[1481]. El Comité recuerda que, en aplicación del principio de igualdad de armas y medios, la garantía del artículo 14, párrafo 3, e), es importante para asegurar el ejercicio de una defensa efectiva por los acusados y sus abogados, y para garantizar a los acusados la misma potestad jurídica de la que dispone la acusación para obligar a comparecer a testigos pertinentes para la defensa y para interrogar a cualquier testigo, realizar careos entre ellos[1482] o contrainterrogarlos[1483]. Se reconoce el derecho a contrainterrogar de manera efectiva a los testigos de cargo[1484].

V. LA PRUEBA PRINCIPAL Y LA PRUEBA CONTRARIA

21. En la doctrina procesal y la jurisprudencia[1485], también se distingue entre la denominada "prueba principal" y la denominada "contraprueba"[1486] o "prueba en contrario"[1487]. La prueba principal consiste en acreditar la verdad de una afirmación sobre los elementos que forman parte de la ley o una disposición aplicable, mientras que la contraprueba supone la prueba de su falsedad o la no concurrencia de un elemento de la ley en el caso concreto. La contraprueba se presenta tanto

1481 Observación General N.º 13, 21º Período de Sesiones (1984); Administración de justicia (artículo 14).

1482 Comunicación N.º 1390/2005, Koreba c. Belarús, 25 de octubre de 2010, 100º Período de Sesiones, párr. 7.5; Comunicación N.º 1535/2006, Shchetka c. Ucrania el 19 de julio de 2011, párr. 10.5.

1483 Comunicación N.º 1769/2008, Ismailov c. Uzbekistán; Dictamen aprobado el 25 de marzo de 2011, 101º Período de Sesiones, párr. 7.5; Comunicación N.º 1263/2004, Khuseynov c. Tayikistán, Comunicación N.º 1264/2004, Butaev c. Tayikistán; Dictamen aprobado el 20 de octubre de 2008, 94º Período de Sesiones, párr. 8.5; Comunicación N.º 1276/2004, Idiev c. Tayikistán, dictamen aprobado el 31 de marzo de 2009, 95º Período de Sesiones, párr. 9.6.

1484 Comunicación N.º 269/1987, Delroy Prince c. Jamaica, 30 de marzo de 1992, párr. 8.2.

1485 Véase, la **Casación N.º 766-2020** del 14 de marzo del 2022 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "Es de precisar que no consta prueba en contrario (contraprueba directa o indirecta, esta última denominada contraindicio, y prueba de lo contrario) —sea que se dirija a desvirtuar un indicio o a destruir una presunción ya formada—"; la **Casación N.º 1726-2019** del 23 de noviembre del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "Es de revisar si no consta prueba de lo contrario, (contraprueba respecto de la afirmación base y prueba en contrario respecto de la afirmación presumida)"; la **Casación N.º 1897-2019** del 25 de agosto del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "La prueba de los indicios es sólida y se refutó la denominada prueba en contrario. No se enervó que los indicios no se acreditaron o que no están suficiente probados, ni que otro hecho incompatible con los indicios se probó (es lo que se denomina "contraprueba"). Ni siquiera se sostuvo y anunció la existencia de una prueba de lo contrario, ligada al hecho consecuencia o típico, que haría ineficaz la presunción".

1486 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/6, p. 298; Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 69; Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 237.

1487 Cfr. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 216.

cuando se acredita la falsedad de un hecho afirmado como cuando se hace decaer la certidumbre de una afirmación sobre un hecho determinado[1488].

Junto a la idea de la prueba contraria se alude a la **prueba principal**[1489], que se refiere a aquella prueba a la que la prueba contraria se opone. La prueba principal es aquella que se incorpora en el proceso para acreditar la existencia de los elementos constitutivos de un hecho principal o secundario. La prueba principal puede ser aportada por uno de los sujetos procesales o puede ser una prueba de oficio, aunque normalmente la presenta quien tiene la obligación de demostrar la verdad de una afirmación[1490]. Desde el punto de vista lógico, la prueba contraria se incorpora al proceso en un momento posterior a la prueba principal y busca refutar o cuestionar la ocurrencia de un hecho, la no ocurrencia del mismo, o demostrar que se ha realizado de manera distinta.

22. La contraprueba, o el derecho a la prueba contraria, se presenta no solo cuando hay situaciones o hechos incompatibles que deben acreditarse, sino también cuando se recurre a distintos medios de prueba para acreditar un mismo hecho o circunstancia[1491]. Dicha prueba busca contradecir la alegación o acreditar la falsedad de una afirmación[1492]. La prueba contraria puede ser directa o indirecta, según incida en un hecho principal o en uno secundario[1493]. Por ejemplo, esta clase de prueba puede incidir en cuestionar la credibilidad de una o más declaraciones prestadas en el proceso o incidir en la falta de credibilidad del testigo, así como también puede pretender criticar y cuestionar un documento (público o privado) o cualquier otra clase de prueba[1494].

1488 Véase, Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 69; Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 216: "la prueba principal es la que debe poner de manifiesto la existencia de las circunstancias de hecho típicas de las normas jurídicas por aplicar; por tanto, es la prueba de la parte que soporta la carga de la verdad de una afirmación. La prueba en contrario es la prueba de la otra parte sobre la falsedad o 'la refutación de las alegaciones de hecho' como dice el art. 282; debe poner de manifiesto la inexistencia de aquellas características, pero es admisible ya antes de la prueba principal"; Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 237: la contraprueba "es la que se práctica por la parte contraria a quien incumbe la prueba, siendo indiferente que esté dirigida a probar lo contrario, o persiga mediatamente el desvirtuar afirmaciones de hecho".

1489 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 291.

1490 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/6, p. 298.

1491 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 273; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 336; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 415.

1492 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/6, p. 298.

1493 Cfr. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 217.

1494 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 291.

La prueba indirecta, 'en contrario', no pretende oponerse a la afirmación que se considera probada, sino que quiere refutarla con la ayuda de otros hechos para que se llegue a la conclusión de que esa afirmación tiene un carácter dudoso o que estamos ante la inexistencia de un elemento de la tipicidad[1495].

La prueba principal tiene éxito cuando consigue convencer por completo al órgano jurisdiccional, mientras que la contraprueba solo necesita generar dudas razonables sobre las afirmaciones o conclusiones que sostiene[1496]. Tanto la prueba principal como la contraprueba pueden plantearse a través de cualquier medio de prueba permitido por la ley así, como también a través de los medios de prueba atípicos.

La prueba contraria debe tener un determinado grado de verosimilitud una vez que se actúa la prueba; no basta una simple posibilidad o la sospecha de que se haya producido un evento[1497].

VI. LA PRUEBA POSITIVA Y LA PRUEBA NEGATIVA

23. La doctrina distingue entre las pruebas positivas (o afirmativas) y las pruebas negativas[1498] (o contrarias). Una prueba positiva tiene por objeto demostrar la verdad de un enunciado fáctico. Se distingue también entre una **prueba positiva directa** y una **prueba positiva indirecta**[1499]: la primera busca acreditar la realidad del hecho principal y la segunda acredita la realidad de un hecho secundario.

Por su lado, una **prueba negativa** —llamada también "contraprueba" o "aquella que se opone a la prueba positiva"— tiende a demostrar que un enunciado fáctico es falso; es decir, que el hecho no sucedió[1500] o que el hecho objeto de prueba no se ha

1495 Cfr. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 217.

1496 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/6, p. 298; Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 216: "la prueba principal se ha cumplido cuando se ha llevado al magistrado el pleno convencimiento de la verdad de los hechos afirmados; opuestamente la prueba en contrario lo es cuando ha vuelto a hacer dudosa esta afirmación".

1497 Con matices: Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 216.

1498 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 459; Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 151.

1499 Cfr. Taruffo, en Comoglio/Ferri/Taruffo, *Lezioni sul proceso civile. Il proceso ordinario di cognizione*, cit., t. I, p. 464; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 459; Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 160.

1500 Cfr. Traversi, Alessandro, *La defensa penal. Técnicas argumentativas*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 49: "el conjunto de las pruebas disponibles puede ser contradictorio en el caso de que, ante pruebas (directas o indirectas) positivas que avalen la hipótesis acusatoria, haya otras también, de signo contrario que las nieguen"; Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 160; Taruffo, *La prueba*, cit., p. 61.

producido tal como se describe o pretende enunciar[1501]. La prueba negativa tiende acreditar la afirmación que niega la existencia de un hecho[1502] o que indica que el hecho se ha realizado de una manera completamente distinta a lo sostenido por el Ministerio Público. Esta clase de prueba posee una autonomía funcional propia y trata de demostrar que el hecho no ha ocurrido tal como se pretende describir. Se distingue entre **prueba negativa directa** y **prueba negativa indirecta[1503]: la primera busca acreditar la inexistencia de un hecho principal y se funda en el principio lógico de no contradicción**[1504] (*v. gr.*, cuando los testigos avalan la coartada del imputado de que el día del crimen se encontraba en otro lugar[1505]), mientras que la segunda busca demostrar la inexistencia de un hecho secundario y supone la mediación de una regla en la que se destaca la alternatividad de un hecho[1506] (como cuando las pruebas clínicas acreditan en un caso de violación que la persona tiene disfunción eréctil y no puede tener relaciones sexuales[1507]).

1501 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 151.

1502 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 459: "la prueba negativa se caracteriza por su finalidad (la demostración de la aserción que niega un hecho), no por contraponerse en el proceso a una prueba positiva: a menudo sucede, en realidad, que la prueba negativa se utiliza para oponerse a pruebas positivas, pero es posible obviamente que la prueba negativa "aparezca sola" siempre que se trate, en todo caso, de probar la negación de un hecho".

1503 Cfr. Taruffo, en Comoglio/Ferri/Taruffo, *Lezioni sul proceso civile. Il proceso ordinario di cognizione*, cit., t. I, p. 464.

1504 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 161.

1505 Cfr. Traversi, *La defensa penal. Técnicas argumentativas*, cit., p. 49; Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 160; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 460.

1506 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 161.

1507 En el **R. N. N.º 1144-2016** del 7 de agosto del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Príncipe Trujillo) se señaló para absolver al imputado que: "Sobre lo vertido por el acusado, se tiene que esto guardaría relación con el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 001353-2000-PSC (véase a fojas veintinueve y ratificado a fojas noventa y uno), el cual concluyó que este presenta trastorno en la identidad sexual; así como de la Evaluación Psiquiátrica N.º 055617-2015-PSQ (véase a fojas seiscientos ochenta y tres) la cual concluyó que este presentaba personalidad disocial, impotencia en capacidad eréctil, inhibición del deseo sexual y preferencia homosexual".

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú destaca que la disfunción eréctil no descarta la posibilidad de comisión del delito de abuso o violación sexual. En el **R. N. N.º 418-2020** del 9 de marzo del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga) se señaló lo siguiente: "resulta necesario anotar que si bien existe un certificado médico legal del diecinueve de septiembre de dos mil doce suscrito por el médico legista Juan López Santillán (véase a folio 315) donde se infiere que el procesado Américo Soria Gutiérrez padecería de disfunción eréctil porque presenta una disminución de reflejos; sin embargo, aparece también el certificado médico legal número 038414-PF-AR, del tres de diciembre de dos mil once, suscrito por el médico legista Max León Pinto (véase a folio 262), quien concluyó que el procesado presentaba una potencia sexual conservada. En ese sentido, se observa que entre ambas evaluaciones existe un lapso de tiempo que debe ser tomado en cuenta debido a la edad del procesado, y es la evaluación más próxima a la fecha de la comisión delictiva la idónea para establecer su responsabilidad sobre el hecho imputado. Por otro lado, este Supremo Tribunal

La prueba negativa es la más difícil de obtener y lograr, ya que es más simple verificar la existencia de un hecho que la inexistencia del mismo. En algunas ocasiones lo único que queda es que la parte obtenga la prueba de la existencia de un hecho distinto que es lógicamente incompatible con la existencia de lo afirmado por la contraparte, *v. gr.*, la coartada[1508].

Si en el caso concreto concurren medios de prueba positivos y negativos que entran en conflicto, el problema probatorio no se puede resolver de manera algebraica o numérica (es decir, según la cantidad o la sumatoria de pruebas de uno u otro signo). Tampoco se puede partir por considerar que las pruebas negativas siempre neutralizan o bloquean el valor probatorio de las pruebas positivas, *v. gr.*, el hecho de que algunas personas testigos de un robo no reconozcan a un imputado no quiere decir que el caso de reconocimiento positivo realizado por otras personas deja de contar con valor probatorio[1509].

La Corte Suprema de Justicia señala que "corresponde a la acusación la prueba positiva de cargo. A ella le es exigible probar la realidad de los hechos, su relevancia penal y la intervención delictiva de los imputados. El aporte probatorio que formula debe ser consistente con las afirmaciones que fueron materia de su acusación[1510]".

La clase de prueba que aporta la acusación para la acreditación de los elementos constitutivos del delito debe tratarse de una prueba positiva[1511]. Asimismo, para acreditar o corroborar cualquier afirmación en el proceso, también se requiere de

---

advierte que la enfermedad de Peyronie, según la doctrina médica, no necesariamente produce una disfunción eréctil inmediata en todos los casos, pues incluso en ella se presentan tres fases: a) aguda, b) subaguda y c) crónica, y en las dos primeras puede ocurrir una erección, lo cual hace suponer que durante el periodo comprendido entre el dos mil nueve y el dos mil once el procesado pudo haber mantenido erecciones y someter así al vejamen sexual al adolescente agraviado". En ocasiones la alegada disfunción eréctil se descarta por el propio relato del imputado; así el **R. N. N.º 372-2020** del 22 de marzo del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez) señala lo siguiente: "Su principal tesis de defensa es que adolece de una disfunción eréctil, por lo que no es posible que haya agredido sexualmente a la menor de iniciales N. A. T. M.; sin embargo, ello es desmentido por su propio relato, descrito en la Pericia Psicológica número 027753-2019-PSC (folio 420), donde se deja constancia del examen psicológico que se le practicó y el propio encausado precisó que la última relación sexual que tuvo ocurrió seis meses antes de agosto de dos mil diecinueve (folio 422) y brindó diversos detalles de ello".

1508 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 69 y 70; Traversi, *La defensa penal. Técnicas argumentativas*, cit., p. 50; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 460.

1509 Cfr. Traversi, *La defensa penal. Técnicas argumentativas*, cit., p. 50.

1510 Véase, el R. N. N.º 2138-2016 del 10 de febrero del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1511 Véase, el R. N. N.º 2138-2016 del 10 de febrero del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

prueba positiva[1512], v. gr, la versión de un testigo[1513]. Por ejemplo, se requiere de prueba positiva para acreditar el error culturalmente condicionado y el error de tipo acerca de las costumbres de la localidad, y para acreditar que el imputado, por razones culturales, no podía comprender el carácter de su acto[1514].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: "lo central, más allá de toda discusión doctrinal, es que los hechos negativos no se prueban, sino los hechos positivos —los hechos constitutivos de la pretensión procesal—, que integran el tipo delictivo (con las reservas del caso, en función a lo que se viene exponiendo, es de rigor el aforismo: *ei incumbit probatio qui dicti, non qui negat*, y que como el imputado es considerado inocente, la labor activa en esta materia, como responsable de la persecución del delito, le corresponde al Ministerio Público, que debe demostrar su culpabilidad y, por ende, tiene una obligación de aportación de pruebas. El Juez al analizar el conjunto del material probatorio —bajo el principio de adquisición y, obviamente, sin interesar quién lo aportó— decidirá desde criterios racionales si este superó el estándar de más allá de toda duda razonable —o elevada verosimilitud objetiva—[1515]".

La prueba negativa —que se dirige a acreditar que el hecho (principal o secundario) no se realizó— debe distinguirse del **resultado negativo de la prueba,** que se produce cuando el concreto medio de prueba no aporta información útil ni un resultado positivo para la determinación de los hechos que son objeto del proceso. El fracaso de un medio de prueba, en cuanto a no poder aportar información sobre la existencia o inexistencia del hecho que se trata de probar, lleva a suponer que este posee un valor neutral o igual a cero, debido a que ni confirma ni refuta un hecho. El resultado probatorio negativo puede obtenerse tanto de las pruebas positivas como de las pruebas negativas[1516].

1512 Véase, el R. N. N.º 4356-2009 del 24 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1513 Véase, el R. N. N.º 1659-2014 del 11 de mayo del 2015 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1514 Véase, el R. N. N.º 660-2016 del 15 de junio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

1515 Véase, el R. N. N.º 1190-2019 del 30 de diciembre de 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1516 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 460.

VII. LA PRUEBA CONTRARIA Y EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

24. Los casos de ofrecimiento y admisión de pruebas contrarias están sometidos a las reglas de **relevancia, pertinencia y utilidad**[1517]. La prueba que presenta la defensa, o cualquier otro sujeto procesal, también debe cumplir con el test de relevancia y pertinencia. Por mandato del principio de igualdad de armas, a ninguna parte en el proceso se le puede brindar mayores facilidades para acreditar un determinado suceso, así como tampoco a una parte se le puede imponer mayores cargas y obligaciones que las previstas en la ley. Las reglas de pertinencia y utilidad valen para toda clase de procesos y se extienden como exigencias para todas las partes del proceso.

Tanto la prueba positiva que acredita la imputación o la punibilidad de un hecho como la prueba contraria que la refuta (o niega el hecho) deben cumplir con la regla de pertinencia con el objeto del proceso o de la investigación, tanto en lo que se refiere a los hechos principales como en lo relativo a los hechos secundarios[1518]. La prueba contraria debe respetar el contenido y la determinación del objeto de prueba. No puede tener un mayor o menor alcance que la prueba opuesta.

En el diseño constitucional del proceso penal, el ingreso del material probatorio al proceso no es libre ni está sujeto a reglas discrecionales por parte de los jueces. Como una garantía mínima del debido proceso, y por expreso mandato legal (artículo 155.2 del CPP), solo es posible que se admitan aquellas pruebas (o contrapruebas) que guarden relación con el objeto del proceso. Según la lógica del sistema, un pasaje obligado para la incorporación de los medios de prueba es que se cumpla con el requisito de relevancia y pertinencia[1519]. Todo medio de prueba (típico o atípico) debe cumplir con esta exigencia constitucional. Solo se pueden excluir los medios de prueba que sean impertinentes o que se encuentren prohibidos por la ley. También se limitan los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución (artículo 155.2), lo que se aplica también a la prueba contraria. Más allá de la regulación legal, no es posible que se creen e inventen pretoriamente filtros de admisibilidad más rigurosos. Una interpretación en contrario no solo afecta el principio de legalidad en materia probatoria, sino también el derecho fundamental a la prueba que asiste a todas las partes en el proceso.

1517 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 246; Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 270; Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 138.

1518 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 141.

1519 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 270.

La admisibilidad de la prueba contraria que cumple con los filtros de pertinencia y utilidad constituye una obligación del juez, el cual no puede limitar arbitrariamente su ejercicio al amparo de criterios extralegales y extraepistémicos. Por ejemplo, se debe descartar que una exigencia para admitir la prueba contraria sea el criterio de la absoluta necesidad[1520].

Los filtros de admisibilidad de la prueba (pertinencia y licitud) no solo se circunscriben al ámbito de la fase de la etapa intermedia y el juicio oral, sino que se extiende a todas las etapas del procedimiento del proceso penal[1521], *v. gr.*, las diligencias preliminares y la investigación preparatoria.

Las dudas acerca de la relación de la prueba contraria con el objeto del proceso y, en particular, con el *thema probandum* deben ser resueltas de forma favorable con base en los criterios generales: los medios de prueba que refutan o cuestionan la prueba de la fiscalía, o la posición de la otra parte, deben admitirse[1522]. El ofrecimiento y admisión de la prueba contraria no solo tienen que ver con el derecho a la prueba y la indagación adecuada de la verdad de los hechos, sino también con el contenido y desarrollo del derecho de defensa, que siempre debe ser preservado con especial cuidado, así como con el principio de la presunción de inocencia.

Las partes pueden ofrecer medios de prueba sobre la inexistencia del hecho objeto de prueba directa; en tal sentido, si la prueba directa versa sobre un hecho X que forma parte del elemento del tipo (objetivo o subjetivo) de una figura delictiva, en respuesta, la prueba contraria debe versar sobre la negación del hecho, con lo que se concreta el principio lógico de no contradicción[1523].

El juez, dentro de sus competencias, puede y debe controlar las propuestas probatorias de las partes a través de la expedición de un auto debidamente motivado (artículo 155.2 del CPP), entre las que se cuenta la proposición de medios de prueba contrarios. El órgano jurisdiccional debe verificar la pertinencia y relevancia de los medios de prueba ofrecidos, bajo los parámetros jurídicos y epistemológicos, con lo cual descarta los medios de prueba superfluos o redundantes.

25. El momento y oportunidad de presentación y admisión de la prueba contraria debe ser más flexible y equitativa que la presentación de otros medios de prueba, toda vez que su necesidad surge normalmente luego de la actuación de dichas pruebas. Si bien nada obsta a que las pruebas contrarias se presenten desde

1520 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 176.

1521 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 272.

1522 Al respecto, Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 85.

1523 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 159.

el inicio del juicio, la dinámica probatoria y el desarrollo dialéctico del mismo aconsejan contar con un criterio más abierto a la hora de su admisión, tanto en lo que se refiere al tiempo de su presentación como en lo relativo a su admisión. Si un juez admite la prueba de un testigo y luego de su declaración se advierte una sindicación súbita contra el imputado, la defensa tiene el derecho a presentar testigos de descargo, respecto al hecho o respecto a su credibilidad, u otro medio de prueba que contrarreste su eficacia. La regla que rige en este ámbito es que, en la medida que subsista un tema de prueba, debe haber la oportunidad para presentar y la posibilidad de que se admitan todos los medios de prueba útiles para verificarlo.

Uno de los supuestos más problemáticos de la prueba contraria es determinar si es necesario para su admisión y su valoración (de como también para su análisis en el recurso o en la casación) que la prueba contraria, además de relevante, sea **decisiva**[1524]. Los que sostienen este criterio imponen, incorrectamente y en discrepancia con el derecho de prueba, requisitos más altos para el ofrecimiento y admisión de la prueba que los casos normales. No se entiende ni es razonable el nivel de exigencia que se pretende asumir en este ámbito. El derecho a presentar y a que se admita la prueba contraria posee un alcance constitucional y convencional amplio; de tal manera que no pueden reducirse sus alcances a solo conferir relevancia constitucional a la prueba contraria decisiva[1525].

La importancia de la prueba contraria no solo se limita al momento de la admisión o la actuación de la prueba. En realidad, el momento más crucial y trascendente en donde la problemática de la prueba contraria despliega su papel descollante lo constituye la evaluación racional de la prueba, etapa en la que el juzgador debe analizar con toda rigurosidad cada uno de los medios de prueba admitidos y actuados, en especial, los que refutan o restan credibilidad a la tesis de la imputación o, de manera más amplia, tiene qué ver con el mecanismo de control de la no refutación de las conclusiones o resultados probatorios adquiridos.

VIII. LA PERICIA Y LA PRUEBA CONTRARIA

26. En la doctrina y jurisprudencia comparada, se discute si se puede aceptar a la pericia como una modalidad y manifestación de la prueba contraria.

Algunos consideran que, si se parte por catalogar a la actividad pericial como una prueba neutra, que se sustrae del control de las partes y que puede ser ordenada de oficio, es posible sostener que la pericia no puede ser tomada como una prueba

1524 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 152.

1525 Cfr. Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 86.

contraria. Esta posición tiene como punto de partida una concepción paleopositivista de la actividad científica y, en concreto, de la actividad pericial, al estimarla como algo infalible e incontrovertible.

Sin embargo, de la mano del principio de libertad probatoria que se extiende a toda clase de pruebas y a cualquier sujeto procesal, se puede sostener que no hay ninguna objeción para considerar a la actividad pericial como una forma y posible manifestación de la prueba contraria.

Las partes, para refutar las afirmaciones de su oponente, así como también las pruebas que utilizan, pueden presentar sin ninguna dificultad las pruebas periciales o las pruebas científicas o tecnológicas que ayuden a consolidar el patrimonio cognoscitivo en el proceso, aprovechando el conocimiento experto, especializado y los enormes avances de las diversas áreas del saber humano[1526].

27. La progresiva influencia de la prueba científica y la consecuente marginalización de la prueba declarativa es una de las características más significativas del proceso penal actual[1527]. Mientras que hace unos años se señalaba que el testimonio eran los ojos y oídos de la justicia (Bentham), ahora, con el desarrollo de la sociedad y el avance del proceso penal, las principales pruebas son los audios de la intercep-

1526 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 180; Sánchez Rubio, Ana, *El sistema contradictorio como método de investigación importado de la ciencia: una novedosa configuración de la prueba científica*, en *Revista Internacional de estudios de Derecho procesal y arbitraje*, N.º 2, 2016, p. 15.

1527 Cfr. Caianiello, Michele, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, en *Prova scientifica e processo penale* (a cura di Giovanni Canzio e Luca Lupária Donati), 2a. ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2022, pp. 189 y 190; Ferrua, Paolo, *Presentazione*, en *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 4; Giunta, Fausto, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014, p. 563: "Proprio perché la voce della scienza vanta una credibilità esplicativa ben maggiore di quella offerta dal senso comune, una sorta di primazia scientista tende a spodestare oggi sia la prova dichiarativa, sia le massime di esperienza quali suoi strumenti di valutazione, dalla posizione di centralità che esse occupano nella tradizione e nell'immaginario processualpenalistico di matrice accusatoria"; Igartua Salaverría, Juan, *Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica*, en *Jueces para la Democracia*, N.º 96, diciembre 2019, p. 77: "En la actualidad, la prueba científica ha destronado a la prueba testifical, tenida hasta ahora como la prueba reina. Porque nos ofrece un mundo de informaciones antes inimaginables. El *bloodstain pattern analysis*, por ejemplo, nos dice mucho sobre cómo sucedieron las cosas en la escena del crimen. El ADN puede ser una prueba aplastante contra el imputado. La telecámara ha sustituido al testigo ocular, es más segura y además hay muchas. El reconocimiento facial realizado por una computadora está sustituyendo al de un testigo. Las llamadas telefónicas al teléfono celular permiten trazar todos tus movimientos. Tu posición es casi siempre identificable. También tus conversaciones: telefonazos, sms, e-mails. Según te mueves, dejas rastros inexorables: huellas, cabellos, saliva. Si por precaución no escribes a mano sino en el ordenador y piensas haber burlado la pericia caligráfica, allá está la estilometría para pillarte. Y así sucesivamente".

tación telefónica, los videos, la prueba de ADN, que permite el análisis cada vez más refinados de las huellas dejadas por el crimen, y la reconstrucción virtual de la escena del delito[1528]. En el proceso penal moderno, el uso de la ciencia y la técnica son los instrumentos principales e imprescindibles de la reconstrucción de los hechos, pues poseen un alto grado de confianza y credibilidad en los resultados[1529].

Las pruebas científicas y tecnológicas son medios valiosos y a veces decisivos de investigación, pues contribuyen de manera adecuada a la determinación de los hechos y son portadores de una mayor fiabilidad que la declaración testimonial. El conocimiento producido en una investigación científica, que es neutral respecto a cuestiones éticas y políticas, puede ser útil y necesario para la acreditación de los hechos, tanto para el juez como para las partes en el proceso[1530].

El admitir el ingreso al proceso de los conocimientos especializados (científicos o técnicos) permite a la ciencia y a la tecnología el dotar a los fallos judiciales de un aporte fundamental de racionalidad, al operar como factor integrador y un complemento al principio de legalidad, con el que comparte la función de límite externo y contención del arbitrio del juez[1531]. El empleo del conocimiento técnico y científico en el proceso penal posibilita obtener una reconstrucción más segura y precisa de los hechos materia de indagación, por encima de un saber medio o fundado solo en el sentido común y en la cultura media del juez[1532].

1528 Cfr. Ferrua, *Presentazione*, cit., p. 4; Conti, Carlotta, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il "discorso sul metodo"*, en *Diritto penale e processo*, n.º 6, 2019, p. 848; Canzio, Giovanni, *Prova scientifica, ricerca della 'verità' e decisione giudiziaria nel processo penale*, en *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Quaderno n. 8 della Riv. trim. dir. e proc. civ., Milano, 2005, pp. 56: "Occorre dunque ammettere che il fine di 'verità' delle investigazioni e della ricostruzione probatoria dei fatti, nonostante l'ostracismo anche lessicale della parola, messa al bando dalla grammatica delle leggi e delle sentenze, risulta perseguito facendo ricorso in numerosi casi alle 'nuove' prove scientifiche, quali: i tests genetici del DNA, gli esami biologici, le analisi chimiche e tossicologiche, gli esami psicologici, le informazioni desumibili da studi epidemiologici, da sperimentazioni su animali, da calcoli statistici e biostatistici, la ricostruzione della dinamica dell'evento mediante il computer, il metodo spettrografico di riconoscimento vocale (voice-print), la stilometria avente ad oggetto l'individuazione qualitativa dello stile letterario di una persona per l'attribuzione ad essa di un atto o una dichiarazione".

1529 Cfr. Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., p. 190.

1530 Cfr. Pulitanò, Domenico, *Difesa penale e saperi sul mondo*, en *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 51.

1531 Por todos, Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., p. 564.

1532 Cfr. Rivello, Pier Paolo, *La prova scientifica*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 57 y 58; Ubertis, Giulio, *La prova scientifica e la nottola di minerva*, en *Argomenti di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, p. 197.

La Corte Suprema de Justicia ha destacado que "hoy en día la pericia, como prueba indiciaria, es la prueba reina y la que ofrece un mayor grado de conocimientos y seguridad. La técnica ha hecho aparecer sistemas más objetivos y seguros; los avances técnicos permiten investigar un delito y proporcionan una certeza mucho mayor que la aportada por simples declaraciones testificales[1533]". También resalta que "una nota característica de la pericia que resulta de su carácter extrajurídico es que pertenece a un área del conocimiento especializado y, por ello, no forma parte de la experiencia ni la cultura del hombre medio[1534]".

Sin embargo, el uso en el proceso de las diversas pruebas científicas y tecnológicas no las convierte en pruebas infalibles, seguras y sin margen de error. Tampoco se trata de pruebas tasadas[1535] o que tienen un valor indiscutible. Si bien existe un nexo indisoluble entre ciencia, tecnología y proceso, no se debe exagerar ni sobreestimar su relación; por el contrario, se debe admitir la posibilidad de error[1536] y que no todos los problemas fácticos y probatorios se logran solucionar a través de la ciencia y la tecnología.

Los desafíos que presentan las nuevas tecnologías y los avances científicos en materia probatoria son diversos. Primero, se debe armonizar el uso de los instrumentos tecnológicos con la vigencia de la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales, como la intimidad o la identidad digital, fijando los requisitos legales para su intervención constitucional y convencionalmente legítima. Segundo, se debe preservar la autenticidad y lo genuino de los datos y la información recogidos, a fin de que se incorporen al proceso y se pueda debatir sobre su contenido al amparo del contradictorio[1537].

Uno de los problemas más graves que arrastra el ingreso de la prueba pericial al proceso penal, y, en especial, el de las pruebas científicas, es que muchas veces, por defectos de formación, se promueve el riesgo de decisiones acríticas y pasivas sobre el resultado de esta clase de prueba científica, en la que se convierte al perito en un "maestro secreto del proceso" (Damaska). Sin embargo, como la experiencia americana destaca, en la elaboración de criterios de exclusión de la evidencia científica

1533 Véase, el R. N. N.º 840-2019 del 28 de octubre del 2020 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Castañeda Espinoza) con cita de San Martín Castro.

1534 Véase, el R. N. N.º 1658-2014 del 15 de marzo del 2016 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

1535 Cfr. Sánchez Rubio, *El sistema contradictorio como método de investigación importado de la ciencia*, cit., p. 15: "La prueba científica no debe devenir una nueva versión de prueba legal o tasada, porque, la prueba científica, en cuanto producida por seres humanos, no está exenta de errores y, consecuentemente, tampoco está exenta de ser desmentida".

1536 Cfr. Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., p. 191.

1537 Cfr. Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., p. 192.

al momento de evaluar la admisibilidad de la evidencia, el juez profesional cumple la función importante de filtro del material probatorio que queda a la evaluación del jurado[1538] con base en su calidad.

28. En la doctrina procesal, se reconoce el **derecho a la prueba científica[1539] y/o el derecho a la prueba pericial[1540] como manifestaciones del derecho a la prueba.** El derecho a defenderse probando cobra un excepcional valor cuando las partes en el proceso acuden a la realización de una prueba pericial o, concretamente, a la de una pericia científica.

El pedido de que se realice en sede de la investigación o en el proceso penal una pericia sobre un concreto tema de prueba que forma parte del objeto de indagación debe llevar a un análisis cuidadoso, sobre todo, si dicha petición se relaciona con el ejercicio, real y efectivo, del derecho fundamental a la prueba y del derecho de defensa, y se vincula con el derecho de acceso a la justicia. Las únicas razones que permite la ley para denegar la realización de una pericia son que se trate de un medio de prueba impertinente o que se encuentre prohibida en la ley (*v. gr.*, el empleo del detector de mentiras, el suero de la verdad, etc.). También se pueden limitar los medios de prueba, según el artículo 158.2 del CPP, cuando resulten manifiestamente sobreabundantes (*v. gr.*, si hay videos de la comisión del hecho o el imputado confiesa la comisión del hecho delictivo) o sean de imposible consecución (*v. gr.*, si no se cuenta con especialistas en el medio sobre el tema que deberá versar la pericia, si no se cuenta con los instrumentos técnicos o científicos necesarios, etc.). La inadmisión no fundamentada de la pericia que se solicita, o la motivación más allá de los criterios legales específicos de inadmisión, supone una violación al derecho a la prueba, al derecho de defensa y al derecho de acceso a la justicia.

1538 Cfr. Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., p. 564; Lorusso, Sergio, *La prova scientifica*, en *La prova penale* (a cura da Alfredo Gaito), Torino, 2008, p. 295 y ss.; Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 610.

1539 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 364.

1540 Cfr. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 245; Tonini, Paolo, *Diritto di defesa e prova scientifica*, en Vicente Guzmán Fluja e Ignacio Flores Prada (directores), *Justicia penal y derecho de defensa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 276; Igartua Salaverría, *Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica*, cit., p. 80: "la concepción 'post-positivista' se refleja en los principios fundamentales de las Constituciones modernas. Se reconoce a las partes la facultad de buscar pruebas. Tanto la acusación como la defensa pueden nombrar a expertos (no solo el juez) como asesores técnicos de parte. Los expertos de parte tienen derecho a participar en la pericia (a través del contradictorio), así como derecho a realizar investigaciones. Tanto el perito judicial como los asesores de parte han de someterse al examen cruzado. Por último, el juez está obligado a motivar la sentencia, explicando por qué considera atendibles unas pruebas y no atendibles las pruebas que descarta".

No es correcto rechazar la realización de una pericia, por ejemplo, tomando como pretexto el excesivo costo que puede demandar, señalando la posible demora en su ejecución o recomendando al imputado realizar una pericia de parte. El denegar el derecho a obtener una prueba pericial no parece la solución idónea para resolver de manera adecuada los graves problemas de la justicia penal[1541] y, desde ya, supone un atentado contra el deber de esclarecimiento que han de asumir las autoridades estatales en el marco de una investigación o el proceso penal acerca de un delito concreto.

La ley peruana no fija criterios de admisibilidad distintos para la actividad pericial (*v. gr.*, la científica) que los establecidos en las disposiciones generales sobre la prueba (artículo 158.2 del CPP), tal como ocurre con otras legislaciones procesales de la *common law*. No se requiere, por ejemplo, que la metodología científica o técnica se encuentre aceptada en la comunidad de expertos o que su tasa de error sea muy baja. Tampoco se requiere que los aplicados se traten de conocimientos especializados consolidados[1542]. El CPP peruano no establece filtros o criterios legales para excluir los casos de ciencia basura o la mala ciencia que se promueven, por ejemplo, en el derecho norteamericano. Una futura reforma del CPP debería implementar mecanismos que eviten el ingreso al proceso penal de la denominada "ciencia basura".

En relación al conocimiento experto nuevo, se plantea la necesidad de instaurar una regla de flexibilidad en la admisión de la prueba pericial y la prueba científica[1543]. En otros países (*v. gr.*, en Estados Unidos) el juez tiene la facultad de proceder a realizar una evaluación caso por caso en relación a la fuerza persuasiva de la "nueva evidencia científica" antes de decidir admitirla[1544].

La prueba pericial (científica, técnica o artística) debe ser pertinente y necesaria para el esclarecimiento de los hechos y ha de ser introducida formal y materialmente por el proceso. En caso de duda acerca de la pertinencia de dicha prueba, se debe establecer un criterio abierto y de admisibilidad que se adapte al fenómeno en examen, de la mano del principio *pro probationem*[1545].

1541 Cfr. Tonini, *Diritto di defesa e prova scientifica*, cit., p. 276.

1542 Cfr. Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., pp. 190 y 192.

1543 Cfr. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 83; Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., pp. 190 y 192.

1544 Cfr. Ubertis, *I criteri di ammissibilità probatoria*, cit., p. 203.

1545 Cfr. Ubertis, *I criteri di ammissibilità probatoria*, cit., p. 206: "L'eventuale controversia sulla scientificità della prova richiesta sarebbe risolubile altresì attraverso lo sviluppo del contraddittorio nel suo momento ammissivo, magari usufruendo di prove sussidiarie per accertare controllabilità e giustificabilità dei procedimenti e dei risultati relativi all'apparato tecnico-scientifico: andrebbe comunque 'evita[to] di addossare al proponente l'onere di provare

29. Se reconoce a las partes el derecho a presentar prueba experta contraria a la planteada por la otra parte a fin de sostener o hacer prevalecer una determinada hipótesis[1546]. Cualquier parte del proceso penal tiene el derecho a cuestionar la hipótesis científica formulada por la contraparte, así como tiene derecho también a sostener y a que se pueda aplicar una ley científica alternativa que explique el hecho de manera diferente. Se admite la facultad de cuestionar y discutir el método o el procedimiento técnico empleado por la otra parte para arribar a una determinada conclusión. Cualquier método o técnica puede ser desmentido o falsificado, y la parte está en condiciones de plantear dudas acerca de la validez científica de una ley que se pretende aplicar a un caso concreto[1547].

Cualquiera de las partes en el proceso tiene el derecho de presentar prueba pericial contraria a la presentada por la parte opuesta; de tal manera que las diversas tesis que hay en la comunidad científica se pueden ofrecer y discutir en el escenario del proceso[1548]. Es posible que, con la pericia contraria, se pueda llegar a demostrar los errores de la pericia opuesta, su inconsistencia o las lagunas que alberga[1549].

El derecho a la prueba contraria también se extiende al caso de las pruebas e investigaciones científicas[1550], lo que encuentra cobertura en el derecho a la presunción de inocencia y el respeto a las garantías mínimas del debido proceso. La exclusión de la iniciativa de las partes para poder incorporar conocimientos científicos, técnicos o artísticos constituye una limitación grave e insoportable al derecho a la prueba que no encuentra fundamento ni en la Constitución ni en la ley, así como también afecta al núcleo esencial del derecho de defensa[1551].

Las partes tienen no solo el derecho a producir prueba experta, sino también a que se pueda refutar y cuestionar la prueba introducida al proceso que perjudica su posición jurídica, sobre todo, si se basa en conocimiento y experiencia califi-

---

la rilevanza di quanto richiesto, garantendogli l'ammissione dell'esperimento conoscitivo, salva la sua irrilevanza', nel dovuto rispetto dell'art. 190 c.p.p.".

1546 Cfr. Sánchez Rubio, *El sistema contradictorio como método de investigación importado de la ciencia*, cit., p. 15: "Al hilo de esta idea puede afirmarse que, actualmente, si la prueba practicada por alguna de las partes deriva de la aplicación de una ley científica, ello no le exime de buscar y evaluar si existen otras reconstrucciones alternativas del hecho histórico. De hecho, para condenar ha de demostrarse que las alternativas no son razonablemente aceptables. Se trata de un punto central del razonamiento probatorio".

1547 Cfr. Tonini, *Diritto di defesa e prova scientifica*, cit., p. 265.

1548 Cfr. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 272.

1549 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 367.

1550 Cfr. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 246; Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 367.

1551 Cfr. Montagna, Mariangela, *La perizia come prova neutra*, en *Processo penale e giustizia*, n.º 3, 2014, p. 101.

cada[1552]. Ese derecho no solo es una facultad del imputado, sino también de los demás sujetos procesales.

Lo correcto para rebatir la realización de una pericia y el resultado que arroje en la mayoría de casos es hacerlo no con meros argumentos y cuestionamientos formales, sino a través de la ejecución de otro examen pericial. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "para rebatir el contenido de una pericia especializada no es suficiente el juicio de valor realizado por la defensa, sino que debe ser enfrentada con una pericia especializada o mediante el empleo de tachas contra los instrumentos cuestionados"[1553], y, 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[1554] que refute las conclusiones del ente recaudador. La máxima instancia de la justicia ordinaria ha destacado en el análisis de un caso que el autor de la pericia contable fue examinado en el acto oral en el que se da cuenta del conjunto de actividades que realizó para determinar la existencia de una sobrevaluación de los bienes que adquirió la entidad pública (UGEL); sin embargo: "las objeciones realizadas a esa pericia y modo de actuación no son relevantes, el mérito que arroja no tiene exámenes o pericias alternativas que la refuten[1555]".

30. Un sistema efectivamente acusatorio, para que pueda funcionar adecuadamente, debe permitir la investigación defensiva, a fin de que se pueda recoger elementos de prueba y disponer el uso, llegado el caso, de instrumentos técnicos y científicos que posibiliten procesar la información obtenida y arribar a resultados confiables. Se alude, con razón a una **investigación científica (o tecnológica) defensiva**[1556]. Dicha actividad defensiva es una actividad autónoma, paralela o, si

1552 Cfr. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 273.

1553 Véase, el R. N. N.º 242-2020 del 16 de marzo del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez).

1554 Véase la Ejecutoria suprema dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en **R. N. N.º 5388-2008** del 24 de marzo del 2010 (*in re* H & E Metales SA), 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".

1555 Véase el **R. N. N.º 1722-2016** del 23 de enero de 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "la informalidad de las empresas que obtuvieron la buena pro se advierte con las constataciones policiales efectuadas al efecto. Los proveedores imputados, pese a que podían hacerlo, no incorporaron prueba que revele no solo la formalidad de su negocio sino, en especial, que el precio ofertado estaba en esas fechas dentro de los márgenes razonables del mercado en ese momento. Existe, pues, prueba fiable, plural, convergente y suficiente. La presunción de inocencia se enervó con las pruebas de cargo ya citadas".

1556 Cfr. Gualtieri, Piero, *Profili problematici delle indagini difensive*, en *Justicia penal y derecho de defensa* (Directores: Vicente Guzmán Fluja e Ignacio Flores Prada), Valencia, Tirant lo Blanch,

se prefiere, una contraindagación que se realiza con el conocimiento, o no, del Ministerio Público o de cualquier otra autoridad, que, de manera directa o indirecta, puede terminar en la formulación de cargos.

La obtención de huellas, vestigios, o cualquier otra clase de material (físico, biológico, etc.) puede ser procesado a través de los recursos técnicos o científicos para obtener conocimientos que luego pueden ser utilizados en la investigación o en el eventual proceso penal.

Se reconoce como parte del derecho de defensa que el perito de parte pueda estar en condiciones de participar activamente en las operaciones periciales, en hallazgos de vestigios, muestras biológicas en la escena primaria o secundaria del crimen, sobre todo, si se trate de hechos o eventos no repetibles[1557]. La intervención de la defensa cuando se echa andar la etapa de indagación preliminar es a veces crucial y determinante, ya que en esta etapa y en las primeras diligencias en la escena del delito se recoge la evidencia más importante que puede vincular a una persona como autor o partícipe de un hecho. Junto con el hecho de poder participar y ejercer el control probatorio correspondiente, es necesario que al experto de parte se le permita el acceso a la escena del crimen a fin de que pueda observarla directamente, pero, además, que le permita preparar gráficos, fotografías o registros audio visuales.

La defensa también tiene derecho a que se pueda realizar una indagación crítica sobre los materiales, las actas y demás documentos que se han recogido sin participación activa de la defensa a fin de analizarlos tanto desde la perspectiva jurídica como a través del concurso de expertos especializados[1558].

El uso de técnicas de alta especialización en la etapa de recolección de datos e individualización de diverso material, para su posterior conservación y evaluación, obliga a asegurar dichas fuentes de prueba y a respetar desde el inicio el derecho de defensa y el derecho a realizar una investigación defensiva eficaz, sobre todo, en el caso de que el material recogido sea degradable, fungible, disperso y que puede alterarse si es que no se mantiene una correcta conservación y se aplica un uso adecuado de la metodología y el procedimiento científico[1559].

2014, pp. 189 y ss.; Macrilló, Armando, *Indagini técnico-scientifiche e diritto di defensa*, en *Prova scientifica e processo penale* (a cura di Giovanni Canzio e Luca Lupária Donati), 2a. ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2022, pp. 205 y ss.

1557 Cfr. Gualtieri, *Profili problematici delle indagini difensive*, cit., p. 217.

1558 Cfr. Macrilló, *Indagini técnico-scientifiche e diritto di defensa*, cit., p. 210.

1559 Cfr. Gualtieri, *Profili problematici delle indagini difensive*, cit., p. 216; Macrilló, *Indagini técnico-scientifiche e diritto di defensa*, cit., pp. 209 y ss.

31. Se parte de la regla de que cuando entran en juego conocimientos nuevos o controversiales que poseen un alto grado de especialización en una determinada área del saber y que pretenden ingresar al proceso, desde el punto de vista racional y epistemológico, es necesario disponer y tener una opinión distinta que permita un debate enriquecedor, a fin de lograr la adecuada reconstrucción de los hechos[1560].

A nivel del proceso, el ingreso del conocimiento experto y de la prueba científica demanda el potenciamiento del debate y del contradictorio entre las partes y los expertos[1561]. Se alude a una **concepción dialéctica de la prueba** que posee una base constitucional y racional[1562].

Se reconoce, desde la perspectiva constitucional y convencional, el derecho de las partes a intervenir de modo dialéctico en el análisis de los medios de prueba, en especial, en la actividad pericial, así como el derecho a obtener del juez un adecuado control racional, un juicio sobre su credibilidad, confianza y eficacia siguiendo los parámetros de discusión procesal[1563].

En la doctrina, se distingue entre una **dialéctica probatoria externa** y una **dialéctica probatoria interna**[1564]. La primera tiene como protagonistas a las partes

1560 Cfr. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 272.

1561 Cfr. Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., p. 191; Caprioli, Francesco, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, en *Cassazione Penale*, 2008, p. 3530; Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 67; Auletta, Ferruccio, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXX, Fasc. 2, 2016, p. 470; Canzio, *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, cit., p. 57; Fiorelli, Giulia, *Sentido común y saber científico: ¿oxímoron o binomio posible?*, en *Roma Tre Law Review*, Roma, Edizioni Roma Tre-Press, 2/2019, p. 62; Conti, Carlotta y Carlo Bonzano, *Scienza ed epistemologia giudiziaria verso l'affermazione di nuovi paradigmi*, en *Scienza, diritto e processopenale nell'era del rischio*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 18; Sánchez Rubio, *El sistema contradictorio como método de investigación importado de la ciencia*, cit., p. 14: "Siendo opinión común, unánime y pacífica que el contradictorio es el método heurístico ideal para la actividad probatoria, esta característica se evidencia más si cabe durante el desarrollo de la prueba científica, ya que la dialéctica entre los expertos reproduce en el proceso penal aquel debate que es constante en el ámbito científico"; Pérez Gil, *El conocimiento científico en el proceso civil*, cit., pp. 120 y 121.

1562 Véase, Ubertis, Giulio, *Prova, verità e processo*, en *Archivio Penale*, n.º 2, 2020, p. 3: "Dunque, di un fatto non è mai compiuto un 'accertamento' immediato nella sua 'datità'. Di esso, piuttosto, viene ottenuta una definitiva ricostruzione (ossia una enunciazione descrittiva) attraverso la verifica delle contrapposte tesi patrocinate dalle parti11; per cui l'esito del processo scaturisce non 'da una passiva recezione delle risultanze istruttorie da parte del giudice, ma da un'attiva partecipazione di tutti i soggetti processuali che intervengono con la loro personalità e da diverse prospettive in ogni momento dello sviluppo procedimentale influenzandone inevitabilmente il corso'".

1563 Cfr. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 370.

1564 Véase, Ubertis, *Prova, verità e processo*, cit., p. 4.

procesales que en el escenario del proceso realizan planteamientos, reciben respuestas y cuestionamientos, así como también formulan réplicas. Aquí se formulan argumentos a favor o en contra de una determina posición, tanto en sede de mérito como a nivel de la impugnación. La segunda llama la atención en la conducta que debe asumir el órgano decisor, que, sobre la base de escuchar el debate probatorio y trasladarlo al documento correspondiente, debe dar cuenta de cada uno de los aportes probatorios, de los argumentos propuestos como condición de validez para llegar a una decisión racional.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "los sujetos procesales tienen una participación activa en la actuación y contradicción de la prueba pericial; por ejemplo, a través del ofrecimiento de pericias de parte que evalúen los criterios técnicos o los métodos utilizados por el experto y si estos fueron los más idóneos o correctos. Lo mismo ocurre con las interrogantes que pueden efectuar el Juzgado Penal o la Sala Superior al momento de la actuación de esta prueba o el debate de peritos que pudiera realizarse"[1565].

La concepción dialéctica de la prueba en materia pericial implica tomar en cuenta de manera obligatoria los aportes científicos considerados esenciales durante el proceso judicial y que sirven para la reconstrucción de la imputación o la hipótesis alternativa a través de un debate y contradictorio lo más amplio posible, en los que deben intervenir y participar todas las partes legitimadas[1566].

La formación dialéctica de la prueba funciona como un vehículo adecuado para el conocimiento técnico-científico que se introduce al proceso, y para que las partes viertan su opinión y puedan contrarrestar todo aquello que se pueda afectar. Por ejemplo, frente en una pericia oficial se puede presentar, cumpliendo los requisitos fijados en la ley, una pericia de parte que puede llegar a conclusiones opuestas con la misma metodología o empleando cualquier otro procedimiento técnico.

Uno de los problemas que se presentan en el ámbito del contradictorio es cómo introducir al debate los bienes, cosas, vestigios o huellas que se han obtenido de la escena del crimen o a consecuencia de una diligencia judicial de allanamiento, inspección o secuestro, etc. A grandes rasgos, se plantean dos posibles soluciones[1567]. Una de ellas considera que la recolección de evidencia material debe quedar contenida en un video que registre la operación, a fin de que las partes luego puedan formular observaciones y cuestionar la ilegalidad o los excesos de la intervención.

1565 Véase, la Casación N.º 1707-2019 del 30 de julio del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez).

1566 Véase, Ubertis, *Prova, verità e processo*, cit., p. 6.

1567 Cfr. Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., pp. 198 y ss.

Otra de las posibles salidas es acudir a citar a declarar al personal policial, técnico o administrativo que ha participado de las diligencias, así como también a través de las oportunas observaciones a las actas en las que constan el recojo de evidencias y los incidentes que han ocurrido.

32. El conocimiento técnico-científico, pese a estar consolidado y tener una plena aceptación en la comunidad académica, cuando se utiliza en el ámbito judicial, puede encontrar una serie de dificultades y problemas que revelan un notable riesgo de error. Ello ocurre, por ejemplo, con la prueba de ADN, que, pese a contar con reconocimiento científico puede producir resultados erróneos debido a la degradación o contaminación de la muestra biológica, la incorrecta modalidad de ejecución del análisis o la inadecuada verificación de la frecuencia genética en la población de referencia[1568]. De allí, que se recomiende que las partes puedan realizar una nueva prueba de ADN o que se les permita validar (o testear) el resultado obtenido.

Con el empleo de los instrumentos científicos y técnicos todavía hay una elevada tasa de indeterminación en los resultados y conclusiones abiertas que están lejos de ser definitivas[1569].

La prueba contraria de carácter pericial puede presentar inconvenientes a nivel del proceso penal, ya que pueden concurrir una serie de factores. Por ejemplo, la actividad pericial que se realiza sobre un determinado objeto puede ser irrepetible; la elaboración de la pericia puede requerir materiales, insumos y laboratorios con los que no se cuentan en la localidad, región o en el país, o puede exigir un tiempo que es mayor que la duración del proceso; puede demandar un costo económico a las partes que lo requieran que difícilmente están en condiciones de cubrir[1570]; se podría no contar con un profesional experto dotado de una especialización que la naturaleza del caso y el problema exigen; entre otros factores.

IX. EL VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA CONTRARIA

33. La tutela constitucional del derecho a la prueba contraria en la fase de admisión o de actuación de los medios de prueba pierde su profundo significado constitucional y epistemológico si se permite que la evaluación de dichos medios de prueba, basada en el libre convencimiento del juez, se degrade y quede al libre arbitrio del juez[1571].

1568 Cfr. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 273.

1569 Cfr. Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., p. 190.

1570 Cfr. Tonini, *Diritto di defesa e prova scientifica*, cit., p. 276.

1571 Cfr. Mancuso, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 147.

Para expedir una decisión justa y respetar las garantías mínimas del debido proceso, se deben sopesar no solo las razones en pro y en contra de una determina posición, sino que se deben analizar también, de manera metódica y rigurosa, los medios de prueba que confirman una determinada hipótesis y los medios de prueba que los refutan.

Se viola el derecho a la prueba si es que el juez (o cualquier autoridad) hace un análisis sesgado y unilateral de los medios de prueba que se han incorporado al proceso, así como también si se toman en cuenta los medios de prueba de un determinado signo con desprecio de las pruebas de significado contrario.

El derecho a la prueba contraria implica la obligación constitucional y legal de que se analicen y evalúen objetivamente, y con el mayor rigor, todos aquellos medios de prueba que afiancen y consoliden una determinada hipótesis o posición jurídica. Representa una violación a la prueba contraria y a las garantías mínimas del debido proceso el ignorar la hipótesis alternativa y los medios de prueba que refutan o restan credibilidad a la hipótesis principal.

La valoración de la prueba y el resultado al que se arribe ofrecerán una mayor confianza si es que se toman en cuenta y refutan las pruebas contrarias o que promueven un resultado distinto. También la motivación de los hechos y las pruebas admiten un lugar para el llamado "**experimento de falsación**[1572]".

34. El contenido de una hipótesis depende no solo de las pruebas que la avalan, sino también en gran medida del contenido y el significado del medio de prueba de refutación[1573].

Desde el punto de vista científico y racional, las pruebas de signo contrario a la hipótesis que se pretende confirmar pueden tener mayor peso y valor que los medios de prueba que aparentemente corroboran la hipótesis. De igual modo, en el derecho, los medios de prueba que confirman la hipótesis pueden tener una menor envergadura, nivel y/o calidad que los medios de prueba por los que se refuta o se desacredita la imputación.

Las contrapruebas pueden refutar de manera completa e íntegra la imputación, así como también pueden solo refutarla de manera parcial o hacer que decaiga en

1572 Cfr. Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, p. 164.

1573 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 159: "el control de la hipótesis, a menudo, hace emerger las que en el ámbito científico se conocen como 'anomalías' y en el proceso penal 'contrapruebas', o sea, hechos que no concuerdan con la hipótesis. En tales casos, el destino de la hipótesis depende del contenido del elemento refutatorio. Es necesario, ver si este elemento debe considerarse cierto, dudoso, o solamente hipotético; si ataca el núcleo fundamental de la hipótesis o solo ámbitos periféricos".

determinados aspectos. Las contrapruebas pueden recaer en los hechos principales que componen la imputación o los hechos secundarios que sirven para construir una prueba indiciaria de la refutación.

Es posible que las contrapruebas incidan en los aspectos nucleares o medulares de la imputación. Por ejemplo, en un caso que un colaborador eficaz sostiene que se reunió con una persona en cierto lugar de una ciudad, en determinado día del mes de enero del 2023, y mediante el levantamiento del secreto de las comunicaciones y las pericias informáticas se determina que entre ambas personas no existen registros de comunicaciones entre ambas personas y que no existe alguna geolocalización positiva en algún día del mes de enero del 2023 en los teléfonos celulares que ambos utilizaban, además de que se acredita que la persona con la que supuestamente se habría reunido viajó fuera del país.

El hecho de que haya contrapruebas no significa que necesariamente la imputación decaiga o que deba abandonarse. Es posible que los medios probatorios de descargo solo incidan en elementos periféricos o marginales de la imputación. Contraprueba no es sinónimo de refutación y menos de refutación eficaz[1574]. Puede haber pruebas de descargo pertinentes, pero ineficaces en cuanto al resultado probatorio.

Las mejores contrapruebas son aquellas que inciden en fundamentar de manera sólida la hipótesis alternativa que se plantea, *v. gr.*, la existencia de coartada o la concurrencia de una eximente o una causal de atenuación de responsabilidad penal.

El peso y la calidad de las contrapruebas hace decaer de manera notable la probabilidad inductiva de la imputación, en la medida que sean consistentes y se encuentren conectadas entre sí.

Muchas veces, cuando las pruebas de descargo son eficaces y rotundas, para que la imputación sobreviva, termina por convertirse en una hipótesis *ad hoc*; es decir, aparece como una hipótesis subordinada a una serie de condiciones que se alejan de los parámetros de racionalidad y normalidad. En algunas ocasiones se termina afirmando algo señalando, por ejemplo, que no se descarta la participación de la persona imputada. La hipótesis *ad hoc* surge con el fin de neutralizar los medios de prueba que son contrarios a la imputación.

35. Es posible distinguir entre la **prueba contraria relevante**, la **prueba contraria importante** y la **prueba contraria decisiva.**

1574 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 159: "la imputación no es una armadura rígida que encierra al acusado; la hipótesis tiene una flexibilidad interna que —dentro de ciertos límites— le permite absorber los golpes inferidos por las contrapruebas".

La prueba contraria relevante es aquella que cumple con los filtros de pertinencia y utilidad en la actividad probatoria (artículo 155.2 del CPP), y que se relaciona con la refutación de la hipótesis imputativa o con la desacreditación de los medios de prueba que la sustentan.

Por su parte, la prueba contraria importante es la que puede explicar de manera adecuada la hipótesis alternativa o simplemente refuta de manera razonable la imputación formulada en contra de una persona o la prueba que la apoya.

La prueba contraria decisiva es aquella que tiene un peso gravitante en la explicación de los hechos planteados por la defensa, y que está en condiciones de cambiar la explicación de los acontecimientos, en especial, puede ser capaz de destruir o enervar drásticamente los aspectos centrales de la misma, *v. gr.*, la coartada o una pericia científica o tecnológica, como la geolocalización de los equipos electrónicos.

No basta la existencia de una contraprueba para que se entienda que la imputación se encuentra refutada. La existencia de la prueba contraria debe distinguirse de su eficacia (formal o material). Es necesario tomar en cuenta su peso, el grado probatorio y su credibilidad. Por ejemplo, el reconocimiento físico negativo de una persona de uno de los testigos presenciales del hecho no necesariamente deja sin efecto cuatro o cinco reconocimientos físicos positivos de otros testigos que identifican al sospechoso como autor de los hechos[1575].

X. LA PRUEBA CONTRARIA Y SU SOPORTE JURISPRUDENCIAL

36. El TC peruano ha señalado que "el derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa"[1576], y también ha considerado

1575 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 258: "no toda contraprueba neutraliza la acusación, es necesario considerar el objeto y el grado de atendibilidad de la contraprueba. Una prueba de coartada totalmente atendible destruye la acusación. Una contraprueba resistible que introduce alguna duda acerca del móvil, no".

1576 **Exp. N.º 3741-2004-AA/TC**, Caso: Ramón Hernando Salazar Yarlenque, en donde se considera, además, que "Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta solo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen

que "entre los derechos fundamentales de naturaleza procesal, destaca el derecho de defensa, el mismo que se proyecta como un principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés[1577]".

Se reconoce que parte del contenido esencial del derecho fundamental a la prueba consiste en el derecho de la persona a presentar pruebas, pero también a controvertir las mismas, así como a que el órgano jurisdiccional resuelva dichos cuestionamientos (*v. gr.*, por medio de tachas[1578], 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 los sujetos procesales, debe examinarse de manera escrupulosa si dicho derecho se ha respetado en el caso concreto[1579].

37. La Corte Suprema de Justicia sostiene que el "derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso" maximiza "la participación de las partes a través del principio de contradicción, dando en todo momento la oportunidad de contraprobar lo alegado por la parte contraria"[1580].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la producción de prueba de descargo (o de cargo) es considerada una facultad imprescindible, como manifestación del derecho de defensa. Esta facultad genera el deber del tribunal, de ordenar su recepción, salvo cuando la prueba ofrecida sea evidentemente impertinente (no referida al objeto procesal concreto) o superabundante (excesiva para demostrar el extremo que se pretende). Además, la inobservancia, por parte del tribunal, de esta

condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, criterio que este Colegiado comparte, esta se produce '(...) únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...)' (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio".

1577 Exp. N.º 02979-2011-PA/TC, Caso: Pablo César Ruggia Fernández.

1578 Exp. N.º 10490-2006-PA/TC, Caso: Elisa Monsalve Romero.

1579 Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz.

1580 Véase, la Casación N.º 957-2019 del 16 de diciembre del 2020 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Coaguila Chávez); la Casación N.º 938-2018 del 6 de septiembre del 2019 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Chávez Mella); la Apelación N.º 16-2019 del 28 de octubre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Altabás Kajatt).

regla, oportunamente advertida, permite recurrir la sentencia por vía de la casación (por falta de fundamento de prueba omitida)[1581].

La máxima instancia de la justicia ordinaria ha anulado sentencias condenatorias debido a que no se han actuado ni valorado medios de prueba (*v. gr.*, documentos) que cuestionaban la fiabilidad de un testigo de cargo, pese a que el órgano jurisdiccional en un inicio los admitió[1582]. De igual manera, se anuló una sentencia de apelación al infringirse el deber de motivar las resoluciones judiciales al no responderse los agravios del condenado impugnante que cuestionaba que no se habían analizado las declaraciones de testigos que validaban su hipótesis alternativa de que en el caso de homicidio culposo en el que se encontraba procesado no era el responsable de la construcción que generó un derrumbe que mató a ocho obreros, sino que había a cargo de la construcción un maestro de obra y un ingeniero civil[1583].

La Corte Suprema, en el análisis de un caso de homicidio cometido por arma de fuego, ha señalado de manera general que la literatura en materia de criminalística forense insiste en la exigencia de tres elementos para estimar disparos por arma de fuego: plomo, bario y antimonio, así como da cuenta de una posibilidad de contaminación en escena y tanto de falsos positivos como de falsos negativos[1584]. En el análisis de un caso concreto, razonó que "uno de los medios de prueba fundamentales para determinar la autoría directa o material del imputado Lau Lau fue, desde la sentencia de vista, el informe pericial número 6556/15 de fojas ciento quince,

1581 Véase, la Casación N.º 832-2015 del 20 de noviembre del 2017 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

1582 Véase, la **Apelación N.º 16-2019** del 28 de octubre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Altabás Kajatt): "En relación con la alegación prevista en el punto 3.2 de la presente ejecutoria, acerca de que no se verificó razonamiento alguno respecto a que existen procesos culminados por calumnia con condena en contra de la testigo Melita Ojeda Hidalgo, se advierte que en la audiencia de inicio del juicio oral, del seis de agosto de dos mil diecinueve (folios 105 a 111), la defensa ofreció como nuevos medios probatorios las copias certificadas de los Expedientes N.º 110-2017 y N.º 84-2017, por el delito de calumnia, donde estaba procesada la testigo Melita del Pilar Ojeda Hidalgo, lo cual fue admitido —en audiencia de juicio oral del seis de agosto de dos mil diecinueve (folios 105 a 239)—. Empero, de la revisión de los actuados realizados en el juicio oral, los órganos jurisdiccionales no remitieron tales expedientes; por ende, no fueron recabados, pero tampoco se decidió su prescindencia. La defensa técnica, en la lectura de documentos —en la audiencia de juicio oral del nueve de agosto de dos mil diecinueve (folios 125 a 129)—, puso a debate los documentos ofrecidos —adjuntados a modo acta de constatación notarial (folios 226 a 231)—; ni el representante del Ministerio Público ni la Procuraduría Pública efectuaron observación alguna al respecto. Sin embargo, en la sentencia materia de grado se omitió pronunciamiento sobre ello".

1583 Véase, el R. N. N.º 2632-2011 del 15 de diciembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana).

1584 Véase, la Casación N.º 317-2018 del 25 de octubre del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

según el cual el citado encausado dio resultado positivo para plomo y negativo para bario y antimonio en manos derecha e izquierda[1585]". La Corte Suprema ordenó un nuevo juicio oral debido a que, pese a que mediaron dos informes periciales de parte en sentido contrario al informe oficial, no se realizó un examen exhaustivo, pese a que resultaba indispensable, tanto más si sobre las hipótesis alternativas propuestas por la defensa en este punto no se produjo un examen pericial puntual y riguroso. Se señaló lo siguiente:

> la propia motivación de la sentencia en esta cuestión es parca y no explica, desde la suficiencia argumental (principio lógico de razón suficiente), por qué las pericias de parte deben descartarse, más aún si la literatura, incluso la oficial proporcionada por la Policía Nacional, da cuenta de la imprescindible presencia de tres elementos [Así: Manual de Criminalística, Volumen I, Editorial Grijley, Lima, 2015, p. 284].
> A la falta de exhaustividad de la sentencia —no explicación acabada de un planteamiento defensivo objeto del debate— se unió la restricción del derecho a la prueba pertinente —derecho instrumental que integra la garantía de defensa procesal— en función al nuevo enfoque fáctico y jurídico propuesto por la Fiscalía con motivo de la acusación complementaria. En esta perspectiva, resultaba ineludible, primero, el examen ampliatorio de los peritos cuestionados en relación a los términos de la acusación complementaria; y, segundo, de conformidad con los artículos 181, apartado 3, y 378, numeral 7, del Código Procesal Penal, los debates periciales entre los peritos cuyos dictámenes se contradecían (peritos Oré Curi, Tumba Chamba, Estacio Torres, Samillán Rivadeneyra y Bazán Castillo —números 6556/15, IC N.º 676-2015-REG POL.ICA-DIVICAJ-DEPCRI y 3663/15—, de un lado; y, Leiva Pimentel e Infante Zapata —Informes periciales de restos de disparos de parte y de tipo médico criminalístico—, de otro) —el debate se ordenará, incluso de oficio—.
> No se cumplió con el rigor necesario el deber de esclarecimiento que impone la Ley al órgano jurisdiccional —la prueba pericial debió agotarse y para ello el Tribunal tenía las facultades para la comprobación correspondiente, actuando pruebas de oficio conforme al artículo 385, numeral 2, del citado Código, dada su utilidad e indispensabilidad—[1586].

1585 Véase, la Casación N.º 317-2018 del 25 de octubre del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

1586 Véase, la Casación N.º 317-2018 del 25 de octubre del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

CAPÍTULO IX

LA PERTINENCIA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

SUMARIO: I. La regulación normativa. **II.** Definición. **III.** La pertinencia del medio de prueba en el proceso penal. Su relación con la hipótesis imputativa y la hipótesis alternativa. **IV.** La pertinencia como juicio individualizador y el respeto al contradictorio. **V.** El fundamento. **VI.** La pertinencia y la relevancia. **VII.** La relevancia desde el punto de vista lógico y extralógico. **VIII.** El alcance del juicio de pertinencia. **IX.** La función del juicio de pertinencia. **X.** La pertinencia, la formación de la decisión del juez y los hechos controvertidos. **XI.** Pertinencia, verosimilitud, admisibilidad y eficacia de un medio de prueba. **XII.** La pertinencia y el principio de buena fe. **XIII.** La pertinencia y la prueba prohibida. **XIV.** La pertinencia y el patrimonio cognoscitivo en un contexto histórico.

I. LA REGULACIÓN NORMATIVA

1. El CPP establece que toda persona tiene derecho a emplear los medios de prueba pertinentes en su defensa (artículo IX.1 del CPP). Una de las reglas más importantes que rige la actividad probatoria es que solo se pueden excluir aquellos medios de prueba que **no sean pertinentes o estén prohibidos** por la Ley (artículo 155.2). El Código regula y prescribe que el fiscal en el proceso penal debe realizar las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley (artículo 337.1).

El CPP reconoce como derecho del abogado defensor "aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes" (artículo 84.5) y que durante la investigación preparatoria tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a cabo aquellas que estimare conducentes (artículo 337.4) y, si el fiscal rechazare la solicitud, se instará al juez de la investigación preparatoria, a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. El juez resolverá inmediatamente con el mérito de los actuados que le proporcione la parte y, en su caso, el Fiscal (artículo 337.5).

2. En la etapa intermedia, las partes, en el plazo de diez días, pueden ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, y precisando los hechos que serán examinados en el curso del debate. También pueden presentar los documentos que no fueron incorporados antes, señalar el lugar donde se hallan e indicar los que deban ser requeridos (artículo 350.1.f). Asimismo, si se objeta la reparación civil, las partes pueden ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral (artículo 350.1.g).

En la audiencia preliminar, las partes debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida (artículo 351.3). La admisión de la prueba en la etapa intermedia debe cumplir con dos requisitos: (i) la petición debe contener la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso (artículo 352.5.a); (ii) el "acto probatorio propuesto debe ser pertinente, conducente y útil. En este caso,

se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible" (artículo 352.5.b).

3. Se admite que las ampliaciones de declaración del imputado procederán si fueren pertinentes (artículo 86.1). En el interrogatorio de toda persona, las preguntas que se le formulen no serán **impertinentes, capciosas ni sugestivas** (artículo 119.2). En el juicio, el interrogatorio del acusado está sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles (artículo 376.2.c). En el caso de la declaración de los testigos, son inadmisibles las preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas, salvo, las de este último tipo, en el contrainterrogatorio (artículo 170.6).

4. El CPP también regula la pertinencia de determinados actos de investigación o de un determinado procedimiento especial, *v. gr.*, la colaboración eficaz.

El control policial de identidad señala que solo se podrá requerir la identificación de cualquier persona y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento cuando se considere que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible (artículo 205.1). Tanto el levantamiento del secreto bancario como el de la reserva tributaria exigen que solo se proceda con ellos cuando resulte necesario y sea pertinente para el esclarecimiento del caso investigado (artículo 235.1 y artículo 236.1). En el interrogatorio de peritos y testigos, el juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes (artículo 378.4).

Asimismo, la variación de las medidas de protección de testigos (artículo 250.2), así como de las medidas coercitivas, exige que la solicitud indique las razones en que se fundamenta el pedido y, cuando corresponda, acompañará los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes (artículo 255.1). En el caso del agente encubierto y del agente especial, el fiscal ordenará para su protección las medidas que se considere pertinentes (artículo 341).

El juez, en el juicio, está facultado para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa (artículo 363.1).

En el procedimiento especial de colaboración eficaz, se exige que en la fase de corroboración se puedan ordenar las diligencias de corroboración consideradas pertinentes para determinar la eficacia de la información proporcionada (artículo 473.1).

II. DEFINICIÓN

5. Hay tres características claves de un medio o elemento de prueba que deben quedar establecidas en relación con una determinada hipótesis: la **relevancia o pertinencia**; la **credibilidad** y la **fuerza o peso** probatorio[1587].

La pertinencia alude a la relación lógica que posee un medio de prueba con un determinado hecho y, en especial, con un determinado objeto o tema de prueba concreto. La credibilidad supone establecer qué tanto es creíble o fiable la información que aporta un medio de prueba que se incorpora al proceso y si hay razones objetivas para confiar o no en los datos que aporta. Por ejemplo, un testigo puede brindar información valiosa relacionada con un hecho, pero puede que el testigo tenga un interés directo para beneficiar o perjudicar a una de las partes; de la misma forma, la persona que declara puede tener móviles espurios o, incluso, puede tener un proceso por falso testimonio. El peso o la fuerza probatoria se relaciona con la importancia y la calidad de la información que es aportada por parte del órgano de prueba y que, en el caso del proceso penal, puede tener un signo incriminatorio o beneficioso para la persona investigada.

6. Para que un medio de prueba ingrese al proceso (o a la investigación), se requiere que sea **pertinente**. En tal sentido, un medio de prueba es pertinente cuando guarda alguna relación (directa o indirecta) con aquello que se analiza y se discute en el proceso y, además, no es ajeno a la causa[1588].

Por pertinencia se entiende la relación lógica que guarda el medio de prueba propuesto con el objeto o tema de prueba, que es lo que determina lo que debe ser acreditado en el proceso[1589] y sobre lo que debe recaer la actividad probatoria. Se trata de una relación lógica que vincula el medio de prueba que se ofrece con los

---

1587 Por todos, Anderson, Terence / Schum, David / Twining, William, *Análisis de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 93; Muffato, Nicola, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, en *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 63.

1588 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 264; Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 436: "un medio de prueba para ser relevante debe estar destinado a probar hechos principales o secundarios controvertidos".

1589 Véase, Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 414; Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 251; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 245; Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 159; Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 769; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 45; Abel Lluch, Xavier, *A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, p. 10 [https://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/a-proposito-del-juicio.pdf]; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 238; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 87; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., pp. 147 y ss.

enunciados fácticos (afirmaciones) de las partes que componen el objeto del proceso. La prueba es pertinente si aparece idónea para formar parte de los elementos de conocimiento que son útiles para acreditar los hechos de la causa[1590].

La pertinencia se relaciona con los hechos principales (constitutivos) y los hechos secundarios del proceso[1591]. El hecho principal es el hecho calificado jurídicamente por el derecho sustancial, es decir, el supuesto de hecho del cual depende la producción de los efectos jurídicos, mientras que los hechos secundarios son hechos no calificados normativamente que solo hay que tomar en cuenta si de su determinación es posible extraer inferencias probatorias para acreditar la verdad o falsedad de una proposición sobre el hecho principal[1592]. Por ejemplo, el medio de prueba es pertinente si sirve para acreditar un hecho principal de la causa que forma parte del *thema probandum*, así como también si sirve para probar un hecho secundario, a condición de que este suceso sea relevante para la acreditación del hecho principal; es decir, a partir del hecho secundario se puede derivar una inferencia razonable, a través de un enlace preciso y unívoco, que prueba el hecho principal[1593]. No es

1590 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 57: "la pertinencia consiste, tal como la etimología de la palabra indica (del latín, *pertines*, *pertinere*, 'pertenecer', 'concernir'), en el ajuste entre el elemento de prueba y la proposición a probar, es decir, en el hecho de que la información con que se identifica el elemento probatorio refiere al objeto de prueba".

1591 Por todos, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 365; Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 68; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 414; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., pp. 157 y 158; Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 217: la prueba directa o inmediata "tiene por objeto afirmaciones sobre los hechos de los que directamente debe resultar la existencia o la inexistencia de una circunstancia típica de la norma", mientras que la prueba mediata, indirecta o de indicios "se refiere a otros hechos extraños a la tipicidad, que solo deben justificar la conclusión sobre la existencia o inexistencia de una característica de tal especie. A ella pertenecen también los llamados hechos auxiliares de prueba, que atañen a la admisibilidad o a la fuerza probatoria de un medio de prueba. Tales hechos se llaman indicios (indicaciones, orientaciones, argumentos de prueba); pero se llamará también de ese modo a toda conclusión"; Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/7 y 8, pp. 298 y 299: "la prueba directa versa sobre afirmaciones de hecho de las que resulta de modo inmediata la existencia o inexistencia del supuesto de hecho previsto en la norma"; luego señala lo siguiente: "la prueba es indirecta o indiciaria cuando tiene por objeto afirmaciones (indicios) que no se refieren inmediatamente a los previstos como supuesto de hecho de la norma a aplicar; pero de lo cuales puede derivarse (mediante máximas de experiencia) la existencia o inexistencia de los hechos previstos en la norma"; Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., pp. 430 y 436.

1592 Cfr. Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 62; Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 217.

1593 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 158; Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 430: es posible que "las partes (El Ministerio Público y, en los límites en los cuales esté permitido, el juez) no estén en grado de probar 'directamente' a través de una fuente material de prueba (inspección, documento, declaración de la ciencia) el singular hecho principal e intenten, por tanto, probar,

necesario que la afirmación probatoria o el medio de prueba que se propone tenga una relación directa e inmediata con el objeto de prueba, ya que es posible que solo presente una relación mediata, *v. gr.*, el medio de prueba puede ser pertinente para establecer la credibilidad o no de un determinado testigo[1594].

Por ejemplo, para probar que una persona disparó a otra no siempre es necesario acudir a un medio de prueba directo (*v. gr.*, una declaración testimonial, la grabación de una cámara de video, etc.), sino que se puede acudir a la prueba indirecta *v. gr.*, la pericia de absorción atómica, para acreditar que la persona ha disparado o que hay huellas dactilares en el arma de fuego. La Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: "la literatura en materia de criminalística forense insiste en la exigencia de tres elementos para estimar disparos por arma de fuego: plomo, bario y antimonio"[1595], y que "resulta una conclusión objetiva ineludible que el acusado tenía en las manos vestigios de plomo, antimonio y bario, con lo cual se demuestra que estuvo en contacto con un arma de fuego y, más aún, efectuó disparos, puesto que solo mediante tal operatividad del arma el procesado podría impregnarse de dichos elementos químicos. De este modo, dado que las muestras analizadas se recogieron dentro de las veinticuatro horas de su intervención policial, se puede concluir también que el arma encontrada y dejada en constancia, según el acta de hallazgo, le correspondía a este[1596]".

La prueba de los hechos principales y de los hechos secundarios se asemeja al tratamiento que se asume en el derecho americano con las nociones de ***materiality*** y de ***relevancy***[1597]. ***La materiality*** se refiere en el plano lógico y jurídico a la relación de pertinencia que existe entre el medio de prueba, o el acto que se pretende probar, y

---

siempre a través de una fuente material de prueba, algún otro hecho llamado secundario (o fuente de presunción), de cuyo conocimiento se puede deducir el conocimiento del hecho principal desconocido".

1594 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 117; Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 181.

1595 Véase, la Casación N.º 317-2018 del 25 de octubre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1596 Véase la **R. N. N.º 306-2018** del 3 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo): "corresponde precisar que el dictamen pericial antes señalado se encuadra dentro de lo contemplado como prueba científica y que, a diferencia de las demás obtenidas durante el proceso (testimonios, indicios, entre otras), presentan conclusiones fieles de la realidad y que dejan fuera de margen cualquier aspecto subjetivo. Es precisamente dicho valor, cercano a la realidad de los hechos acontecidos, lo que permite otorgar mayor peso probatorio a los medios obtenidos a través de mecanismos técnicos y científicos".

1597 Ampliamente, Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., pp. 97, 108 y 113; Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., pp. 67, 68 y 91; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., pp. 157 y 162; Gomes Filho, *Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto no 156/2009 do Senado Federal*, cit., p. 40.

el hecho principal. Por su parte, la noción de *relevancy* alude a la aptitud del medio de prueba para acreditación la existencia o inexistencia de un hecho secundario a través del cual se busca llegar por medio de una inferencia al hecho principal. Aquí lo que se pretende acreditar es un hecho secundario para, a partir de ello, llegar a concluir sobre la existencia o no de un hecho principal.

7. La evaluación acerca de la pertinencia del medio de prueba se realiza antes de que la prueba se admita y se incorpore al proceso, por lo que requiere un serio y riguroso control[1598].

El juicio de pertinencia es una cualidad de un concreto medio de prueba que el juez debe verificar ***ex ante,*** a fin de decidir si la prueba puede o no ser admitida[1599]. Dicho juicio se funda en el análisis del **potencial cognitivo de la información** que se pretende aportar[1600], de un **razonamiento o juicio hipotético**[1601], **de una evaluación previa**[1602], **anticipada**[1603] **o** *a priori*[1604], y en un diagnóstico positivo acerca de la información que se puede obtener de un concreto medio de prueba. El juez establece, a través de un juicio provisional, que el medio de prueba ofrecido por una de las partes puede ser útil para la acreditación del hecho: en caso de que la respuesta sea positiva, el medio de prueba pertinente debe ser admitido y, en el supuesto de que el medio de prueba sea irrelevante, se debe inadmitir[1605]. Es necesario establecer, de manera adecuada, si de un medio de prueba que se pretende incorporar al proceso

1598 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472.

1599 Cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 184.

1600 Cfr. Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 67; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 160.

1601 Cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 184; Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 67; Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472; Taruffo, *La prueba*, cit., p. 39: "el problema de si un medio de prueba es o no relevante solo puede resolverse hipotéticamente"; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 158; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 69, nota 15: "dado que el juicio sobre la relevancia de la prueba debe realizarse necesariamente *ex ante* respecto de la práctica de la prueba misma, se tratará de un juicio hipotético acerca de su resultado. Es decir, el juicio consiste en conjeturar si la prueba en el caso de resultar exitosa, tendrá o no incidencia en la probabilidad de la hipótesis"; Vásquez Rojas, Carmen y Mercedes Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, en Ferrer Beltrán, Jordi (coordinador), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 153.

1602 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 249.

1603 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 168, p. 282: "el juicio de relevancia de un hecho supone, aunque sea con carácter preliminar, una valoración anticipada e hipotética de las consecuencias que podrían derivar de los hechos deducidos como prueba, si fuesen probados"; Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 437, quien alude a una anticipación en vía hipotética.

1604 Cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 184.

1605 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 473.

puede extraerse información relativa a la verdad o falsedad de un determinado enunciado sobre los hechos. Si el medio de prueba es potencialmente idóneo[1606] para posibilitar un conocimiento útil sobre los hechos que se investigan, se lo considera pertinente y ha de ser admitido al proceso.

La pertinencia y/o relevancia de un medio de prueba no puede analizarse en abstracto, sino en concreto[1607], según cada caso y la clase (o tipo) de prueba que se ofrece. La pertinencia de un testimonio puede variar de un caso a otro, así como también la relevancia de un testigo en un caso puede ser distinta a la información probatoria que pueda ofrecer otro testigo.

La pertinencia no tiene que comprender ni abarcar todo el sentido y los detalles del hecho que se pretende acreditar, sino que puede abarcar un aspecto parcial del mismo. La relevancia se predica, de manera general, de las circunstancias antecedentes, concomitantes y sobrevinientes. Es posible que un testigo no sepa nada de cómo se cometió un homicidio, pero puede ser de gran ayuda a la hora de brindar información si, por ejemplo, trasladó o no en su vehículo a la persona sospechosa antes (o después) del suceso que se investiga.

8. Todos los medios de prueba deben cumplir con los requisitos de relevancia y pertinencia con el tema objeto de prueba en el proceso, ya sea que se trate de medios de prueba testimoniales, periciales, documentales o de pruebas atípicas. Ningún medio de prueba está exonerado o tiene algún privilegio respecto al deber de cumplir con el requisito de pertinencia y de relevancia. Ni siquiera la prueba documental está eximida de cumplir con el requisito de pertinencia[1608]. También los hechos base que componen el razonamiento indiciario deben cumplir con la exigencia básica de pertinencia de la actividad probatoria[1609].

1606 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 97; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 163; Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 184, quien alude que el medio de prueba que se deduce sea potencialmente útil para acreditar el hecho controvertido; Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 64, para quien la relevancia probatoria tiene que ver con el valor probatorio potencial de una información, es decir, con la capacidad de una información, tomada como premisa en una inferencia o en un argumento, para dar apoyo a una conclusión directa o indirectamente relacionada con el *thema probandum*. La relevancia probatoria es, por lo tanto, una función del valor probatorio; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 56: "la relevancia consiste entonces en una relación de carácter justificativo entre dos conceptos proposicionales, a saber: el potencialmente extraído de un medio de prueba —i.e. el elemento de prueba— y aquel que constituye el objeto de prueba".

1607 Cfr. Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 168, p. 282; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 153.

1608 Cfr. Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 37.

1609 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 58.

La exigencia de pertinencia como característica de la actividad probatoria deriva de las exigencias constitucionales y legales que disciplinan la materia, y también constituye un requisito lógico[1610]. En el sistema jurídico el principio de pertinencia y/o relevancia tiene un significado central en la actividad probatoria, ya que toda prueba pertinente y lógicamente relevante debe ser admitida, salvo que deba ser excluida como consecuencia de una específica disposición legal[1611].

Para la relación de pertinencia no basta que el hecho pueda ser probado en el proceso o que el medio de prueba tenga un valor objetivo. Por ejemplo, los hechos evidentes (*v. gr.*, el hecho de que la luz favorece la visión y la obscuridad la dificulta), los hechos notorios o los hechos pacíficamente aceptados por las partes, pese a tener relación con el objeto del proceso, no integran el objeto de prueba debido a que su investigación no interesa al proceso[1612].

9. Si el medio de prueba no cumple con el requisito de pertinencia, no puede ingresar al proceso ni formar parte del cuadro probatorio que puede ser utilizado para resolver un tema de prueba.

Si, en la evaluación conjetural e hipotética que se realiza de un concreto medio de prueba acerca del aporte informativo que se puede obtener, el resultado es igual a cero o no contribuye, ni directa o indirectamente, al esclarecimiento de los hechos que se discuten en el proceso, dicho medio de prueba debe ser considerado impertinente o irrelevante.

Si un elemento de juicio, en relación a un concreto y específico tema de prueba, no posee un aporte ni siquiera mínimo, no puede ser considerado como un medio de prueba pertinente para dicho objeto del proceso[1613]. Sin embargo, ello no quita

1610 Cfr. Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 769.

1611 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 473; Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, 3a. ed., México, Fontamara, 2001, p. 80: "Cuando decimos que la prueba es 'relevante', queremos significar que se refiere a hechos que ponen en acción a una norma jurídica sustantiva. Nótese que la palabra 'relevante' deriva del vocablo francés 'relever', que significa entre otras cosas, 'alzar, realzar, exaltar'. También está emparentada con la palabra 'relieve', aplicada a la escultura, es decir, 'la proyección desde un fondo' o la 'elevación' sobre un fondo: el escultor alza o eleva una parte del material, relegando el resto al fondo, sumergiéndolo".

1612 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 264.

1613 Véase, Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 59: "toda consideración epistémicamente irrelevante o impertinente no es ni siquiera una genuina prueba. Pues si una consideración no cambia en absoluto el estatus de justificación epistémica de una proposición, ella no es prueba ni a favor y en contra de ella. Los rechazos de "medios probatorios" por irrelevantes o impertinentes equivalen, de tal modo, a decir que la información que de ellos podría extraerse (los potenciales elementos o indicios) no fungiría bajo ningún punto de vista de elemento probatorio (o de indicio) en favor o en contra de la proposición en cuestión".

ni impide que dicho elemento de juicio, que no brinda alguna información sobre el objeto X, sí pueda brindar un aporte informativo adecuado y pueda ser utilizado para acreditar el objeto de prueba Y. Por ejemplo, el hecho de que un arma de fuego no pueda servir para explicar un asesinato por veneno, no quiere decir que no pueda ser relevante para aportar información de un delito de robo agravado que se relaciona con el primer hecho.

10. El criterio de pertinencia y/o relevancia es el criterio mínimo que se exige para que los medios de prueba se incorporen al proceso[1614].

En algunos casos, el legislador, para que se puedan ordenar determinados actos de investigación que suponen la afectación de los derechos fundamentales, requiere determinadas condiciones que superan con holgura el umbral de la pertinencia. Ello ocurre, en materia penal, por ejemplo, con el levantamiento del secreto de las comunicaciones, para el que se exige que "la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones" (artículo 230.1 del CPP). En estos casos, además, del juicio de pertinente, se debe acreditar y fundamentar, de manera adecuada, que la medida que afecta un derecho fundamental sea absolutamente necesaria para avanzar las investigaciones.

De igual forma, en materia penal, en segunda instancia, no basta con justificar la relación de pertinencia para que el material probatorio pueda ingresar al proceso de apelación. El artículo 422.2 del CPP prescribe que solo se admitirán los siguientes medios de prueba: (i) los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; (ii) los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que se hubiere formulado en su momento la oportuna reserva, y (iii) los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

La inmensa mayoría de legislaciones procesales reconocen la facultad de que las partes puedan presentar u ofrecer medios de prueba nuevos cuya existencia desconocían o de los que no tenían disponibilidad en la fase inicial de la proposición de pruebas[1615].

En algunas ocasiones, el legislador configura reglas de inadmisibilidad con el fin de maximizar la información relevante que se dispone en el proceso, pese a que el rechazo de determinadas pruebas posea el efecto de empobrecer la información

1614 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 55.

1615 Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, en Ferrer Beltrán, Jordi (coordinador), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 97.

disponible[1616]. Una de estas reglas es exigir que las partes presenten los medios de prueba de manera oportuna y en la estación procesal correspondiente evitando el abuso de posiciones estratégicas, el caos en la presentación de las pruebas y el contradictorio de los medios de prueba[1617]. Lo que se busca es que las partes realicen sus planteamientos y ofrecimientos probatorios de manera temprana e inmediata, a fin de generar una discusión adecuada. Se trata de reglas epistémicas de tercer orden que establecen la no admisión de medios de prueba pertinentes[1618].

III. LA PERTINENCIA DEL MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. SU RELACIÓN CON LA HIPÓTESIS IMPUTATIVA Y LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA

11. La pertinencia debe guardar relación con alguna de las hipótesis concretas formuladas por las partes en el proceso. En el caso del proceso penal, deben relacionarse con la hipótesis imputativa que formula el Ministerio Público o con la hipótesis alternativa que promueve el imputado o su defensa técnica, así como cualquier otro sujeto procesal.

Es errado considerar que la pertinencia de un medio de prueba solo se relaciona con la posible confirmación o refutación de una de las hipótesis que se formulan a nivel del proceso o en la investigación, *v. gr.*, la hipótesis de imputación del Ministerio Público. De manera equivocada, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: "al respecto, es claro que el pronunciamiento judicial que se dicte no puede, bajo ningún aspecto, negar la vigencia del principio de oficialidad de la investigación ni es una excepción al principio acusatorio como régimen estructural diferenciado de roles y funciones de los intervinientes en el proceso penal. La intervención jurisdiccional está limitada a examinar la relevancia, necesidad y razonabilidad de la diligencia bajo un enfoque de control e interdicción de una posible arbitrariedad en la función fiscal[1619]. El órgano jurisdiccional está

1616 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 166; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 72; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 65.

1617 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 72: "de este modo, se busca incentivar la presentación de todas las pruebas disponibles por las partes (o al menos de aquellas que pudieran favorecerles) en el procedimiento de primera instancia. Es decir, paradójicamente, la ratio de esta regla de exclusión es enriquecer el conjunto de elementos de juicio desde el inicio del procedimiento. Siendo así, podría quizás aceptarse que estamos ante una regla de exclusión justificada cuyo fundamento es epistemológico".

1618 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 65.

1619 Véase, la resolución n.º 7 del 18 de octubre del 2021 en el Expediente N.º 14-2020-3 (Ponente: Grossmann Casas); la resolución n.º 5 del 22 de septiembre del 2021 en el Expediente N.º 20-2021-3 (Ponente: Villa Bonilla).

obligado a respetar la estrategia de la investigación y la perspectiva de indagación con base en la naturaleza del hecho punible y la imputación postulada por el titular de la acción penal. Tanto más cuando la causa se refiera a un delito contra la administración pública, cuando esta se encuentra informada por la necesidad de documentación, examen especializado de actuaciones e indagación circunstanciada de la noticia criminal"[1620].

12. Las reglas de pertinencia y utilidad pueden orientarse a acreditar de manera razonable cualquier hipótesis alternativa que plantee el imputado o su defensa, como puede ser que otra persona cometió el hecho y no el imputado; o a buscar probar una coartada simple (que el acusado., no se encontraba en el lugar de los hechos), una coartada compleja (que se encontraba de viaje en otro lugar), una causa de justificación o una causa de inculpabilidad. También se pueden promover actos de investigación para acreditar hechos impeditivos, modificativos o extintivos de la responsabilidad penal.

La pertinencia y utilidad de las diligencias, en la investigación preparatoria, no solo debe tomar en cuenta la hipótesis del Ministerio Público, tendiente a acreditar la imputación y la relación de autoría, sino que también debe analizar obligatoriamente la hipótesis defensiva planteada por el imputado en su declaración, o por su defensa técnica, a lo largo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria.

Constituye un grave error conceptual —y que olvida el sentido genuino del derecho de defensa— el considerar que la única hipótesis que se debe analizar en el juicio de pertinencia y utilidad a nivel de la investigación preparatoria y de la etapa intermedia, es la hipótesis de trabajo que formula el Ministerio Público. En realidad, para establecer la pertinencia y utilidad, de los actos de investigación y de las diligencias, se debe tomar en cuenta la hipótesis alternativa que, explícita o implícitamente[1621], formulan las partes pasivas del proceso penal, *v. gr.*, el imputado o el tercero civilmente responsable.

1620 Véase, la resolución n.º 5 del 22 de septiembre del 2021 en el Expediente N.º 20-2021-3 (Ponente: Villa Bonilla).

1621 Véase, la **Casación N.º 61-2020** del 2 de marzo del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro): "el juez al amparo del principio *iura novit curia*, en tanto se trata de disminuir los efectos punitivos del delito desde sus propias categorías sistemáticas, y en atención al valor superior justicia material, está en la obligación de analizar la existencia de un error de prohibición pues permitirá determinar si existió el delito, desde sus categorías generales, o si este presenta algunos defectos en su configuración para concluir por una pena disminuida. Por lo demás, el punto es tan manifiesto que incluso cuando se trata de las denominadas 'circunstancias' —que importan hechos añadidos a la conducta punible— se autoriza al juez a deducirlas de oficio si con ellas se obtiene un resultado más favorable al imputado, conforme al artículo 397, numeral 1, del CPP. Luego, con mayor razón es dable que el juez lo haga en las causales de disminución de punibilidad".

Si solo se evalúa la hipótesis del Ministerio Público fijada en la imputación, la consecuencia lógica debería ser el rechazar y desestimar las diligencias y los actos de investigación promovidos por el imputado o su defensa, que no coinciden y no buscan acreditar los hechos que forman parte de la hipótesis imputativa. Se debe resaltar que la relación de pertinencia y utilidad se fija en relación a una hipótesis determinada, y que la hipótesis del Ministerio Público es solo una de las que pueden concurrir en la investigación preparatoria.

Por ello, se debe criticar la posición de la Corte Suprema de Justicia, que considera que el único criterio a tomar en cuenta a la hora de valorar la pertinencia y utilidad de los actos de investigación es la hipótesis del Ministerio Público[1622], pasando por alto que el juicio de pertinencia y utilidad de las partes pasivas debe formularse analizando y valorando la hipótesis alternativa que se plantean en el curso de la investigación. En efecto, representa un error grave el sostener que "la impertinencia se advierte en atención a la falta de relación entre el acto de investigación y la imputación penal postulada"[1623], ya que el acto de investigación promovido por el imputado o su defensa debe contrastarse con la hipótesis (alternativa) de la defensa y no solo con la imputación fiscal.

El objeto de la investigación preparatoria no solo reside en acreditar "los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito" (artículo 156.1 del CPP), sino también los hechos extintivos, impeditivos o modificatorios de la responsabilidad penal, así como la posibilidad de cuestionar o refutar la confiabilidad de los resultados de la prueba de cargo.

13. También hay pertinencia cuando el medio de prueba y/o acto de investigación se relaciona con la hipótesis que plantea cualquiera de las demás partes o sujetos procesales a nivel del proceso. Por ejemplo, el juicio de pertinencia puede plantearse en relación a la hipótesis defensiva del investigado, de la parte civil, del agraviado o del tercero civilmente responsable. El hecho de que el objeto principal del proceso penal sea la imputación formalizada no quiere decir que sea su único objeto o que las hipótesis que formulan los demás sujetos procesales carezcan de

1622 La Sala Penal Especial de la Corte Suprema ha señalado en relación con la investigación preparatoria lo siguiente: "tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Entonces, de conformidad con el modelo procesal penal vigente, es claro que en la etapa preliminar existe una evidente predominancia de la actuación fiscal". Véase, la resolución n.º 7 del 18 de octubre del 2021 en el Expediente N.º 14-2020-3 (Ponente: Grossmann Casas).

1623 Véase la resolución n.º 5 del 22 de septiembre del 2021 en el Expediente N.º 20-2021-3 (Ponente: Villa Bonilla).

relevancia y trascendencia. Por ejemplo, el investigado tiene derecho a acreditar, mediante prueba idónea, la hipótesis defensiva de la coartada, de una causa de justificación (*v. gr.*, legítima defensa, estado de necesidad, etc.) o de una causa de inculpabilidad.

La pertinencia también se predica de la facultad de aportar medios de prueba y/o actos de investigación que cuestionen la calidad o fiabilidad de cualquier medio de prueba a fin de asegurar la calidad de información dentro del proceso. Se puede cuestionar la credibilidad de un testigo, de la víctima, del coimputado, así como también la autenticidad de un documento o la calidad operativa de un equipo de sonido.

La pertinencia no solo se sostiene del posible aporte informativo que puede brindar un medio de prueba a favor de una determinada hipótesis, sino también cuando, por ejemplo, puede refutar (parcial o totalmente) una hipótesis, tal como podría ocurrir con la coartada de que la persona no estuvo en el lugar de los hechos, sino en otro sitio. La relevancia se presenta tanto cuando hay la posibilidad de confirmar una hipótesis como cuando hay la posibilidad de refutarla.

IV. LA PERTINENCIA COMO JUICIO INDIVIDUALIZADOR Y EL RESPETO AL CONTRADICTORIO

14. El cumplimiento y la satisfacción del juicio de pertinencia supone que la parte que propone el medio probatorio o el acto de investigación realice una particular y concreta carga de la argumentación tendiente a establecer el posible aporte informativo del medio de prueba que ofrece en relación a la proposición que contiene los hechos relevantes que se pretenden acreditar.

El juicio de pertinencia debe determinarse y sustentarse sobre cada medio de prueba que se ofrezca de manera específica. La justificación debe ser individualizada y explícita. No se cumple con el requisito de pertinencia cuando se justifica el posible aporte probatorio de un medio de prueba y no se sustenta el de los demás medios de prueba.

Si es que se ofrecen 3, 5 o 10 testigos, se debe cumplir con justificar la pertinencia de cada testigo en particular, salvo que depongan por un mismo tema probatorio, *v. gr.*, cuando los declarantes son testigos oculares de un robo u homicidio cometido.

15. La pertinencia de un concreto medio de prueba no basta alegarla o suponer su concurrencia; es necesario fundamentar y explicar en qué consiste y de qué manera se materializa en el caso concreto. La pertinencia no es obvia ni debe dejarse

al buen juicio o tino del juez o del fiscal. La parte que ofrece el medio de prueba debe cumplir con **la obligación de justificar su pertinencia.**

En el ofrecimiento de los medios de prueba o los actos de investigación, no es posible predicar que la pertinencia se presume o que simplemente se supone. Es necesario que se justifique y se explique su sentido y alcance, a fin de cumplir con el principio de legalidad en materia probatoria.

En caso de que el juez ordene, de manera excepcional, la prueba de oficio, se debe también cumplir con fundamentar la pertinencia y la utilidad del medio de prueba que se ordena practicar e incorporar al proceso[1624].

16. El fiscal o el juez, cuando decida sobre la pertinencia del acto de investigación o el medio de prueba ofrecido, debe pronunciarse de manera estricta sobre la base de la argumentación desplegada por cada parte cuando ofreció el medio de prueba.

El análisis del juicio de pertinencia que se realice de los medios de prueba debe ser individual en relación a cada medio de prueba que se ofrece o se presenta[1625].

En caso de que se admita el medio de prueba o el acto de investigación, la justificación debe ser adecuada y precisa; no es necesario que haya una motivación extensa o abundante. Solo se requiere una motivación reforzada si es que se inadmite o se rechaza el medio de prueba o el acto de investigación que se propone. Se parte de la regla de que todo acto que (posiblemente) afecta derechos fundamentales debe contar con una justificación especial o reforzada.

El TC peruano, en relación a la motivación reforzada, ha señalado 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[1626].

17. Un sector importante de la doctrina considera que la vigencia del principio de contradicción se debe extender a las etapas de proposición y de admisibilidad

1624 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 273.

1625 Cfr. Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 153.

1626 Véase, Exp. N.º 02637-2011-PHC/TC, Caso: Luis Gerónimo Pinto Gutiérrez; Exp. N.º 6358-2008 PHC/TC, Caso: Azalea Esmeralda García Zegarra; Exp. N.º 02462-2011-PHC/TC, Caso: Ivon Salhuana Villanueva a favor de Ángel Benito Audante Gutiérrez; Exp. N.º 2641-2012-PHC/TC, Caso: Alberto Quimper Herrera.

de los medios de prueba al exigirse que todos los medios de prueba que proponga una parte deben comunicarse (correr traslado) a las demás partes a fin de que puedan pronunciarse acerca de su pertinencia y licitud[1627]. La facultad de controlar y fiscalizar los medios de prueba ofrecidos por la contraparte se debe cumplir en cada una de las etapas del procedimiento probatorio[1628].

En un proceso acusatorio, marcado por el enfrentamiento dialéctico, los medios de prueba que se introducen, debaten y producen en el contradictorio deben ser la única de fuente conocimiento[1629]. El contradictorio probatorio que se promueve a solicitud de una parte supone que el medio de prueba que se incorpora debe ser la única fuente de cognición para la jurisdicción, en el sentido de que no puede haber otro origen de conocimiento ni se puede utilizar en el curso del proceso un medio de prueba distinto a la adquisición probatoria que se logra[1630].

Es necesario que cada parte puedan formular observaciones, cuestionar o simplemente que se pueda oponer a los planteamientos probatorios de la otra, a fin de que se pueda enriquecer el debate en la etapa de calificación y admisibilidad de la actividad probatoria. Con ello, ha de quedar claro que se debe desarrollar un debate dinámico y abierto acerca de los medios de prueba que se presentan y se busca incorporar. No basta que una parte realice y cumpla con la carga de la argumentación de justificar la pertinencia y la utilidad de los medios de prueba que

1627 Cfr. Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 185; Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di minerva*, cit., p. 202; Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 35; Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 247; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 253; Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 97.

1628 Cfr. Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 247: "la parte contraria ha de pronunciarse acerca de los medios de prueba, puede poner objeciones a su admisibilidad, su eficacia jurídica, o el crédito que merezca un medio de prueba (excepciones probatorias). A ellas pertenecen, por ejemplo, las manifestaciones sobre la falta de importancia del hecho a probar porque ya está probado, sobre la credibilidad de un testigo, o sobre la autenticidad dudosa de un documento"; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 253: "por regla general, un medio de prueba es comunicado a la parte contraria inmediatamente después de formulado el petitorio, continúa la fiscalización durante el diligenciamiento, como cuando se permite a las partes presenciar las declaraciones de los testigos, o la confesión del adversario o el examen de los peritos; y se prolonga aun luego de incorporado el medio de prueba al juicio, mediante los procedimientos legales de impugnación: falsedad del documento, tacha de testigos, aclaración de los peritos, etc. El contradictorio se produce, pues, antes, durante y después de la producción de la prueba, dentro de las formas dadas por el derecho positivo. Su infracción se sanciona en algunos textos legales con la nulidad de la prueba. Pero aun sin texto expreso debe admitirse, en principio, esta conclusión".

1629 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 41.

1630 Cfr. Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 185.

ofrece. Es necesario que los sujetos procesales puedan alegar, cuestionar y oponerse al ofrecimiento y a la admisión de cualquier medio de prueba.

V. EL FUNDAMENTO

18. El valor y la finalidad básica del proceso de orientarse a la búsqueda de la verdad conllevan a diseñar y configurar legislativamente el procedimiento, cualquier que sea su clase, para recibir la mayor información probatoria posible[1631], tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo. Un proceso orientado a buscar y establecer la verdad de los hechos, como regla, no debe limitar el ingreso del material informativo al proceso, sino todo lo contrario: debe promover la adquisición del mayor y mejor conocimiento posible[1632]. Como Bentham señalaba hace cerca de 200 años, "la exclusión de la prueba es la exclusión de la justicia"[1633].

La ventaja de permitir el ingreso de la mayor información posible al proceso no solo afianza y es compatible con la búsqueda de la verdad, sino que también contribuye a reducir de manera drástica el error fiscal o judicial, ya que, a mayor información, mayor posibilidad de adoptar una decisión correcta y razonable. Se parte de un principio epistemológico central: a mayor información disponible para quien va decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión[1634], con la condición de que se evalúen las pruebas con objetividad e imparcialidad.

Sin embargo, esa riqueza y amplitud en la adquisición de conocimiento no puede ser ilimitada o carecer de filtro alguno. Desde el punto de vista epistemológico y lógico, hay acuerdo en sostener que el principal criterio para determinar el ingreso de la información probatoria al proceso es el parámetro de la pertinencia y/o el de la relevancia de la información probatoria[1635]. Solo la información que se relacione

1631 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68.

1632 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 154; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 165: "en un procedimiento epistémico ideal, el principio de relevancia sería con toda probabilidad suficiente para determinar qué informaciones debieran ser excluidas y cuáles debieran ser adquiridas con el fin de maximizar la eficacia de ese procedimiento para alcanzar conclusiones verdaderas"; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 116: "Desde la perspectiva del modelo cognoscitivista, orientado a la averiguación a la verdad, el criterio que rige la investigación sobre los hechos es la búsqueda de información libre y sin restricciones, un criterio que fue formulado a través de la regla epistemológica que establece que: [...] iii) cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan deben poder usarse".

1633 Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. 2, p. 87.

1634 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 163; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68.

1635 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 163; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68.

(directa o indirectamente) con el tema u objeto que se busca probar puede incorporarse a la investigación o al proceso; de tal modo que la información irrelevante o que no aporte de modo alguno al esclarecimiento de los hechos no debe ingresar.

Los actos procesales, los recursos y las pruebas que se admiten al proceso deben cumplir con los requisitos de la pertinencia y relevancia con el objeto del proceso como condición de validez y legitimidad.

19. La mayoría de las legislaciones procesales del mundo, a fin de evitar actividades inútiles, innecesarias y que puedan generar un desgaste de tiempo y de recursos, establecen determinadas exigencias y filtros para la incorporación a la investigación o al proceso de ciertas diligencias y medios de prueba. A los diversos sistemas procesales les interesa, **por razones pragmáticas, de eficiencia y economía procesal,** el impedir la presentación y el ingreso al proceso de medios de prueba inútiles, impertinentes, o redundantes o que sean producto de creencias equivocadas, o de sesgos y prejuicios[1636]. Para ello se promulgan y establecen reglas legales explícitas o implícitas que determinan que solo los medios de prueba pertinentes y relevantes en relación a los hechos que se discuten en el proceso pueden ser admitidos e incorporarse; de tal manera que todos aquellos medios de prueba que no sean pertinentes deben ser excluidos en la etapa preliminar. Se consagra así un principio general de pertinencia y/o relevancia, que es común y transversal a todos los sistemas probatorios[1637].

Una de las exigencias legales más importantes es que los actos de investigación y los medios de prueba sean pertinentes y útiles. El principio de **economía procesal** reclama que los actos que se realicen en el proceso, o en la investigación del delito, sean los actos y las diligencias necesarios en el esclarecimiento de los hechos[1638]. Dicho principio pretende buscar la máxima efectividad del derecho material con

1636 Cfr. Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 156: "cuando no se hace un correcto juicio de relevancia de las pruebas e ingresa información irrelevante los resultados pueden ser fatales: a veces no solo se pierden recursos en la práctica de las pruebas que no brindan razones epistémicas sobre los hechos del caso, sino que pueden ser activadoras de sesgos para los abogados, los fiscales el tribunal de enjuiciamiento".

1637 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., pp. 37 y 40.

1638 Por todos, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 163, quien distingue los criterios puramente económicos, que se entienden como simple reducción de costos, del principio de economía procesal.

el mínimo empleo de los actos procesales[1639], y busca producir el mejor resultado posible con el menor dispendio de recursos[1640].

El brocardo latino ***frustra probatur quod probatum non relevat*** sintetiza un principio general que, expresa o implícitamente, existe en todo ordenamiento jurídico por evidentes razones de economía procesal[1641]. En todo sistema probatorio racional, el principio de pertinencia y/o de relevancia busca evitar la incorporación al proceso de un medio de prueba que no esté en condiciones de proporcionar algún tipo de conocimiento útil para la explicación de un suceso y la decisión sobre los hechos[1642]. Lo que se busca es racionalizar y controlar el ingreso de información al proceso, a fin de que solo puedan incorporarse conocimientos relevantes para el objeto de prueba[1643]. De igual manera, este principio permite una mejor ordenación, una rápida terminación del proceso[1644] y evita una sobrecarga de información innecesaria en el esclarecimiento de los hechos.

El ejercicio de un derecho fundamental como el derecho a la prueba tiene límites formales y materiales. Uno de los límites materiales es que no se pueden desatender irrazonablemente, bajo ninguna forma, exigencias prácticas de economía procesal en la realización de actos procesales y en la incorporación de la información probatoria al proceso[1645].

Por el principio de economía procesal, y en atención a cuestiones pragmáticas y de eficiencia, no se puede realizar cualquier diligencia para adquirir conocimiento sobre un suceso histórico y sus circunstancias, sino que el patrimonio cognoscitivo que se logra debe estar relacionado con los hechos que se investigan y que forman

1639 Cfr. Araújo/Pellegrini/Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 97; Bedé Júnior, Américo y Gustavo Senna, *Príncipios do processo penal*, Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 155; Guimarães Ribeiro, Darci, *Provas atípicas*, Porto Alegre, Librería do Advogado, 1998, p. 114; Assumpção Neves, Daniel Amorim, *Ações probatórias autônomas*, Sao Paulo, Saraiva, 2008, p. 91.

1640 Cfr. Bedé Júnior/Senna, *Príncipios do processo penal*, cit., p. 157.

1641 Cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 184; Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472; Taruffo, *La prueba*, cit., p. 39: "una máxima tradicional dice que *frustra probatur quod probatum non relevat*, subrayando que en los procesos judiciales no debe perderse el tiempo, dinero y energía en la adquisición de medios de prueba inútiles"; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 163, quien recuerda que al principio de relevancia se le asigna una función de economía procesal en la medida que su aplicación evitaría el desarrollo de actividades procesales inútiles; Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 168, p. 282; Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 65.

1642 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 65.

1643 Cfr. Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di minerva*, cit., p. 203.

1644 Cfr. Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 247.

1645 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 249.

parte del objeto de la indagación. Desde el punto de vista de una racionalidad pragmática, no puede ni debe realizarse actos que no redunden en el apoyo (o desestimación) de una determinada hipótesis.

Es indiscutible el fundamento **económico** del principio de pertinencia, ya que solo así se consigue la no incorporación al proceso de medios de prueba irrelevantes, con el consiguiente ahorro de tiempo y recursos, y se logra la depuración de una actividad procesal que, de otra forma, devendría en una inútil e innecesaria[1646]. La información probatoria que se recibe en el proceso no puede ser de cualquier clase y entidad. Solo puede permitirse aquella información relacionada con las proposiciones fácticas que se investiga.

20. En teoría y en una visión ingenua de la actividad probatoria que se practica en un proceso, las partes pueden ofrecer y presentar cualquier medio de prueba que consideren útiles a sus intereses, para acreditar sus afirmaciones y la pretensión. La concepción subjetiva de la prueba lleva a sostener que cualquier medio de prueba que las partes estimen relevantes para acreditar su pretensión puede ingresar al proceso, sin ningún problema.

Sin embargo, todas las legislaciones procesales del mundo establecen una serie de disposiciones legales que se decantan por establecer una **selección preliminar** de los medios prueba que pueden presentarse e incorporarse al proceso, siguiendo ciertos parámetros y requisitos[1647]. Se considera que dejar en manos de las partes —sin ninguna clase de filtro— el decidir qué clase de prueba se presenta ocasionaría demoras y complicaciones en el funcionamiento y eficiencia del proceso entendido como instrumento de solución de conflictos y controversias, por el peligro latente de un abuso del derecho a probar.

Una de las razones para seleccionar de manera previa los medios de prueba deriva de la necesidad de proteger **valores e intereses generales de la sociedad** (*v. gr.*, secretos de Estado), así como los **valores individuales de la persona**; de la misma forma, se busca la protección de los derechos fundamentales (*v. gr.*, la dignidad de

1646 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 65.

1647 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 166; Taruffo, *La prueba*, cit., p. 37: "todos los sistemas procesales incluyen normas y criterios que tienen por objeto establecer una selección preliminar de los medios de prueba que se pueden presentar. En general, tales normas y criterios se deben aplicar al principio del proceso, pues su función es evitar que las partes presenten medios de prueba que no deberían ser admitidos y que el juez ordene la adquisición de medios de prueba que son inadmisibles o que no vale la pena considerar".

la persona humana, la prohibición de la tortura, etc.), que merecen una consideración especial[1648].

21. En el derecho comparado, las consideraciones de eficiencia, en algunas ocasiones, superan a los criterios de relevancia, lo que conduce a excluir a ciertos medios de prueba. Por ejemplo, el artículo 403 de las Reglas federales de evidencia de los Estados Unidos establece que "aunque relevante, la prueba puede ser excluida si su valor probatorio es sustancialmente superado [...] por consideraciones de retraso indebido, pérdida de tiempo, o presentación innecesaria de prueba acumulativa".

Los escasos recursos y tiempo con los que se cuenta en un procedimiento de investigación deben conducir a la realización de las diligencias necesarias para esclarecer los hechos y averiguar la verdad. Debe haber una relación entre los hechos que se investigan, las diligencias que se realizan y el conocimiento que se pretende obtener. El objeto de una investigación no puede ser un homicidio si los actos que se realiza son los que se efectúa para averiguar la comisión de un robo.

Desde el punto de vista racional, no se debe recibir e incorporar al proceso algo que no prueba lógicamente alguna cuestión que requiera ser probada[1649] y que deba ser acreditada en el proceso para adoptar una determinada decisión.

22. La importancia del principio de pertinencia y/o relevancia como criterio para la incorporación de los medios de prueba al proceso no tiene el mismo peso y gravitación en los diversos sistemas procesales[1650]. Las reglas jurídicas que regulan la conformación de los elementos de juicio y las reglas de admisibilidad varían a nivel de los distintos ordenamientos jurídicos, así como también, dentro de la legislación de un mismo país, se presentan diferencias en función a los distintos tipos de proceso[1651].

Por ejemplo, se reconoce que el principio de pertinencia posee un alcance menor en los sistemas procesales europeos y de América latina[1652], en los que se utiliza para excluir pruebas irrelevantes, pero el mismo no se aplica como único criterio para decidir qué medios de prueba deben de ser admitidos al proceso. En el sistema del *civil law,* el criterio de ingreso de los medios de prueba al proceso

1648 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 37.

1649 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 354.

1650 Véase, Taruffo, *La prueba*, cit., p. 40; Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 67.

1651 Cfr. Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 56.

1652 Cfr. Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 67: "si ahora examinamos los sistemas jurídicos ajenos al mundo de la *common law*, descubrimos que la relevancia así entendida no juega casi ningún papel en el discurso jurídico. La tradición jurídico continental, por ejemplo, destaca por su tendencia a la construcción conceptual del derecho, en el que el valor probatorio de la información rara vez se discute al margen de la credibilidad de su emisor".

viene regulado por las reglas de admisibilidad jurídica por encima del criterio de pertinencia o relevancia lógica.

En cambio, en el sistema de la *common law,* el principio de pertinencia o relevancia cuenta con un peso y una connotación mayor. Tal es así que el artículo 402 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos establece que "todos los elementos de prueba relevantes son admisibles, salvo que se disponga lo contrario". Dicho criterio funciona de manera paradigmática como un criterio general para determinar qué medios de prueba deben de ingresar al proceso, actuando como un parámetro incluyente, y las reglas de exclusión representan la excepción al principio general.

23. En el derecho, una investigación o un proceso en donde se analizan y discuten determinados hechos relevantes a los que se asocia una determinada consecuencia jurídica no es abierto en el tiempo ni se encuentra indefinido, sino que posee necesariamente límites materiales y temporales que no pueden ser rebasados[1653]. El debate y la discusión necesariamente debe cerrarse en algún momento, a diferencia de lo que ocurre en la actividad científica o en otras áreas del conocimiento humano. La regla es que no pueden incorporarse de manera indefinida medios de prueba al proceso, debido a que el proceso debe llegar en un plazo razonable a su fin, para dotar de seguridad y confianza en el sistema de justicia a los justiciables y a los ciudadanos, mediante la expedición de una decisión razonable fundada en las pruebas y el derecho vigente[1654].

La búsqueda de la verdad en el proceso penal tiene claramente limitaciones de tiempo, ya que debe encontrar una respuesta definitiva dentro de estrechos márgenes y cumpliendo plazos inevitables[1655]. El conocimiento judicial de los hechos está sometido a un marco temporal fijado por la ley y el despliegue de la actividad probatoria no puede efectuarse de manera indefinida, sino dentro de un segmento concreto del proceso y del tiempo[1656]. Los casos no solo se deben solucionar, sino que deben cerrarse en algún momento. Tanto el proceso como la actividad probatoria

1653 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 363.

1654 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 37.

1655 Cfr. Ricoeur, *Lo justo*, cit., p. 185: "es característica del juicio en el plano judicial interrumpir el intercambio de argumentos mediante un punto final, aunque sea provisorio, al menos mientras quedan abiertas las vías de la apelación; pero habrá un punto o un momento para un fallo definitivo que la fuerza pública sancionará"; Ricoeur, *Interpretazione e/o argumentazione*, cit., p. 87.

1656 Cfr. Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 396: "las reglas del proceso instan a una más o menos rápida resolución del conflicto y garantizan que en un período de tiempo predeterminado quedará fijada la verdad procesal sobre los hechos de la causa"; Muñoz Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, cit., p. 110.

que se despliega en él deben estar sujetos a plazos y límites temporales estrictos[1657]. El descubrimiento de la verdad no es indefinido, abierto, *a tempore*.

Una investigación en el campo del derecho que verse sobre hechos y sucesos históricos debe ser eficiente, ya que no solo los recursos son finitos, sino que la actividad procesal debe ser ordenada y ha de tender al empleo de solo los medios de prueba necesarios e indispensables. Los criterios de pertinencia y utilidad son los parámetros de racionalidad más importantes que determinan la información que debe ingresar al proceso. Un sistema probatorio racional no es partidario de incorporar todo y cualquier medio de prueba, sino solo aquellos medios que guarden relación con la acreditación de los hechos que se discuten en el proceso. No es de recibo la prueba redundante o la prueba superflua[1658], que es un ejemplo de prueba inútil, debido a que no agrega nada nuevo a lo que ya se conoce; de tal manera que las actividades para su aportación no serían necesarias ni oportunas[1659]. El CPP reconoce que se puede limitar los medios de prueba "cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución" (artículo 155.2).

VI. LA PERTINENCIA Y LA RELEVANCIA

24. Pese a que se suele equiparar la pertinencia y la utilidad[1660], la doctrina distingue ambas nociones. Un medio de prueba es pertinente cuando guarda relación con el objeto del proceso. Un medio de prueba es relevante cuando permite el esclarecimiento de los hechos y es capaz de contribuir a la verdad[1661]. En un sentido amplio, un elemento de juicio es relevante para la decisión si se puede fundar

1657 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 45. En sentido semejante, en los casos que deben ser resueltos por la dogmática jurídica: Hruschka, *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?*, cit., p. 272.

1658 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 270; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 160; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 74; Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 64: "es la existencia de elementos de juicio distintos (del mismo tipo o diferentes) incorporados en líneas argumentativas que acreditan la misma conclusión sobre los hechos del caso"; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 63; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 157.

1659 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 164 para quien una prueba es superflua "cuando en el caso de ser asumida no haría otra cosa que producir elementos adicionales de confirmación de conclusiones ya alcanzadas y adecuadamente justificadas a través de otras pruebas".

1660 Al respecto, Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 55.

1661 Cfr. Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 769.

en él —de manera exclusiva o conjuntamente con otros medios de prueba— una conclusión sobre la verdad de un enunciado fáctico a probar[1662].

La relevancia en el proceso penal supone que el medio de prueba es funcional a la acreditación de los hechos y las circunstancias del caso, ya sea que favorezcan la posición del ente acusador o la de la defensa, *v. gr.*, el acreditar una coartada, una causa de justificación, un hecho extintivo[1663]. La relevancia es un criterio o estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos e incorporados al proceso son aquellos que mantienen una relación lógica con los hechos materia de litigio, de tal modo que puede sustentarse en ellos una determinada conclusión acerca de las afirmaciones sobre los hechos[1664].

La relevancia solo se puede dar en relación al objeto del proceso o de la investigación y se vincula a una proposición sobre un hecho material o con otro hecho de importancia, *v. gr.*, la fiabilidad o credibilidad de la fuente de prueba[1665]. Un medio de prueba es relevante cuando, recayendo sobre una proposición fáctica considerada hipotéticamente verdadera, puede servir como elemento de confirmación lógica de un *factum probandum*[1666].

Un medio de prueba no es relevante por el hecho de que brinde razones epistémicas para aceptar como verdadero o falso un determinado hecho[1667], ya que solo es necesario que **pueda** aportar información en el esclarecimiento de un suceso, ya sea de manera directa o indirecta; de igual manera, no solo puede predicarse la relevancia de un enunciado sobre los hechos materia del proceso, sino también sobre la credibilidad y fiabilidad probatoria.

25. La relevancia, en la teoría de la prueba, se predica de la información que forma parte de una narración dirigida a probar cierta tesis sobre determinados hechos y que sirve para la reconstrucción de la premisa fáctica del silogismo judicial. Si una información no es relevante para acreditar un hecho, no puede constituir una prueba en sentido jurídico. La relevancia es una condición necesaria para que

1662 Por todos, Taruffo, *La prueba*, cit., p. 38; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 71; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 152.

1663 Cfr. Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 37.

1664 Por todos, Taruffo, *La prueba*, cit., p. 38.

1665 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 359; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 160; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 56; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 153.

1666 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 264.

1667 Así, sin embargo, Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 152.

una determinada información sea considerada como un medio de prueba y cumpla un papel en el razonamiento jurídico[1668].

En el sistema del *common law* uno de los componentes básicos de la doctrina probatoria americana es el de la relevancia que, según Damaska, está en el corazón del léxico probatorio y juega un papel fundamental en la práctica del discurso jurídico[1669].

26. La relevancia probatoria es un juicio por el cual se verifica si un medio de prueba tiene el potencial, en el caso concreto, de aumentar o disminuir la probabilidad de una hipótesis. Si el elemento de juicio tiene el potencial de aumentar la confirmación de la hipótesis, es **positivamente relevante**; en cambio, si tiene el potencial de disminuir la confirmación, es **negativamente relevante**. Sin embargo, si hay razones para creer que el aporte del medio de prueba no influirá ni positiva ni negativamente en la confirmación de la hipótesis, deberá ser considerado irrelevante[1670]. La relevancia no solo se predica de la posibilidad de confirmar una determinada hipótesis acerca de cómo ocurrieron los hechos, sino que también supone la posibilidad de refutar una determinada hipótesis (*v. gr.*, mediante una prueba de refutación), sin que por ello, necesariamente, se afiance una hipótesis alternativa. Por ello, la relevancia se refiere al potencial probatorio de un elemento de conocimiento o de información que puede apoyar o negar la existencia de un hecho principal o secundario[1671].

En la medida que la función de los medios de prueba es ofrecer al juzgador una información útil que ayude a establecer la verdad y eliminar la incertidumbre de los hechos en litigio, esta relación lógica es cognitivamente instrumental; de tal manera que los medios de prueba relevantes son aquellos que pueden ofrecer una base cognoscitiva para determinar la verdad o falsedad de un hecho litigioso proporcionando una información que debe ser superior a cero[1672]. Un medio de prueba es

1668 Cfr. Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 99; Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., pp. 60 y 61: "la relevancia probatoria de cierta proposición fáctica depende en primer lugar de la determinación del *thema probandum* operada a partir de la interpretación del antecedente de un condicional deóntico, es decir, a partir de la atribución/imputación de ciertas consecuencias normativas a determinados hechos o acciones".

1669 Cfr. Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 67.

1670 Con matices: Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 65.

1671 Cfr. Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 67.

1672 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 38.

relevante cuando facilita apoyo (o refutación) a alguna de las hipótesis planteadas por las partes en el proceso a la luz de los principios de la lógica y de la ciencia[1673].

Un medio de prueba relevante debe modificar o alterar (positiva o negativamente) la justificación epistémica de la proposición a probar; de tal modo que, si dicho elemento de juicio cuya inclusión se pretende efectuar en el cuadro probatorio no altera de alguna manera la justificación epistémica del enunciado que se quiere probar, se tratará de una prueba irrelevante[1674].

La relevancia cumple una función negativa al excluir la adquisición de medios de prueba que no aportan información y que no son de alguna utilidad para establecer la verdad o falsedad de los hechos objeto de proceso[1675].

27. En los diversos ordenamientos jurídicos, en especial en la *common law*, el criterio basilar que se utiliza para la selección y admisión de las pruebas es el de la relevancia que constituye un criterio lógico y de experiencia general[1676], por el cual los únicos medios de prueba que deben de ser admitidos al proceso son los que poseen una relación o conexión con los hechos que forman parte del litigio y que pueden ayudar a obtener una decisión justa al permitir lograr una visión aproximada de lo que efectivamente ocurrió.

El artículo 401 de las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos entiende que: "prueba relevante significa evidencia que tiene alguna tendencia a hacer que la existencia de cualquier hecho que sea de consecuencia para la determinación de la acción sea más probable o menos probable de lo que sería sin la evidencia". Esta regla vincula el concepto de relevancia probatoria con el concepto de probabilidad implícito en la noción de valor probatorio[1677].

1673 Cfr. Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 54.

1674 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 55: "una prueba es epistémicamente relevante respecto de la proposición *p* si tenerla en cuenta altera en alguna medida el estatus de justificación epistémica de dicha proposición".

1675 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 354.

1676 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 38; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 166; Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 67: "la idea que transmite el concepto es que dicho elemento está conectado por enlaces lógicos o de experiencia con la proposición que desea probarse"; Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., pp. 351 y 353.

1677 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 97: "para ser relevante, la prueba debe hacer que un *probandum* penúltimo sea más o menos probable (o debe ser relevante para la credibilidad de un testigo u otra prueba ofrecida en el caso). En resumen, las *probanda* penúltimas proveen de las piedras de apoyo para los efectos de establecer la relevancia de la prueba"; Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 65: "la relevancia probatoria sería equivalente al valor probatorio potencial de una proposición fáctica (o de un conjunto de proporciones fácticas) medido en grados de

Se reconoce que el modelo judicial angloamericano de investigación de los hechos se caracteriza por la intensa selección preliminar de los medios de prueba que se pueden incorporar al proceso. Hay una serie de mecanismos institucionales que regulan el control estricto en la recepción de las pruebas. Las reglas de exclusión probatoria son el rasgo distintivo del derecho probatorio angloamericano[1678].

Se distingue entre las **reglas de exclusión extrínsecas** y las **reglas de exclusión intrínsecas**[1679]. Las primeras prohíben el uso de las pruebas obtenidas ilegalmente con violación de los derechos fundamentales, *v. gr.*, allanamientos o registros ilegales. También están dentro de este ámbito los privilegios testificales que buscan preservar la vida privada y proteger la incolumidad familiar dejando a salvo el derecho de no declarar en contra de un pariente cercano. Por su parte, las reglas de exclusión intrínsecas rechazan la información probatoria sobre la base de que se busca la mejor precisión en la acreditación de los hechos, como cuando, por ejemplo, la relevancia del medio de prueba es muy escasa o la conexión con los hechos es muy remota. También se pretende evitar con el control en la admisión de las pruebas que alguna evidencia pueda ser sobrevalorada por el jurado o pueda inducir a error, como ocurre con el testigo de referencia. El hecho de que se trate de evitar el error (*v. gr.*, al sobrevalorar el medio de prueba) de quien luego se encargará de evaluar el concreto medio de prueba excluyéndolo desde la etapa de la admisión probatoria es un caso manifiesto de **epistemología paternalista**[1680]. La epistemología paternalista, muy común en el derecho americano y **en el** *common law*, busca asegurar la corrección del juicio de los hechos que realiza el jurado.

28. Otro ejemplo semejante lo constituye el caso de la prueba del contrato, en el que se privilegia en muchos ordenamientos el **documento escrito**[1681] por

probabilidad de que sea verdadera otra proposición fáctica que se infiera de la primera (o de dicho conjunto de proporciones)"; VÁSQUEZ ROJAS/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 157.

1678 Cfr. DAMASKA, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 29; TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 166.

1679 Cfr. DAMASKA, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., pp. 30 y ss.; TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 174: "todos los ordenamientos procesales comprenden normas que no persiguen una finalidad epistémica pero que implica la posible exclusión de pruebas relevantes o incluso la imposibilidad de probar en juicio hechos que serían relevantes para la decisión"; BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 155.

1680 Por todos, TARUFFO, en TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 70; TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 170.

1681 De manera general sobre el documento: MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 6a. ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 279: "tradicionalmente se ha venido sosteniendo que el proceso civil es el reino del documento, mientras que el proceso penal lo es del testigo" En el caso del Código Procesal Civil brasileño de 1973: BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 179.

considerarse más seguro y fiable que la prueba testimonial u otra clase de medio de prueba[1682]. Incluso, en algunas legislaciones, tomando en cuenta el monto del contrato, se exige como condición de la validez jurídica que los contratos sean redactados por escrito; de tal modo que solo se acepta un tipo de prueba para acreditarlos[1683], la prueba documental; en otras legislaciones, se repara en la forma del contrato y se excluye de manera expresa la prueba testimonial. En otros casos, se emplea la regla de la *parol evidence rule,* que plantea que las pruebas de los acuerdos previos o contemporáneos son inadmisibles para modificar, contradecir o revocar los términos de un documento escrito (Taruffo).

Aquí rige la regla de preferencia (*rule of preference*) o la regla de la mejor evidencia (*best evidence rule*), según la cual toda prueba es admisible, aunque es preferible utilizar la prueba (*v. gr.*, la documental) que parece más atendible[1684]. No se trata de una regla de exclusión de medios de prueba, sino de una que impulsa a elegir el mejor medio de prueba posible para acreditar un hecho litigioso. Se está ante una regla de preferencia probatoria que busca fomentar el uso de ciertos y determinados medios de prueba que sean más adecuados para acreditar los hechos, así como para evitar abusos y fraudes[1685]. En el derecho de los contratos de diversos países, se exige el presentar un documento para acreditar el contenido de la transacción, toda vez

1682 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472.

1683 En el derecho francés e italiano: Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., pp. 167 y 168, en donde se excluyen la prueba testifical de los contratos de valor superior a un cierto monto, de los pactos añadidos o contrarios al contenido de un contrato, de los contratos para los que la ley requiere prueba escrita y de los contratos para cuya validez la ley requiere la forma escrita.

1684 Véase, Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 92: "puesto que las partes deciden qué material probatorio se presentará al tribunal, su elección es impulsada por el deseo de ganar, especialmente cuando, como sucede en los procesos civiles, el premio de la victoria es una considerable cantidad económica. Deseosos de promover sus intereses, las partes y sus abogados pueden tener la tentación de seleccionar una prueba de potencial cognitivo inferior si es útil para ellos por razones tácticas aun cuando estén disponibles con facilidad fuentes superiores de información (desde el punto de vista del juez de los hechos). En esta situación las reglas de exclusión intrínsecas se convierten en un instrumento útil de presión a las partes y sus abogados a fin de que pongan a disposición del juez las mejores, o más fiables, fuentes de información"; Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 71; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 178: "Sendo possivel a produgao de uma prova com melhor idoneidade e potencial cognitive, nao se pode aceitar uma menos qualificada".

1685 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 46; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 181: "as partes processuais devem apresentar ao tribunal o melhor ou mais confiáveis elementos de prova que seja razoavelmente obtenivel sobre uma determinada questão fatica controvertida. O fundamento do postulado emaprego e a necessidade de se garantir que o julgador do merito tenha as melhores condiçoes possíveis de reconstruir com acurácia a verdade histórica dos fatos sob julgamento. Para tanto, ele precisa ter acesso a elementos de prova otimos, do ponto de vista epistemologico, assim entendidos aqueles elementos de prova mais uteis para que um julgador consiga decidir, de forma racional, uma questao fatica controversa".

que se considera que el documento es la mejor prueba de ella. En algunos países (Italia, Francia y Bélgica), se excluyen las pruebas testificales de los contratos; de tal modo que solo se admiten las pruebas documentales, salvo en los casos en los que una de las partes no tiene la posibilidad de obtener el documento o en los que el documento ha sido destruido sin que sea responsabilidad de una de las partes[1686]. Se trata de fomentar la seguridad jurídica y el correcto tráfico comercial, sobre todo, en aquellas operaciones económicas de envergadura que requieren el cumplimiento de controles y resortes que garanticen la viabilidad y la confianza en los contratos.

La regla 1002 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico establece que "para probar el contenido de un escrito, grabación o fotografía se requiere la presentación del original de éstos[1687]". La regla mencionada no se limita a cuando el proponente intenta probar el contenido de un escrito, sino que se aplica también cuando se intenta probar el contenido de una fotografía o una grabación[1688]. La mejor regla de evidencia es una regla de derecho que establece que, cuando se presenta una prueba como un documento o grabación, solo se aceptará el original, a menos que exista una razón legítima para que el original no se puede utilizar[1689].

1686 Véase, TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 48.

1687 Por su parte, la "Regla 1001" presenta lo siguiente: "Definiciones para propósitos de este capítulo. Los siguientes términos tendrán el significado que a continuación se indica:
(A) Escritos o grabaciones: Consisten en letras, palabras, números, sonidos o sus equivalentes, por medio de escritura manual, maquinilla, en computadora, grabación mecánica o electrónica, micrografía, microfilmación, impresión, fotocopia, fotografía o impulso magnético, u otra forma de compilación de datos.
(B) Fotografías: Incluyen la reproducción mediante fotografías, películas de rayos X, películas cinematográficas, videomagnetofónicas, digitales u otras técnicas de reproducción de imágenes.
(C) Original: Original de un escrito o grabación es el escrito o grabación mismo o cualquier contraparte de éstos, siempre que la intención de la persona que los ejecuta o emita sea que éstos tengan el mismo efecto que aquellos. El original de una fotografía incluye su negativo o archivo digital, y cualquier ejemplar positivo obtenido de éste. Es también un original, el impreso legible que refleja con precisión la información que haya sido almacenada o acumulada o producida en computadora o artefacto similar.
(D) Duplicado: Copia o imagen producida por la misma impresión que el original, o por la misma matriz o por medio de fotografía, incluyendo ampliaciones y miniaturas, o por regrabaciones mecánicas, electrónicas o digitales o por reproducciones químicas, digitales o por otras técnicas equivalentes que reproduzcan adecuadamente el original".

1688 Cfr. CHIESA APONTE, *Compendio de evidencia (en el sistema adversarial)*, cit., p. 488.

1689 Cfr. CHIESA APONTE, *Compendio de evidencia (en el sistema adversarial)*, cit., p. 495, quien resalta que la mejor evidencia es la grabación y que la transcripción es una prueba de referencia: "las grabaciones o regrabaciones permiten la preparación de transcripción de testimonios. Si una conversación es grabada y luego se transcribe de la grabación, la transcripción no es original ni duplicado de la grabación bajo las definiciones en la regla 1001, aunque se considere "la mejor evidencia" en contexto distinto a la regla de la mejor evidencia. La admisión de la transcripción para probar el contenido de la grabación y, en última instancia, el contenido de un testimonio o

La Corte Suprema de Colombia ha definido la noción de mejor evidencia de la siguiente manera:

> el concepto de mejor evidencia apunta a eliminar, en cuanto sea posible, los riesgos en la tergiversación o alteración de los medios de prueba, y facilitar el ejercicio de la contradicción y la confrontación. En esa lógica, la presentación del testigo que presenció los hechos, en lugar de aquel que escuchó su relato, permite establecer de forma más fidedigna la narración, al tiempo que posibilita el desarrollo de la confrontación. En lo concerniente a los documentos, la presentación del original permite la verificación de que el documento no ha sido mutilado o alterado de alguna forma (que hipotéticamente podría dificultarse cuando se presenta una copia), lo que, además, facilita el ejercicio de la contradicción[1690].

En el derecho americano, el fundamento de esta clase de reglas reside en evitar errores y distorsiones en el análisis de los hechos, que muchas veces ocurren si es que no se previene el ingreso al proceso de ciertos medios de prueba que pueden alterar el sentido de determinados hechos (*v. gr.*, contratos), que por su significado económico y la necesidad de seguridad deben obrar con una constancia escrita[1691].

En los sistemas probatorios del *civil law,* en determinadas áreas del derecho como el derecho de los contratos se brinda preferencia a ciertos medios de prueba (*v. gr.*, los documentos), a los que se considera especialmente fiables; en el caso de los documentos públicos, estos tienen efectos vinculantes a modo de que en la práctica representan auténticas pruebas legales. Un documento público o con valor

---

una conversación, suscita más de un problema sobre las reglas de la evidencia. Hay problemas de autenticación, prueba de referencia y regla de la mejor evidencia. Se recibe un escrito en el que el transcriptor afirma que la grabación refleja lo que dijeron determinadas personas, aparte de interpretar las voces de quién está hablando (quién habla aquí o allá). Esto suscita problemas de prueba de referencia; el declarante es el transcriptor quien afirma que ocurrió una conversación o procedimiento en el que Juan y Pedro afirmaron tal cosa. Y la regla de la mejor evidencia exigiría la grabación original misma o un duplicado, para probar el contenido de la grabación y regrabación. Y esta subyacente el problema de autenticación. La mejor práctica parece ser recibir la transcripción de los testimonios, junto a la grabación o regrabación, de forma que estén disponibles para las partes y el juzgador".

1690 Véase, la Casación Penal AP 7577-2017, Radicación n.º 51410 (Aprobado Acta n.º 372) del 8 de noviembre del 2017.

1691 Véase, Taruffo, *La prueba*, cit., p. 50: "las normas que exigen la prueba escrita de un contrato pueden entenderse como dirigidas a evitar problemas concernientes a la valoración de la prueba de las pruebas orales de ese contrato; las reglas que impiden que se interroguen como testigos a las partes reales o potenciales pueden ser interpretadas como reglas cuyo objetivo es evitar dificultades en la determinación del valor apropiado de este tipo de medios de prueba".

oficial elaborado por el funcionario competente y según el procedimiento legalmente establecido tiene un peso probatorio (generalmente) vinculante para los órganos de justicia[1692]. Por ejemplo, ello ocurre con las declaraciones del funcionario en un acta sobre los hechos que manifiesta haber percibido personalmente, o cuando alguien ha realizado una declaración en su presencia y consta la fecha del documento, así como las firmas del declarante. El hecho de que se asigne un peso probatorio especial a un documento público no quiere decir que no se puedan ofrecer otros medios de prueba para acreditar o refutar los hechos o las atestaciones que obran en él, o que no se puede cuestionar su credibilidad o fiabilidad probatoria, pues, desde el punto de vista racional, la recepción de un documento público no equivale a sostener que lo que contiene es necesariamente la verdad de los hechos. Sin embargo, se destaca que no todo acto realizado por un funcionario público con fines de registro y perpetuación de un acto constituye un documento público[1693].

En el derecho peruano, subsiste la libertad de forma para la manifestación de voluntad del acto jurídico. El Código Civil prescribe que "cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente" (artículo 143), y que "cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto" (artículo 144). Por su parte, en el caso del contrato, "se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad" (artículo 1411). En el caso del contrato de suministro, "la existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero

1692 Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en el R. N. N.º 128-2010 del 20 de julio del 2010 emitido por la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "En cuanto a las objeciones respecto de la edad de la agraviada, el mérito de la partida de nacimiento de fojas sesenta y dos es definitivo: tenía doce años cuando fue agredida sexualmente. El cuestionamiento de la mencionada partida de nacimiento, dado que se trata de normas de orden público familiar, solo puede tener lugar según las reglas, formas y procedimientos del ordenamiento civil".

1693 Véase, el **R. N. N.º 2995-2009** del 9 de septiembre del 2010 emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro) al señalar: "la intervención de Auditoría Interna del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con el concurso del Director Regional de Trabajo de Lima, no es propiamente ilegal. Si bien no son autoridades penales, de ahí que sus diligencias no tienen el carácter de prueba preconstituida, sus constancias documentales y sus declaraciones son valorables como tales: documentos y testimoniales, y estas corroboran los cargos formulados por la denunciante. Las filmaciones y audios no tienen un carácter público, y deben ser calificadas como documentos videográficos y audiográficos realizados por iniciativa de parte, de suerte que su valor probatorio está en función a su autenticidad y a las explicaciones de quien las tomó y de los que participaron en ese acto. Esto último se ha producido y no hace sino confirmar lo que venía denunciando García Mattos, da cuenta el acta de intervención y las declaraciones de los dos funcionarios públicos y del fotógrafo".

si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios" (artículo 1605). Igual ocurre en los casos del contrato de mutuo, el comodato y el de depósito.

En otras ocasiones, el legislador impone ciertos controles probatorios a la prueba testifical, en especial, en la etapa de valoración de la prueba, como ocurre con los casos en que de que se excluye el testimonio de quien no ha cumplido cierta edad (el artículo 222 del CPC peruano prescribe que "los menores de dieciocho años pueden declarar solo en los casos permitidos por la ley") o de quien tiene una relación de matrimonio, convivencia o relación de parentesco con una de las partes[1694]. En la legislación procesal civil, se indica que el objeto del interrogatorio será el hecho controvertido al disponer que "el testigo será interrogado solo sobre los hechos controvertidos especificados por el proponente" (artículo 225) y también se establece un límite al número de testigos al prescribir que "los litigantes pueden ofrecer hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos. En ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis" (artículo 226).

El CPC peruano (artículo 229) establece una lista de prohibiciones para los testigos, al disponer que se prohíba declarar como testigo a los siguientes sujetos: (i) al absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 222; (ii) al que ha sido condenado por algún delito que a criterio del juez, afecte su idoneidad; (iii) al pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria; (iv) al que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso.

El artículo 229 del CPC constituye una disposición legal contraepistémica —que no favorece ni promueve la búsqueda de la verdad— y que afecta el contenido esencial del derecho a la prueba cuya inconstitucionalidad es abiertamente manifiesta, al impedir y prohibir que declaren como testigos personas que pueden tener un conocimiento directo de los hechos, como aquel que ha sido condenado por cualquier delito que, a criterio del juez, afecta su idoneidad; asimismo, prohíbe de manera arbitraria la declaración testimonial de quien tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso. En el derecho comparado, se reconoce que la razón del ser de esta última prohibición es que se quiere evitar que el juez se vea obligado a analizar la credibilidad de los sujetos que, por contar con un interés, directo o indirecto (*v. gr.*, manifestado durante la declaración de las partes), en el resultado del proceso pueden ser proclives a mentir o simplemente a no decir la verdad[1695]. Se asume un punto de vista, no solo discutible desde la perspectiva epistémica, sino también según los antecedes del derecho comparado, en el que, como

1694 Véase, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 169.

1695 Véase, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 169.

regla, se admite la declaración de los testigos o de las partes al margen de si puedan tener un interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso[1696]. Lo correcto en estos casos es permitir la posibilidad de que los testigos puedan declarar, pese a que puedan haber sido condenados por cualquier delito o puedan tener un interés en el resultado del proceso[1697]. No hay fundamento alguno, desde la perspectiva material, para que no solo se inadmita el testimonio de algunas personas, sino para que incluso se llegue a prohibir su declaración.

29. El principio de relevancia constituye la primera condición general para la admisibilidad de las pruebas[1698]. Solo después que se supera este filtro se pueden plantear los demás problemas probatorios, *v. gr.*, la actuación o evaluación de la prueba.

El criterio lógico de relevancia no es en rigor una cualidad de la prueba, sino una característica constitutiva de la misma, debido a que, como señala Taruffo, "solo lo que es relevante puede ser definido como prueba en el proceso[1699]". La pertinencia no constituye un límite de la prueba[1700], sino un elemento constitutivo de ella. Por tanto, el criterio de relevancia está en el núcleo de la formulación del derecho a la prueba, que se configura como el **derecho a la prueba relevante**[1701].

La relevancia de los medios de prueba se verifica cuando estos se presentan al proceso en la etapa y en la oportunidad correspondiente. Cabe precisar que, si un medio de prueba es o no relevante, solo puede resolverse de manera hipotética, y con un grado de posibilidad, debido a que no se puede afirmar ni negar si efectivamente es portador de una información probatoria que se busca[1702]. Se trata de un juicio anticipado, de una evaluación previa, de un razonamiento hipotético acerca de la posibilidad de que se aporte determinada información, directa o indirecta, sobre los hechos que se discuten en el proceso[1703].

1696 Ampliamente, Cappelletti, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso penal*, La Plata, 2002, Parte Primera, pp. 221 y ss.

1697 Véase, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 169.

1698 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 41; Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 262; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 31.

1699 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 365; Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 267.

1700 En sentido distinto: Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 42, quien considera que los límites de la prueba son la pertinencia y la licitud.

1701 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 267.

1702 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 262.

1703 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 249.

Para algunos, el juicio de relevancia es una anticipación del juicio de mérito, al procurar establecer un nexo de causalidad entre los hechos que se alegan, los medios de prueba que se presentan, la norma aplicable y las consecuencias jurídicas que se pretenden alcanzar, y al buscar evitar la pérdida de tiempo que puede ser generada con la producción de pruebas inútiles e innecesarias, lo que afectaría con ello el principio de economía procesal[1704].

30. Un sector de la doctrina distingue entre la **pertinencia** y la **relevancia** de la prueba[1705]. La relevancia de la prueba tiene que ver con la utilidad de la información probatoria que se pretende brindar respecto a la acreditación de una afirmación sobre los hechos, en el sentido de que el resultado probable de la actuación de un medio de prueba debe ser idóneo para demostrar el hecho a probar. Un medio de prueba puede ser pertinente, pero irrelevante a la luz de un caso concreto. Se sostiene, por ejemplo, que, en un accidente de tránsito, el testigo ocular de los hechos puede ser una persona muy anciana que no tiene condiciones para describir de manera adecuada y suficiente cómo y de qué manera han ocurrido los hechos; en este caso, el ofrecimiento de la prueba testimonial del anciano es pertinente, pero el testimonio no es relevante, dada la edad y la situación personal de la persona, que no se encuentre en condiciones de ofrecer información idónea para reconstruir la dinámica del hecho ocurrido[1706].

La distinción entre relevancia y pertinencia es sutil, delgada y plantea que el juicio de relevancia es más amplio que el de pertinencia, dado que una prueba puede ser pertinente para esclarecer los hechos de la causa, pero no necesariamente relevante para adoptar una decisión[1707]. Todo medio de prueba relevante es una prueba pertinente, pero no todo medio de prueba pertinente puede ser relevante para decidir sobre los hechos. Un testimonio puede ser pertinente para establecer que la causa de la muerte de una persona es natural, pero será relevante para la decisión la pericia toxicológica que acredita que la persona murió envenenada.

Un medio de prueba es pertinente y jurídicamente relevante cuando puede acreditar un hecho abstracto previsto por la norma jurídica aplicable al caso concreto como condición para la verificación de las consecuencias jurídicas previstas por dicha norma. Si los medios de prueba no dicen nada y no aportan información alguna en relación a la norma aplicable al caso concreto, constituyen medios de prueba irrelevantes. En buena cuenta, los medios de prueba irrelevantes son aquellos que

1704 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 266.

1705 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 246; Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 265.

1706 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 246, nota 33.

1707 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 265.

pueden ser pertinentes e incorporarse al proceso, pero no tienen capacidad alguna de influir en la decisión[1708].

31. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "según la interpretación dominante del principio de relevancia, cualquier cosa que tenga algún significado o cierta utilidad en la búsqueda de la verdad sobre los hechos, puede ser usada —al menos en principio—, como un medio de prueba[1709]".

El concepto de relevancia es especialmente importante como criterio para la selección de los medios de prueba admisibles. Así, la relevancia a la que aludimos constituye un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deberían ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio. En rigor, la función de las pruebas es ofrecer al operador judicial que resuelve una controversia información que le pueda ser útil para establecer la verdad de los hechos en litigio[1710], pues "[...] a todos los sistemas procesales les interesa impedir la presentación de elementos de prueba inútiles y redundantes, por lo que todos ellos incorporan disposiciones explícitas o reglas implícitas de acuerdo con las cuales solo los medios de prueba relevantes pueden ser admitidos y todos los que no lo sean, deben ser excluidos en una etapa preliminar del proceso"[1711]. Sin embargo, para ser admitidos, los medios de prueba relevantes también tienen que ser "admisibles"; dicho en otros términos, un medio de prueba relevante puede ser excluido por razones jurídicas; esto es, cuando una norma específica prohíbe su admisión[1712].

En el ámbito de admisión de pruebas, que las partes tengan el derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de pruebas relevantes y admisibles para apoyar su visión de los hechos; consecuentemente, para la parte procesal que alega un hecho, significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente, y, para el sujeto procesal contrario, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas. Empero, como se ha señalado precedentemente, cada normatividad procesal tiene reglas para la admisión de pruebas, estas generalmente se basan en el "principio de relevancia", por lo cual se deben admitir todas las pruebas

1708 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 265.

1709 Véase, el R. N. N.º 3416-2011 el 2 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

1710 Véase, el R. N. N.º 506-2013 del 6 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Rodríguez Tineo); el R. N. N.º 1317-2010 del 3 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Neyra Flores).

1711 Taruffo, *La prueba*, cit., p. 40.

1712 Véase, el R. N. N.º 1317-2010 del 3 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Neyra Flores).

positivas y negativas, o contrarias, "relevantes", que no se pueden admitir pruebas "irrelevantes"[1713].

El juez no está obligado a admitir todos los medios probatorios ofrecidos por las partes legitimadas, para su admisión, se debe cumplir con ciertos requisitos, tales como pertinencia —relación directa o indirecta con el hecho objeto del proceso—, conducencia —que indican un aporte hacia un objetivo concreto—, utilidad —alcance, probabilidad o certeza—, licitud —que establece que los medios no contravengan el ordenamiento jurídico—[1714]. En el ámbito penal, uno de los medios de prueba es el testimonio, regulado en el título II, capítulo II del Código Procesal Penal, que se materializa con la declaración de la persona que ha tomado conocimiento de hechos relacionados con el objeto del proceso. Este puede haber presenciado directamente los hechos —testigo presencial— o puede haber tenido noticia de ellos por otros medios —testigo referencial—[1715].

VII. LA RELEVANCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA LÓGICO Y EXTRALÓGICO

32. La noción de "relevancia" es utilizada en diversas áreas del conocimiento en las que desempeña un papel clave, tal como ocurre en la lógica, en la semiótica, en la epistemología y en el derecho, en especial, en la teoría de la prueba[1716].

El predicado "relevante" expresa y denota respectivamente una propiedad atribuida a los siguientes contenidos[1717]:

(i) Al contenido *semántico* o *proposicional* utilizado en un acto de habla. En el lenguaje ordinario, "relevante" alude al contenido informativo de afirmaciones, respuestas a preguntas y objeciones, premisas y conclusiones de argumentos (inferencias, razonamientos), es decir, al contenido de actos del habla que tienen al menos, una dirección de ajuste palabra-a-mundo.

1713 Véase, el R. N. N.º 1317-2010 del 3 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Neyra Flores).

1714 Véase, la Casación N.º 288-2018 del 13 de junio del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

1715 Véase, la Casación N.º 288-2018 del 13 de junio del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

1716 Véase, Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 45.

1717 Ampliamente, Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 46.

(ii) Al contenido cognitivo (o representacional) de ciertos tipos de actitudes o estados mentales / intencionales, es decir, a pensamientos, opiniones o creencias sobre el mundo.

(iii) Al contenido semántico de un acto lingüístico dotado de una dirección de ajuste palabra-a-mundo, como un juicio práctico, una norma, un mandato, una petición, la expresión de una pro-actitud, etc.

(iv) A una pro-actitud (deseo, voluntad, intención) dirigida hacia algo que puede ser objeto de una representación mental/intencional.

33. La relevancia no es una propiedad de una cosa o de un objeto, sino que es una propiedad de lo que se predica de dicho objeto o de la representación o valoración misma[1718].

La relevancia es una **propiedad relacional** en el sentido que constituye un aspecto o ítem que no tiene referencia por sí mismo, sino en relación con un ítem o aspecto distinto[1719]. Asimismo, la relevancia es una **propiedad relativa** debido a que una proposición es relevante a la luz de un determinado contexto y a partir de ciertos criterios; de tal manera que, si hay un cambio del contexto o de criterios, se afecta directamente la relevancia de una premisa[1720]. El contexto abarca una combinación de varios elementos: el contexto **sintáctico** (léxico y morfología de cierto enunciado, de los enunciados adyacentes, del texto o discurso en su integridad), el contexto **semántico** (referencia a tiempo, al lugar, al emisor, al destinatario y a ciertos objetos o propiedades) y, sobre todo, el contexto **pragmático** de cierto enunciado (circunstancias de la oración: tipo y finalidad del texto o del discurso, así como asunciones epistémicas y/o valorativas compartidas)[1721].

La relevancia, como juicio hipotético, es un criterio **graduable** que no tiene siempre una referencia exacta y precisa en relación con la proposición que se

1718 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 39: "el concepto de relevancia se basa en una conexión lógica entre el enunciado que expresa el resultado positivo esperado del medio de prueba y un enunciado acerca de la existencia de un hecho litigioso".

1719 Cfr. Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 46; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 153: "una proposición probatoria no es relevante o irrelevante en sí misma, sino en función de la relación, directa o indirecta, con los hechos jurídicamente relevantes".

1720 Cfr. Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 154.

1721 Cfr. Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., pp. 46 y 48.

pretende acreditar[1722]. La mayor o menor relevancia del medio de prueba está en función de cuánto apoyo brinda en el esclarecimiento de los hechos, y de la calidad de información que pueda brindar[1723]. La relevancia puede ser de valor cero, lo que generará que el medio de prueba se considere irrelevante, así como puede tener una relevancia mínima o una relevancia superlativa o de gran valor. La relevancia última del medio de prueba se obtendrá finalmente en el momento de la evaluación racional e individual de la prueba, ya que, de manera efectiva, se sabrá entonces concretamente cuál es el aporte específico que se logra de un elemento de juicio.

34. Desde el punto de vista lógico y en la argumentación, la relevancia cumple un papel clave. Por ejemplo, se sostiene que el principal criterio para juzgar las explicaciones es la **atinencia o relevancia**. Si un mensajero que llega tarde y ofrece como explicación de su retraso el hecho de que hay guerra en Afganistán o hambre en la India, se puede considerar a esta, con toda razón, como una explicación muy pobre, que ni siquiera se tendría en cuenta como explicación. Dicho relato "no tendría nada que ver con el caso", de tal modo que es irrelevante, porque no permite inferir el hecho a explicar. La pertinencia de una explicación propuesta corresponde, entonces, exactamente, a la fuerza de un argumento por el cual se puede inferir el hecho a ser explicado a partir de la explicación propuesta. Cualquier explicación aceptable puede ser relevante, pero no todos los relatos relevantes en este sentido son explicaciones aceptables. Hay otros criterios para decidir el valor o la aceptabilidad de las explicaciones[1724].

Hay cinco criterios que se utilizan para evaluar o analizar la aceptabilidad de las hipótesis. Dichos criterios son los siguientes: 1) atinencia o relevancia, 2) verificabilidad, 3) compatibilidad con las hipótesis previamente bien establecidas, 4) poder explicativo o predictivo, y 5) simplicidad.

Se sostiene que ninguna hipótesis es propuesta por sí misma, sino que cada una siempre trata de ser una explicación de determinado hecho. Por lo tanto, la hipótesis debe ser pertinente al hecho que pretende explicar, es decir, el hecho en cuestión debe poder deducirse de la hipótesis propuesta o bien de ella sola, o bien de ella junto con ciertas leyes causales que puede suponerse que ya se han estable-

1722 Sin embargo, para Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 163: "se debe observar, al respecto, que la relevancia de la prueba no es una cuestión de grado: una prueba, o es relevante o no lo es".

1723 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 57: "un elemento probatorio —i.e. una pieza de información, un indicio— que opera como razón epistémica en favor de una determinada proposición puede ser más o menos relevante según cuanto apoye brinde o arrebate a la proposición, según la medida en que altere su estatus justificativo"; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 157.

1724 Por todos, Copi/Cohen, *Introducción a la lógica*, cit., 2007, p. 525.

cido como altamente probables, o de estas junto con algunos supuestos acerca de las condiciones iniciales para el caso particular. Una hipótesis que no es atinente al hecho que intenta explicar simplemente no logra explicarlo y solamente se puede considerar como un fracaso su intención. Una buena hipótesis debe ser relevante[1725].

Si un argumento descansa en premisas que no son pertinentes para su conclusión y, por lo tanto, no pueden establecer de manera apropiada su verdad, la falacia cometida es de atinencia (**falacia de irrelevancia**). Esta falacia supone que se argumenta a favor de la verdad de un enunciado a partir de premisas que, aun sin ser falsas, no tienen ninguna conexión con la conclusión[1726], o que hay una falta de conexión real entre las premisas y la conclusión[1727]. Como clases de esta falacia se encuentran la falacia que apela a las emociones (*argumentum ad populum*), el hombre de paja, la apelación a la fuerza (*argumentum ad baculum*), el argumento en contra de la persona (*argumentum ad hominem*) y la conclusión irrelevante (*ignoratio elenchi*)[1728].

Se distingue en el plano lógico, la relevancia de la suficiencia de las premisas que sustentan una conclusión[1729]. Puede haber relevancia en las premisas, pero puede faltar la suficiencia de las mismas. La situación ideal es que junto a la relevancia de las premisas haya suficiencia.

VIII. EL ALCANCE DEL JUICIO DE PERTINENCIA

35. La pertinencia se predica del medio probatorio propuesto y no del enunciado de los hechos del proceso sobre el cual versa la prueba[1730]. Si mediante una resolución motivada hay una declaración de impertinencia; ella se refiere al medio de prueba y no al hecho o a la afirmación del hecho. En materia probatoria, la pertinencia es una característica del medio de prueba propuesto, no del hecho materia de proceso.

El juicio de pertinencia responde a una conexión lógica entre un enunciado que expresa un (posible) resultado positivo que se espera alcanzar con el medio de prueba y un enunciado referido a la existencia de un hecho litigioso. Hay tres posibles relaciones que se pueden establecer[1731]:

1725 Por todos, Copi/Cohen, *Introducción a la lógica*, cit., 2007, p. 525.

1726 Véase, Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 51.

1727 Por todos, Copi/Cohen, *Introducción a la lógica*, cit., 2013, p. 151.

1728 Ampliamente, Copi/Cohen, *Introducción a la lógica*, cit., 2013, pp. 152 a 165.

1729 Véase, Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 52.

1730 Cfr. Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 44.

1731 Por todos, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 365 y 366; Taruffo, *La prueba*, cit., pp. 39 y 40; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 47 y ss.; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 154.

(i) Si entre el enunciado que se pretende probar y el eventual resultado probatorio que se busca alcanzar con un medio de prueba no hay ninguna relación, el medio de prueba debe considerarse irrelevante desde el punto de vista lógico, por lo que no se debe admitir en el proceso.

(ii) Si entre el enunciado que se pretende probar (objeto de prueba) y el resultado que se busca obtener de un enunciado probatorio (medio de prueba) hay la misma referencia empírica, es decir, si versan sobre el mismo hecho y la relación lógica es directa, el medio probatorio que se ofrece es pertinente y debe admitirse. Al respecto, el TC peruano ha destacado que la prueba será pertinente si: "guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada[1732]".

(iii) Si entre el enunciado que se busca probar y el medio probatorio solo hay una relación indirecta de la cual se puede obtener una inferencia sobre el enunciado fáctico principal, el medio probatorio se debe admitir en el proceso[1733]. Esta inferencia puede acreditar que sobre la base probatoria proporcionada por el medio de prueba es posible obtener una conclusión sobre el hecho materia de proceso.

36. La determinación de la pertinencia del medio de prueba con el tema de prueba, objeto de proceso, puede ser directa o indirecta. No se requiere que la pertinencia sea directa, también puede ser indirecta[1734]. El TC peruano ha señalado que la pertinencia exige que el medio probatorio tenga una **relación directa o indirecta** con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directa o indirectamente con el objeto del proceso[1735].

1732 Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz.

1733 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 97; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 367, alude a una relación hipotética y provisional: "es hipotética porque se basa en la conjetura de la ocurrencia del hecho secundario y de la posibilidad de ella de obtener de ella inferencias significativas acerca del hecho de la ocurrencia del hecho principal; es provisional porque sirve únicamente para establecer si vale o no la pena incorporar la prueba y ni vincula ni predetermina de forma alguna la valoración que se realizará *ex post* en el momento en que la decisión sobre los hechos se formulará efectivamente"; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 153.

1734 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 97: "hay dos especies importantes de pruebas relevantes: pruebas directamente relevantes y pruebas indirectamente relevantes"; Muñoz Sabaté, Lluis, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4a. ed., Madrid, Wolters Kluwer, 2017, pp. 118 y ss.; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 48; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 87; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 153.

1735 Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

La Corte Suprema de Justicia recuerda, en relación a toda clase de prueba, que "la prueba **pertinente** es aquella que está vinculada a los hechos (directos, **indirectos —indicios— o auxiliares —que ayudan a la prueba—**) referidos al tipo delictivo acusado postulados por la acusación y, en su caso, por la defensa —cuando introduce hechos extintivos, impeditivos o excluyentes—; su elemento objetivo es la situación fáctica de la vida, de la cual surgen indicios de una conducta punible; y, su elemento subjetivo, es la sospecha que se dirige contra un imputado determinado, todo lo cual forma el objeto procesal. En buena cuenta, **todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial se deben probar**"[1736] (las negritas son nuestras). De igual forma, señala que "la pertinencia significa la relación que ha de existir entre el medio de investigación propuesto con el objetivo que se persigue en función a lo que debe esclarecerse —al objeto concreto de la investigación— (en atención al principio de indisponibilidad del objeto del proceso en materia penal, es irrelevante que el hecho haya sido admitido o controvertido)"[1737].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el derecho a la prueba pertinente está ligado al derecho de defensa. No se puede ejercer tal derecho si no se permite a las partes llevar al proceso los medios que puedan justificar los hechos que han alegado, siempre que (a) la prueba haya sido solicitada en la forma y momento procesalmente establecido, (b) sea pertinente, es decir, debe argumentarse de forma convincente y adecuada el fin que persigue, y (c) que la prueba sea relevante[1738]. También se destaca que "si el medio de prueba es pertinente (está referido a los hechos objeto de debate: acusación y defensa), útil (tiene entidad cualitativa para lograr lo que con él el solicitante procura obtener) y conducente (tiene idoneidad legal para probar el hecho), no existe posibilidad para su denegación"[1739], y que la "falta de material probatorio limitó sensiblemente el deber de esclarecimiento y la meta del proceso

1736 Véase, la Casación N.º 392-2019 del 30 de noviembre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro) con referencias a Klaus Volk, Claus Roxin y Bernd Schünemann.

1737 Véase, la Apelación N.º 71-2022 del 5 de diciembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

1738 Véase, la Casación N.º 09-2007 del 18 de febrero del 2008 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Salas Gamboa).

1739 Véase, la **Casación N.º 170-2022** del 20 de febrero del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "en sede del procedimiento intermedio la desestimación de los medios de prueba se debió, de un lado, a razones meramente formales respecto a si el perito es testigo o es examinado, si debió ofrecerse al órgano de prueba y no el informe pericial, y si su informe pericial, antes, debió ser materia de traslado al perito oficial, así como que si las referencias de pertinencia no son precisas sobre puntos específicos de los hechos respecto de lo que se pronunciarían; y, de otro lado, que varios medios de prueba son, en rigor, superabundantes, pues sobre esos puntos ya han sido identificados órganos de prueba que declararían en el juicio. Estas razones son inatendibles y vulneran el derecho a la prueba pertinente, como derecho instrumental de la garantía de defensa procesal".

penal: el debido esclarecimiento de los hechos o la *veritas delicti*"[1740]. La solicitud probatoria de la defensa debe contener una indicación razonable, entendible, del aporte probatorio del medio de prueba ofrecido[1741].

La consecuencia de la violación del derecho a la prueba pertinente es la nulidad de los fallos judiciales que se han dictado. La Corte Suprema de Justicia ha destacado que "en estas condiciones, los fallos condenatorios inobservaron el derecho a la prueba pertinente (artículo IX, apartado 1, del Título Preliminar del CPP), en tanto integra la garantía de defensa procesal. Por tanto, son nulos de pleno derecho (artículo 150, literal 'd', del CPP), más aún si una de las razones de la absolución fue la falta de prueba de descargo que desautorice la prueba de cargo. El recurso de casación en este punto de ampararse"[1742].

37. El caso más común de pertinencia indirecta es el del testigo de referencia.

El **testigo de referencia** es un caso y ejemplo paradigmático de relevancia probatoria indirecta en el proceso cuya declaración se puede admitir y actuar, pero su evaluación está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos[1743]. A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos (*v. gr.*, el *common law*), en nuestro país es admisible la prueba de referencia. Por ejemplo, el CPP prescribe que "Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado" (artículo 166.2).

En nuestro ordenamiento jurídico y en la inmensa mayoría de países del *civil law*, el testigo de referencia, en la medida que tiene información relevante para el esclarecimiento de los hechos y ayuda en la averiguación de la verdad, puede ser citado a declarar al proceso penal[1744]. No hay ningún impedimento para que a nivel

1740 Véase, la Casación N.º 170-2022 del 20 de febrero del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1741 Véase, la Casación N.º 170-2022 del 20 de febrero del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1742 Véase, la Casación N.º 170-2022 del 20 de febrero del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1743 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 171.

1744 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 210; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 371; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 360; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 304; Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 492; Di Martino, Corrada y Teresa Procaccianti, *La prova testimoniale nel proceso penale*, 2a. ed., Padova, Cedam, 2010, p. 12.

del proceso se pueda ofrecer, admitir y tomar la declaración del testigo indirecto o del testigo de referencia[1745].

A diferencia de en la legislación comparada (*v. gr.*, artículo 129.3 del CPP portugués[1746]), en el derecho peruano no se regula una causal de inadmisibilidad del testimonio de referencia. Solo se prescribe la **inutilidad** del testimonio de referencia cuando el testigo se niega a proporcionar la identidad del testigo original o de la fuente directa de su conocimiento.

El artículo 166.2 no prohíbe el testimonio indirecto, pero establece una serie de condiciones y requisitos para su uso dentro del proceso penal. La ley peruana no contiene una prohibición absoluta para la obtención de prueba testimonial indirecta. Solo regula un caso de prohibición de valoración del testimonio indirecto cuando el testigo se niega a proporcionar la identidad de la persona que posee el conocimiento original. Solo en este caso, se establece una prohibición de valoración del medio de prueba, de tal manera que el juez no puede fundamentar una decisión, más aún si es de condena, con base a este medio de prueba.

El derecho a ofrecer testigos y a interrogarlos comprende también el derecho a que se cite no solo a personas que poseen un conocimiento directo de los hechos, sino también a quienes tienen una información indirecta o de segunda mano acerca de ellos. Los testigos indirectos o los testigos de referencia también pueden ser citados y convocados al proceso penal, al cumplir con las exigencias de pertinencia y utilidad. Sin embargo, una cosa es que pueda recibirse su declaración, y otra, muy distinta, que su mera declaración pueda servir para imponer una sentencia condenatoria o, incluso, una medida cautelar tan grave como la prisión provisional (artículo 158.2 del CPP).

Los problemas probatorios que presenta el testigo de referencia no giran alrededor de su admisibilidad en el proceso penal[1747], pues en el Perú —a diferencia de lo que ocurre en otros países, en especial donde se adhieren al sistema de la *common law*— no existe ninguna cláusula legal de inadmisibilidad[1748], sino que los problemas

1745 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 138; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 360; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 304; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 371; Di Martino/Procaccianti, *La prova testimoniale nel proceso penale*, cit., p. 12.

1746 Cfr. Pires de Sousa, Luís Filipe, *Prova testemunhal*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 181.

1747 De modo distinto: Velayos Martínez, María Isabel, *El testigo de referencia en el proceso penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 59, para quien al testigo de referencia se le puede reprochar una **falencia de falibilidad originaria**, y es menos fiable que cualquier otra prueba directa (p. 531).

1748 Véase, Velayos Martínez, *El testigo de referencia en el proceso penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas*, cit., p. 44.

que surgen respecto a su uso es a nivel de la evaluación de la prueba tanto cuando se impone una sentencia condenatoria como cuando se dicta una medida cautelar, cualquiera sea su clase (civil o penal)[1749].

Si bien los testimonios de referencia no pueden legitimar de manera aislada la aplicación de las sentencias condenatorias, o la imposición de medidas coercitivas, es posible que sirvan para promover y avanzar las investigaciones sobre un hecho o un conjunto de sucesos[1750].

En el Perú, el tratamiento legal en el CPP de las reglas de ofrecimiento y admisión de la prueba no contienen una disposición general o específica que disponga a las partes proponentes la exigencia de que precise si el testimonio que plantean ingresar a proceso (o a juicio) es un testimonio directo o un testimonio de referencia. Ni el Ministerio Público ni la defensa ni las demás partes procesales tienen la obligación de identificar y señalar la clase del testimonio que ofrecen, ni los jueces pueden hacer observaciones o reparos por el ofrecimiento y/o admisión de esta clase de prueba al proceso penal.

La diferencia en cuanto al tratamiento jurídico del testimonio de referencia y de las demás formas de testimonio (directo, indirecto, etc.) recién se presenta al momento de fijar el contenido de la declaración, esto es, en el instante mismo en que se declara, no antes. En buena cuenta, según nuestro ordenamiento procesal, es recién en el momento de la toma de declaración testifical y cuando se sabe que su conocimiento no es directo u original, sino derivado de otra fuente, que se impone una serie de obligaciones adicionales al testigo de referencia y se establece que debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales obtuvo su conocimiento. Por tanto, ni en la etapa de ofrecimiento de la prueba ni en el momento de su admisión se exige saber la fuente de conocimiento del testigo ni si se trata efectivamente de un testigo directo o de referencia.

38. Otro ejemplo que se puede advertir de pertinencia indirecta de un medio de prueba puede ser el caso del taxista que trasladó al autor del hecho al lugar del crimen y que, frente a la negativa de este de haber estado presente y haber ejecutado el delito, llega a confirmar el servicio y el traslado que hizo, pese a que no le consta efectivamente la perpetración del delito. Asimismo, si un testigo no recuerda de manera exacta cuándo exactamente ocurrieron los hechos y solo tiene como referencia el haber asistido a un evento social (*v. gr.*, el cumpleaños de su hermano, el matrimonio de un amigo, etc.), puede ser útil recoger evidencia sobre el día del evento social.

1749 Cfr. Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, p. 91.

1750 Por todos, Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 101.

En los supuestos de relevancia indirecta de un medio de prueba se recomienda de manera razonable, que la parte que lo ofrezca razone y motive expresamente la pertinencia y utilidad del mismo en el escrito de ofrecimiento probatorio[1751].

39. Según el CPP, "son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito" (artículo 156.1), de tal manera que la pertinencia se relaciona con los aspectos mencionados. Un medio de prueba será pertinente si posee alguna relación con la imputación, la punibilidad, la determinación de la pena o medida de seguridad, y la responsabilidad civil.

Sin embargo, como se reconoce por la ciencia probatoria, el objeto de prueba en materia penal no solo está determinado por la imputación de un delito o su punibilidad, sino que tiene un alcance mucho más amplio. Se recuerda que la noción de "hecho procesal" es mucho más extensa que la noción de "hecho penal". Se admite que son objeto de prueba en el proceso los siguientes:

(i) Los hechos de los que depende la aplicación de norma procesal[1752] o de toda disposición vinculada a ella, *v. gr.*, la Constitución, un Tratado de derechos humanos. Por ejemplo, en la discusión de la prisión provisional, es necesario que el Ministerio Público pruebe la concurrencia del *fumus comissi delitti* y la concreta forma de peligro procesal que alega: peligro de fuga o peligro de obstaculización. En la recusación, se deben adjuntar los elementos de convicción que la sustentan (artículo 54.1 del CPP).

(ii) Los enunciados sobre los hechos que describen las circunstancias agravantes, atenuantes y eximentes que fundan o modifican la responsabilidad penal[1753]. Toda circunstancia modificativa del hecho punible, si se introduce al proceso, debe ser acreditada como cualquier otro elemento del delito sin que se puedan resquebrajar las garantías penales, procesales y probatorias.

1751 Cfr. Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, cit., pp. 118 y ss.; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 48; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 154.

1752 Véase, Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 27; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 45; Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 244; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 205; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 280; Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 310; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 330; Maier, *Derecho procesal penal. PG. Actos procesales*, cit., T. III, p. 87.

1753 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 24/4, p. 320; Maier, *Derecho procesal penal. PG. Actos procesales*, cit., T. III, p. 85; Pérez del Valle, *Teoría de la prueba y derecho penal*, cit., pp. 14, 16, 17 y 18; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 46; Palacio, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 18.

(iii) Los enunciados fácticos que fundan la responsabilidad civil derivada del delito, en especial, los factores de atribución que se relacionan con la producción y dimensión del daño causado. El daño civil derivado de la comisión de un delito también forma parte del objeto del proceso penal y, por tanto, debe ser objeto de prueba[1754]. El daño civil no se presume ni debe darse por sobreentendido y menos debe darse por probado si es que se logra acreditar la comisión de un delito.

(iv) Los hechos que sin formar directamente la imputación pueden ser relevantes para construir el razonamiento probatorio y judicial, *v. gr.*, los hechos secundarios que permiten elaborar una inferencia sobre los hechos principales. Por ejemplo, las condiciones climáticas o atmosféricas en las que se produce el evento delictivo, o las condiciones de observación que tiene el testigo, pueden ser una fuente valiosa de credibilidad para en análisis de la prueba.

(v) Los hechos que forman la hipótesis alternativa que plantea el imputado o su defensa técnica, *v. gr.*, la coartada, la concurrencia de cualquier causa eximente de responsabilidad, de una causa de justificación (*v. gr.*, la legítima defensa, un estado de necesidad justificante, etc.), de una causa de inculpabilidad (*v. gr.*, la grave alteración de la conciencia, un miedo insuperable, la inexigibilidad de una conducta)[1755].

(vi) Los enunciados probatorios referidos a la fiabilidad, credibilidad o calidad probatoria de un órgano o medio de prueba[1756] que pueden ser desmentidos o a los que se puede restar credibilidad por otros medios de prueba, *v. gr.*, la autenticidad de un documento (*v. gr.*, un vídeo, una fotografía), los problemas crónicos de percepción de un testigo. Esta pro-

1754 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 46; Garofoli, *Diritto processuale penale*, cit., p. 198.

1755 Cfr. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 206; Garofoli, *Diritto processuale penale*, cit., p. 198; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 280; Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 245; Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 52; Garofoli, *Diritto processuale penale*, cit., p. 198; Costanzo, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, cit., p. 75. En la doctrina argentina: Palacio, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 18.

1756 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 98; Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 213; Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., p. 23; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 45; Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 51; Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 244; Carnelutti, *La prueba civil*, cit., pp. 107 y 108; Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, pp. 217 y 219; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 56; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 152; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 47; Palacio, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 19.

blemática, que puede también ser objeto de prueba, se denomina prueba de "hechos auxiliares"[1757] o prueba sobre la prueba.

Se considera que la fiabilidad es la propiedad de una fuente de información por la cual se establece que hay razones para creer que las informaciones que ella proporciona son verdaderas o falsas[1758]. Ella se relaciona bien con la calidad o no de la información proporcionada o con la credibilidad que se la atribuye al órgano de prueba.

La fiabilidad de un medio de prueba incide de manera directa en la confianza del resultado probatorio y en la acreditación del objeto de prueba. La carencia absoluta de fiabilidad no tanto convierte al medio de prueba irrelevante, sino que cuestiona de manera directa la calidad del aporte probatorio[1759].

40. Las dudas acerca de la pertinencia de un medio de prueba tienen que resolverse de la mano del principio *pro actione* y con su manifestación concreta: el principio *pro probationem*[1760]; esto es, si no hay una relación lógica manifiesta del medio de prueba y el tema de prueba, se debe admitir dicho medio al proceso a fin de verificar su utilidad y relevancia para el esclarecimiento de los hechos, la determinación de la verdad y el logro de una decisión justa. Tanto a nivel del proceso como a nivel de la investigación, antes de desechar la admisión de un medio de prueba cuyo valor objetivo y concreto no se puede establecer y es incierto, debe conducir de a promover su ingreso al proceso y/o a la investigación, salvo que el medio probatorio sea manifiestamente irrelevante o superfluo[1761].

1757 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 103; Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 23/5, p. 315: "Los hechos auxiliares tienen también una relevancia indirecta. Las conclusiones que derivan de esta subclase de indicios no tienen como objetivo el hecho principal, sino la fuerza probatoria de la deducción"; Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., p. 257.

1758 Cfr. Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 63, quien, sin embargo, se limita a destacar que las informaciones que ella proporciona son verdaderas o verdaderas con cierto grado de probabilidad.

1759 De modo distinto: Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 58: "la carencia absoluta de fiabilidad, por su parte, hará que un elemento de prueba resulte irrelevante, pues no tendrá idoneidad para alterar en ningún sentido el estatus de justificación epistémica del objeto de prueba".

1760 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 165; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 69, nota 15; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 158.

1761 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 246; Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 36; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 164.

41. Impertinente es aquel medio de prueba que no posee alguna relación con los enunciados (afirmaciones) acerca de los hechos que se discuten en el proceso ni con las personas involucradas[1762]. La impertinencia tiene que ver con la falta de relación del medio de prueba con los hechos principales o los hechos secundarios[1763].

Se considera que deben inadmitirse, por impertinentes, las pruebas siguientes:

(i) las pruebas sobre los hechos no alegados por las partes, dado que la prueba versa sobre hechos afirmados y alegados en su momento procesal oportuno;

(ii) las pruebas sobre hechos exentos de prueba, como son los hechos admitidos, puesto que la conformidad de los litigantes exonera de prueba, o los hechos sujetos a estipulaciones probatorias (art. 156.3 del CPP);

(iii) las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio (art. 156.2); y

(iv) las pruebas sobre los hechos irrelevantes en términos del fallo o, en terminología de la jurisprudencia española, "pruebas que no tienen influencia sobre la cuestión controvertida".

IX. LA FUNCIÓN DEL JUICIO DE PERTINENCIA

42. El principio de pertinencia o relevancia cumple en toda clase de proceso y en la investigación de un hecho una **función positiva o de inclusión** y una **función negativa o de exclusión** de los medios de prueba[1764] o de los actos de investigación.

1762 Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 238; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 57: "una prueba carecería de pertinencia toda vez que no haya conexión inferencial admisible alguna entre el contenido proposicional en cuestión (aquél que pretende tenerse como elemento de prueba o extraerse de algún medio de prueba) y la proposición a probar. Se trata de casos en que aquello que se propone como razón epistémica no da en el blanco, no concierne al objeto de prueba, *non centra niente*".

1763 Véase, Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 87, quien alude a un objeto accesorio o incidental que se sea menester resolver para decidir sobre el principal.

1764 Por todos, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 367; Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 66; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 163: "existe, en cambio, una justificación no económica, sino epistémica, para la función inclusiva del principio de relevancia, en virtud de la cual ninguna prueba potencialmente útil debiera ser excluida, y todas las pruebas potencialmente útiles deberían ser admitidas. Esta justificación se intuye fácilmente: la exclusión de informaciones útiles viciaría *ab origine* cualquier procedimiento epistémico, mientras que la única forma de maximizar la fiabilidad de los resultados, de esa clase de procedimientos consiste en el uso adecuado de todos los conocimientos disponibles"; Taruffo, *La prueba*, cit., p. 38, para quien el estándar lógico de relevancia: "es obvio como medio para excluir la adquisición de pruebas que no serían de

La **función positiva o de inclusión del material probatorio** del juicio de pertinencia sostiene que toda evidencia o medio de prueba relevante es admisible en el proceso, lo cual es una manifestación del principio de racionalidad en el sentido de que si se necesita esclarecer un hecho se deben utilizar todos los elementos probatorios disponibles[1765]. El criterio de inclusión plantea la posibilidad de incorporar al proceso y/o a la investigación todos los medios de prueba que tengan una relación directa o indirecta con el enunciado fáctico que se discute en el proceso. Todo aquello que resulta útil para determinar y esclarecer el hecho puede y debe ser admitido. Un medio de prueba relevante debe ser admitido al proceso, salvo que exista un valor o interés constitucional o legal de mayor valor[1766].

La función de inclusión del derecho a la prueba se reconoce en el CPP, cuando establece que toda persona tiene derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo IX.1 del CPP) y, en el artículo 155.2, cuando prescribe que solo se podrán excluir las pruebas que no sean pertinentes y las prohibidas por la Ley. La operatividad práctica del criterio de inclusión se extiende, por ejemplo, para promover el ingreso al proceso de medios de prueba atípicos, siempre que sean pertinentes[1767].

Un modelo de derecho a la prueba fuerte que respeta los derechos fundamentales debe siempre inclinarse a la incorporación del material cognoscitivo en el sentido de que se lo admita al proceso y añada al patrimonio probatorio del caso[1768].

Un buen ejemplo de cómo la legislación procesal se decanta a favor de admitir los medios de prueba pertinentes y relevantes en el esclarecimiento de los hechos lo constituye la regulación de la prueba testimonial en el CPP, que establece que "toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la Ley" (artículo 162.1), o la prescripción del CPC de que "toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no

---

ninguna utilidad en la adopción de la decisión sobre los hechos en litigio: se aplica en todos los sistemas procesales, aunque alguno de ellos no lo estipulen *expressis verbis* como una condición de la admisibilidad de las pruebas"; ANDERSON/SCHUM/TWINING, *Análisis de la prueba*, cit., p. 354; MUFFATO, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 63; BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 164; FERRER BELTRÁN, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 54.

1765 Cfr. TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 161; BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., pp. 154 y 164; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 104 y 116; FERRER BELTRÁN, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 53; FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68.

1766 Cfr. CAMBI, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 33; FERRER BELTRÁN, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 54.

1767 Cfr. TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 41.

1768 Cfr. BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 166.

tuviera excusa o no estuviera prohibida de hacerlo" (artículo 222). La regla legal que se fija es que cualquier persona hábil puede prestar testimonio, excepto quien no lo pueda prestar por razones naturales (*v. gr.*, como sucede en el caso de quien no posee una mínima conciencia o no se puede expresar en un determinado lenguaje). El artículo 162.1 del CPP es semejante al artículo 601 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos, que estipulan que toda persona es competente para ser testigo, a menos que ciertas reglas estatales o federales específicas dispongan lo contrario.

La legislación peruana adopta una posición abierta y flexible para la admisión y recepción de la prueba testimonial.

El CPP no establece que la edad es limitante para la admisibilidad de la declaración de los testigos, de tal manera que cualquier persona de cualquier edad puede brindar un testimonio. La legislación procesal penal no asume la posición del Código Procesal Civil, que establece que: "los menores de dieciocho años pueden declarar solo en los casos permitidos por la ley" (artículo 222). Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia considera válida la declaración de un menor de edad de siete años que reconoce la voz del imputado en la comisión de un delito de homicidio[1769]. En materia penal, las declaraciones de los menores de edad resultan decisivas en determinados delitos, como es el caso en el delito de abuso sexual de un menor de edad (artículo 173 del CP). La jurisprudencia ha admitido y ha otorgado valor probatorio a las sindicaciones en los delitos contra la indemnidad sexual de las declaraciones, por ejemplo, de menores de cuatro[1770], cinco[1771] o seis años[1772].

1769 Véase, el **R. N. N.º 1605-2011** del 5 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente. Sin embargo, el voto en minoría (Ponente: Voto de los señores jueces supremos Rodríguez Tineo, Salas Arenas y Neyra Flores) cuestiona la credibilidad del menor de edad al exigir que debe probarse primero una relación previa, una cercanía o los hechos que justifican dicha identificación de la voz: "se debe resaltar que no se ha probado que el menor haya mantenido cercanía con el encausado Zamata Ccohua, a fin de lo que pudiera resultar el reconocimiento por la voz; por ello al no haberse realizado la respectiva diligencia que acredite lo vertido por el aludido menor, no puede ser considerada prueba de cargo suficientemente válida".

1770 Véase, el R. N. N.º 2613-2010 del 10 de marzo del 2011 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Príncipe Trujillo); el R. N. N.º 2681-2009 del 9 de marzo del 2011 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Barrios Alvarado).

1771 Véase, la Casación N.º 14-2009 del 5 de febrero del 2010 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Calderón Castillo).

1772 Véase, la Casación N.º 1179-2017 del 10 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro); el R. N. N.º 2562-2017 del 29 de enero del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro); el R. N. N.º 1556-2017 del 1 de octubre del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro); el R. N. N.º 1238-2015 del 7 de marzo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro); el R. N. N.º 2923-2009 del 16 de septiembre del 2010 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro); el R. N. N.º

Tampoco las personas con deficiencias mentales tienen limitación alguna en cuanto a la admisibilidad de su testimonio, salvo que se trate de una persona completamente inhábil. En todo caso, la mayor o menor capacidad mental de la persona debe ser analizada como una cuestión de fiabilidad del testimonio ofrecido y no tanto como una condición para recibir el medio de prueba. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sostiene que las personas afectadas de una dolencia congénita (*v. gr.*, los sordomudos[1773]) o una enfermedad adquirida pueden prestar declaración. Un sordomudo puede declarar con el auxilio interpretativo de otra persona (*v. gr.*, un familiar). Dicho testimonio, en principio, no está prohibido por la ley (véase el artículo 144 del Código de Procedimientos Penales). Esta norma prescribe que pueden declarar por signos, cuyo mensaje puede ser claramente entendido por el Tribunal y constar en el acta del juicio oral[1774].

La relación de parentesco o de amistad (o enemistad) con alguna de las partes, como cualquier otro interés que pueda tener el testigo en el resultado de la causa tampoco puede llevar a asumir la posición de que dicho testigo no debe ser admitido o de que no puede declarar en el proceso. El interés que pueda albergar el testigo o las relaciones personales que se desarrollen con alguno de los sujetos procesales no es una condición legal que determine la inadmisión de la declaración testimonial. En todo caso, dichos factores deben ser evaluados como elementos de credibilidad del testimonio.

43. La **función negativa o de exclusión de los medios de prueba** es la otra cara de la moneda al plantear la no incorporación al proceso de aquellos medios de prueba (o actos de investigación) que no cumplan con ayudar o facilitar de alguna forma el esclarecimiento de los hechos al no contar con una relación directa o indirecta con el tema de prueba del proceso[1775]. El material probatorio que no

---

3026-2009 del 15 de abril del 2010 emitido por la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barandiarán Dempwolf).

1773 Véase, el **R. N. N.º 2788-2015** del 19 de abril del 2016 emitido por la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "tampoco es aceptable el argumento impugnativo de que como los testigos de cargo son sordo mudos, su versión a través de intérpretes no es válida. El intérprete, precisamente, permite hacer inteligible la información que proporciona el testigo. No se advierte irregularidad alguna o defecto notorio en esa intervención, tampoco que las partes formularon objeciones sobre el particular".

1774 Véase, el **R. N. N.º 2288-2014** del 29 de setiembre del 2015 emitido por la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro): "Aun cuando quiera restársele eficacia procesal a ese testimonio, en autos corren las declaraciones del resto de agraviados, todas uniformes, que permiten tener por acreditado el robo y la participación de los encausados con independencia de lo expuesto".

1775 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 354: "el rol principal de las reglas técnicas de la prueba es prescribir el alcance de las excepciones al principio incluyente general"; Taruffo, *La prueba*, cit., p. 40: "En todos los sistemas, el principio tiene una función negativa, o excluyente, y opera como una norma según la cual algunos medios de prueba deben

guarde relación lógica alguna con el objeto del proceso no se debe admitir, tanto por razones formales (lógicas) como por razones materiales: no se pueden desplegar recursos humanos, técnicos y logísticos en admitir medios de prueba que no son portadores de alguna utilidad en cuanto a la información probatoria. La función de exclusión de las pruebas en caso de que no sean relevantes con los hechos materia de proceso se encuentra regulada en el CPP, que prescribe que solo se podrá excluir aquellos medios de prueba que no sean pertinentes y aquellos prohibidos por la Ley (artículo 155.2).

En el derecho comparado, las reglas de inadmisión de los medios de prueba se basan en distintas consideraciones, como el que a veces las pruebas son de muy poca importancia, por tener una relación demasiado conjetural o remota con los hechos materia de proceso, en algunas ocasiones, por ser peligrosas y perjudiciales para el jurado, y como el que es posible de que si se acepta su incorporación, puedan ser utilizados de mala manera o se corra el riesgo de que sean sobrestimados; otras veces se inadmiten por ser inseguros para lograr ciertos objetivos de políticas públicas[1776].

X. LA PERTINENCIA, LA FORMACIÓN DE LA DECISIÓN DEL JUEZ Y LOS HECHOS CONTROVERTIDOS

44. La pertinencia supone la relación del medio de prueba que se ofrece con las proposiciones sobre los hechos del proceso, pero no tiene una vinculación con la aptitud para formar la debida convicción del juez (o del juzgador), como plantea un sector de la doctrina[1777]. El medio de prueba puede ser pertinente al instante de su ofrecimiento, pero no puede llegar a ser utilizado al momento de decidir la controversia, dado que, por ejemplo, su valor probatorio es nulo o, en concreto, no es portador de la información probatoria que parecía en un primer momento albergar. Ese es el caso de un testigo que estuvo presente en el lugar del crimen (*v. gr.*, un bar o una discoteca) y que cuando declara refiere que lamentablemente no vio el hecho al encontrarse de espaldas. Aquí el medio de prueba es pertinente, pero no útil para la decisión.

Asimismo, la pertinencia de un medio de prueba en materia penal se relaciona únicamente con los enunciados fácticos que componen el objeto del proceso y no tanto con si ayuda a esclarecer los hechos controvertidos. Un medio de prueba es pertinente al margen de si la información que se postula ayuda a determinar un

---

ser directamente rechazados"; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 163; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 156 (quien alude a un enfoque negativo o de exclusión).

1776 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 354.

1777 Véase, Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 45.

hecho controvertido y debatido por las partes. En buena cuenta, la pertinencia o no de un medio de prueba no tiene que ver con si sirve para esclarecer un hecho controvertido o un hecho no controvertido en el proceso. En el proceso civil, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal, solo se pueden probar los hechos controvertidos por las partes[1778]. De allí que, en ese ámbito, la relación de pertinencia sufra una profunda limitación al referirse únicamente a la prueba de los hechos que son objeto de discrepancia entre las partes. Los hechos admitidos, expresa o implícitamente, no son objeto de prueba[1779].

La pertinencia del medio de prueba, además de con la indiscutible relación lógica, también tiene que ver con cuestiones materiales concretas de dicho medio de prueba que se ofrece para incorporar al proceso. Por ejemplo, no es pertinente la declaración de un testigo que se ofrece para deponer sobre un hecho que supuestamente percibió si se advierte que dicho testigo nació después de ocurrido el hecho.

XI. PERTINENCIA, VEROSIMILITUD, ADMISIBILIDAD Y EFICACIA DE UN MEDIO DE PRUEBA

45. La pertinencia se distingue de la verosimilitud[1780]. Si bien se reconoce que todo lo pertinente es verosímil, no siempre lo verosímil resulta ser pertinente dentro del proceso. El juicio de verosimilitud a veces no va seguido del juicio de pertinencia[1781]. En todo caso, la verosimilitud se puede comprobar con los aparatos de conocimientos disponibles de la ciencia, la tecnología o de otras áreas de conocimiento[1782].

46. Asimismo, se distingue la **pertinencia** de un medio de prueba de la **admisibilidad** de dicho medio de prueba[1783]. La pertinencia es una condición necesaria para la admisibilidad de un medio de prueba, pero no es una condición suficiente[1784]. Es posible que la prueba sea pertinente para el esclarecimiento de los hechos, pero puede ocurrir que ya exista en el proceso sobreabundancia o exceso de medios de

1778 Ampliamente, Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 264.

1779 Véase, en el caso del proceso civil: Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 236; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 49.

1780 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 251; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 159.

1781 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 118.

1782 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 159.

1783 Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., pp. 223 y 238; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 47

1784 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 40; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 47; Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 99.

prueba sobre un determinado hecho, *v. gr.*, cuando varios testigos declaran haber visto y conversado directamente con el presunto autor del delito en el lugar de los hechos y se ofrece un testigo más para comprobar dicho suceso. En este caso, pese a que la prueba es pertinente, es posible que haya sobreabundancia o exceso de pruebas (artículo 155.2), por lo que no es necesario que se la admita en el proceso.

47. De igual manera, se debe distinguir entre la **pertinencia** de un medio de prueba de la **fiabilidad** o la calidad probatoria de dicho medio de prueba[1785]. Una prueba puede ser pertinente al margen de si se trata de una prueba de enorme calidad o de que posea fiabilidad probatoria. Un medio de prueba puede ser altamente fiable, pero impertinente para acreditar los hechos objeto de proceso[1786]. A la inversa, un elemento de juicio puede ser pertinente o relevante sin ser fiable o sin que sea suficiente para probar una determinada conclusión[1787]. Un medio de prueba puede ser relevante y pertinente, pero ser de escasa o nula credibilidad. Por ejemplo, una persona invidente que estuvo en la escena del crimen puede declarar como testigo (o agraviado) al margen de si puede o no aportar información de buen nivel en el esclarecimiento del suceso; igual ocurre con la declaración de un testigo que es un delincuente reincidente y que, además, ha sido condenado por falsedad. En ambos casos la prueba puede ser relevante y pertinente, aunque carezca de fiabilidad y calidad probatoria. La calidad, la fiabilidad o credibilidad de la prueba pueden tener un enorme peso en la evaluación de la prueba, pero no desempeñan un papel preponderante a la hora de analizar la proposición a probar y la admisibilidad de la prueba[1788]. De allí que sea incorrecto rechazar una declaración testimonial por la consideración de que el testigo no es digno de crédito o porque se cree que la actuación de un medio de prueba no arrojará un resultado positivo[1789].

Con todo, en la doctrina se discute si el debate sobre la fiabilidad probatoria se puede trasladar de la etapa de la evaluación probatoria a la admisibilidad, so-

1785 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 98; Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 67; Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 66; Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472; Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 249; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 56.

1786 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 58.

1787 Cfr. Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 64.

1788 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 98.

1789 Cfr. Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 249, quien recuerda lo dicho por el Tribunal Supremo alemán en el sentido de que se trata de una anticipación inadmisible del resultado de prueba.

bre todo, en los casos más graves y claros[1790]. Pese a lo interesante de la posición, queda claro que la adopción de este punto de vista, más allá de los planteamientos sugerentes, debe conducir en las legislaciones del *civil law* a cambios normativos importantes y a verdaderas reformas legislativas que amplíen el alcance de las reglas de inadmisibilidad a los casos de fiabilidad probatoria. Incluso en caso de que se asuma esta postura de *lege lata,* se debe discutir larga y profundamente los supuestos de fiabilidad probatoria que se incorporan como reglas de exclusión probatoria.

48. Se debe distinguir la **pertinencia** de un medio de prueba de la concreta eficacia de dicho medio[1791] o el valor probatorio de dicho medio[1792]. Mientras la primera supone una relación lógica entre el medio de prueba y el objeto del proceso, la eficacia implica la posibilidad de verificar que el medio probatorio produzca los fines perseguidos con su ofrecimiento y actuación. La eficacia del medio de prueba alude al resultado concreto (positivo o negativo) que se puede obtener del empleo (actuación) del medio de prueba que se propone. La eficacia de la prueba se refiere al grado de confirmación o de soporte cognoscitivo que la prueba permite atribuir a un enunciado factual y que normalmente se logra establecer a la hora de la decisión final.

La pertinencia implica un juicio o una evaluación ***ex ante*** del medio de prueba, mientras que la eficacia implica un juicio ***ex post*** de dicho medio de prueba[1793]. Por ello, una prueba concreta puede ser pertinente —*ex ante* y en abstracto—, pero

1790 Véase, Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 56: "debe cuestionarse si es razonable que todo el debate sobre la fiabilidad de las pruebas se traslade a la valoración de las pruebas o si, en los casos más claros de falta de fiabilidad suficiente, las pruebas debieran ser excluidas en el trámite de admisibilidad —en la etapa intermedia, en los tipos de proceso que la tienen—. Esto último permitiría depurar el debate probatorio y sería una muy sana medida de economía procesal, al no permitir el ingreso de pruebas que pueden tener mayores efectos perjudiciales que la información relevante que puedan aportar".

1791 Cfr. Ferrua, Paolo, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 1; jan. abr., Porto Alegre, 2021, p. 220: "Le questioni relative all'ammissibilità della prova sono, dunque, ben distinte da quelle relative all'efficacia persuasiva che in concreto può esercitare il singolo dato."; Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 770; Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 267; Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 437; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 55: "el juicio relativo a la pertinencia prescinde de toda consideración en torno a la concreta posibilidad de que los hechos a probar sean efectivamente acreditados"; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, cit., p. 48; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., pp. 87 y 88; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 156.

1792 Cfr. Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 67: "la relevancia de la prueba y su valor son dos conceptos distintos, aunque estrechamente relacionados: el primero depende únicamente del potencial cognitivo de la información, mientras que el último también depende de la credibilidad del emisor de la información".

1793 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 67.

ineficaz en el caso concreto por no cumplir los fines que se le asigna o por no brindar la información que se esperaba[1794]. No se debe confundir el juicio de admisibilidad del concreto medio de prueba con el juicio de valoración o evaluación del medio de prueba, luego de que se lo ha incorporado al proceso[1795]. El juicio de pertinencia o de relevancia no se vincula con alguna evaluación del valor probatorio concreto de un medio de prueba[1796]. Una declaración testimonial no deja de ser "prueba" por el solo hecho de ser vaga, irrelevante o, si se quiere, por declarar hechos falsos[1797].

La evaluación de la pertinencia de un medio de prueba no debe prejuzgar el valor probatorio que pueda tener dicho medio de prueba. El hecho de que se proponga y de que se admita un concreto medio de prueba no anticipa, tanto desde la perspectiva lógica como desde jurídica, un determinado resultado probatorio[1798], pues no se sabe, desde la perspectiva *ex ante,* cuál será la concreta y específica información probatoria que se pueda obtener. El juicio de relevancia o pertinencia de la prueba es preliminar y se basa en una anticipación hipotética del medio de prueba en relación al hecho litigioso[1799]. Solo los medios de prueba que puedan contribuir a la acreditación de los hechos jurídicos que se dilucidan en el proceso pueden ser considerados relevantes[1800].

El órgano jurisdiccional no puede inadmitir un medio de prueba por entender que no arrojará el resultado esperado o que se pretende alcanzar[1801]. Un anticipo en cuanto al resultado probatorio puede generar no solo una situación de indefensión a la parte que lo promueve, sino que puede afectar la imparcialidad del juzgador y distorsionar la decisión definitiva. El TS español ha señalado que "la conclusión anticipada de innecesariedad (de la prueba) puede llevar consigo una carga peligrosa de indefensión si se establecen precipitadas decisiones" (STS del 16 de junio de 1992).

Tanto la doctrina alemana como la española destacan la prohibición de anticipar los resultados de la prueba y se deciden por la inadmisión del medio de prueba antes de la correspondiente actuación, basándose en juicios apriorísticos, subjetivos o de adelantamiento del juicio sobre el medio de prueba propuesto[1802].

1794 Al respecto, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 366; Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 267; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., pp. 87 y 88.

1795 Cfr. Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 770.

1796 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 39; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 156.

1797 Cfr. Ferrua, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, cit., p. 220.

1798 Cfr. Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, cit., p. 48.

1799 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 366.

1800 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 262.

1801 Cfr. Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, cit., p. 48.

1802 Cfr. Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, cit., p. 49.

Con ello, se afecta el principio de imparcialidad del juez, el derecho a probar los hechos discutidos en el proceso y la tutela judicial efectiva.

El TC español ha señalado que "resulta contrario al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, consagrado en el art. 24.2 CE que el órgano judicial rechace una prueba testifical por innecesaria argumentando que, aun cuando fuera favorable a la parte, 'no iba a convencer a la Sala', ya que ello implica una valoración de la prueba que corresponde a un momento posterior del proceso y supone prejuzgar sobre la hipotética fuerza persuasiva de los testimonios. Y, en definitiva, hemos concluido que 'la decisión de inadmisión de una prueba testifical, propuesta en tiempo y forma, con base en un presunto déficit de credibilidad de los testigos propuestos apreciado de oficio, desde la perspectiva del derecho fundamental de defensa del acusado, no puede aceptarse' (STC 113/2009 de 11 de mayo; 23/2007, de 12 de febrero). El TC español destaca que: "debemos concluir que no resulta constitucionalmente correcta la inadmisión de una prueba testifical basada en la apreciación judicial de la dudosa credibilidad de unos testimonios que no se han producido y sobre los que, por tanto, las partes no han podido todavía manifestar duda alguna. El argumento utilizado por el órgano judicial, remitiéndose a una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo (sin cita de Sentencias concretas) según la cual la relación de dependencia laboral de los testigos con la parte que propone la prueba, incidirá en la credibilidad de los mismos, no supera el canon de razonabilidad al que deben sujetarse todas las resoluciones judiciales. En primer lugar, porque el Juez está realizando una previa valoración de la prueba prejuzgando el resultado y la influencia de la misma en su decisión y, en segundo término, porque la denominada tacha de testigos debe ser planteada a instancia de parte y, aun así, la duda sobre la credibilidad de los testimonios no autoriza a denegar la práctica de la prueba, sino que se trata de un mecanismo procesal de advertencia sobre determinadas circunstancias que pudieran afectar a la posterior valoración de la prueba llevada a cabo" (STC 23/2007, de 12 de febrero). De igual forma, se resaltó que "tal rechazo de la testifical no puede permitirse pues, como también señala el Ministerio Público, ello implica una valoración de la prueba que corresponde a un momento posterior del proceso, prejuzgando el contenido de la misma y posicionándose sobre su hipotética fuerza persuasiva antes de proceder a una valoración conjunta de la prueba; de este modo, aunque se considere que las pruebas de una parte son más débiles que la de la parte contraria, cuando se está en una fase procesal no idónea para proceder a dicha valoración conjunta, no puede negarse la oportunidad a una de ellas de esgrimirlas, pues si no se la dejaría indefensa y vencida desde el comienzo" (STC 359/2006 de 18 de diciembre).

Incluso puede ocurrir que un concreto medio de prueba que se admite no solo no tenga un determinado resultado probatorio, sino que ni siquiera se pueda llegar

actuar. Por ejemplo, ello ocurre cuando se propone que una persona que estuvo en la escena del crimen declare y esa persona, cuando asiste a declarar, señala que es invidente, o cuando se ordena la diligencia de reconocimiento de voces de alguien que padece una sordera congénita. La pertinencia de la prueba no solo no anticipa algún resultado probatorio, sino que no importa a que su actuación arroje algún resultado o que efectivamente el medio de prueba se llegue a actuar, *v. gr.*, se admite la declaración testimonial de una persona que nunca ha ocurrido a declarar.

XII. LA PERTINENCIA Y EL PRINCIPIO DE BUENA FE

49. La Corte Suprema de Justicia del Perú ha enlazado el principio de pertinencia (y también el requisito de utilidad) con el principio de buena fe procesal[1803] al considerar que "los medios de prueba deben presentarse, desde su oportunidad procesal, 'durante la investigación', esto es, antes que culmine el procedimiento de investigación preparatoria; y, desde el principio de buena fe procesal, deben proponerse en la primera oportunidad en que se tenga conocimiento del medio de investigación o de la identidad y ubicación del órgano de investigación —que sería el caso de la convocatoria de testigos o peritos y de obtención de documentos— "[1804]. Asimismo, se resalta en relación al principio de buena fe procesal y de lealtad procesal [1805], lo siguiente:

> es evidente que está conectado con el plazo de la investigación preparatoria y con la perentoriedad del mismo. Por tanto, si la solicitud de actuación de medios de investigación por parte del interesado se presenta, irrazonablemente, al borde de la finalización del procedimiento de investigación preparatoria y no se trata de una obtención, identificación o ubicación obtenida en último momento y por causas no imputables a él, es de entenderse que ya no sería posible su actuación, a menos que ese medio de investigación tenga aptitud para producir un vuelco sustancial del caso —otra posibilidad que avalaría la inadmisión sería que exista fundada posibilidad de una prórroga del plazo de investigación, o que, en su día, se ofrezca como medio de prueba en el periodo intermedio—. En estos casos, obviamente, la parte que ofrece estos medios de investigación a último momento, a los efectos de la flexibilización del principio de preclusión (como se señaló en la sentencia casatoria 498-2019), es la que

1803 Véase, la Apelación N.º 71-2022 del 5 de diciembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

1804 Véase, la Apelación N.º 71-2022 del 5 de diciembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

1805 Véase, la Apelación N.º 71-2022 del 5 de diciembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

> debe brindar detalles que permitan sostener lo últimamente acotado, pues de lo contrario podría concluirse que, en todo caso, se pretende una demora esencial del procedimiento, a menos que sea patente su utilidad para dar un giro al procedimiento por medio de la recepción de los mismos.

La resolución de la Sala Penal Permanente destaca la regla de que cuando en una investigación se presenta una solicitud probatoria por parte de uno de los sujetos procesales al borde de la finalización del procedimiento de investigación preparatoria es de entenderse que ya no sería posible su actuación, sobre todo si se trata de declaraciones testimoniales o periciales; dado que, si se trata del ofrecimiento de prueba documental, es posible que se pueda admitir hasta antes del cierre de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria. Se debe cumplir con la exigencia legal de que todo acto de investigación que se solicita y ordena debe producirse dentro del **marco temporal** de duración de la investigación y, si se presenta dicho planteamiento casi al finalizar la etapa de investigación preparatoria, debe tomarse en cuenta para su admisión y actuación el hecho de si, por ejemplo, las testimoniales, dadas las circunstancias concretas del caso, han podido ser ofrecidas, sin riesgo alguno, mucho antes.

50. La presentación de los actos de investigación o los medios de prueba en un tiempo o en una etapa determinada tienen que ver con la vigencia del principio de preclusión. El TC peruano entiende por principio de preclusión el hecho de que un proceso "ha sido ideado en la lógica de etapas preclusivas a fin de salvaguardar tanto el derecho de defensa de las partes como la celeridad necesaria para resolver oportunamente los litigios al impedirse la repetición *ad infinitum*, de actos procesales, dicha intervención legislativa en el derecho a la prueba resulta necesaria pues de lo contrario los procesos resultarían interminables, a través de la preclusión cuando concluye una etapa y se inicia una nueva se clausura la etapa anterior y los actos procesales quedan firmes al proscribirse cualquier intento de retomar la discusión sobre los mismos"[1806].

La Corte Suprema ha señalado que "los sujetos procesales no pueden aportar o proponer pruebas en cualquier momento procesal, pues esto destruiría toda la posibilidad de orden racional del proceso, derogando o subordinando a la voluntad de las partes toda la actividad judicial"[1807]. También destaca que "resulta pertinente precisar que el principio de oportunidad o preclusión en materia probatoria, con-

1806 Véase, Exp. N.º 00845-2021-PA/TC, Caso: Armadores y Congeladores del Pacífico S. A.; Exp. N.º 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna.

1807 Véase, la Casación 48-2010 del 17 de septiembre del 2010 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Lecaros Cornejo).

siste en el hecho de que diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas procesales ya extinguidas por no haberse observado el orden u oportunidad dada por la ley para la realización de un acto o, por haberse ejercido ya una vez, válidamente esa facultad"[1808]. El principio de preclusión procesal se manifiesta, dentro del proceso, en diversos modos. Entre ellos, conviene mencionar en este caso, la situación en la que precluye —se extingue— la posibilidad de la parte para ejercer una determinada facultad en un modo específico cuando ésta ya fue ejercida —consumada— de otro modo. De este modo, no solo es cierto, v.g., que quien no apeló dentro del plazo previsto en la ley no podrá hacerlo más, sino que, además, es cierto también que quien lo hizo sin ejercer un determinado agravio ya no podrá modificar los términos de la apelación ya consumada. Esto es así porque la estructura de un proceso judicial como el nuestro, sustentado en gran parte en la previsión de cargas procesales establecidas normalmente en interés del propio sujeto a quien se le atribuyen, exige de las partes procesales una actuación diligente y responsable, pues el incumplimiento de aquellas redundará necesariamente en el desmedro de sí mismas. No debe perderse de vista que las cargas procesales, si bien tienen carácter eminentemente facultativo, conminan al interesado a cumplirlas del mejor modo, bajo riesgo de su propio perjuicio[1809].

51. Por su parte, el TC peruano señala que la presentación extemporánea de un medio de prueba faculta al juez a denegarlo, según las circunstancias, y que dicha inadmisión no supone la violación al derecho de prueba[1810]. Los medios probatorios,

1808 Véase, la Casación Laboral N.º 17059-2016 del 28 de noviembre del 201 de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Rodas Ramírez); la Casación N.º 1651-2015 del 12 de mayo del 2016 de la Sala Civil Permanente (Ponente: del Carpio Rodríguez).

1809 Véase, la **Casación N.º 1651-2015** del 12 de mayo del 2016 de la Sala Civil Permanente (Ponente: del Carpio Rodríguez); la **Casación N.º 11-2017** del 31 de julio del 2018 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Huamani Llamas): "El principio de preclusión, viene a ser la situación jurídica en la que se encuentran las partes del proceso cuando pretenden realizar un acto procesal que se debió realizar en un momento anterior —sustentando en la oportunidad— y no se hizo cuando se realizó en su oportunidad, el acto procesal y se pretende ampliar o modificar en fecha posterior. Así la preclusión no se debe entender como la reapertura de la etapa, sino la ejecución válida de actos procesales".

1810 Véase, la STC en el **Exp. N.º 6302-2005-AA/TC**, Caso: Carlos Antenor Cajacuri Valero: "este Tribunal Constitucional considera que en principio su protección comprende a aquellos que hayan sido ofrecidos dentro del plazo legalmente estipulado, en la medida que se trata de un derecho fundamental de configuración legal. Es cierto que como se ha alegado mediante la Casación N.º 634-96 Piura, de fecha 11 de julio de 1997, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República dispuso que '(...)si bien es cierto que de conformidad con el artículo 189 del Código Adjetivo, los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, también es permisible que el juzgador admita pruebas con posterioridad a esta etapa procesal, incluso actuarlas de oficio, siempre y cuando sirvan para promover certeza y

luego de cerrada la investigación judicial, si es que no se admiten o no se actúan en el proceso penal, no suponen la afectación del derecho a la prueba[1811].

La Corte Suprema destaca que, desde la aplicación del principio de buena fe y lealtad procesal, los medios de prueba (testigos o peritos y de obtención de documentos, entre otras diligencias) deben proponerse en la primera oportunidad en que se tenga conocimiento del medio de investigación, o se conozca la identidad y ubicación del órgano de investigación. Con ello, se sienta la posición jurisprudencial de que no se debe dejar al último momento o a un momento próximo al cierre del procedimiento investigativo el ofrecimiento de los actos de investigación o la solicitud de diligencias, *v. gr.*, en un caso se presentó la solicitud de actuación de medios de investigación —de tres testimoniales— cuatro días hábiles antes de culminar el plazo prorrogado de la investigación preparatoria[1812]. En la solución del caso, la máxima instancia de la justicia penal en el Perú destacó que anteriormente se formularon otras solicitudes de medios de investigación por parte de la defensa, lo que significa que el investigado tenía una defensa activa desde el primer momento[1813].

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia reconoce excepcionalmente la posibilidad de presentar medios de prueba o actos de investigación al borde del cierre del plazo de la investigación en la medida que se acredite que dicho medio de prueba tenga la aptitud para producir un vuelco sustancial del caso, dejando en claro que, en estos casos, obviamente, la parte que ofrece estos medios de investigación

---

convicción de los hechos invocados por las partes, en cumplimiento de su rol de director del proceso (...)'. Sin embargo, de lo anterior no se desprende, por un lado, que siempre y en todos los casos ante el ofrecimiento de medios de prueba extemporáneamente, los jueces tengan la obligación de admitirlos, pues, como resulta claro de la citada Ejecutoria Suprema, su admisión habrá de ser evaluada por el Juez en su condición de director del proceso. Y de otro, que cada vez que no se admita un medio de prueba ofrecido extemporáneamente, con ello se produzca una lesión automática del contenido constitucionalmente declarado del citado derecho, ya que como antes se ha recordado, el ámbito constitucionalmente protegido de éste, no comprende esta última situación".

1811 Véase, las STC en los **Exp. N.º 1230-2002-HC/TC**, Caso: César Humberto Tineo Cabrera: "tampoco considera el Tribunal Constitucional que haya sido vulnerado, pues, conforme se deduce de lo afirmado por el actor en su demanda, las pruebas solicitadas no fueron ofrecidas en la oportunidad que la ley procesal penal establece, sino, como se expresa en la demanda, en su escrito de alegato; esto es, cuando la investigación judicial había concluido y la controversia se encontraba *ad portas* de sentenciarse"; **Exp. N.º 0198-2005-HC/TC**, Caso: James Louis King: "El único pedido que fue desestimado fue la solicitud de fecha 28 de mayo de 2001, de que se practique pericia grafotécnica a las letras de cambio. Sin embargo, tal pedido fue realizado fuera de los plazos de instrucción, incluso después de presentada la acusación fiscal".

1812 Véase, la Apelación N.º 71-2022 del 5 de diciembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

1813 Véase, la Apelación N.º 71-2022 del 5 de diciembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

a último momento, a los efectos de la flexibilización del principio de preclusión, es la que debe brindar detalles que permitan sostener la necesidad de su admisión o actuación al ser patente su utilidad para dar un giro al procedimiento por medio de la recepción de los mismos, de lo contrario, es razonable sostener que, en todo caso, se pretende ocasionar una demora esencial del procedimiento. Asimismo, en situaciones de propuestas urgentes de actos de investigación, se debe razonar acerca de los motivos de urgencia o de si las testimoniales ofrecidas podrían aportar información que produciría un giro en el curso de la investigación preparatoria[1814].

XIII. LA PERTINENCIA Y LA PRUEBA PROHIBIDA

52. La prueba ilícita, en cualquiera de sus formas, en la medida que posea una relación lógica con el tema de prueba, puede ser pertinente con los hechos del proceso. Sin embargo, una cuestión es que la prueba ilícita sea pertinente y otra muy distinta es que pueda y deba ser utilizada en el proceso.

Tanto por mandato constitucional y convencional, la prueba ilícita en la medida que supone la afectación de un derecho fundamental y de las garantías mínimas del debido proceso, no debe ser incorporada al proceso[1815]. Pese a compartir con la prueba impertinente la consecuencia de la inadmisibilidad, las razones por las que no se debe recibir en el proceso son distintas: en la prueba impertinente no hay relación lógica con los hechos del proceso, y en la prueba ilícita puede haber relación lógica, pero no se debe admitir porque dicha prueba supone la violación a la Constitución o a los tratados de DD. HH. El que ambas clases de prueba produzcan consecuencias semejantes no debe conducir a confundirlas, debido a que poseen distinta configuración conceptual[1816].

53. El hecho de que se reconozca que en un proceso penal se ha violado un derecho fundamental (*v. gr.*, el de ser juzgado dentro de un plazo razonable) no quiere decir que toda la prueba actuada con posterioridad se encuentre invalidada

1814 Véase, la **Apelación N.º 71-2022** del 5 de diciembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro) en el caso que se analizaba se subrayó: "no se trata de una propuesta urgente de actos de investigación ante situaciones de ausencia o de identificación reciente de los testigos propuestos, de falta de ubicación o de conocimiento reciente de la posibilidad de dichos testigos de aportar información pertinente, útil y conducente a la investigación. Tampoco se razonó acerca de motivo de la urgencia o de que las testimoniales ofrecidas podrían aportar información que daría un giro en el curso de la investigación preparatoria".

1815 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 51/11, p. 316 con matices.

1816 Por todos, Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 53.

o que este hecho constituya un supuesto de prueba prohibida[1817]. Por otro lado, no constituye prueba prohibida, por afectación al derecho a la intimidad o al secreto en las comunicaciones, el hecho de atestiguar acerca de la recepción de un correo en donde constan frases agraviantes en contra de un tercero[1818].

En un caso, las pruebas ofrecidas en un proceso civil que se cuestionaron fueron admitidas e incorporadas al proceso con posterioridad a la audiencia de pruebas, sin que exista oposición o cuestionamiento alguno de los sujetos procesales intervinientes. En esta línea de razonamiento, si la prueba cuestionada se incorporó al proceso en primer grado y no existió decisión pendiente concerniente a su validez o invalidez, resulta procedente que dicho medio probatorio pueda ser valorado por el juez revisor y que este pueda sustentar su decisión. Peor aún si el actor dejó consentir la resolución que incorporaba al proceso ordinario pruebas ofrecidas extemporáneamente, esto es, luego de efectuada la Audiencia de Pruebas, no ejercitando contra esta los recursos impugnatorios que la ley tiene establecidos, de tal manera que no se afectó el derecho de prueba[1819].

XIV. LA PERTINENCIA Y EL PATRIMONIO COGNOSCITIVO EN UN CONTEXTO HISTÓRICO

54. En el análisis de la pertinencia de un concreto medio de prueba debe tomarse en cuenta también el patrimonio epistemológico y la racionalidad imperante en una determinada sociedad. No solo basta reparar en cuestiones puramente lógicas.

Por ejemplo, se puede ofrecer un conjunto de testigos al juez con el fin de probar que la supuesta víctima de un homicidio falleció como consecuencia de un hechizo o de un maleficio de brujería que un tercero realizó en su contra. Igual ocurre cuando se sostiene que una persona ha sido víctima de un demonio o de una posesión del diablo. Pese a que dichos testimonios pueden guardar una relación lógica respecto a las posibles causas del homicidio, desde la perspectiva científica y epistemológica, son difícilmente aceptables los testimonios mencionados, debido

1817 **Exp. N.º 02787-2012-PHC/TC**, Caso: David Fernando Panta Cueva a favor de Juan Ramos Olaya Mogollón y otro: "En el caso de autos, el recurrente considera que el informe pericial de fecha 26 de abril del 2010 constituye una prueba prohibida al haberse emitido dentro del plazo ampliatorio del proceso penal en el que se acreditó la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable; sin embargo, este Colegiado considera que el que se haya determinado la vulneración de dicho derecho no determina que todas las pruebas que se hayan presentado en el proceso sean automáticamente prohibidas, pues ésta calificación está relacionada principalmente a la ilicitud en su obtención, lo que no se presenta en el informe pericial de fecha 26 de abril del 2010".

1818 Exp. N.º 01441-2012-PHC/TC, Caso: Julio César Flores Flores.

1819 Exp. N.º 04866-2012-PA/TC, Caso: Asesoría y Servicios de Información Gerencial E. I. R. L.

a que se oponen a los conocimientos adquiridos tanto por la ciencia como por la medicina. Las pruebas que se ofrecen no deben oponerse ni ir en contra de los conocimientos científicos ni de los criterios mínimos de racionalidad en una época determinada[1820]. El discurso científico y los criterios que lo contienen pueden ejercer influencia tanto en la admisibilidad de la prueba como en la evaluación de la prueba.

55. Se requiere que en la evaluación del juicio de admisibilidad de la prueba se tome en cuenta el patrimonio gnoseológico en una época determinada, a fin de establecer si determinado medio de prueba puede ingresar, o no, al proceso[1821] y formar parte del acervo probatorio necesario para la decisión.

Los criterios de racionalidad empírica y científica no solo rigen a nivel de la evaluación de la prueba, sino a lo largo de todo el proceso, en especial, cautelando el ingreso de la información probatoria, concretamente, en el juicio de admisibilidad. No se puede exigir racionalidad en el análisis de la prueba al final del proceso si es que se ha permitido el ingreso de medios de prueba que tienen un claro sentido irracional.

Sin embargo, aquí debe distinguirse la pertinencia y racionalidad de los medios de prueba para probar un determinado suceso histórico de que un determinado hecho tenga connotaciones, por ejemplo, mágicas e irracionales y que igual deba ser probado en el proceso, tal como ocurre con la muerte que se produce en un ceremonial de *ayahuasca* o cuando se le brinda a una víctima brebajes ("mágicos") en una sesión espiritista con el fin de abusar sexualmente de ella.

1820 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 160.

1821 Cfr. Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, p. 46; Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., pp. 116 y 120: "Actividades dirigidas a obtener la verificación de un objeto de prueba verosímil y pertinente, pero inspiradas, por ejemplo, en la magia, en la intervención del oráculo, en la rabdomancia, el espiritismo, la grafología, no pueden acceder al proceso por su irrelevancia por falta de idoneidad epistemológica para su empleo en la trama lógico-argumentativa de la decisión".

CAPÍTULO X

LA ADMISIÓN (O INADMISIÓN) DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. LAS LIMITACIONES PROBATORIAS

SUMARIO: I. La admisión (o inadmisión) de los medios de prueba. A. Alcance. B. La pertinencia y la admisibilidad de los medios de prueba. C. Las reglas jurídicas de la admisibilidad de la prueba. D. El derecho a la prueba y la admisibilidad de los medios de prueba pertinentes. E. La facultad del juez de admitir los medios de prueba. F. La inadmisibilidad de los medios de prueba. G. La inadmisibilidad del ofrecimiento de la prueba y la inadmisibilidad de la solicitud de la prueba. H. El principio pro probationem. I. La exigencia constitucional de que los medios de prueba se deben admitir sin dilaciones indebidas. J. La admisibilidad de las pruebas atípicas. K. ¿Puede la parte que propuso un medio de prueba que se admitió al proceso desistirse de dicha prueba? L. ¿Cierta clase de procesos tienen medios de prueba restringidos para acreditar la pretensión? **II.** Las limitaciones en la admisión de los medios de prueba. II.1. Los medios de prueba manifiestamente sobreabundantes. A. La prueba superflua o redundante en el derecho comparado. B. Definición. C. La exigencia de "manifiesta" sobreabundancia. D. Alcance. E. El fundamento. F. ¿La sobreabundancia probatoria es cuantitativa o cualitativa? G. La sobreabundancia probatoria homogénea y heterogénea. H. La redundancia probatoria y la corroboración suficiente. I. La sobreabundancia probatoria puede ser declarada de oficio por el juez. J. Los cuestionamientos a la regla de limitación probatoria por la existencia de los medios de prueba sobreabundantes. II.2. Los medios de prueba de imposible consecución.

I. LA ADMISIÓN (O INADMISIÓN) DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

A. Alcance

1. Toda prueba que se propone u ofrece dentro de un procedimiento debe ser objeto de pronunciamiento expreso, ya sea para admitirla o para rechazarla. El CPP establece que frente el ofrecimiento de pruebas: "El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado" (art. 155.2). No se trata de admitir de manera pura y simple el medio de prueba, de dar cuenta únicamente de la presentación y ofrecimiento del medio de prueba, incorporándolo al proceso, sino más bien de razonar y justificar sobre los criterios materiales y formales de pertinencia respecto a su admisión o rechazo. La ley no establece en estos casos una simple motivación; por el contrario, impone una **especial motivación**.

En el Perú el modelo procesal penal instaurado por el CPP parte por reconocer que la regla es que a las partes les corresponde ofrecer y presentar las pruebas y al juez el admitirlas mediante auto especialmente motivado[1822]. Las partes poseen la facultad de ofrecer los distintos medios de prueba que tienen a su alcance (*v. gr.*, documentos, testigos, etc.) y el juez cuenta con la facultad de admitir los medios de prueba al proceso ordenando, por ejemplo, la incorporación del documento o el examen de un testigo.

2. En la teoría del derecho la admisibilidad es la propiedad normativa que se predica de cierta información relevante que fija los casos de cuándo le está permitido al evaluador incorporarla al proceso y utilizarla en el razonamiento[1823]. A nivel del proceso el primer problema probatorio importante radica en establecer qué medios de prueba o elementos de juicio deben ser admitidos e incorporados para el posterior debate[1824].

1822 Semejante en el derecho italiano: Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 75; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 63; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 245.

1823 Cfr. Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 63.

1824 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 37.

En el proceso solo los actos de postulación (*v. gr.*, el ofrecimiento de medios de prueba) pueden ser admisibles o inadmisibles[1825]. Los actos de las partes en el proceso son actos jurídicos que configuran una determinada situación procesal en el sentido de que crean, modifican o extinguen una relación jurídico procesal; los actos de las partes en el proceso son de dos clases: actos de postulación y actos constitutivos. Por otro lado, los actos de postulación son los que tienen por finalidad conseguir una determinada decisión judicial mediante la presentación de alegaciones y pruebas. Los actos constitutivos son todos los demás actos que están en una relación de finalidad con los actos de postulación ya realizados o que están por realizarse, *v. gr.*, los convenios entre las partes y las declaraciones unilaterales de voluntad. El destinatario de los actos de postulación es siempre el órgano jurisdiccional o cualquier otro órgano de la administración de justicia; mientras que el destinatario de los actos constitutivos puede ser un tercero, el adversario o algunos órganos estatales[1826].

La relevancia o la pertinencia de la prueba se relaciona de manera directa con la problemática de la admisibilidad de los medios de prueba. La pertinencia es una de las condiciones para admitir un medio de prueba en el proceso. La relevancia y/o la pertinencia es el **principal test de admisibilidad de las pruebas**[1827], pero no es el único criterio de selección que el juez debe aplicar para ordenar su incorporación al proceso[1828]; es decir, se trata de una condición necesaria, pero no suficiente para que las pruebas ingresen al proceso[1829]. La admisibilidad supone, además, cumplir con el requisito de legalidad y constitucionalidad de los actos procesales, entre los que se cuenta, las formas y el procedimiento previsto en la ley[1830].

Así pues, para que los medios de prueba puedan ser incorporados al proceso no basta que cumplan con el requisito de pertinencia, también es necesario que puedan ser admisibles jurídicamente. Si bien un medio de prueba debe cumplir con los requisitos lógicos y epistemológicos de relevancia también debe respetarse las exigencias jurídicas de admisibilidad que se encuentran recogidas en determinadas

1825 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 33.

1826 Por todos, Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 227 y 228.

1827 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 351; Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 99; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 75.

1828 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 68.

1829 Cfr. Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 159: "todo elemento probatorio admitido debe ser relevante, pero no todo elemento relevante es jurídicamente admisible, aun cuando, en principio, epistemológicamente y hasta constitucionalmente —en observancia al derecho a la prueba— habría razones para admitirlo".

1830 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 262.

reglas jurídicas. Por tanto, un medio de prueba se le puede denegar su ingreso al proceso, inadmitiéndolo, en la medida que exista una razón jurídica contenida en una disposición legal que regule, ya sea de manera general o específica, un supuesto de exclusión o inadmisión probatoria[1831].

3. La admisibilidad implica cumplir con la regulación jurídica y con determinados criterios legales en la incorporación de los elementos que pueden ser empleados en el proceso, tomando en cuenta la calificación jurídica de los hechos a ser probados y con el tratamiento legal de los medios de prueba que se utilizan con dicha finalidad; mientras que la noción de relevancia y/o pertinencia se vincula a la aplicación de criterios típicamente lógicos y a determinar si los medios de prueba son capaces de ofrecer los elementos de conocimiento útiles para lograr la acreditación de las afirmaciones sobre los hechos.

Por lo general, cuando se admite un medio de prueba se ordena jurídicamente su incorporación al proceso, lo cual requiere un pronunciamiento expreso[1832]. Dicha admisión puede consistir en una simple orden de ingresar dicho acto de investigación y/o medio de prueba o la realización de una práctica probatoria específica, *v. gr.*, transcripción de un audio, de un video, etc.

4. La fase de la admisión de los medios de prueba y su incorporación al proceso es muy importante en el ejercicio del derecho a la prueba y representa un punto clave a nivel del procedimiento probatorio. Si bien su desarrollo teórico y práctico depende de la tradición y la cultura jurídica de un país y del tratamiento histórico que se brinda en un determinado sistema jurídico al asunto, lo cierto es que la etapa de admisión constituye la puerta de ingreso del material probatorio al proceso para decidir una cuestión fáctica, la cual es una condición necesaria para la aplicación de la ley y el derecho.

Pese a que se trata de una fase crucial del procedimiento probatorio en cualquier sistema procesal, en el *civil law* y, en especial, en América Latina es la fase más olvidada y dejada de lado por el sistema de justicia que, muchas veces, se limita a repetir prácticas burocráticas y rutinarias tanto de las partes como de los jueces que mecánicamente consideran que todas las pruebas que se le ofrecen deben ingresar al proceso para ser evaluadas en la fase final y a la hora de decidir la sentencia[1833].

1831 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 41.

1832 Véase, Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 248.

1833 Cfr. Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 139: "Paradójicamente, sin embargo, la admisión de las pruebas es quizá la etapa probatoria menos "puesta en práctica" en nuestros sistemas de justicia. El funcionamiento habitual de la admisión ha sido, por un lado, que los y las abogadas simplemente enlisten todos los criterios previstos en el ordenamiento, sin hacer mayor esfuerzo argumentativo

B. La pertinencia y la admisibilidad de los medios de prueba

5. Para que los medios de prueba puedan ingresar formalmente al proceso deben pasar por el filtro de la admisibilidad jurídica. Con el filtro de la admisión se introducen al procedimiento los diversos medios de prueba[1834] (típicos o atípicos); no basta ni son suficientes los criterios de pertinencia y/o de relevancia para que las pruebas se puedan incorporar al proceso, es necesario que se cumpla con los criterios jurídicos de admisibilidad, pues es posible que un medio de prueba pertinente (*v. gr.*, que acredita un homicidio) puede ser excluido del proceso debido a que no cumple con algunas exigencias jurídicas: una norma jurídica prohíbe su admisión, *v. gr.*, se tortura al imputado o se lo somete a la prueba de hipnosis.

En toda legislación procesal se busca decidir qué elementos de prueba pueden ser incorporados al proceso y tal problemática se resuelve a través de la aplicación de dos criterios complementarios: uno de carácter lógico que es el criterio de relevancia y/o pertinencia de la prueba y el otro criterio típicamente jurídico que es el de la admisibilidad de la prueba[1835]. Entre ambos criterios hay un orden de prelación: si una prueba es irrelevante o impertinente para acreditar un suceso no tiene sentido preguntarse si es jurídicamente admisible, ya que la adquisición del medio de prueba aparece desde el plano lógico como inútil. Por ello, se plantea que la admisibilidad opera como un filtro para decidir la inclusión en el proceso de pruebas que son relevantes para la determinación de los hechos. El principio que rige en este ámbito es que cualquier medio de prueba relevante debe ser admitido, salvo que una norma jurídica (ley) excluya o subordine su admisión a presupuestos o condiciones particulares[1836].

Hay orden lógico entre el juicio de pertinencia y el juicio de admisibilidad. Se reconoce que primero es necesario saber si un medio de prueba es relevante para

---

sobre cómo cada una de las pruebas que ofrecen los satisfacen; y, por otro lado, las personas juzgadoras parecen haber asumido una actitud laissez faire, admitiendo todo lo ofrecido y, en el mejor de los casos, desplazando al momento de la valoración probatoria lo que debería ser decidido en el de la admisión de la prueba".

1834 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 249; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 53.

1835 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 38: "en todos los sistemas procesales, la selección preliminar de pruebas se hace de acuerdo a dos criterios básicos: la relevancia de los medios de prueba y las normas que determinan qué pruebas son jurídicamente admisibles". Con matices: Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 75.

1836 Por todos, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 364 y 378: "Este principio tiene, en efecto, un fundamento racional que trasciende los límites y las peculiaridades de cada ordenamiento: responde a la exigencia fundamental de maximización de las posibilidades de determinación racional y aceptable de los hechos, evitando al mismo tiempo que se lleven a cabo actividades procesales inútiles".

luego decidir si dicho medio de prueba es jurídicamente admisible. Así pues, resulta inútil y una lamentable pérdida de tiempo el establecer primero que un medio de prueba es jurídicamente inadmisible para recién descubrir después que es lógicamente irrelevante o impertinente[1837]. Por lo tanto, el principio de pertinencia sirve para excluir de la investigación o del proceso a todo medio de prueba irrelevante (función de exclusión) y sirve también para incluir todo medio de prueba que sea útil para acreditar la verdad de las afirmaciones sobre los hechos (función de inclusión). La admisibilidad cumple como regla una función inclusiva de los medios de prueba en el proceso, tanto por la aplicación de los criterios lógicos como por la aplicación de los criterios jurídicos.

Los criterios de admisibilidad, que se basan en parámetros epistemológicos y jurídicos, no necesariamente deben entrar en conflicto; ha de buscarse una coincidencia entre ellos, ya que ambos tienden, por lo menos de manera general, a la búsqueda de la verdad en el proceso penal[1838]. Solo de manera excepcional y cuando se responda a la necesidad de preservar otros valores de semejante o mayor importancia que la verdad (*v. gr.*, respecto a la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales) es que los criterios lógicos y epistemológicos ceden su lugar y los medios de prueba no ingresan al proceso.

6. Las reglas de admisión de la prueba pertinente son tanto **reglas lógicas-epistémicas** como **reglas jurídicas**[1839]. En otras palabras, son reglas lógicas-epistémicas debido a que se relacionan con un objeto de prueba externo que deriva de un proceso instaurado por un hecho determinado y que se dirige en contra de una persona. Es una regla jurídica debido a que responde a ciertas valoraciones y principios que se condensan en determinadas disposiciones legales que regulan la materia.

El contradictorio en el proceso deriva no solo de la necesidad jurídica y racional de que las partes discutan el objeto del proceso de manera amplia y adecuada, tanto en el plano probatorio como argumentativo, sino también depende de las reglas de admisibilidad de los medios de prueba que por diversas razones pueden ampliar o reducir el ingreso del material probatorio al proceso.

Las **reglas jurídicas de inadmisibilidad** son un límite normativo a los criterios lógicos de relevancia y suponen una excepción justificada —fundada en distintas

1837 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 69.

1838 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 54.

1839 Sin embargo, Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 55, considera que no solo no hay contraste o conflicto entre criterios procesales epistémicos de admisión de la prueba, sino que el criterio procesal de admisibilidad por excelencia será un criterio epistémico.

razones de carácter legal— para la no incorporación de los medios de prueba al proceso. La admisibilidad o no de un medio de prueba supone una regulación normativa y, de manera particular, la aplicación de una disposición legal que excluye o limita el ingreso de un medio de prueba en una determinada situación[1840]. Los criterios de admisibilidad no solo limitan y restringen el ingreso al proceso de medios de prueba relevantes, sino que deben de manera obligatoria estar previstos en la ley correspondiente cumpliendo con el principio constitucional de la reserva de ley[1841]; ello debido a que las reglas que limitan la admisibilidad de las pruebas suponen una restricción a un derecho fundamental que para que tenga legitimidad constitucional y convencional deben recogerse en normas con rango de ley.

La reserva de ley es un instituto de carácter constitucional que constituye el eje de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo en lo referente a la producción de normas. Con ello, se busca excluir, para ciertas materias, la posibilidad de regulación por vía distinta de la legislativa[1842]. La reserva de ley constituye un mandato positivo al legislador de establecer la regulación de la materia y de perfilar directamente en sus rasgos fundamentales la solución jurídica de determinadas cuestiones[1843]. La ley es la fuente básica, fundamental y preferente del derecho procesal penal[1844]. El principio constitucional de la reserva de ley rige como cláusula de protección de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso penal.

La regla que rige en el proceso es que toda prueba que es relevante, por lo general, debe admitirse al proceso y solo de manera excepcional los medios de prueba que son pertinentes pueden resultar siendo inadmisibles, siempre que se cumpla con las causales previstas en la ley. El hecho de que un medio de prueba resulte inadmisible, pese a ser pertinente constituye una excepción que debe encontrar fundamento normativo expreso[1845].

7. Los jueces —o fiscales— no pueden inadmitir un medio de prueba con base en razones subjetivas, arbitrarias y ajenas a una autorización legal expresa, que es

1840 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472.

1841 Cfr. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, 5a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 276; González-Cuéllar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 84.

1842 Cfr. Pérez Royo, Francisco, *Fundamento y ámbito de la reserva de la ley en materia tributaria*, en *Hacienda Pública Española*, 1972, p. 207.

1843 Cfr. Rebollo Puig, Manuel, *Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno*, en *Revista de Administración Pública*, N.º 125; mayo-agosto, Madrid, 1991, p. 145.

1844 Cfr. San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima, Inpeccp, 2015, p. 17.

1845 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 70.

quien finalmente le da cobertura y sentido constitucional. Toda inadmisibilidad de una prueba que se funda en criterios ajenos a la exigencia de relevancia y de la legalidad ordinaria constituye un acto arbitrario e incompatible con los principios constitucionales del derecho a la prueba y a un debido proceso con mínimas garantías[1846].

El principio de relevancia y de admisión de la prueba se distingue del hecho de la posibilidad de la actuación o la asunción de la prueba. Por ejemplo, se puede admitir la prueba testimonial de algunas personas, *v. gr.*, el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él; sin embargo, una cosa es que pueda ofrecerse su testimonio y otra muy distinta es que dichas personas obligatoriamente deban rendir su declaración, por lo que la ley dispone que podrán abstenerse de rendir testimonio (artículo 165.1). Igual ocurre con las personas vinculadas por el secreto profesional que no pueden ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre los sujetos investidos de secreto profesional se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por el CPP (artículo 165.2.a). En efecto, ello ocurre, por ejemplo, con el caso del periodista que es citado a declarar como testigo y a quien se le reconoce la facultad de no revelar sus fuentes. Un sector de la doctrina sostiene que es posible que no se admita la proposición de prueba cuando se ofrece la declaración testimonial de un sacerdote sobre los hechos sujetos al secreto de la confesión[1847].

En el derecho histórico las reglas de admisibilidad de las pruebas han sido criticadas duramente debido a que se considera que el criterio rector reside en respetar la relevancia lógica antes que cualquier regulación normativa de tipo restrictivo (Bentham). En un derecho probatorio, guiado solo por criterios de racionalidad general y de carácter lógico, el juicio de admisibilidad debería limitarse a verificar que entre el medio de prueba y los hechos objeto de proceso existe una relación lógica (directa o indirecta), tal como ocurre en otros ámbitos de la experiencia humana y social (*v. gr.*, la ciencia) en el que solo se acepta la prueba relevante para determinar la verosimilitud o no de una hipótesis[1848]. Sin embargo, la necesidad de preservar valores individuales y colectivos de primer nivel obliga a tomar en cuenta

1846 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 167.

1847 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 51/11, p. 316.

1848 Por todos, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 368: "es racional pensar que el campo de lo que puede constituir prueba incluye todo lo que puede ser útil para determinar los hechos".

los principios constitucionales y la vigencia de los derechos fundamentales, limitando la actividad probatoria cuando se puede afectar su núcleo esencial.

C. Las reglas jurídicas de la admisibilidad de la prueba

8. Las reglas de la admisibilidad son al mismo tiempo reglas de incorporación como reglas de exclusión de los medios de prueba[1849] al limitar el ejercicio del derecho a la prueba; para ello se considera que no siempre un medio de prueba que se propone puede y debe ingresar al proceso.

La inmensa mayoría de sistemas procesales en el ámbito del proceso penal poseen normas que regulan la admisibilidad de las pruebas. Dichas reglas se basan en la necesidad de proteger y afianzar otros valores jurídicos más importantes más allá de los intereses de las partes, *v. gr.*, el respeto a la dignidad humana, la autonomía de la voluntad, la intimidad, etc. Uno de estos factores que se buscan afianzar son razones de economía procesal[1850]. Las normas jurídicas que disciplinan la admisibilidad de los medios de prueba varían según la concepción de la naturaleza de las pruebas, la función que cumplen en el contexto del proceso, los valores que se pretende proteger y la ideología imperante; dichas normas que regulan la admisión y la exclusión de las pruebas se relacionan con la posición particular de las personas involucradas, con el objeto mismo del proceso, ya que se busca evitar errores y exageraciones al momento de evaluar la prueba, así como también tienden a evitar actividades procesales inútiles[1851].

Las reglas de admisibilidad las fija el legislador democrático de manera general, atendiendo a diversas razones y criterios, ya sea de utilidad o de protección de los valores y principios recogidos en la Constitución[1852]. Con ello, se reconoce que no siempre una prueba pertinente y/o relevante es una prueba que deba admitirse en el proceso, ya que la decisión depende de la ley procesal y de la correspondiente regulación normativa.

Las condiciones de admisibilidad de un acto postulatorio se determina por las normas del derecho procesal[1853]. El juicio de admisibilidad se basa en criterios jurídicos regulados en el derecho positivo que determinan el respeto de las reglas

1849 Cfr. Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 63.

1850 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 71.

1851 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 41.

1852 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 37.

1853 Cfr. Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 228 y 242: "Es admisible una petición cuando reúne las condiciones de las que depende el examen de su contenido".

legales que prescriben la forma y el modo de cómo un medio de prueba ingresa al proceso[1854].

9. Las disposiciones legales que regulan la inadmisión de los medios de prueba se interpretan desde el punto de vista normativo como reglas de exclusión, toda vez que su función principal es fijar y establecer cuándo y bajo qué circunstancias un medio de prueba no puede ser admitido, pese a ser tal vez relevante y pertinente para el esclarecimiento de los hechos[1855].

El ámbito de aplicación de las reglas de inadmisión (o exclusión) probatoria es sumamente amplio y complejo. Por ejemplo, puede abarcar algunos hechos que no pueden ni deben ser probados (*v. gr.*, los secretos de Estado) o los casos en los que un determinado tipo de prueba no debe ser utilizado, *v. gr.*, por contravenir la dignidad de la persona humana. También, se proscribe y desestima la posibilidad de utilizar métodos o técnicas idóneos que influyen en la libertad de autodeterminación o pueden alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos (artículo 157.3 del CPP).

Tal como se apuntó, el fundamento de dichas reglas de exclusión es variado; puede basarse en la necesidad de proteger los derechos fundamentales de la persona (dignidad humana, intimidad personal, etc.), en bienes constitucionales de carácter colectivo (*v. gr.*, secretos de Estado) o en la necesidad de prevenir errores, sesgos o condicionamientos en la posterior evaluación de la prueba[1856].

La técnica legislativa empleada para tipificar y regular las reglas de exclusión probatoria no siempre es la misma. En algunos casos se parte de una regulación estricta y precisa al dotar al dispositivo normativo de un sentido claro e inequívoco (artículo 157.3 del CPP) y en otros casos de manera deliberada se recurre a términos vagos y genéricos, cuya aplicación justa y adecuada dependerá no solo de las circunstancias del caso concreto, sino de las técnicas y métodos de interpretación que se utilicen (artículo 159.1 del CPP).

10. La admisión comprende tanto la aceptación del medio de prueba que se presenta (documentos: minutas, escrituras públicas, copias de otro proceso) como el mandato que el concreto medio de prueba debe practicarse en el curso del proceso (declaración de testigos, víctimas, coimputados, exhibición de documentos, realización de una pericia)[1857]. Se resalta que en el caso de los documentos escritos que se forman fuera del proceso se echa de menos una etapa adquisitiva y que se

1854 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., pp. 33 y 34.

1855 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 42.

1856 Véase, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 167.

1857 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 268.

limita a la presentación e incorporación al proceso luego de cumplido el filtro de pertinencia y utilidad[1858].

La importancia del acto de admisión de los medios de prueba es de tal magnitud que sin dicho acto los medios de prueba que se presentan no pueden ser tomados en cuenta y carecen de valor legal[1859]. La autorización del ingreso de un medio de prueba al proceso es un acto jurisdiccional que es competencia exclusiva del juez quien tiene facultades para hacer incorporar los medios de prueba que cumplen con los requisitos legales y constitucionales. Dicha decisión judicial debidamente motivada puede ser objeto de control por las partes[1860].

D. El derecho a la prueba y la admisibilidad de los medios de prueba pertinentes

11. El derecho a probar importa que las partes tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para sustentar la versión de los hechos del litigio; la regla es que toda prueba que sea lógicamente relevante debe ser admitida, salvo que se afecte un derecho fundamental o exista una prohibición probatoria[1861]. Este derecho no supone que todo medio probatorio por el hecho de proponerse debe ser admitido automáticamente[1862].

La parte que alega un hecho debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas que confirman positivamente su posición y la tesis sobre los hechos o que refuten también los hechos esgrimidos y los medios de prueba planteados por la otra parte. Asimismo, la parte contraria debe contar con la oportunidad de presentar todas las pruebas necesarias, pertinentes y útiles que apoyen su versión sobre los hechos, así como presentar las pruebas que le resten credibilidad y eficacia a las pruebas presentadas por la otra parte. Aquí rige a plenitud el denominado principio de relevancia en el sentido de que todas las pruebas deben ser admitidas, sea que se trate de pruebas positivas, negativas o que cuestionen la fiabilidad de alguna prueba[1863]. En efecto, deben admitirse todas las pruebas positivas o negativas que son relevantes para el esclarecimiento de los hechos[1864].

1858 Cfr. Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 34.

1859 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 124, p. 290; Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 35; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 268.

1860 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 35.

1861 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 33.

1862 Cfr. Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 43.

1863 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 57.

1864 *Loc. cit.*

El derecho a la prueba tiene como su contenido esencial el poder exigir y reclamar que los medios de prueba que son relevantes deban ser admitidos al proceso[1865]. Así como las partes tiene el derecho de presentar cualquier medio de prueba relevante y que se los incorpore al proceso, también es atendible que se les denieguen aquellos medios de prueba que no tienen pertinencia ni relevancia alguna[1866].

12. El rango constitucional y convencional del derecho a la prueba obliga tanto al legislador como a los actores del sistema procesal: jueces, fiscales y demás operadores jurídicos.

Desde el prisma constitucional, al legislador se le dirige el mandato de no establecer disposiciones legales que limiten de manera abusiva, innecesaria y desproporcional el derecho de las partes a presentar pruebas relevantes. La afectación de un derecho fundamental de carácter procesal como el derecho a la prueba solo es legítima, y puede producirse por medio de una ley (*principio de reserva de la ley*), si su restricción es absolutamente indispensable. El legislador está obligado a expedir leyes que favorezcan la vigencia y el respeto del derecho fundamental a la prueba, dado que con ello cumple con proteger también los intereses de la búsqueda de la verdad y de la justicia.

Asimismo, el derecho fundamental a la prueba en materia penal obliga a que los jueces y fiscales busquen optimizar la vigencia de este derecho en los casos concretos. Solo se puede restringir el derecho a la prueba en situaciones excepcionales y debidamente justificadas, siempre que concurra con una autorización legal que limite la admisibilidad de las pruebas relevantes. Por ejemplo, el CPP prescribe que no se deben admitir las pruebas "prohibidas por la Ley" (artículo 155.2). Las limitaciones al derecho a la prueba que no se encuentren previstas en la ley ni estén justificadas de manera adecuada constituyen afectaciones arbitrarias que deben corregirse inmediatamente.

Desde la perspectiva convencional, cualquier restricción al derecho a la prueba para que sea legítima debe cumplir con el triple test de los siguientes requisitos:

(i) legalidad: solo con normas de rango de ley se puede afectar el derecho a la prueba de cualquiera de las partes;

(ii) necesidad: solo las restricciones que son necesarias a la esfera del derecho fundamental a la prueba encuentran respaldo en una sociedad democrática;

1865 Cfr. Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 99.

1866 Cfr. Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 43 y ss.

(iii) proporcional: únicamente las restricciones al derecho fundamental a la prueba que sean estrictamente proporcionales están justificadas en un Estado constitucional.

E. La facultad del juez de admitir los medios de prueba

13. Según el modelo procesal vigente, la facultad de admitir los medios de prueba no es una competencia de cualquier sujeto procesal, sino que es una función del juez, realizada luego de la culminación de la investigación preparatoria y el inicio de la etapa intermedia. La admisión de la prueba no depende de las partes que la proponen, sino de un sujeto legitimado: el juez[1867]. No basta que la prueba sea presentada por las partes para que se considere de manera automática incorporada al proceso.

La admisibilidad de un medio de prueba concreto depende de una decisión motivada del juez y, en el caso de la investigación preparatoria, de una decisión justificada del fiscal[1868]. El órgano jurisdiccional efectúa una evaluación de la relevancia y admisibilidad de cada medio de prueba a fin de decidir de manera justificada si lo admite o no al proceso[1869].

El derecho fundamental a la prueba conduce a exigir como una obligación que el juez (o el fiscal) se pronuncie de manera expresa y fundamentada por la solicitud probatoria formulada por alguna de las partes, en especial, sobre la pertinencia del medio de prueba ofrecido[1870]. No puede guardar silencio o dejar de pronunciarse sobre el ejercicio concreto de un derecho fundamental que se manifiesta en la proposición de medios de prueba que sustentan una determinada pretensión jurídica.

El destinatario del derecho a la prueba es el funcionario público (*v. gr.*, el juez, el fiscal, el órgano de la administración), ante quien se lleva un determinado procedimiento y debe cautelar el respeto de las garantías mínimas del debido pro-

1867 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 180.

1868 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 38: "por lo general, corresponde al juez aplicar tales normas y criterios con el fin de evitar desórdenes en el proceso y una indebida pérdida de tiempo en el subsecuente curso del mismo".

1869 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472.

1870 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 249; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 68: "la debida protección a este derecho supone que se imponga a los jueces y los tribunales el deber de admitir todas las pruebas relevantes aportadas por las partes, es decir, deberán ser admitidas todas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser idóneas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que puedan ser probados".

ceso (artículo 139.3 de la Const.), entre las que se cuenta el pronunciarse y el dar satisfacción (tutela) a las solicitudes probatorias presentadas por las partes.

Como un contenido esencial de la tutela efectiva de los derechos fundamentales y, en especial, del derecho a la prueba, se encuentra la obligación de atender de modo justificado y oportuno los planteamientos probatorios de las partes que se realizan en un determinado procedimiento. No se trata de una simple cortesía, de una facultad discrecional, sino de una obligación de carácter constitucional y convencional que integra las garantías mínimas del debido proceso.

14. La admisión es un acto procesal por el cual el juez decide de modo motivado que un medio de prueba se incorpora al proceso, ordenando que se agregue o que se practique, según sea el caso[1871]. La admisibilidad se relaciona con la configuración de ciertos requisitos para el ingreso de un acto al proceso[1872]. Aquí se analiza el cumplimiento de determinados criterios formales y materiales, como la pertinencia, la utilidad y que el medio de prueba no se encuentre prohibido por la ley. La ley establece las reglas mínimas de admisibilidad y determina los presupuestos y el modo en que se introduce un medio de prueba al proceso[1873].

Si bien la admisibilidad de los medios de prueba supone el ejercicio de un acto de discrecionalidad judicial y la aplicación de un test de ponderación de acuerdo a las circunstancias de un caso concreto[1874], en nuestro ordenamiento jurídico constituye un acto que debe ser razonado y justificado de manera suficiente y adecuada, sea que se refiera a los actos de investigación, a las diligencias que se incorporan a la investigación preparatoria o a los medios de prueba que se admiten para el juicio oral en la etapa intermedia.

15. El juez, en el juicio oral, está facultado para admitir o rechazar los medios de prueba que sean propuestos por los demás sujetos procesales, así como puede introducir los medios de prueba que considere necesarios para el esclarecimiento de los hechos[1875]. Sin embargo, el órgano jurisdiccional, por imperio de la ley, "excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad" (artículo 385.2 del CPP).

1871 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 268.

1872 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 33.

1873 Cfr. Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 33.

1874 Véase, Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 351.

1875 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, núm. 124, p. 290 para quien el juez: "tiene la facultad de admisión de sus pruebas y de las pruebas de los demás".

El ejercicio del derecho a la prueba por las partes es la regla principal en nuestro ordenamiento procesal penal. Se reconoce como regla el principio de aportación de parte[1876]. El artículo 155.2 del CPP debe tomarse como la regulación principal y el centro de gravedad de la actividad probatoria. Dicho precepto debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo IX.1 del TPCPP, que prescribe que toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto "a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes".

El derecho de las partes a ofrecer y presentar los medios de prueba pertinentes y útiles debe ser visto como el núcleo y el motor de la actividad probatoria en el proceso penal peruano[1877]. La participación del juez para adquirir prueba de oficio y, concretamente, para hacer uso de los poderes instructorios solo debe concebirse como una actividad excepcional que debe adoptarse en casos muy limitados[1878]. Ello supone el cambio de paradigma y de visión del proceso que va de la mano del reconocimiento constitucional del proceso penal acusatorio y del reconocimiento del derecho de las partes a participar activamente en el proceso[1879], manifestación del principio democrático que marca el abandono de la idea del juez como protagonista del proceso y de la actividad probatoria, así como la asunción de la iniciativa probatoria de las partes como resultado del ejercicio del derecho fundamental a la prueba y la limitación de los poderes probatorios del juez a supuestos excepcionales[1880], en el entendido de que se trata de facultades subsidiarias o complementarias[1881].

Si el juez hace uso de sus poderes probatorios, puede ordenar la presentación o la actuación de cualquier medio de prueba típico o atípico. Aquí hay pruebas cuya práctica se ordena sin necesidad de que haya un petitorio en concreto que lo solicite. Sin embargo, al juez no se le debe permitir ordenar *motu propio* la incorporación de cualquier medio de prueba, ya que el uso desmedido de dicha facultad convertiría al proceso es una forma intolerable de inquisición[1882].

El TC peruano ha señalado que, si la autoridad judicial —sea de oficio o a petición de parte— ordena la actuación de una prueba, como lo es la elaboración de un informe a una autoridad estatal, a efectos de dilucidar la controversia, el órgano

1876 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 81.

1877 Semejante en el derecho brasileño: Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 44.

1878 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 82: "la actividad probatoria de oficio se considera una excepción justificada al principio de aportación de parte".

1879 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 44.

1880 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 84: "El Código Procesal Penal no otorga una facultad supletoria sino excepcional para ordenar la práctica de oficio".

1881 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 44.

1882 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 37.

jurisdiccional sorpresiva e inexplicablemente no puede dictar sentencia sin esperar la recepción del informe que, con carácter prioritario, ella misma había dispuesto. El proceder arbitrario se agrava si el órgano judicial ni siquiera fundamenta las razones de por qué se prescinde de la prueba ordenada, sino que simplemente se limita a ignorar lo que la misma sala había dispuesto. Dicha conducta es arbitraria e irrazonable[1883].

16. El juez, en la admisión de un medio de prueba, debe analizar si es pertinente, útil o si se trata de un medio de prueba prohibido por la ley (artículo 155.2). También debe tomar en cuenta si se trata de un medio de prueba que se ha obtenido o no con violación de los derechos fundamentales de la persona (artículo VIII.2 del TPCC y del artículo 159).

Los requisitos intrínsecos para la admisión de la prueba son cuatro:

(i) la pertinencia o relevancia del hecho;

(ii) la conducencia del medio elegido;

(iii) la utilidad de la prueba;

(iv) la ausencia de prohibición legal.

Por su parte, los requisitos materiales o extrínsecos son los siguientes:

(i) la oportunidad procesal de la petición y de la admisión ordenación de la prueba;

(ii) la formalidad adecuada para su petición;

(iii) la competencia y capacidad del juez para recibirla o practicarla;

(iv) la legitimación de quien la pide y decreta.

1883 **Exp. N.º 00917-2007-PA/TC**, Caso: HV S. A. Contratistas: "Considera este Colegiado que el solo hecho de haberse prescindido de una prueba que la misma instancia judicial había dispuesto, representa ya de por si una clara vulneración al derecho fundamental a probar, sin embargo, aun asumiendo que dicho proceder de alguna manera pudiese explicarse apelando a una sensata motivación, ocurre que en el presente caso, tampoco existe posibilidad alguna de legitimar la actuación judicial cuestionada (...) la Sala demandada en ningún momento ha precisado las razones de su inmediata decisión. Entre el momento en que se expide la resolución del 27 de marzo y el que corresponde a la sentencia del 4 de abril, existe exactamente una semana (contando incluso los días no hábiles), lo que refleja a las claras una manifiesta voluntad de apresuramiento, inexplicable en un contexto en el que no se había establecido plazo alguno para la remisión por parte de la entidad requerida, de la información en su momento solicitaba. Si la Sala demandada, por el contrario, hubiese considerado prioritaria en términos temporales, la remisión de la citada información, bien pudo haber establecido un plazo imperativo a los efectos de cumplir con dicho cometido de la manera más adecuada e idónea. Nada de eso sin embargo se observa en su proceder, el que se limita a prescindir de algo que contradictoriamente había sido ordenado con antelación".

17. La admisión de los medios de prueba está sujeta a revisión, por lo que se trata de una decisión revocable o que se puede modificar[1884]. No es posible alegar que la decisión judicial sobre la admisibilidad de un medio de prueba posee la calidad de firme y que ha pasado a la calidad de la cosa juzgada.

El CPP prescribe que "los autos que decidan sobre la admisión de la prueba pueden ser objeto de reexamen por el Juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales". Todo medio de prueba que se admita puede ser nuevamente evaluado por el juzgador a través de la figura del reexamen judicial. La condición que establece la legislación procesal penal es que se debe trasladar e iniciar un debate contradictorio con las demás partes procesales: el Ministerio Público, la parte civil, el tercero civilmente responsable. No es posible que se haga un reexamen de oficio.

El órgano jurisdiccional puede revocar el auto judicial que admite el medio de prueba, ya sea de manera total o parcial, respetando en todo momento el derecho de defensa de las partes[1885].

18. No es correcto que el juez prejuzgue el contenido del concreto medio de prueba, que anticipe su valor probatorio o que se niegue a admitirlo por razones que objetivamente no le constan y que deben ser objeto de cuidadoso análisis a nivel del proceso. Por ejemplo, no se debe rechazar un testimonio por considerar que el testigo carece de credibilidad o debido a que tiene algún tipo de parentesco con algunas de las partes[1886], o porque la persona (supuestamente) no prestaba atención a un hecho debido a que al momento del suceso se encontraba en estado de embriaguez[1887], o debido a que se trata de un niño menor de edad que tiene sus facultades sensoriales poco desarrolladas[1888]. El hecho de que una persona haya sido

1884 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 472.

1885 En contra, Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 248, quien considera que se puede realizar una revocación de oficio, sin consulta a las partes.

1886 Cfr. Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., p. 258; Schonke, Adolf, *El ámbito de la práctica de la prueba en el proceso civil*, en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio, Madrid, 1950, p. 315.

1887 Véase **Casación N.º 697-2017** del 14 de abril del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Príncipe Trujillo), en donde se trató el caso de una persona ebria que había sido violada en estado de inconciencia. Se señaló que: "la violación de una persona en estado de inconsciencia puede darse cuando dicha condición sea total o parcial, pues lo relevante en el caso es la situación transitoria por la cual el sujeto pasivo carece de aptitud para percibir, por medio de sus órganos corporales, las impresiones provenientes de los objetos externos. La ebriedad queda comprendida dentro de este alcance". De modo distinto, Schonke, *El ámbito de la práctica de la prueba en el proceso civil*, p. 315.

1888 Véase, el **R. N. N.º 4036-2011** del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Villa Bonilla), en donde se trató la declaración de un menor de edad de ocho años en un caso de homicidio. La Corte Suprema de Justicia destacó que "si bien dicho testigo es menor de edad, cierto es que ello en modo alguna inhabilita su testimonio, puesto que únicamente carece

condenada por falsedad o por falso testimonio en otro caso —o por cualquier otro delito— no impide que se admita su testimonio que este ingrese al proceso; en todo caso, lo que se discutirá será su mayor o menor credibilidad.

El hecho de que la ley señale que todas las personas son hábiles para prestar testimonio "excepto el inhábil por razones naturales" (artículo 162.1 del CPP) dicho precepto debe interpretarse restrictivamente de cara a la pertinencia y admisibilidad de la declaración testimonial, dado que es posible que, por ejemplo, un ciego pueda identificar olores, que un sordo pueda con facilidad leer los labios de una persona, de tal modo que no se puede excluir el recepcionar la declaración.

La admisibilidad o no de un medio de prueba —al menos en nuestro derecho y en la mayoría de legislaciones procesales— no tiene que ver de manera alguna con la idoneidad o la falta de idoneidad del concreto medio de prueba que se ofrece en el caso concreto[1889].

19. En la literatura probatoria, se plantean una serie de razones para sostener la necesidad de dejar en manos del juez la admisión de los medios de prueba en el proceso y no delegar dicha tarea en manos de las partes y de los jueces[1890].

En primer lugar, no se les debe permitir a las partes el proponer y lograr incorporar al proceso todos los medios de prueba que quieran y busquen introducir, debido a que ello generaría dilaciones innecesarias en la tramitación y conducción del proceso. De otra manera, se podría permitir el ingreso de información excesiva, ajena e impertinente a los hechos que se investigan, lo que distraería la atención y produciría un desgaste de los recursos de la administración de justicia. Así, la actividad probatoria misma podría ser utilizada por una de las partes como un mecanismo dilatorio. La justificación del control judicial de la pertinencia y relevancia de la prueba es pragmática y se funda en las normas de economía procesal, al asumir como correcta la pauta de que en los procesos no debe perderse el tiempo, dinero ni energía incorporando medios de prueba inútiles que no brindan ninguna información sobre los hechos[1891] (**argumento de la mayor eficiencia del proceso**).

En segundo lugar, la actividad en el proceso —en la que se cuenta la actividad probatoria— responde a la necesidad de proteger los valores generales y los prin-

---

de capacidad para ser testigo quien por deficiencia física o psíquica no esté absolutamente en condiciones de percibir por sus sentidos o, pudiendo percibir, no pueda transmitir sus percepciones del modo previsto en la ley".

1889 De manera distinta: COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 238.

1890 Cfr. TARUFFO, *La prueba*, cit., pp. 37 y ss.

1891 Por todos, TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 364; COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 237.

cipios básicos de una democracia, como la búsqueda de la verdad y la justicia, que solo se puede alcanzar con una ordenación adecuada del proceso y con la fijación de reglas claras para la presentación de actos y pruebas de manera oportuna. No existe ninguna legislación procesal en el mundo que no discipline ni regule una actividad tan importante como la actividad probatoria. Los ciudadanos deben conocer de antemano y de manera previsible cuáles son las reglas que presiden y regulan los medios de prueba, en lo que atañe a la proposición, admisión, actuación y evaluación de la prueba. Los jueces deben aplicar las reglas que rigen la prueba a fin de dotar de confianza y seguridad a la administración de justicia (**la actividad probatoria responde a una regulación jurídica previsible**).

En tercer lugar, el proceso y la actividad que se gesta en su interior se realizan en un determinado marco temporal en el que debe plantearse una serie de actos con el fin de lograr el máximo rendimiento en el menor tiempo posible. La decisión que pone fin al proceso —a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos como la historia, el periodismo o la investigación científica— debe cerrarlo en un plazo razonable, este no puede durar de manera indefinida favoreciendo con ello a la seguridad jurídica. La incorporación de la prueba en el proceso debe efectuarse dentro de determinados tiempo, plazo y forma que se fijan en la ley procesal. En el proceso, tanto los actos procesales como los actos de prueba se guían por el principio de preclusión (**la actividad en el proceso responde al principio de preclusión**).

En cuarto lugar, al juez no se le debe permitir el poder ordenar de manera directa, y sin ningún planteamiento de las partes, la admisión de los medios de prueba como consecuencia de una tarea de investigación y de pesquisa. El proceso no es un mecanismo inquisitivo en manos del juez que sustituye a las partes en la búsqueda y en la recolección de las pruebas. Un modelo procesal semejante es ajeno al sistema procesal y al sistema probatorio fijado en la Constitución, que consagra en el ámbito penal el principio de aportación de parte como una manifestación del modelo acusatorio. En un proceso penal racional y compatible con la Constitución —y con los principios que lo inspiran—, la iniciativa probatoria corresponde desarrollarla a las partes (**la prohibición de un proceso inquisitivo**).

Se reconoce que a todos los sistemas procesales, sea a través de reglas explícitas o implícitas, les interesa impedir la presentación de medios de prueba inútiles y redundantes, por lo que incorporan criterios que consagran que solo los medios de prueba relevantes pueden ser admitidos al proceso. El principio de relevancia, sea que se encuentre o no reconocido en alguna norma jurídica, rige en todos los sistemas y procedimientos que regulan la actividad probatoria[1892].

1892 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 40.

20. La Corte Suprema de Justicia señala que el derecho a la prueba garantiza a las partes la obligación del juzgador a atender sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias, y se presenten conforme al tiempo y a la forma[1893]. En ese sentido, el juez o tribunal debe garantizar a las partes la atención a sus solicitudes de ofrecimiento de pruebas, siempre que (i) sean pertinentes, es decir, que guarden conexión con los hechos objeto del proceso, y (ii) tengan un grado de incidencia sobre el objeto del proceso, es decir, que resulten relevantes, útiles y necesarias respecto al hecho que pretende ser probado. Empero, cabe precisar que el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes no es ilimitado, su ejercicio debe ser solicitado en la forma y el momento legalmente previsto[1894].

El Tribunal, frente a las pruebas ofrecidas por las partes procesales, tiene la facultad de admitirlas o no; en este último caso, será porque la prueba ofrecida resulta impertinente (no referida al objeto procesal concreto) o superabundante (excesiva para demostrar el extremo que se pretende). Con ello, se descarta que el solo ofrecimiento de la prueba sea vinculante para su aceptación, esta deber ser útil y conducente para el esclarecimiento de los hechos; en caso contrario se precisarán los motivos de su rechazo, de no hacerlo se estaría ante una presunta vulneración del derecho de defensa y de la debida motivación de las resoluciones judiciales[1895]. Si bien en el proceso penal rige la libertad probatoria, ello no significa que deban actuarse todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, pues se debe cumplir con las exigencias de pertinencia, conducencia e idoneidad[1896].

La Corte Suprema de Justicia, en el análisis de un caso, señaló que la Sala Penal superior admitió el acta de defunción y, respecto a otros dos documentos, exigió, previamente a su admisión, la autenticidad de los mismos. Para el Tribunal Supremo, el rechazo liminar de un medio de prueba del procesado, destinado a enervar su responsabilidad en el delito de violación sexual de menor de catorce años (extremo más grave de la imputación fiscal), sin mediar sustento legal alguno, le impuso al imputado como condición de su admisión, la carga de acreditar la autenticidad de

1893 Véase, la Casación N.º 832-2015 del 20 de noviembre del 2017 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado); la Casación N.º 292-2014 del 17 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.º 524-2015 del 3 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Pariona Pastrana).

1894 Véase, la Casación N.º 832-2015 del 20 de noviembre del 2017 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado); la Casación N.º 292-2014 del 17 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.º 524-2015 del 3 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Pariona Pastrana).

1895 Véase, la Casación N.º 832-2015 del 20 de noviembre del 2017 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

1896 Véase, el R. N. N.º 4312-2009 del 8 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Santa María Morillo).

los referidos documentos públicos presentados en original; esto afecta gravemente el derecho a la prueba y, por consiguiente, también el derecho a la defensa, lo que constituye una vulneración grave de las garantías establecidas por la Ley Procesal Penal, lo que configura la causal de nulidad del juicio oral[1897].

21. El rechazo de las pruebas ofrecidas debe ser manifiesto y expreso, debiendo quedar plenamente acreditada la conducta (racional o arbitraria) del órgano jurisdiccional[1898].

En el proceso civil, la admisión o el rechazo de las pruebas deben estar expresamente motivados. La jurisprudencia peruana ha señalado que los jueces están facultados para declarar la improcedencia de una prueba, como lo establece el artículo 190 del Código Procesal Civil, pero la resolución que expidan debe fundamentarse, pues de otro modo resultaría arbitraria y limitaría el derecho de las partes para acreditar los hechos que han expuesto y que se han fijado como controvertidos[1899].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado la necesidad de respetar el principio de preclusión en materia probatoria: no se pueden admitir medios de prueba más allá de la etapa postulatoria en el proceso civil, *v. gr.*, se presentan y admiten copias certificadas cuando el proceso se encuentra pendiente de sentenciar. En el análisis de un caso, se ha señalado que "se advierte que se incorporaron pruebas de manera irregular dentro del proceso cuando ya había culminado la oportunidad para hacerlo, lo que contraviene el artículo 189 del Código Procesal Civil; además, no se le permitió a la contraparte poder ejercer su derecho al contradictorio a través de los mecanismos de defensa como la tacha, oposiciones y otros, lo que se aprecia con mayor claridad cuando la emplazada ahora recurrente en la apelación de sentencia

1897 Véase, el R. N. N.º 522-2017 del 20 de diciembre del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Brousset Salas).

1898 Exp. N.º 01412-2012-PHC/TC, Caso: Yue Song Zhu; Exp. N.º 00842-2012-PA/TC, Caso: Alejandro Miranda Díaz.

1899 Véase, la **Casación 1504-98** del 19 de julio de mil 1999 de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. La **Casación N.º 1484-2001 Lima** (El Peruano, 02/02/2002) expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República ha señalado que: "De acuerdo a lo que establece el artículo trescientos setenticuatro de la Ley Procesal, en los procesos de conocimiento y abreviados, existe la posibilidad de ofrecer medios probatorios en el escrito de apelación de sentencia, correspondiéndole al Superior la calificación de los mismos de acuerdo a los supuestos previstos en la citada norma, y declarar su admisibilidad o no al proceso. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el precitado artículo 374 del Código Procesal Civil, la Sala se encontraba obligada a emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad o no de las instrumentales presentadas por el apelante".

indicó que el funcionario que emitió la constancia no era competente, sino que habría usurpado funciones"[1900].

No se vulnera el derecho a la prueba cuando la persona condenada solo señala que no se han ordenado la actuación de medios de prueba que nunca fueron solicitados ni ofrecidos para su actuación en el proceso. El TC ha señalado lo siguiente: "el recurrente cuestiona la decisión que tomó el juzgador respecto a las actuaciones procesales que en su momento consideró necesarias y pertinentes llevar a cabo durante el trámite del proceso, pero no que alguna de las actuaciones procesales antes mencionadas esté vinculada con la actuación de medios de prueba presentados directamente por el recurrente y que no se haya admitido y actuado en su oportunidad. Pues, si bien refiere que solicitó la declaración de don Segundo Froilán Leyva Honores, y la confrontación entre este y el favorecido, en autos no obra documento alguno que ponga de manifiesto que se haya requerido en modo y tiempo oportuno la actuación procesal de dichas diligencias"[1901].

F. La inadmisibilidad de los medios de prueba

22. La inadmisión de un medio de prueba es el acto procesal debidamente motivado por el cual el juez deniega su incorporación al proceso. Las reglas de inadmisión probatoria son disposiciones legales específicas que en determinados casos excepcionan el criterio general de pertinencia y/o relevancia y que responden a diversos fundamentos[1902].

Los límites a la actividad probatoria y, en especial, la razón de las reglas de inadmisibilidad posee fundamentos extraprocesales (*v. gr.*, políticos o de otro orden) y procesales (lógicos o epistemológicos)[1903].

El CPP recoge, junto a los casos de limitación a la actividad probatoria, reglas de exclusión, en el sentido de que solo se podrán excluir las pruebas que "no sean pertinentes y prohibidas por la Ley" (art. 155.2). La admisibilidad de la prueba

1900 Véase, la **Casación N.º 24625-2017** del 25 de julio del 2019 expedido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

1901 Exp. N.º 03912-2016-PHC/TC, Caso: Luis Abel Arcos Lazo, representado por Ever Benildo Ruiz Vargas; Exp. N.º 03158-2012-HC/TC, Caso: Leonidas Torres Fermín al no haber: "interpuesto los agraviados (Municipalidad Provincial de Huánuco y Poder Judicial) la presente demanda de hábeas corpus ni denunciando vulneración de algún derecho fundamental, el argumento del recurrente de que los primeros no habrían prestado sus declaraciones preventivas resulta insostenible, toda vez que esta incidencia no le afecta en modo alguno al recurrente".

1902 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 473.

1903 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 155; Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, cit., p. 93.

supone la apreciación preventiva a la que queda sometida toda prueba[1904] como condición para ingresar al proceso.

El juez, según el CPP, tiene la facultad de excluir los medios de prueba impertinentes, los medios de prueba prohibidos por la ley y la información probatoria que se obtiene con la violación de los derechos fundamentales[1905]. La referencia legal a "solo podrá excluir" alude, en un primer término, a una facultad y poder estrictamente limitado que se concede al órgano jurisdiccional y que no puede ser utilizado de manera discrecional y abusiva. Los supuestos de exclusión probatoria se encuentran establecidos y tipificados en la ley. Ni el juez ni el fiscal vía interpretación extensiva o analógica pueden ampliar de manera arbitraria los supuestos de exclusión (inadmisión) probatoria. Por el principio de división de poderes y el principio republicano de gobierno (artículo 43 de la Const.), le corresponde al legislador democrático —y no a otra autoridad— el regular los supuestos de exclusión probatoria que constituyen una restricción al derecho constitucional a la prueba.

Las pruebas prohibidas por ley son las 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 TP-CPP), *v. gr.*, la declaración que se obtiene de actos de tortura o de malos tratos. El TC ha recogido en este ámbito el principio de la constitucionalidad de la actividad probatoria[1906].

ii) Los métodos o técnicas probatorias que puedan influir sobre la libertad de autodeterminación de la persona o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos, aun cuando el interesado preste su consentimiento (art. 157.3). Esta prohibición probatoria expresa no solo alcanza al imputado, sino también a todos los sujetos del proceso penal, *v. gr.*, el agraviado, el testigo, los peritos, etc. Ello ocurre, por ejemplo, con el uso del narcoanálisis, del detector de mentiras o cualquier intromisión indebida en la autonomía de la voluntad, como provocar hambre, sed, calor, frío, someter a exámenes extenuantes, a escenas traumatizantes, etc.

23. Se considera admisible toda prueba pertinente que ninguna norma procesal prohíbe recibir o admitir en el proceso[1907]. Las reglas de inadmisibilidad pueden ser

1904 Cfr. Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, p. 37.

1905 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 180.

1906 Este principio, según el TC peruano, implica que "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.º 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz).

1907 Cfr. Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 198; Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, pp. 37 y 44.

generales (*v. gr.*, cuando se afecta el contenido esencial de un derecho fundamental) o específicas.

La disciplina legal de la admisibilidad de los medios de prueba viene a configurarse, en realidad, como una disciplina de la inadmisibilidad de los medios de prueba[1908]. En efecto, la regulación legal de la admisibilidad de los medios de prueba, en realidad, representa una regulación, en contrario, del fenómeno de la inadmisión de los medios de prueba. Las reglas de inadmisión de los medios de prueba se asemejan en gran medida a las reglas de exclusión probatoria del derecho angloamericano.

La prueba admisible y que se actúa genera una obligación jurídica de evaluación en el momento procesal oportuno. En sentido contrario, la prueba inadmisible o que es rechazada no es material idóneo que pueda formar parte de la decisión, por lo que no puede razonarse sobre ella[1909]. Corresponde a las partes realizar el control de la decisión que decide inadmitir un medio de prueba relevante[1910].

24. En el derecho peruano, a diferencia de lo que ocurre en la *common law*[1911], *no se puede inadmitir un medio de prueba por el hecho de que pueda eventualmente desplegar un efecto perjudicial en el proceso, v. gr.*, cuando el video o la fotografía de la escena del crimen de un homicidio puede conducir a que haya un prejuicio o un condicionamiento del jurado en contra del imputado.

Las reglas de inadmisión deben encontrarse previstas en la ley, dado que tiene que ver con la vigencia de un derecho fundamental (el derecho a la prueba); de tal manera, su limitación no puede obedecer a razones subjetivas o a la libre apreciación del juez, sino que debe tomar en cuenta la vigencia del principio de legalidad en materia probatoria, que finalmente determina los casos en que un medio de prueba puede ser desestimado.

25. La Constitución y la ley confieren a los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal un derecho a la prueba que supone el derecho a que se admitan, actúen y valoren los medios de prueba que se ofrecen. La regla que rige en este ámbito es que todas las pruebas pertinentes y útiles deben admitirse al proceso. El CPP prescribe, en relación a los medios de prueba ofrecidos por las partes, que "el Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado" (artículo 155.2). La decisión motivada del juez debe cumplir ciertos parámetros legales y

1908 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 69.

1909 Cfr. Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, p. 38.

1910 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., pp. 33 y 35.

1911 Véase, Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 32; Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 351.

constitucionales, entre los que se cuenta la regla de que todo medio de prueba lícito, pertinente y útil debe ser incorporado al proceso.

Por mandato expreso del artículo 155.2 del CPP solo se podrán **excluir** los siguientes medios de prueba:

(i) aquellos que no sean pertinentes

(ii) aquellos que se encuentren prohibidos por la Ley.

Asimismo, se establece que se podrá **limitar** los medios de prueba siempre que cumplan lo siguiente:

(i) resulten manifiestamente sobreabundantes o

(ii) sean de imposible consecución.

El CPP, en la incorporación de los medios de prueba al proceso penal, distingue entre la exclusión de medios de prueba y la limitación de los medios de prueba. La exclusión de los medios de pruebas se produce en los casos de impertinencia y de prohibición legal. La limitación en la incorporación de los medios de prueba se realiza en los casos en que los medios son "manifiestamente sobreabundantes" o de "imposible consecución".

El juez, al margen de los supuestos taxativos de exclusión y limitación en la incorporación de los medios de prueba, no puede restringir libremente el contenido esencial y los alcances del derecho constitucional a la prueba. Es el legislador —y no el juez— quien decide las limitaciones y la restricción de un derecho fundamental. Por ello, se incurre en un error cuando se considera que el derecho a la prueba encuentra un límite en una decisión del juez cuando este decide la inadmisión de los medios de prueba[1912], ya que es la ley quien limita el ejercicio de un derecho fundamental y no el juez.

26. Una de las razones jurídicas más frecuentes de la inadmisibilidad de los medios de prueba recae en su obtención con violación de los derechos fundamentales de la persona, *v. gr.*, se prohíbe el uso de drogas o narcóticos para lograr una declaración de voluntad, la violencia física o psicológica sobre una persona, el hurto o robo de documentos, etc.

También hay inadmisilidad de los medios de prueba cuando se pretende acreditar objetos de prueba que se encuentran vedados o prohibidos, *v. gr.*, secretos de Estado[1913]. La prohibición de ciertos temas probatorios supone que el ordenamiento jurídico proscribe a los órganos de investigación y persecución el indagar sobre

1912 Sin embargo, Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 180.

1913 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 174.

determinadas materias o asuntos relevantes para la persona, la sociedad o el Estado. Se trata de prohibiciones probatorias absolutas y de decisiones legislativas que se apoyan en valoraciones políticas jurídicas que se adoptan sobre consideraciones extrapenales como la intimidad de la persona, la moral pública o la seguridad del Estado[1914], *v. gr.*, la prohibición de revelar secretos de Estado[1915]. El interés público de salvaguardar los secretos de Estado prevalece sobre el interés igualmente público de descubrir la verdad material. Por ejemplo, constituye una clase de prohibición probatoria la prescripción de los delitos contra el honor de que no se admite en ningún caso la prueba: "sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero" (artículo 135.1) o "sobre cualquier imputación que se refiera a la intimidad personal y familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual o proxenetismo" (artículo 135.2).

27. El CPP tiene algunas reglas específicas de inadmisibilidad.

En primer lugar, se establece que en todo interrogatorio son inadmisibles las preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas, salvo las de este último tipo en el contrainterrogatorio. El fiscal o el juez, según la etapa procesal que corresponda, las rechazará, de oficio o a pedido de algún sujeto procesal (artículo 170.6).

En segundo lugar, se prescribe que en el interrogatorio del acusado no son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo si existe la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes ni que contengan respuestas sugeridas (artículo 373.2.d). El juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisible las preguntas prohibidas (artículo 373.3).

En tercer lugar, el juez está facultado para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa (artículo 363.6).

28. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que no podrá ampararse en el derecho a la prueba si con el ofrecimiento probatorio se afectan derechos de orden constitucional, siendo que el propio ordenamiento jurídico establece los límites para el ejercicio de cada derecho. De forma concreta, respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado

1914 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/1, p. 365; Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 24/16, p. 279; Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 178; San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 30.

1915 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 174; Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 178.

precisa que toda persona tiene derecho a: "al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandato motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley"[1916]. Se rechaza unas escuchas telefónicas debido a que la prueba ofrecida no está dentro de los límites y alcances de la Ley pertinente, pues el delito materia de pronunciamiento es el de homicidio calificado, el cual no se encuentra previsto para la procedencia de la medida del levantamiento del secreto de las comunicaciones[1917].

G. La inadmisibilidad del ofrecimiento de la prueba y la inadmisibilidad de la solicitud de la prueba

29. Un sector de la doctrina distingue entre la admisibilidad o inadmisibilidad de la concreta solicitud probatoria (ofrecimiento de pruebas) de la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba[1918]. No debe confundirse la inadmisibilidad de la solicitud de prueba con la inadmisibilidad de la prueba, ya que la primera está sujeta al cumplimiento de un conjunto de requisitos formales (*v. gr.*, la especificación del probable aporte a obtener del medio de prueba ofrecido, el pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje que requiere especificar el punto que será materia de análisis especializado, entre otros), mientras que la admisibilidad de la prueba supone cumplir con los criterios de relevancia, pertinencia y utilidad.

Un medio de prueba puede ser relevante y pertinente en la acreditación de un enunciado fáctico, pero la solicitud que la contiene al registrar defectos de forma lo puede convertir en inadmisible. Una cosa es el valor intrínseco del medio de prueba y otra muy distinta es la forma y modo como se ofrece en el proceso. Solo la inadmisibilidad del medio de prueba en sentido estricto (y no de la solicitud probatoria que lo ofrece) supone su exclusión del proceso y la imposibilidad de adquirirlo o valorarlo, por ejemplo, como sucede en el caso en que la prueba esté prohibida[1919].

Los defectos de ofrecimiento de un medio de prueba pueden ser subsanados, respetando el principio *pro actione* y el derecho a la prueba, de la misma manera que un medio de prueba en un inicio considerado irrelevante o impertinente puede

1916 Véase, el R. N. N.º 3355-2014 del 14 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Loli Bonilla).

1917 Véase, el R. N. N.º 3355-2014 del 16 de septiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Loli Bonilla).

1918 Véase, Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., pp. 76 y 77.

1919 Ampliamente, Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., pp. 76 y 77.

ser introducido al proceso en la estación procesal correspondiente, bien porque se subsanó el vicio que sustentó su rechazo o se precisó su pertinencia y relevancia en el desarrollo del proceso. Al respecto, vale recordar que el CPP prescribe que "Los autos que decidan sobre la admisión de la prueba pueden ser objeto de reexamen por el Juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales" (art. 155.4).

Si el medio de prueba no es manifiestamente inadmisible por impertinente o irrelevante, es posible que el mismo se ofrezca y admita en el proceso, bien por la misma parte que inicialmente la propuso o, por otra parte, al margen de si esta lo ofreció oportunamente.

H. El principio *pro probationem*

30. En la actividad probatoria, rige el principio de que se debe reunir el elenco más amplio de pruebas o elementos de juicio que corroboren una determinada hipótesis[1920]. Sobre la base de este axioma epistemológico, las reglas que regulan los medios de prueba en el proceso deben tender a recoger la mayor cantidad de elementos de juicio posible[1921]. Una metodología racional de averiguación de la verdad ha de propiciar el recoger los datos y los elementos que aporten una información probatoria de nivel y de calidad[1922]. Todo sistema probatorio racional debe abrir sus puertas a recoger la mayor información posible, de tal manera que la regulación del procedimiento probatorio debe incorporar la mayor cantidad y calidad de datos posibles que corroboren o refuten una determinada hipótesis.

El reconocimiento de un derecho constitucional a la prueba implica la adopción del criterio de la máxima eficacia posible, lo cual supone que se admitan todas las pruebas que sean hipotéticamente idóneas y que aporten elementos cognoscitivos que se relacionan con los hechos de la causa, de tal manera que deben ser excepcionales

1920 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 161; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 154; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 104 y 116; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 53; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68.

1921 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 414; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 164; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 158.

1922 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 39: "El juez debe asumir —como hipótesis de trabajo— que los medios de prueba ofrecidos lograrán el resultado esperado y previsto por la parte que los presenta al definir su objetivo, esto es, el hecho que demuestre cada medio de prueba específico".

las reglas jurídicas que limitan su ejercicio[1923]. El derecho a la prueba se relaciona de manera directa con una pretensión de justicia y de búsqueda de la verdad que es propia de un Estado de derecho y que exige que se deban utilizar todos los medios posibles que permitan el adecuado esclarecimiento de los hechos[1924].

Se parte del principio de que una mayor información relevante, desde el punto de vista probatorio, permite acceder con mayor probabilidad a la explicación de un suceso. La riqueza y abundancia de la información aumentan las posibilidades de una decisión justa.

Los errores judiciales disminuyen cuando el juzgador posee elementos de juicio relevantes.

31. A las partes en el proceso solo les incumbe y compete acreditar la probable relevancia y pertinencia del medio de prueba ofrecido; o, mejor dicho, solo les atañe demostrar que la prueba ofrecida no es manifiestamente irrelevante o superflua[1925]. Un correcto entendimiento del derecho a la prueba y al adecuado esclarecimiento de los hechos en el proceso debe conducir a generar la tendencia, como regla, a admitir e incorporar los medios de prueba en el proceso, de tal manera que solo se rechace la prueba propuesta en casos en los que hay una clara y manifiesta irrelevancia, impertinencia o ilegalidad[1926].

La configuración constitucional del derecho a la prueba exige partir de la regla de la admisibilidad de la prueba. Por ello, debe eliminarse todo ritualismo caprichoso y formalidad innecesaria que impida el ejercicio real o efectivo del derecho a la prueba, así como deben flexibilizarse las formalidades que no resulten razonables[1927]. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "lo que prima en el nuevo proceso penal no es el cumplimiento de las formalidades, sino la necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados, lo que exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello, por cierto, signifique, desde luego, una lesión a los derechos de las partes"[1928].

1923 Cfr. Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 35; Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 110.

1924 Cfr. Walter, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*, Bogotá, Temis, 1985, p. 336; Cambi, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 35.

1925 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 270.

1926 Cfr. Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 84.

1927 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 122.

1928 Véase, la Casación N.º 181-2014 del 8 de septiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Rodríguez Tineo).

Las dudas que hubiera acerca de la relevancia, pertinencia o sobreabundancia de la prueba no pueden perjudicar al ciudadano y a su defensa, de tal manera que en situación de incertidumbre se debe admitir dicha prueba y aceptar la solicitud planteada. El quantum de probabilidad que se impone a la parte que ofrece la prueba es relativamente bajo[1929], aludiéndose en este sentido a una presunción de admisibilidad de la prueba ofrecida por la parte[1930].

La máxima de la que se parte es que toda prueba debe admitirse al proceso, siempre que no sea manifiestamente irrelevante e impertinente para probar las afirmaciones de las partes[1931]. La duda acerca de la admisibilidad o no de la prueba debe resolverse según el principio constitucional del ***pro actione***, es decir, debe promoverse su admisibilidad[1932]. Se alude aquí a un principio de inclusión de la prueba[1933].

El derecho a la prueba constitucionalmente fundado supone el reconocimiento de un límite al poder discrecional del juez imponiendo la obligación de que en caso de incertidumbre acerca de la relevancia o pertinencia de la prueba debe inclinarse a aceptarla, y admitirla[1934]. Con razón, se afirma que a las partes en el proceso solo le corresponde acreditar la relevancia o pertinencia de los medios de prueba, y al juez, en caso decida no admitirlas, fundamentar de manera especial y rigurosa la manifiesta irrelevancia, superficialidad o impertinencia de la prueba[1935].

El TC peruano ha señalado que, si el justiciable comete un error en la presentación de la prueba (*v. gr.*, si presenta la prueba en un proceso penal o en un incidente y no en el que corresponde), dicho error no puede ser atribuido al órgano jurisdiccional ni se puede invocar aquí la afectación al derecho de prueba[1936].

1929 Por todos, Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 64.

1930 Cfr. Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 84.

1931 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 164.

1932 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 69, nota 15: "el filtro de relevancia debería tender a la admisión en caso de duda sobre la relevancia final de la prueba"; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 158.

1933 Cfr. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 222; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 80; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 158.

1934 Por todos, Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 64.

1935 Cfr. Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 84; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 222.

1936 Exp. N.º 01634-2009-PHC/TC, Caso: Magno Nicanor Laura Delgado.

I. La exigencia constitucional de que los medios de prueba se deben admitir sin dilaciones indebidas

32. El derecho a la prueba requiere que la admisión de las pruebas se haga en el tiempo y en la oportunidad que corresponda; en especial, que los medios de prueba propuestos se admitan (o inadmitan) sin retardo y sin dilaciones[1937]. Ello significa que, cualquiera que sea la decisión del órgano jurisdiccional acerca de la admisión o no de los medios de prueba dicha decisión debe adoptarse de manera inmediata, sin retardo y demora. El juez no puede reservarse la admisión del medio probatorio, sin que ello suponga a veces la directa afectación del derecho a la prueba, pues se genera una situación de incertidumbre y zozobra sobre el planteamiento probatorio y su relevancia en la acreditación o no de la hipótesis que se pretende probar. En la legislación peruana, se echa de menos una disposición como el artículo 190.1 del CPP italiano, que establece que la solicitud de la admisión de la prueba debe resolverse sin retardo[1938], lo que lleva a mantener una posición favorable a la vigencia del principio *pro actione* y al principio de acceso a la justicia de manera rápida en la admisión y la actuación de la prueba.

Se reconoce que las partes tienen el derecho de afrontar el proceso penal, y, en especial, el juicio, contando y teniendo claro el cuadro probatorio del que disponen o pueden disponer[1939]. Hay un derecho a saber de qué pruebas de manera efectiva y concreta se dispone y con qué pruebas no se cuentan. Las pruebas pertinentes o impertinentes deben ser declaradas como tales de manera inmediata, a fin de decidir su incorporación o no al proceso. No puede diferirse dicha declaración a la hora de dictar sentencia[1940].

La necesidad de que se determinen previamente los medios de prueba que se admiten o no dentro del proceso se relaciona de manera directa con dos principios constitucionales y convencionales de indiscutible valor. Por un lado, la precisión del cuadro probatorio definitivo permite a las partes del proceso, bien al imputado o al Ministerio Público, preparar y organizar su defensa con la debida anticipación de la forma más idónea y adecuada que se crea conveniente (*v. gr.*, elaborando el pliego interrogatorio del testigo, estableciendo el marco de credibilidad de la prueba, preparando las preguntas y el interrogatorio a los peritos, etc.). Por otro lado, permite, sobre la base del principio de igualdad de armas y de lealtad procesal, el desplegar una defensa eficaz en la medida que se limita la incorporación de un medio de prueba inesperado, súbito, que puede impedir a la postre, por ejemplo, ofrecer

1937 Cfr. Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., p. 261.

1938 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 246.

1939 Por todos, Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 64.

1940 De manera distinta: Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 239.

una prueba contraria. Queda claro que la incorporación al proceso de una prueba súbita o nueva no tanto afecta el debido esclarecimiento de los hechos como el derecho de defensa, en su modalidad de preparar y organizar de manera adecuada la estrategia defensiva, y el derecho a buscar y ofrecer contrapruebas (prueba contraria).

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que el ofrecimiento de pruebas debe ser resuelto de manera inmediata y suficiente al considerar en un caso lo siguiente:

> en la audiencia de instalación la defensa de la acusada Carmen Vásquez Vásquez solicitó se lleve a cabo un debate pericial entre los peritos médicos Eyzaguirre Frisancho, Delgado Aragón y Borda Pari, en atención a las contradicciones que resultan de los informes periciales, debate que es relevante en tanto la pericia médico legal fija una incapacidad inferior a los diez años, lo que no es avalado por las restantes; que sin embargo, la Sala sancionadora no resolvió como correspondía, limitándose a decir, sin base legal alguna que... "su admisión si es necesario se determinará en su oportunidad" lo que no es de recibo porque corresponde al órgano jurisdiccional decidir en este momento la admisión de la prueba ofrecida en función a un juicio de pertinencia y de necesidad, que incluye los supuestos de utilidad, legalidad y conducencia; que dicho pedido recién en el acta de fojas mil treinta y ocho fue desestimado bajo la sola afirmación, absolutamente inmotivada, de que no era necesaria su actuación, lo que se contradice con el mérito contradictorio de los informes médicos antes citados; que por tanto, al haberse denegado inmotivada e irrazonablemente una prueba pertinente, decisiva para determinar la realidad de un delito o de una falla de lesiones, se ha incurrido en una vulneración del derecho a la prueba, y por ende, del derecho de defensa del imputado que solicitó su actuación[1941].

33. Una correcta dialéctica procesal inspirada en la buena fe y la igualdad de armas debe conducir a tener listo y definido el material probatorio al inicio del debate, a fin de elaborar la estrategia en la presentación de la prueba y en la conducción del examen[1942]. Sin embargo, este requisito vinculado con el principio de preclusión procesal debe ser interpretado de manera flexible, de tal manera que evite consideraciones excesivamente formalistas, como la que proscribe el ingreso de toda prueba luego de iniciado el juicio, que afecta, incluso, llegado el caso, al cabal conocimiento de los hechos y a la determinación del grado de fiabilidad de los medios de prueba. El hecho de que en el juicio no se cierra la posibilidad de que

1941 Véase, el R. N. N.º 1912-2006 del 15 de junio del 2006 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

1942 Véase, Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 79.

se admitan medios de prueba lo demuestra la consideración de que, si es necesario —y de existir posiciones controvertidas en los declarantes— se puede ordenar la confrontación de los mismos, así como también lo demuestra el hecho de que, si aparecen nuevas circunstancias, el imputado, así como el Ministerio Público, tiene el derecho de ofrecer y pedir que se actúen pruebas sobre las mismas. El derecho a probar no puede ni debe sufrir limitaciones irrazonables ni puede despojarse de su contenido constitucional dentro del juicio y en la dinámica del debate[1943].

J. La admisibilidad de las pruebas atípicas

34. El artículo 157.1 del CPP prescribe que "los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible".

La prueba atípica es la prueba distinta a los medios de prueba regulados por la ley[1944]. También se conoce como "prueba innominada" o la "prueba no prevista en la ley". Ningún sistema procesal plantea que solo los medios de prueba que se encuentran regulados pueden ser admitidos e incorporados al proceso. Por el contrario, algunas legislaciones procesales admiten expresamente la posibilidad de utilizar los medios de prueba no regulados[1945].

En este ámbito, se trata de responder a la problemática de si los medios de prueba previstos en la legislación procesal están sujetos a un *numerus apertus* o a un *numerus clausus*, es decir, se busca determinar si los medios probatorios que se recoge en la legislación procesal están compuestos por una lista abierta o por una lista cerrada de medios de prueba[1946].

En el derecho probatorio, un principio desde antiguo reconocido es el de libertad probatoria, por el cual cualquier medio de prueba puede ser idóneo y útil para acreditar una afirmación que realiza una de las partes en el proceso. El principio de libertad probatoria se opone a la tipificación cerrada y excluyente de los medios de prueba de la legislación procesal. Solo se puede limitar y restringir la libertad probatoria en la medida que haya razones formales (normas con rango de ley) y

1943 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 55.

1944 Cfr. Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 770.

1945 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 55.

1946 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 139.

materiales que lo justifiquen. La limitación injustificada de los medios de prueba afecta también a la averiguación de la verdad a nivel del proceso.

35. En la mayor parte de sistemas procesales, se plantea el problema de si solo pueden admitirse las pruebas típicas (*v. gr.*, el testimonio, la pericia, los documentos) o si pueden también admitirse al proceso pruebas atípicas o que no se encuentran reguladas por el derecho[1947]. Por ejemplo, se consideran como pruebas atípicas los reportajes que emiten los medios de comunicación (*v. gr.*, la televisión, la prensa escrita), las noticias de internet, así como el caso de la prueba trasladada, el comportamiento de las partes, las declaraciones de terceros prestadas fuera del proceso, las pericias extrajudiciales[1948], las conversaciones de WhatsApp, de Facebook, o, en general, las comunicaciones en las redes sociales, también las fotografías y vídeos de Instagram, la revisión del disco duro de una computadora, la memoria y los registros de un teléfono celular, el informe escrito que realiza un investigador privado sobre los hechos que su mandante le encargó indagar, entre otros elementos. Entre las pruebas atípicas se pueden encontrar los documentos extrajudiciales que pueden orientar líneas de investigación, *v. gr.*, declaraciones juradas de las partes, de los testigos, etc. También es el caso de las pruebas materiales y las pruebas circunstanciales, que incluyen todo tipo de elementos que pueden ser lógicamente relevantes para establecer el objeto del litigio[1949], *v. gr.*, las huellas del delito, las manchas de sangre.

Un planteamiento doctrinal circunscribe los casos de prueba atípica a casos residuales como, por ejemplo, los escritos provenientes de terceros (*v. gr.*, la declara-

1947 Ampliamente, en el proceso penal: Bozio, Valeria, *La prova atipica*, en *La prova penale* (a cura di Paolo Ferrua, Enrico Marzaduri y Giorgio Spangher), Torino, Giappichelli, 2013, pp. 57 a 86; Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., pp. 116 a 118; Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., pp. 127 a 130; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, pp. 333 y ss.; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 400; Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 312; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, pp. 264 y ss.; Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 238; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 208; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 284. Sobre la prueba atípica en el proceso civil: Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 364, 403 a 420; Comoglio, *Le prove civili*, cit., pp. 52 a 64; Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., pp. 72 a 75; Patti, Salvatore, en *Le prove. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 73 y 101; Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., pp. 467 y ss.; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 174 y ss.; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 140; Barbosa Moreira, José Carlos, *Provas atípicas*, en *Revista de Processo*, vol. 19, n.º 76, out./dez., 1994, pp. 114 y ss.

1948 Véase, Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 468, con importantes observaciones; Barbazza, Alberto, *Vecchie e nuove prove tipiche, atipiche ed illecite (e la loro valutazione da parte del Giudice) nei procedimenti di famiglia*, en *Ricerche Giuridiche*, vol. 4, n.º 1, giugno, 2015, pp. 89 y ss.; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 140.

1949 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 55.

ción extrajudicial, la pericia extrajudicial de parte, la certificación administrativa), la prueba recogida en otro proceso (*v. gr.*, la declaración de una persona llevada a cabo ante un órgano administrativo o en otro proceso) o una resolución judicial (*v. gr.*, una sentencia civil, penal o administrativa)[1950]. En algunos casos, se considera que algunos medios de investigación etiquetados como atípicos pueden reconducirse vía interpretativa o normativa al modelo de prueba típica. Por ejemplo, ello ocurre con el medio de reproducción mecánica del hecho a través de un audio o video que puede asimilarse al empleo de la prueba documental (artículo 187), o con la prueba científica de ADN, que puede reconducirse al examen corporal de una de las partes (artículo 210).

Se estima que la prueba atípica —en cuanto, por ejemplo, prueba documental— está sujeta a la regulación y presupuestos de esta clase de prueba, de tal modo que para poder incorporarse al proceso es necesario que se respeten las reglas de admisibilidad de esta clase de prueba[1951]. Cualquier modalidad de prueba típica debe superar el juicio de relevancia de la prueba, ya sea de las reglas de primera instancia o de las reglas de segunda instancia.

En el caso de los medios de prueba típicos y atípicos es necesario que se exija el requisito de la idoneidad en la acreditación y la reconstrucción de los hechos y la no afectación de la autodeterminación y la voluntad moral de la persona[1952].

36. La regla que se asume, en un derecho probatorio de base racional, es que se deben admitir todos los medios de prueba relevantes y pertinentes, al margen de si se trata de medios de prueba regulados por el derecho (típicos) o medios de prueba atípicos. Se considera que, en la medida que los medios de prueba atípicos no se encuentren prohibidos por el derecho y tengan relación lógica con los hechos objeto de proceso, se debe admitir y permitir su ingreso al proceso[1953].

La posición acerca de la admisibilidad o no de las pruebas atípicas depende de si se adopta una concepción inclusiva del principio de relevancia[1954]. Si es que se asume este criterio como aquí, todas las pruebas pertinentes para el esclarecimiento

1950 Cfr. Pirotta, Giacomo, *Note sull'utilizzabilità delle prove atipiche nel processo civile*, en *Il Diritto degli Affari*, n.º 2, 2019, p. 5.

1951 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 55: "Si las pruebas son admisibles con base en su relevancia (siempre que no haya ninguna norma jurídica que las excluye), esos medios de prueba atípicos deberían ser admitidos".

1952 Cfr. Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, pp. 37 y 46; Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 106.

1953 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 370 y 371.

1954 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 54; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 163.

de los hechos deben ingresar al proceso. Asimismo, depende de si se adopta una posición amplia o restrictiva acerca de las pruebas jurídicas. Por ejemplo, es estimado por algunos que las diversas legislaciones procesales adoptan un catálogo de medios de prueba que debe entenderse como vinculante y completo, por lo que no debe tener cabida la regulación de los medios de prueba atípicos. Esta posición se basa en un criterio marcadamente legalista según el cual solo el derecho y la ley pueden determinar lo que se considera como prueba. Con ella se incurre en un formalismo a ultranza y en un positivismo mal entendido que limita de manera injustificable la búsqueda de la verdad en toda clase de proceso que exija la recepción de todo tipo de pruebas que sirvan al esclarecimiento de los hechos, al margen de si se trata de un medio de prueba típico, o previsto en la ley, o de un medio de prueba atípico. Asimismo, se incurre en un error de graves consecuencias tanto lógicas como jurídicas, ya que el hecho de que la ley no prevea ni regule el tratamiento de medios de prueba no significa que se prohíba automáticamente la admisión de ciertos medios de prueba. Ausencia de regulación no equivale a la existencia de una prohibición legal, la cual por la vigencia del principio de legalidad procesal en materia probatoria debe ser expresa y taxativa. No es correcto sostener que la regulación legal de algunos medios de prueba implica que solo dichos medios de prueba deben ser admitidos en el proceso, pues la ley no limita o establece un *numerus clausus* de medios de prueba ni fija tampoco una prohibición para la admisión y uso de los medios de prueba.

Una concepción racional de la prueba que asume como una de sus principales directrices el principio de libertad de prueba plantea la necesidad de admitir toda clase de pruebas que sean relevantes y pertinentes para explicar el hecho objeto de proceso. La concepción formalista y paleopositivista de entender la prueba como todo medio de prueba previsto por la ley no puede ser aceptada desde la perspectiva racional y de justicia material al afectar el axioma sobre el que se construye el sistema probatorio en un Estado constitucional: la búsqueda de la verdad; ya que deja fuera del proceso medios de prueba no regulados en la legislación procesal que pueden ser no solo relevantes, sino esenciales en la acreditación de un hecho materia del proceso[1955]. Una posición restrictiva en la admisión de las denominadas "pruebas atípicas" solo tendría sentido si es que en la legislación procesal correspondiente llegara existir una disposición legal de clausura del catálogo de pruebas que directa y expresamente declarase inadmisibles las pruebas no comprendidas en dicha relación. Si es que dicha norma legal no existe en la legislación procesal, el intérprete se

1955 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 55: "En realidad, el derecho regula algunos rasgos de algunos tipos de prueba, principalmente en lo que atañe a su admisibilidad y sus métodos de presentación, pero esto no implica que otras pruebas no reguladas tengan que ser inadmisibles solo por ese motivo. Si las pruebas son admisibles con base de su relevancia (siempre que no haya ninguna norma jurídica que los excluya) esos medios de prueba atípicos deberían ser admitidos".

debe decantar por la admisibilidad del medio de prueba atípico; de otra manera, se viola tanto el derecho fundamental a la prueba y el principio de legalidad procesal al aplicarse la analogía *in malam partem*.

37. La limitación a la admisibilidad e incorporación de las pruebas atípicas pertinentes al proceso supone una grave, intolerable e injustificada afectación al derecho a la prueba de las partes y al derecho al debido proceso[1956], pues se impide la posibilidad de defenderse probando y de acreditar sus afirmaciones, así como la pretensión a través medios de prueba relevantes. La admisibilidad de los medios de prueba atípicos deriva de los artículos 139.14 y 139.3 de la Constitución y del artículo 8.2.d de la CADH, que reconoce el derecho de defensa y que confiere el derecho a recibir una investigación integral sobre los hechos materia de indagación o de proceso. Si no se admitiera todo medio probatorio que es pertinente y útil, se socavarían el derecho fundamental de defensa de las partes y las reglas mínimas del debido proceso.

La admisibilidad e ingreso al proceso de las pruebas atípicas debe interpretarse de la mano del principio de libertad probatoria que rige e inspira el sistema probatorio de las diversas legislaciones procesales, entre las que se cuenta la peruana. Si al juez se le permite evaluar el material probatorio de manera libre y sin pautas legales obligatorias que determinen el sentido, un presupuesto lógico elemental sería el reconocimiento del principio de libertad de prueba para acreditar los hechos relevantes en un determinado proceso. No puede haber una valoración libre de la prueba sin una previa libertad probatoria para acreditar las afirmaciones sobre los hechos en un proceso.

Una de las críticas que se dirigen a las pruebas atípicas es que no se puede garantizar la autenticidad y la fiabilidad en su producción e ingreso al proceso. Sin embargo, a esta crítica se le responde señalando que los problemas de autenticidad y de fiabilidad probatoria no son patrimonio exclusivo de los medios de prueba atípicos, sino de toda la clase de pruebas y que, por ejemplo, la alteración de un documento es mucho más frecuente que la adulteración de una cinta de video o de audio, cuyos cortes y ediciones son fácilmente detectables, del mismo modo que una prueba de ADN o una huella dactilar es mucho más confiable que la declaración de un testigo[1957]. Las dificultades para comprobar la autenticidad o la credibilidad de un órgano de prueba no es impedimento para su ofrecimiento o proposición y menos para su incorporación al proceso.

1956 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 56.

1957 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 140.

38. El CPP peruano regula y autoriza el uso de las pruebas atípicas señalando que pueden utilizarse otros medios de prueba distintos, siempre que se cumplan con dos requisitos: (i) que no vulneren los derechos y garantías de la persona y (ii) que preserven las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. El CPP prescribe que la forma de su incorporación al proceso se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en la medida de lo posible (artículo 157.1 del CPP). En la medida que no se violen los derechos y garantías de la persona y las facultades de los sujetos procesales, el medio de prueba atípico deberá admitirse con la sola observación de que su incorporación al proceso se adecuará al medio de prueba que presente mayor analogía. La ley regula el procedimiento de admisión de la prueba atípica señalando la necesidad de que se adecúe a un medio de prueba típico compatible.

La admisión y adquisición de los medios de prueba atípicos en el proceso penal no solo deben cumplir con el filtro de relevancia y pertinencia, común a todo medio de prueba. La ley procesal establece que, junto con y además de esta exigencia se debe requerir que no se afecten los derechos de la persona humana ni las facultades de los sujetos procesales admitidos en la ley. Si la prueba atípica —o no prevista en la ley— es pertinente, pero afecta los derechos de la persona (*v. gr.*, el secreto de las comunicaciones, la intimidad, inviolabilidad del domicilio[1958], etc.) o afecta también las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley, dicha prueba no puede admitirse ni incorporarse al proceso.

El juez, en el examen de relevancia de la prueba atípica, debe indagar acerca de la capacidad del instrumento probatorio para ofrecer una contribución útil en la reconstrucción de los hechos materia de proceso. Respecto al juicio de admisibilidad de la prueba, el juez debe tomar en cuenta la exigencia de pertinencia de la prueba, así como también debe verificar si se afecta o no un derecho fundamental de la persona. Si una prueba típica es relevante pero afecta un derecho fundamental, no puede admitirse al proceso penal ni a la investigación del delito.

El régimen y el tratamiento legal de la prueba atípica en el proceso penal peruano cuenta con una regulación específica y reforzada en la medida que se exige, como elemento negativo, que a través de un medio probatorio no se pueda afectar los derechos fundamentales de la persona o las facultades de las partes. De manera semejante que en el derecho italiano, en el CPP peruano se exige para la admisión de la prueba atípica la idoneidad de la acreditación del hecho y la no lesividad de la libertad moral de la persona.

1958 Cfr. Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 42 y ss.

La incorporación de las pruebas atípicas al proceso debe interpretarse de la mano del derecho constitucional a la prueba, en el sentido de que se viola el derecho de quien propone una prueba (atípica) si es que no se admite dicho medio de prueba pese a que no se trata de una prueba expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico ni lesiona los derechos o garantías de la persona. Rige también en este ámbito el principio *pro probationen,* que plantea que, en caso de duda sobre la admisión de una prueba al proceso, se debe resolver de manera favorable a quien lo propone. Por ello, no es posible exigir en el caso de los medios de prueba atípicos un mayor control en cuanto al juicio de relevancia a la hora de evaluar el ingreso de la prueba al proceso. Su tratamiento debe seguir el mismo rigor y/o apertura que se tiene para realizar el examen de pertinencia de las pruebas atípicas.

39. El desarrollo de la sociedad, el avance tecnológico y científico hacen imposible regular de manera detallada las diversas modalidades de prueba atípicas. En el escenario de que se pueda rechazar los medios de prueba que no se encuentran previstos en la ley, la búsqueda de la verdad y criterios epistemológicos y de relevancia llevan a la necesidad de reclamar la incorporación de todos los medios de prueba que puedan enriquecer el patrimonio cognoscitivo del proceso, entre los que se encuentran las denominadas "pruebas atípicas".

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la necesidad de buscar la verdad en el proceso y la exigencia de respetar el derecho a la prueba no pueden transformarse en un recurso fraudulento y distorsivo de las reglas de prueba y del procedimiento probatorio en la producción y la admisión de las pruebas atípicas. La función de los medios de prueba es proporcionar al juez instrumentos para esclarecer y determinar los hechos y no supone el otorgamiento a las partes de un poder indiscriminado para eludir la regulación procesal para la formación y admisibilidad de la prueba[1959].

K. ¿Puede la parte que propuso un medio de prueba que se admitió al proceso desistirse de dicha prueba?

40. Uno de los problemas teóricos y prácticos más frecuentes que se discute en el derecho probatorio es determinar si la parte que propone un medio de prueba que es admitido al proceso puede desistirse o renunciar a ella antes de su actuación, *v. gr.*, si se ofrece a un testigo, el cual se admite, y (con o sin programación de su declaración) la parte se desiste de que su testimonio se reciba. La problemática también se extiende a los casos en los que el medio de prueba se propone, se llega admitir, pero todavía no se incorpora materialmente al proceso, *v. gr.*, cuando se ofrece una prueba de informes o se recaba un documento de una dependencia pú-

1959 Cfr. Pirotta, *Note sull'utilizzabilità delle prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 11.

blica o privada y, antes de que el informe o el documento se incorpore al proceso, la parte que lo propuso se desiste de su actuación.

41. Un primer punto de vista, que se basa en el principio dispositivo y de aportación de parte, considera que, si las partes pueden ofrecer libremente los medios de prueba pertinentes al proceso, deben también tener la posibilidad de renunciar y/o desistirse de las pruebas ofrecidas antes de su práctica o antes de que la información probatoria ingrese efectivamente al proceso o que se haya producido la adquisición procesal. En la doctrina española, el profesor Montero Aroca señala que "es contrario a nuestro Ordenamiento pretender que la parte que ha propuesto un medio de prueba no puede renunciar a la práctica de la misma en aras de un pretendido derecho de la contraria a la defensa o contradicción, derecho que se concretaría en la expectativa de intervención activa en esa futura práctica"[1960]. El Tribunal Supremo español ha señalado que "la facultad de las partes a renunciar a las pruebas propuestas está reconocida por un uso forense inveterado y determina que deba dejar de practicarse la prueba renunciada, si no ha sido también solicitada por las otras partes"[1961] (sentencia del 14 de febrero del 2000). Se reconoce el derecho a admitir la renuncia a la prueba admitida en base a la libre disposición de los actos procesales de las partes (las SSTS de 30 de noviembre de 1993, las de 24 de julio y 18 de marzo de 1992).

42. Un segundo punto de vista, estima que una vez que la prueba se admite la parte que lo propuso no tiene la facultad de renunciar a su actuación y no cuenta con el derecho de desistirse a su incorporación al proceso. El principio dispositivo que rige como regla en materia probatoria no significa que la parte oferente goce de una total disponibilidad sobre la misma[1962]. Las razones que se esgrimen son variadas. Desde la perspectiva epistemológica, se resalta que la prueba propuesta fue considerada relevante lo que llevó a que se admitiera su ingreso al proceso; de tal manera que la renuncia posterior supone la exclusión del medio de prueba rele-

1960 Cfr. Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 114.

1961 Véase, Uriarte Valiente, Luis y Tomás Farto Piay, *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, Madrid, La Ley, 2007, p. 448.

1962 Véase, Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 170, p. 288: "el argumento de la disponibilidad de la prueba debe completarse observando que, una vez introducido en el proceso un elemento de prueba, el mismo es *adquirido* para la causa y no puede serle ya sustraído, y puede ser utilizado, por eso, ya sea por la contraparte, ya sea por el juez (para una aplicación particular, art. 245, segundo apartado), y este último puede servirse libremente del material probatorio existente, para sacar de él datos, motivos y argumentos aptos para formar su convencimiento, sin estar por eso vinculado a la iniciativa de las partes, que no se hayan referido a ellos de un modo específico"; Muñoz Sabaté, *Fundamentos de prueba judicial civil. L. E. C. 1/2000*, cit., p. 209; Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 224, quien recuerda una casación italiana cuando señala que "el poder dispositivo de las partes es independiente y funciona con separación del principio de adquisición procesal".

vante, situación que empobrece el acervo probatorio y disminuye la probabilidad de lograr el acierto de la decisión. Si lo que se busca es el acierto y la corrección de la decisión no hay buenas razones para permitir la renuncia —por la razón que fuera— a la actuación de las pruebas y a que se excluya medios de prueba que en su momento se calificó como pertinentes o relevantes para el esclarecimiento de los hechos[1963]. Otro argumento resalta la vigencia del principio de buena fe y la posible deslealtad procesal en la que se puede incurrir por alguno de los sujetos intervinientes, ya que una de las partes puede no haber propuesto el mismo medio de prueba confiado en que este ya fue ofrecido y se admitió al proceso; la renuncia posterior a la prueba genera un efecto sorpresivo y una indefensión material para quien confía en su admisión[1964].

También se resalta la necesidad de respetar la interpretación adecuada del principio de adquisición procesal[1965] —conocido también como "el principio de

1963 Ampliamente, Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 107.

1964 Cfr. Muñoz Sabaté, *Fundamentos de prueba judicial civil. L. E. C. 1/2000*, cit., p. 210: "el principio de adquisición debiera ir más lejos, al menos en aquellos casos en donde se sospeche una deslealtad procesal, en el sentido de extender la comunidad a la prueba simplemente propuesta, puesto que el acto de proposición puede generar en la contraparte una expectativa suficiente para influir en el planteamiento de sus propias pruebas"; Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 107; Picó i Junoy, Joan, *La renuncia abusiva de la prueba admitida*, en *La Ley*, n.º 9418, de 20 de mayo de 2019, p. 3, para quien: "dicha renuncia frustra la lógica expectativa de la parte contraria de participar contradictoriamente en su práctica (arts. 289.1 y 372.1 LEC). Es posible que ante la admisión de la prueba testifical no se desee reiterar o insistir sobre la misma en la confianza de que dicha prueba se practicará pudiendo entonces preguntar al testigo admitido. Por ello, en la medida en que es posible que la parte que no ha propuesto la prueba lo haya hecho confiando en que, cuando menos, podrá intervenir en su práctica debido al principio de contradicción, una renuncia sorpresiva e injustificada —que, en muchas ocasiones tiene lugar en el mismo inicio del acto del juicio para lograr el mayor efecto sorpresa, exteriorizando así cierta actuación maliciosa— debería justificar que el juez no admitiese la renuncia (así, los arts. 247 LEC y 11 LOPJ establecen, como consecuencia de una actuación maliciosa, el rechazo fundado de la petición procesal o, dicho en otros términos, la inadmisión del acto procesal solicitado) y permitiese a la parte contraria obtener lo que en lógica expectativa esperaba que se realizaría en el acto del juicio, esto es, participar en la práctica de la prueba admitida".

1965 Al respecto, Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 112 y ss.; Muñoz Sabaté, *Fundamentos de prueba judicial civil. L. E. C. 1/2000*, cit., p. 209; Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 107; Valmaña Cabanes, Antonia, *El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada*, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 02, 2012, p. 7: "Aunque la LEC no recoja expresamente la figura de la adquisición procesal, debemos señalar que se trata de un elemento que se halla presente en la práctica de nuestros tribunales, de modo que se ha acabado convirtiendo en uno más de los principios inspiradores del proceso. No obstante, no lo ha hecho en la plenitud que una parte de la doctrina, con la que coincidimos, viene reclamando desde hace tiempo", luego señala lo siguiente: "Está fuera de toda duda que el principio adquisitivo

comunidad de la prueba"—, por el cual se establece que, una vez adquiridos los diversos medios de prueba en el proceso dichos medios, estos no benefician a quien los ofreció ni alguna parte en particular, sino al proceso, de tal manera que la información probatoria incorporada puede servir para fundar una decisión, al margen de si beneficia o perjudica a algunas de las partes, *v. gr.*, un testigo puede declarar de manera distinta al sentido que espera la parte que lo ofreció.

Con razón, se afirma que si los hechos resultan probados poco importa quién o qué sujeto procesal ha aportado y desplegado la actividad probatoria que permite acreditar un determinado hecho o circunstancia, sobre todo si en el ámbito probatorio rige el principio de adquisición, por el cual las pruebas producidas en el proceso sirven a todas las partes con independencia de quién las propuso e introdujo[1966]. En el proceso, solo importan los hechos que se han logrado acreditar y es indiferente quién los demostró[1967]. Una vez producida la prueba, se torna irrelevante preguntar quién la produjo o la presentó; solo basta verificar si los hechos relevantes del caso se probaron de manera adecuada[1968] (principio de adquisición probatoria). El Tribunal Supremo español sostiene que "si los hechos están suficientemente acreditados en autos, es irrelevante cuál sea la parte que haya suministrado el material de prueba, con tal que el órgano decisor pueda extraer, valorar y concretar el hecho proclamado" (SSTS de 10.3.1981, 26.2.1983 y 26.9.1991). La Corte Suprema de Justicia en el X Pleno Casatorio Civil destaca lo siguiente: "la adquisición de prueba o comunidad de prueba tiene su origen en el denominado —por Chiovenda— principio de adquisición procesal, que hace referencia a la unidad en cuanto

despliega plenos efectos sobre la prueba admitida y practicada en el proceso: en su virtud, el juez puede valerse de cualquier prueba para fundar su resolución, con independencia de cuál de las partes sea la que la ha aportado al proceso y del efecto, positivo o negativo, que tenga para la aportante" (p. 25); Picó i Junoy, *La renuncia abusiva de la prueba admitida*, cit., p. 2, quien siguiendo a Chiovenda señala que "el principio de adquisición procesal en materia probatoria, puede comportar un doble contenido: uno restringido, en virtud del cual solo la prueba practicada puede ser valorada por el juez, beneficiando o perjudicando dicha valoración a ambos litigantes, esto es, al margen de la concreta parte que la haya propuesto y otro amplio, en función del cual también la prueba aportada inicialmente junto a los escritos iniciales de alegaciones, la simplemente admitida, o la que se esté practicando, puede desplegar su eficacia procesal al margen de que la parte que la haya propuesto o aportado renuncie a ella"; Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., pp. 217 y 221, para quien las pruebas "una vez recogidas, despliegan su entera eficacia en favor o en contra de ambas partes sin distinción entre la que las ha producido y las otras. El juez puede y debe utilizar el material probatorio prescindiendo de su procedencia", y luego anota que "una vez producida la prueba, ya no cabe desistimiento, por haberse transformado en común de las partes, y el juez puede extraer de ella las conclusiones, con prescindencia de quien haya sido el que la ofreció" (p. 224).

1966 Cfr. Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 53.

1967 Cfr. Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 18.

1968 Cfr. Araújo/Pellegrini/Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 435.

a la actividad procesal, estableciéndola como común a las partes. Este principio se ve reflejado de manera directa en la actividad probatoria, en el sentido de que los múltiples elementos de prueba aportados por las partes no tienen como propósito su propio beneficio, sino que es el proceso mismo".

Un sector de la doctrina estima que la prueba se adquiere en el proceso, desde su admisión y no tanto desde su actuación, de tal manera que, desde que el medio de prueba se admitió, ya no es posible formular una renuncia o desistimiento[1969].

Otro de los argumentos que se utilizan para señalar la necesidad de mantener el medio de prueba admitido en el proceso es la vigencia del principio de autorresponsabilidad probatoria, en el sentido de que la parte libremente ha pedido la prueba (*v. gr.*, testifical) y ha provocado un pronunciamiento judicial que ordena su práctica, por lo que ya no podrá ser modificada debido a la regla de la invariabilidad de las resoluciones judiciales. Se resalta que el juez debe siempre procurar que las resoluciones judiciales firmes se cumplan y se ejecuten como manifestación de la tutela judicial efectiva, de tal modo que, cuando existe una resolución judicial firme —es decir, inmodificable—, no puede dejarse a una de las partes su libre cumplimiento[1970].

1969 Cfr. Fons Rodríguez, Carolina, *Incidencia del principio de adquisición procesal en el interrogatorio de testigos*, en *La prueba judicial* (director: Xavier Abel Lluch), Madrid, La Ley, 2011, p. 825: "es defendible la bondad del concepto amplio del principio de adquisición procesal (especialmente si la parte adversa desea interrogar al testigo propuesto de contrario), en el sentido de que la prueba, desde el momento en que se declara pertinente, sea indisponible para el que la propone"; Picó i Junoy, Joan, *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, en *La Ley*, N.º 1, 2006, p. 1308; Picó i Junoy, *La renuncia abusiva de la prueba admitida*, cit., p. 4: "entiendo que la libertad de proposición de prueba existe hasta que se provoca la actuación judicial admitiéndola, creando así expectativas a la parte contraria, por lo que a partir de ese momento su posterior renuncia debería provocar, antes de proveer sobre la misma, la audiencia de la parte contraria, si no quiere hacerse depender la eficacia de una resolución judicial a la voluntad unilateral de una parte y frustrar expectativas de derechos a la contraria"; Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 107; Valmaña Cabanes, *El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada*, cit., p. 26: "Entendemos que cada litigante debe ser consecuente con sus propios actos y quedar sometido al resultado final de los mismos. El juicio estratégico sobre la conveniencia de aportar o no una prueba al proceso debería efectuarlo previamente y, en virtud de su resultado, hacer o no la proposición de esa prueba. A partir de ese momento, cuando el juzgado la admita, debería pasar a formar parte del proceso y no salir del mismo salvo que todas las partes (y no solo la proponente) entendieran que la prueba puede dejar de practicarse".

1970 Cfr. Picó i Junoy, *La renuncia abusiva de la prueba admitida*, cit., p. 3.

En dicha línea, se resalta también la aplicación de la doctrina de los actos propios, en el sentido de que quien pide una prueba no puede luego instar su no práctica por ir en contra de sus propios actos[1971].

L. ¿Cierta clase de procesos tienen medios de prueba restringidos para acreditar la pretensión?

43. El derecho a la prueba se vulnera cuando se restringe el uso de ciertos medios de prueba como, por ejemplo, la prueba ADN[1972]. Asimismo, se vulnera este derecho si se parte de la consideración de que determinados tipos de prueba son compatibles con cierta clase de procesos y en ellos se excluye de manera intencional otra clase de pruebas, las que no podrían proponerse ni plantearse, pese a que se trata de pruebas que reúnen las condiciones de pertinencia, idoneidad, utilidad y licitud para resolver la pretensión demandada. Y es que, en el ordenamiento procesal, la competencia judicial por la materia viene establecida por las pretensiones que se plantea en la demanda, y no por la cualidad de los medios probatorios que se ofrecen en ella[1973].

Sin embargo, una cosa distinta es si una persona que solicitó la práctica de una prueba científica como la de ADN, bajo el modo de prueba anticipada, pretende desconocer sus efectos y solicita la realización de otra prueba semejante[1974], sin argumentar los vicios o irregularidades en las que se habrían incurrido en la

1971 Cfr. Valmaña Cabanes, *El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada*, cit., p. 26: "Entendemos que cada litigante debe ser consecuente con sus propios actos y quedar sometido al resultado final de los mismos. El juicio estratégico sobre la conveniencia de aportar o no una prueba al proceso debería efectuarlo previamente y, en virtud de su resultado, hacer o no la proposición de esa prueba. A partir de ese momento, cuando el juzgado la admita, debería pasar a formar parte del proceso y no salir del mismo salvo que todas las partes (y no solo la proponente) entendieran que la prueba puede dejar de practicarse. Sólo en ese caso, lógicamente, quedaría claro que la prueba resultaba del todo irrelevante"; Picó i Junoy, *La renuncia abusiva de la prueba admitida*, cit., p. 3.

1972 Exp. N.º 00227-2011-PA/TC, Caso: Renzo Fabrizio Mariani Secada.

1973 Exp. N.º 00227-2011-PA/TC, Caso: Renzo Fabrizio Mariani Secada.

1974 Exp. N.º 04636-2007-PA/TC, Caso: Dionicio Julián Castillo Ochoa: "con la demanda de amparo lo que se pretende en el fondo es que se le permita efectuar una nueva prueba de ADN, pero esta vez en los laboratorios de Criminalística de la Policía Nacional del Perú. Lo cierto es que, tal como lo expresa el recurrente (folios 44), fue él quien, en un procedimiento de prueba anticipada, anterior al proceso que ahora se cuestiona, solicitó la prueba de ADN, determinándose que era el padre biológico de la menor. Es decir, fue el propio demandante el que había solicitado previamente la realización de la prueba de ADN, la misma que fue hecha por el Laboratorio Biolinks".

práctica de dicha prueba, además, de que los cuestionamientos no se presentaron oportunamente en la tramitación del procedimiento de prueba anticipada[1975].

II. LAS LIMITACIONES EN LA ADMISIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

44. El artículo 155.2 del CPP prescribe que se "podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución".

Las reglas probatorias que regula el artículo 155.2 del CPP son de dos clases: las **reglas de exclusión probatoria** y las **reglas de limitación probatoria**. Las reglas de exclusión, o de inadmisión probatoria, establecen que solo se podrán excluir los medios de prueba que no sean pertinentes y se encuentren prohibidos por la Ley. La impertinencia y el hecho de que el medio de prueba se encuentre prohibido por la ley forman parte de las reglas de exclusión o de inadmisión probatoria. Por su parte, las reglas de limitación probatoria implican que no se admitirán medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o sean de imposible consecución.

Los supuestos que constituyen las reglas de limitación probatoria deben interpretarse restrictivamente y no de manera amplia, debido a que suponen una afectación al derecho fundamental al derecho a la prueba pertinente y útil. No es correcto que, vía interpretación, el juez (o fiscal) inadmita o excluya medios de prueba pertinentes, más allá de la regulación normativa prevista por el legislador prevista en el artículo 155.2 del CPP. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "la superabundancia (artículo 155, apartado 2, del CPP), como criterio de desestimación, debe utilizarse restrictivamente. No es posible emplearla cuando el juez cree que ya se probó lo contrario o porque ya existe una convicción formada al respecto. El que un testigo podría aportar información en igual sentido que otro

1975 Exp. N.º 04636-2007-PA/TC, Caso: Dionicio Julián Castillo Ochoa: "de autos no se acredita que tal decisión haya sido impugnada o cuestionada por el demandante. Por el contrario, ésta recién es cuestionada en la tramitación del proceso sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial del que emana la resolución contra la cual se interpuso la presente demanda de amparo.6. Que, de otro lado, tomando en cuenta las características de este tipo de pruebas científicas, que brindan una certeza casi absoluta de los hechos que se pretenden acreditar, así como de lo estipulado en el artículo 198 del Código Procesal Civil, en el que se reconoce la eficacia de las pruebas obtenidas en otro proceso, resulta evidente que la pretensión del actor debe ser desestimada. En efecto, como se aprecia el demandante pretende invalidar una resolución judicial en virtud de no habérsele permitido producir medios probatorios. Luego agrega que se le vulnera su derecho a contradecir mediante una prueba de ADN los resultados de la prueba de ADN que él había solicitado en otro proceso. En suma, cuestiona el medio probatorio que presentó recién en el proceso de filiación. A ella, hay que agregar la especial característica de la prueba de ADN que brinda una certeza casi absoluta".

testigo, no autoriza a denegar esta última testimonial, más aún si lo que por lo general se exige siempre es pluralidad de pruebas coincidentes o que se refuercen entre sí; no es que se considere que el hecho a probar es evidente en beneficio del que ofrece la prueba"[1976].

El juez peruano, de manera semejante a lo que ocurre en diversas legislaciones del *civil law*[1977], *no dispone de amplios poderes para excluir del acervo probatorio a los medios de prueba pertinentes. En este sentido, el principio de legalidad en materia probatoria debe interpretarse sistemáticamente con el ejercicio del derecho a la prueba que posee un indiscutible contenido constitucional.*

La aplicación de estas reglas probatorias depende de la prudencia del juez, así como también de las circunstancias del caso concreto y del contexto probatorio en que se sitúan[1978].

45. Uno de los criterios más importantes de racionalidad de la prueba es la exigencia de que en este ámbito debe regir el principio de que se debe reunir el elenco más amplio de pruebas o elementos de juicio que corroboren una determinada hipótesis. Sobre la base de este axioma epistemológico, las reglas que regulan las pruebas en el proceso deben tender a recoger la mayor cantidad de evidencia posible[1979]. Los errores judiciales disminuyen siempre que el juzgador posea elementos de juicio relevantes. Se parte del principio de que una mayor cantidad de información relevante, desde el punto de vista probatorio, permite acceder a una mejor decisión.

Las reglas de pertinencia, conducencia y utilidad son imprescindibles. El derecho a la prueba no presupone un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, el tribunal ha de decidir sobre sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad[1980].

Sin embargo, uno de los problemas más frecuentes consiste en resolver los casos de sobreabundancia de medios de prueba ofrecidos por las partes para probar sus afirmaciones y que, dado el caso, pueden generar serios y graves problemas en el proceso, como la distorsión de la actividad probatoria misma. Aquí existe el conflicto

1976 Véase, la Casación N.º 170-2022 del 20 de febrero del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

1977 En el caso del derecho italiano: Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 72.

1978 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 165, quien alude a la necesidad de tomar en cuenta la prudencia del juez a fin de que no se excluyan pruebas potencialmente decisivas para el descubrimiento de la verdad.

1979 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68.

1980 Véase, la Casación N.º 317-2018 del 25 de octubre del 2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

entre la vigencia del derecho de prueba, entendido como el derecho a ofrecer y postular pruebas, y la necesidad de lograr una adecuada eficiencia en el manejo de las pruebas, que tiende a evitar los excesos de las partes en la postulación de medios de prueba, pese a que se trata de elementos relevantes. La problemática surge no tanto de las pruebas irrelevantes o que no tienen conexión alguna con la acreditación de la hipótesis, sino con el caso de pruebas relevantes pero que son sobreabundantes.

II.1. LOS MEDIOS DE PRUEBA MANIFIESTAMENTE SOBREABUNDANTES

A. La prueba superflua o redundante en el derecho comparado

46. Uno de los casos principales de límite a la actividad probatoria lo constituye la existencia de los medios de prueba que resulten manifiestamente sobreabundantes en el proceso penal.

En el derecho comparado es común la regulación de los casos de prueba superflua o redundante, lo que supone un caso de limitación del ejercicio del derecho a la prueba y, en general, de la actividad probatoria[1981], *v. gr.*, el artículo 209[1982] y el artículo 245 del Código Procesal Civil italiano regula la posibilidad de eliminar los testimonios sobreabundantes[1983], el artículo 226 del CPC peruano[1984] y los artículos 357.6[1985] y 443.I[1986] del Código Procesal Civil de Brasil establecen un límite al número de testigos, y el artículo 403 de las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos determina que cualquier medio de prueba relevante puede ser excluido cuando exista el riesgo de "demora excesiva, pérdida de tiempo, adquisición innecesaria de pruebas acumulativas". En otras legislaciones, para evitar el abuso

1981 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 72; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 160; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 74.

1982 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 164, quien concede al juez facultades para excluir la práctica de pruebas ya admitidas cuando la considere superflua sobre la base de las pruebas ya incorporadas.

1983 Cfr. Taruffo, en Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 72.

1984 "los litigantes pueden ofrecer hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos. En ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis".

1985 "O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato".

1986 "O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I. já provados por documento ou confissão da parte".

en la presentación de medios de prueba, que puede tornar farragosa la actividad procesal, se establece un límite a la posibilidad de ofrecer testigos y peritos[1987].

La regla general que se establece en toda clase de proceso es que los medios de prueba se admiten en la medida que sean pertinentes y útiles. La pertinencia es la condición indispensable con la que se debe cumplir para incorporar un medio de prueba (o un acto de investigación) al proceso. Sin embargo, es posible que, en determinados casos, muy excepcionales por cierto, se tenga que un medio de prueba, pese a ser pertinente, no ingrese al proceso debido a que hay medios de prueba sobreabundantes en relación a una hipótesis, un hecho o una circunstancia que se trata de acreditar.

Los sistemas probatorios de los distintos modelos procesales establecen disposiciones legales que autorizan a los tribunales a excluir medios de prueba relevantes cuando son acumulativos, redundantes y, por ende, innecesarios, su admisión y práctica provocaría una excesiva pérdida de tiempo[1988].

B. Definición

47. Los medios de prueba sobreabundantes son aquellos que buscan probar un determinado hecho (primario o secundario), pero respecto de los cuales ya existen otros medios de prueba que acreditan el hecho de manera palmaria, bien se trate de la misma clase de prueba o de una prueba de distinta índole *v. gr.*, cuando se ofrece un testigo que puede declarar sobre los mismos hechos de los que ya declararon otros testigos que lo hicieron de manera coincidente. En los casos de prueba superflua o superabundante nos encontramos tanto cuando ya existen otros medios de prueba que recogen la información que pretende probar el medio de prueba como cuando el conocimiento se puede obtener y lograr a través de otros medios de prueba ofrecidos que se actuaron en el proceso[1989].

1987 Con matices: Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 158, para quienes "este tipo de disposiciones son erróneas porque apuntan simplemente al número de pruebas de un mismo tipo, sin considerar si son sobre el mismo hecho (en el caso de los testigos) o de la misma disciplina (en el caso de los peritos): bien podría ser que convenga admitir a todos los testigos, porque con ello se pretendan acreditar hechos distintos, o que se necesite más de un experto porque se requieren conocimientos de diversas áreas. En ese contexto, estaríamos pues antes una cuestión que no debería ser decidida *a priori*, sino en el caso concreto".

1988 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 50; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 157.

1989 Véase, Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 270; Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, cit., p. 84.

La prueba sobreabundante está estrechamente vinculada al grado de conocimiento que se tiene sobre un hecho o circunstancia del objeto del proceso que el juez adquiere[1990] sobre la base de la prueba admitida y actuada. Por ello, se requiere tomar en cuenta el cuadro probatorio y la información completa que se tiene hasta el momento en que se analiza la posible existencia de medios de prueba manifiestamente abundantes[1991]. Puede ocurrir que un medio de prueba pertinente y relevante, desde el punto de vista lógico, para el esclarecimiento del caso, pueda resultar superfluo e innecesario en el desarrollo del proceso. Por ejemplo, ello ocurre cuando un hecho ya se encuentra probado sobre la base de otras pruebas, de tal manera que se justifica que dicha prueba no se incorpore al proceso[1992].

La comprobación de que se está ante una prueba sobreabundante requiere que se efectúe un **juicio comparativo**[1993] entre los medios de prueba que se han incorporado y el nuevo medio de prueba que se pretende incorporar.

Por ello, se exige que el medio de prueba ofrecido y que se pretende admitir no sea redundante respecto a otro instrumento gnoseológico o medio probatorio ya admitido y que contiene la misma información[1994]. La doctrina recuerda que los medios de prueba, para ser admitidos, no deben ser pruebas redundantes[1995]. El análisis de la redundancia o la sobreabundancia probatoria debe realizarse caso por caso y con sumo cuidado[1996], siendo conscientes de que, al no admitir un instrumento cognoscitivo, es posible que se pueda terminar afectando el derecho a la prueba.

48. La sobreabundancia probatoria posee un carácter objetivo y no subjetivo, de tal manera que no se puede denegar la admisión o la práctica de un medio de prueba propuesto alegando que ya existe convencimiento acerca de la certeza o la

1990 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 181.

1991 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 414; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 165.

1992 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 373.

1993 Cfr. Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 157.

1994 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 416; Ubertis, *Il proceso penale. La verifica dell'accusa*, cit., p. 46; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 64; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 74.

1995 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 119: "las fuentes y/o medios de prueba deben ser no redundantes, en el sentido de que no serían admisibles si no cumpliesen otra función que la de reafirmar lo que ya hubiera sido conseguido con pruebas anteriores (u obtenible con otras sucesivas, en la hipótesis de que el juicio de relevancia sea formulado en un único contexto con referencia a otras proposiciones de prueba y se decida recoger solo algunas)"; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 74.

1996 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 50; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 76.

falsedad de una determinada afirmación[1997]. Dicha categoría no debe ser enfocada de manera genérica como referida a cualquier actividad probatoria o a la presentación y el ofrecimiento de cualquier clase de medio de prueba. Por ejemplo, pueden ofrecerse en un caso dos testimonios, pero los testigos pueden cubrir distintos aspectos de un hecho: uno puede declarar sobre determinadas circunstancias antecedentes y otro puede cubrir circunstancias posteriores al hecho[1998], un testigo puede declarar cómo y de qué manera se compró el arma de fuego utilizada en un homicidio y otro testigo puede declarar dónde se escondió dicha arma.

Si el medio probatorio ofrecido es sobreabundante e incide en un hecho ya probado, no es necesario ni constituye vulneración al derecho a la prueba su rechazo mediante la inadmisión del mismo[1999]. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la sobreabundancia probatoria es un caso de inutilidad al sostener que una especie de aquella es la superabundancia (manifestada cuando el medio de investigación o medio de prueba resulta evidente y manifiestamente excesivo para verificar un hecho), y que otro caso de prueba inútil se presenta cuando el medio de investigación ofrecido es inalcanzable o no está disponible, por razones fácticas o jurídicas[2000].

1997 En sentido distinto, Schönke, *Derecho procesal civil*, cit., p. 249.

1998 Véase, la Apelación N.º 71-2022 del 5 de diciembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro): "Sin duda, la consideración de superabundancia de, por lo menos, dos testimoniales, no es de recibo porque cada testigo ofrecido tiene una función específica tanto en el Stud del Jockey Club como en el personal al servicio del investigado, y sus aportes de hecho, de ser el caso, pueden ser contrastados".

1999 Exp. N.º 03651-2010-PHC/TC, Caso: Paulina Fernández Huamán a favor de Casely José Fernández Huamán: "En el caso de autos la no actuación del aludido examen biológico no corresponde a actividades arbitrarias, desmotivadas ni vulneratorias del derecho al debido proceso por parte del juzgador, puesto que conforme se aprecia de las resoluciones cuestionadas corrientes a fojas 416 y 451, respectivamente, el órgano jurisdiccional actuó y valoró los medios de prueba relevantes para resolver el proceso penal instaurado contra el favorecido y que sirvieron de sustento para la expedición de la sentencia condenatoria, la cual ha sido confirmada, tales como las declaraciones de la madre de la menor agraviada, la manifestación policial del favorecido en presencia del representante del Ministerio Público y su declaración instructiva, el acta de incautación de una casaca que presentaba huellas de manchas de sangre, el certificado médico legal practicado a la menor agraviada, la declaración referencial y su ampliatoria prestada por la menor agraviada, como el examen biológico practicado en dicha casaca así como el informe psicológico que resulta del examen practicado a la menor, entre otros; que por ello este Colegiado considera que el hecho de no haberse admitido el referido medio probatorio responde a que el órgano jurisdiccional se había creado ya convicción respecto la responsabilidad penal del recurrente en relación al delito imputado"; Exp. N.º 05935-2008-PHC/TC, Caso: Víctor Manuel Becerra Aguilar: "Es por esto que este Colegiado considera que el hecho de no haberse admitido la pericia psicológica solicitada responde a que la Sala se había creado ya convicción respecto al estado mental del citado menor, sobre todo teniendo en consideración su declaración testimonial y otros elementos de prueba a lo largo del proceso".

2000 Véase, la Apelación N.º 71-2022 del 5 de diciembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

La Corte Constitucional de Colombia en la **Sentencia T-393 de 1994** ha señalado que "la negativa a la práctica de pruebas solo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas (arts. 178 C.P.C. y 250 C.P.P); pero a juicio de esta Corte, la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso".

C. La exigencia de "manifiesta" sobreabundancia

49. En el primer supuesto de la regla de limitación probatoria contenida en el artículo 155.2 del CPP no solo se exige que concurra una abundancia de medios de prueba, sino que se reclama que haya "sobreabundancia", es decir, un exceso de medios de prueba más allá de que los medios de prueba sean plurales, variados o que simplemente sean abundantes. El **claro exceso de pruebas** en un determinado sentido debe conducir a sostener que efectivamente hay una sobreabundancia probatoria.

En sentido semejante, el CPP no solo exige que haya una sobreabundancia de medios de prueba, sino que se requiere expresamente que haya un caso de "manifiesta" sobreabundancia. Por "manifiesta sobreabundancia probatoria" se entiende que, para un espectador objetivo, y luego de analizadas las circunstancias del caso concreto y el contexto probatorio, existe un exceso palmario, inequívoco y claro que revela un desborde de pruebas en un determinado sentido[2001].

Por "manifiestamente" se entiende lo que surge *ictu oculi* (en un parpadeo), que no requiere ningún análisis profundo, ni estudio meticuloso, sino que aparece con nitidez y claridad[2002]. Con todo, el uso del adverbio "manifiestamente" tiende a establecer la intervención del juez (o del fiscal) en casos excepcionales[2003] y que son en su frecuencia práctica marginales[2004].

2001 Cfr. Aluden a un "peligro de desborde": Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 75; Vásquez Rojas/Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 158: "si pensamos en seres humanos reales, no ideales, hay que tomar en cuenta las limitaciones humanas para el procesamiento de información en un tiempo limitado"; Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 63.

2002 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 181.

2003 Cfr. Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 110.

2004 Véase, Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 181.

No basta para aplicar la regla de limitación probatoria el hecho de que haya medios de prueba abundantes, variados o plurales en un determinado sentido. Es necesario que concurra una sobreabundancia o exceso de medios de prueba y que dicha sobreabundancia sea manifiesta y clara.

50. La referencia a medios de prueba "manifiestamente sobreabundantes" alude a casos extremos de claro exceso de información probatoria en un determinado sentido[2005] y no cubre simplemente los casos de abundancia probatoria.

El juicio de redundancia (o sobreabundancia) probatoria formulado por el juez (o el fiscal) en la etapa de admisión implica una prognosis[2006]: el medio de prueba es pertinente, pero resulta probablemente redundante si es que se contrasta con los demás medios de prueba admitidos y actuados en relación al objeto probatorio específico. El medio de prueba redundante recibe un doble juicio: un juicio positivo de pertinencia y un juicio negativo de sobreabundancia manifiesta.

Dicho juicio supone que la información probatoria sobre un determinado y concreto objeto de prueba se haya incorporado y obtenido en el proceso. No basta con que el medio de prueba se haya admitido y no se haya logrado conseguir la información probatoria, dado que, si el conocimiento sobre el tema de prueba no se ha logrado, no es posible sostener que los demás medios de prueba son sobreabundantes. Así, por ejemplo, si se ofrecen cinco testigos para declarar sobre determinados aspectos relevantes del objeto del proceso, si es que se verifica su pertinencia, no se puede prejuzgar su valor probatorio, sobre todo, si el testigo nunca ha sido escuchado, y menos se puede llegar a sostener que se trata de medios de prueba sobreabundantes.

La sobreabundancia o la redundancia probatoria solo se puede predicar si es que se conoce el sentido de los medios de prueba que han ingresado al proceso. No es posible sostener la "sobreabundancia" si es que no se conoce el contenido y el sentido de los medios de prueba que se incorporan. De igual forma, el hecho de que solo se hayan admitido medios de prueba, pero no se hayan actuado, o simplemente no se conozca su sentido probatorio, no puede conducir a afirmar que se está ante un caso de redundancia de la evidencia.

Con razón, se sostiene que el poder de desbordamiento de un medio de prueba, para que se convierta en un medio de prueba superfluo o redundante, está directamente vinculado al grado de conocimiento que se alcanza del tema probatorio que

2005 Cfr. Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 110.

2006 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 250.

se pretende acreditar y que viene marcado por los aportes informativos de otros medios de prueba que se han incorporado al proceso[2007].

51. La manifiesta sobreabundancia probatoria requiere, entre otros aspectos, que se cumpla de manera adecuada y suficiente con el deber de motivar las decisiones judiciales (artículo 139.5 de la Const.), lo cual implica identificar los medios de prueba, que se considera abundantes y que confirman un determinado tema de prueba que debe ser el mismo que pretende acreditar el medio de prueba que se ofrece. No es correcto afirmar la sobreabundancia de medios de prueba sin indicar justamente cuáles y en qué consisten dichos medios de prueba, a fin de cumplir con el mandato constitucional de motivar las decisiones judiciales. Es necesario que se establezca el contenido informativo de dichos medios de prueba a fin de realizar el control correspondiente por las partes.

De igual forma, la resolución judicial debe justificar de manera puntual y suficiente por qué se considera que hay una "manifiesta" sobreabundancia de pruebas y no se está frente a un simple caso de corroboración.

D. Alcance

52. La prueba redundante o excesiva es una forma de prueba inútil porque incide en el mismo objeto probatorio que ha sido acreditado con otros medios de prueba[2008].

Se considera como medio de prueba sobreabundante (o superfluo) a aquel medio pertinente que está destinado a acreditar positivamente el objeto de imputación o la hipótesis alternativa, pero que se alcanza a demostrar de manera exhaustiva con otro medio de prueba que ya se incorporó al proceso[2009].

La admisibilidad probatoria en los casos de prueba superflua es un criterio doblemente subsidiario: (i) debe considerarse que se está ante un caso de prueba redundante después de realizar un juicio positivo de pertinencia sobre el medio de prueba que luego se considera superfluo; (ii) se inadmite el medio de prueba luego que se abrió el proceso, se recaban medios de prueba que aportan información probatoria de un determinado signo[2010].

2007 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 181.

2008 Por todos, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 164; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 161.

2009 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 250; Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 164.

2010 Por todos, Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 161.

Un medio de prueba es sobreabundante o redundante no en sí mismo, sino en relación a un determinado objeto o tema de prueba sobre el que ya concurren medios de prueba en un determinado sentido que confirman (o refutan) una hipótesis[2011] (fiscal o de la defensa). En la determinación de si un medio de prueba es redundante o no, resulta clave responder a la pregunta ¿cuál es el concreto y específico tema u objeto de prueba que se busca acreditar?

53. La sobreabundancia de un medio de prueba no se predica de la cantidad de medios de prueba existentes en un proceso o de la concurrencia de una misma clase o tipo de medio de prueba (testimonios, documentos o pericias), sino más bien de un concreto objeto o tema de prueba que se discute en el proceso. Así, es posible que pueda haber 10 o 20 testimonios, pero que no se presente un problema de sobreabundancia probatoria, en la medida que los testimonios se refieran a distintos hechos, circunstancias o temas de prueba. Por ejemplo, en un homicidio puede haber testimonios (u otra clase de pruebas) que acrediten la presencia de la persona en el lugar de los hechos, puede haber testimonios que prueben que el imputado fue quién disparó sobre la víctima, así como también puede haber testimonios que acrediten los conflictos personales o la animadversión entre el autor o la víctima. Igual ocurre con el caso de las pericias: una pericia puede informar sobre la operatividad o no del arma de fuego; otra, sobre si el arma fue efectivamente disparada por el sospechoso al encontrarse (o no) sus huellas dactilares, y otra pericia puede establecer la homologación (o no) de los disparos realizados con el arma de fuego y los impactos de bala que se encuentran en el cuerpo de la víctima.

Para determinar si se está o no ante un caso de prueba sobreabundante, se debe realizar lo siguiente: (i) establecer la delimitación del concreto y específico tema de prueba; (ii) determinar la existencia de los medios de prueba que acreditan o no el específico objeto de prueba; (iii) fijar el signo o el sentido de los medios de prueba que acreditan o no el específico tema de prueba; (iv) determinar la fiabilidad o la credibilidad de los medios de prueba.

No es posible sostener la sobreabundancia probatoria sin individualizar ni especificar el concreto tema de prueba, o si, por ejemplo, no existen medios de prueba que acrediten, sea en sentido positivo o negativo, el concreto tema de prueba[2012]. De igual forma, si hay medios de prueba que poseen un determinado sentido o signo probatorio y lo que se presenta es un medio de prueba que los refuta o que tiene un valor probatorio distinto, no se puede aludir a que se está ante un caso de

2011 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 180.

2012 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 164.

prueba redundante[2013]. De manera semejante, si se presenta en contra de la prueba de cargo o de descargo medios de prueba que cuestionan o le restan fiabilidad, no es posible sostener que hay un caso de sobreabundancia probatoria.

Los casos de prueba superflua no forman parte de los criterios normales y originarios de inadmisión probatoria que se aplican frente cualquier otro medio de prueba[2014], sino se trata de casos de inadmisión sobrevenida en atención a que ya se han incorporado al proceso medios que tienen un signo probatorio determinado que hace que la prueba que se pretende ingresar no aporte nada al patrimonio cognoscitivo adquirido en el proceso. Se trata de un caso de prueba inútil u ociosa.

No puede haber sobreabundancia de medios de prueba si es que el aporte probatorio es disímil o distinto: si bien hay medios de prueba sobre el mismo hecho el resultado probatorio, este puede arrojar resultados distintos. En estos casos, los medios de prueba deben admitirse. Asimismo, si hay órganos de prueba que aportan información al proceso en un mismo sentido, puede ocurrir que dicho conocimiento sea débil o de baja calidad, de tal manera que se hace necesario recoger instrumentos cognoscitivos de mejor nivel y que aporten información de calidad. Igual que en el caso anterior, no procede considerar a los medios de prueba como sobreabundantes.

E. El fundamento

54. El **fundamento** de la regla de limitación probatoria referida a "los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes" se encuentra en el **principio de eficiencia y de economía procesal**[2015], que exige que solo se puedan incorporar los medios de prueba que guarden relación con los hechos, y que se descarten los medios de prueba redundantes o sobreabundantes en cuanto a la información que aportan. En este caso los medios de prueba que se pretenden

2013 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., pp. 164 y 165: "con todo, el criterio en cuestión debe ser interpretado de forma epistémicamente correcta: es claro, en efecto, que una prueba que se refiera al mismo hecho que ha sido objeto de otras pruebas pero que apunte a refutar lo que de esas pruebas ha resultado, o que apunte a proporcionar elementos para una reconstrucción diferente del mismo hecho, no es del modo alguno superflua o redundante y, por consiguiente, no puede ser considerada inútil. Por el contrario, podría aportar elementos relevantes para el conocimiento y determinación de los hechos y, por consiguiente, no debiera ser excluida"; Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 110: "En ningún caso se justificará usar esta facultad, por ejemplo, para excluir una prueba de descargo con el argumento de que la hipótesis de la culpabilidad —civil o penal— ya está suficientemente acreditada, porque la redundancia supone precisamente que las pruebas arrojen el mismo resultado probatorio y no el opuesto".

2014 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 161.

2015 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 160.

incorporar conducen a un resultado cognoscitivo que ya se ha producido y que se adquirió por distintos medios.

El fundamento de este límite objetivo al derecho a la prueba reside en evitar una inútil actividad procesal o de la investigación[2016]. La prueba superflua es un ejemplo de prueba inútil y la razón de su limitación para que se incorpore al proceso no es lógica[2017]. Los medios de prueba cumplen una función de utilidad respecto a los hechos que se presentan en el proceso al facilitar su esclarecimiento[2018]. Se identifica también la justificación económica de una regla semejante de exclusión[2019]. En la doctrina, se destaca que se está ante una regla epistémica de segundo orden al regular la inadmisión de un medio de prueba relevante si es que no se mejora el estatus justificativo epistémico final del objeto de prueba al existir ya medios de prueba que acreditan un determinado tema probatorio[2020], de allí que su sustento sea epistemológico[2021].

El tiempo y los escasos recursos (personales, logísticos o de otro orden) con los que se cuentan en el proceso conducen a exigir que se recoja la información pertinente y útil, evitando el ingreso de los medios de prueba que aporten información que ya se encuentra admitida, que es redundante y que ya se ha incorporado al patrimonio cognoscitivo del proceso. La redundancia probatoria supone tomar en cuenta criterios económicos y utilitarios, ya que la actuación de medios de prueba implica asumir diversos costes[2022].

La información probatoria innecesaria debido a que ya se incorporó y a que encierra el peligro de desborde, o que, incluso, es inmanejable, no debe admitirse al proceso. Así lo exigen los criterios de economía procesal y la necesidad de manejar y conducir el proceso con eficiencia.

2016 Cfr. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 462; Scalfati/Servi, *Trattato di procedura penale*, cit., vol. 2, T. I, p. 36; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 160; Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, cit., p. 49.

2017 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 160.

2018 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 414.

2019 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 50.

2020 Cfr. Dei Vecchi, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, cit., p. 63: "es la combinación de ciertas razones vinculadas con los altos costes, por un lado, y la previsión de una baja alteración del grado de justificación epistémica, por el otro, lo que en casos como este podría justificar la no admisión de ciertas pruebas".

2021 Véase, Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 75: "para evitar el peligro de desborde de la información, parece epistemológicamente razonable poner algún límite la admisibilidad de pruebas redundantes de este tipo".

2022 Cfr. Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 108: "los costes de adquirir la prueba o de practicarla son mayores que su utilidad para la determinación de la verdad sobre los hechos".

Tanto el legislador como el juez deben cautelar que no ingrese al proceso información redundante, innecesaria y que ya se obtuvo por la admisión y concurrencia de otros medios de prueba. El artículo 155.2 es un buen ejemplo de la aplicación de criterios de racionalidad pragmática en cuanto a la administración y limitación del ingreso al proceso de medios de prueba redundantes o que repiten la información que ya se obtuvo a través de otros órganos y fuentes de prueba.

55. Uno de los temas abiertos acerca de la regla de limitación probatoria del artículo 155.2 del CPP es determinar si se trata exclusivamente de una regla de inadmisión probatoria o si puede también desempeñar sus efectos al momento de la asunción o actuación de un medio de prueba. En buena cuenta puede ocurrir que el medio de prueba se haya admitido por ser pertinente en relación a las proposiciones fácticas del caso, pero que antes de su actuación o asunción probatoria se verifique que se está ante un supuesto de sobreabundancia probatoria.

Creemos que la regla de limitación probatoria en el caso de sobreabundancia probatoria se aplica, por lo general, en la etapa de admisión o inadmisión de los medios de prueba; sin embargo, puede extenderse también al momento de la actuación del medio de prueba al ordenarse que se deje sin efecto debido a que los otros medios de prueba que acreditan el tema de prueba son sobreabundantes[2023]. Es posible que al momento de la admisión la redundancia probatoria no sea manifiesta y que no se detecte con facilidad, y que recién se llegue a dicha conclusión cuando se actúan otros medios de prueba[2024].

F. ¿La sobreabundancia probatoria es cuantitativa o cualitativa?

56. Se discute si la sobreabundancia de medios de prueba es cuantitativa o también cualitativa[2025]. Desde el punto de vista de la interpretación literal, el término alude al exceso de medios de prueba sobre un mismo hecho o circunstancia objeto del proceso. Aquí hay muchas pruebas que poseen un signo coincidente sobre lo mismo. Sin embargo, desde una perspectiva teleológica, la sobreabundancia de pruebas alude también a una determinada cualidad de la actividad probatoria desplegada, dado que debe tratarse de medios de prueba de un mismo signo o sentido, y debe conocerse de manera concreta la clase y magnitud de la información que aportan.

2023 En el derecho italiano: Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 250.

2024 Cfr. Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 108; Valmaña Cabanes, *El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada*, cit., p. 26.

2025 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 417.

En efecto, uno de los problemas que se presentan en este ámbito de aplicación de la regla de limitación probatoria es determinar si la sobreabundancia probatoria se debe entender en un sentido cuantitativo o también en un sentido cualitativo en relación al nivel y significado de la información probatoria.

57. Una primera línea interpretativa considera que la sobreabundancia de medios de prueba debe entenderse en un sentido puramente cuantitativo como referido a distintos y variados medios de prueba que acreditan un determinado y concreto objeto de prueba. Debe tomarse en cuenta la variedad y la cantidad de los testimonios, los documentos o las pericias que existen en el proceso, al margen de su aporte o la calidad de la información que proporcionan.

Un segundo punto de vista considera que la sobreabundancia probatoria se debe entender en un sentido cualitativo (y no tanto cuantitativo) en relación a la calidad y al nivel de información probatoria que existe alrededor de un concreto tema de prueba. Puede haber una cantidad apreciable de medios de prueba sobre un determinado tema probatorio, pero estos pueden poseer una baja calidad de información o no ser fuentes de prueba fiables. De esta manera, no hay sobreabundancia de un medio de prueba si, pese a ya existir pruebas en un determinado sentido en el proceso, la calidad de información que puede aportar el nuevo medio de prueba es de superlativa importancia y de un gran nivel informativo.

A nuestro criterio, la sobreabundancia probatoria debe entenderse en un sentido cualitativo más que cuantitativo, ya que lo que importa al momento de adoptar una decisión sobre los hechos no es la cantidad, sino la calidad de la información probatoria. De nada vale tener un número apreciable de pruebas en un determinado sentido sobre un objeto o tema si estas poseen un bajo nivel de información o escasa fiabilidad. Por ejemplo, un video que explica de manera clara un suceso delictivo, y que no es impugnado ni cuestionado por las partes, puede volver innecesario el recibir la declaración de un determinado número de testigos.

G. La sobreabundancia probatoria homogénea y heterogénea

58. Es posible distinguir una **sobreabundancia probatoria homogénea** y una **sobreabundancia probatoria heterogénea.**

La sobreabundancia probatoria homogénea se presenta cuando concurren para acreditar un concreto tema de prueba y medios de prueba de una misma clase: testimonios, documentos, pericias o medios de prueba de otra tipología semejante.

La sobreabundancia probatoria heterogénea concurre cuando hay varios medios de prueba que acreditan un determinado tema de prueba, pero pertenecen a distin-

tas clases de medios de prueba. Por ejemplo, hay la concurrencia de testimonios, de documentos o de pericias que refuerzan y consolidan entre sí una determinada hipótesis (de la fiscalía o de la defensa).

59. Uno de los aspectos que se toman en cuenta para determinar si una prueba es superflua por abundancia es su clase o tipo de prueba. Aquí se parte de la regla epistemológica de que la confirmación de una hipótesis no depende de la cantidad de pruebas de las que se dispone, sino de la variedad de los elementos de convicción. Mientras mayor sea la variedad de pruebas, mayor será el nivel de corroboración. En todo caso, la relevancia de una prueba se determina sobre la base de si, en el caso concreto, el medio de prueba permite demostrar la verdad de un enunciado fáctico que se pretende probar[2026].

H. La redundancia probatoria y la corroboración suficiente

60. La sobreabundancia probatoria debe distinguirse de manera necesaria de la exigencia de corroboración o de verificación cruzada mediante medios de prueba plurales y variados de un determinado objeto de prueba[2027].

El grado de confirmación de un enunciado es resultado de una serie de inferencias lógicas que tienen en cuenta la **variedad, cantidad y calidad** de las pruebas disponibles, así como su grado de confianza y de coherencia[2028]. La confirmación es un concepto esencialmente **gradual**[2029], en la medida que depende de la cantidad, variedad y calidad de las pruebas que se refieren a una hipótesis, y puede variar y ser oscilante según las circunstancias. Una afirmación puede ser más o menos confirmada sobre la base del conjunto de pruebas disponibles en un determinado momento histórico, según el avance de la ciencia y el desarrollo del conocimiento. Como señala Taruffo, "el grado de confirmación depende de cuántas y cuáles pruebas se encuentran disponibles con respecto a todas las pruebas posibles"[2030].

La hipótesis acusatoria debe ser confirmada por una pluralidad de pruebas o indicios objetivos[2031]. En el campo penal, el principio constitucional de la presun-

2026 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 71, nota 19: "Una prueba no es relevante o irrelevante en sí misma, sino en relación con un enunciado fáctico que se pretende probar".

2027 Véase, Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 75.

2028 Cfr. Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 132.

2029 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 235.

2030 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 235.

2031 Cfr. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 58; Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, p. 120; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*,

ción de inocencia exige la existencia de prueba, que esta prueba sea de cargo, plural, y que, además, sea suficiente. Como señala FERRAJOLI, "En la pluralidad de estas confirmaciones o verificaciones, de las que no es predeterminable el número y la calidad, consiste la condición o garantía de la prueba: que, así, pues, comporta la necesidad de adquirir no un dato probatorio, sino un sistema coherente de datos graves, precisos concordantes"[2032].

La cantidad y la variedad de la prueba determina el mayor o menor grado de confirmación de una hipótesis fáctica[2033]. El número y la amplitud de las pruebas, según su sentido, abona a favor o en contra de una hipótesis. Si bien no todas las pruebas tienen el mismo peso y valor, nadie puede negar la importancia que tienen para dar por acreditada una hipótesis una vez que concurran un conjunto amplio de evidencias. Incluso en caso de que se trate de pruebas que poseen un peso y eficacia acreditativa baja o poco fiable, no se puede negar que la concurrencia plural y variada de diversas pruebas puede terminar confirmando la hipótesis planteada.

La acreditación de un hecho o de una hipótesis fáctica depende no solo del peso y la calidad de las pruebas, sino también de la concurrencia y coincidencia de una serie de pruebas de la más variada naturaleza[2034]. Cada prueba que se agrega a otra incrementa el grado de confirmación de la hipótesis. Como señala Taruffo, "no hay duda de que en el plano epistémico vale la regla según la cual el grado de confirmación de una hipótesis aumenta con la adquisición de pruebas adicionales, dado que la situación óptima es aquella en la que todas las pruebas posibles han sido adquiridas"[2035]. Mientras mayor sea la pluralidad de pruebas, mayor será el grado de su probabilidad, situación que, por lo común, aporta una imagen más global, completa y acabada de los hechos. La variedad de las pruebas vuelve más

---

cit., p. 86; ACCATINO SCAGLIOTTI, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 132.

2032 FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 1997, p. 150.

2033 Cfr. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 58; VÁSQUEZ ROJAS/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 158; ACCATINO SCAGLIOTTI, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 132.

2034 Cfr. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 58: "la confirmación de una hipótesis no depende solo de la cantidad de datos favorables de que se dispone, sino también de su variedad: cuanto mayor sea su variedad mayor será el apoyo resultante"; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 1997, pp. 131 y 143: "Cada dato probatorio que se acomoda a las premisas explicativas puede ser considerado como su confirmación, que aumenta su plausibilidad y el grado de probabilidad; todo dato que, en cambio, no se acomoda a tales premisas representa una refutación"; LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 302; GONZÁLEZ LAGIER, *Inferencia probatoria*, cit., p. 82; IGARTUA SALAVERRÍA, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 2014, p. 120.

2035 Cfr. TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 236.

consistente la confirmación de la hipótesis, que permite eliminar o descartar, por su escasa confirmación, otras hipótesis alternativas.

61. La sobreabundancia manifiesta de los medios de prueba es algo distinto de la corroboración que se puede lograr mediante el empleo de elementos de juicio variados, plurales y de distinta clase. Ella supone que el concreto tema de prueba se encuentra corroborado de manera amplia y que existe exceso de medios de prueba, de igual o distinta clase, que hace que no sea necesario ni que tenga ninguna utilidad que ingresen al proceso, y que justamente se inadmitan por un peligro de desborde de información que puede hacer inmanejable la toma de decisiones[2036].

I. La sobreabundancia probatoria puede ser declarada de oficio por el juez

62. La sobreabundancia probatoria puede ser declarada por el juez —e, incluso, por el fiscal— de oficio[2037] o puede ser promovida a instancia de parte, ya sea porque la parte que propuso el medio se desiste o renuncia a su actuación[2038], o porque hay una oposición de una de las partes contendientes.

El juez, al evaluar la redundancia probatoria, realiza un juicio hipotético a fin de analizar si el medio de prueba propuesto por una de las partes posee una de-

2036 Véase, Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 75; Vásquez Rojas/ Fernández López, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, cit., p. 158.

2037 Cfr. Muñoz Sabaté, *Fundamentos de prueba judicial civil. L. E. C. 1/2000*, cit., p. 210; Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 109, quien alude al uso limitado de la atribución judicial: "si, una vez adquiridas y practicadas otras pruebas, la persona juzgadora estima de forma justificada que la práctica de una prueba inicialmente admitida no aportará información adicional o que aumente o disminuya la probabilidad de que alguna de la hipótesis fáctica sea verdadera. En este supuesto, razones de eficiencia y economía procesal aconsejarían que la jueza o el juez pueda excluir una prueba cuya redundancia resulte evidente de forma sobrevenida"; luego anota que esta facultad no necesariamente debe ser ejercida a instancia de parte (p. 110).

2038 Cfr. Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 108; Valmaña Cabanes, *El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada*, cit., p. 26: "Cuando la prueba haya dejado de ser útil porque los hechos que debía probar han quedado ya suficientemente acreditados, será la propia lógica del proceso la que se encargará de expulsarla: el mismo desinterés generará en la parte adversa la práctica de esa prueba que el que había llevado, a la proponente, a manifestar su voluntad de renunciar a ella. Por el contrario, podemos convenir que será lógico que a la parte adversa solo le interese practicar dicha prueba cuando entienda que la misma puede ser útil para la mejor acreditación de los hechos.".

terminada información que ya ha sido aportada por uno o más medios de prueba semejantes o de distinta clase[2039].

La decisión final que se asuma en los casos de redundancia probatoria, sobre la base del principio de igualdad de armas, el respeto al derecho a ser oído y el principio de contradicción, debe asumirse luego de escuchar a los demás sujetos procesales[2040]. Se deben tomar en cuenta los argumentos de las partes se opongan o no a la declaración de redundancia.

En caso de duda acerca de si un medio de prueba es redundante o no, debe aplicarse el principio *pro probationem*; de tal manera que el medio de prueba debe incorporarse al proceso[2041].

63. La Corte Suprema de Justicia conoció y resolvió una sentencia en la que se analizó un caso de sobreabundancia probatoria.

La defensa de un imputado en un caso de un homicidio, para revertir la carga incriminatoria que consistía en las declaraciones de cuatro testigos directos y de reconocimientos fotográficos y personales, alegó que su patrocinado, al momento de ocurrida la muerte del agraviado, no se encontraba en la ciudad de Huacho; en ese sentido, solicitó que sobre las imágenes de las grabaciones de la cámara de videovigilancia del lugar donde ocurrió el suceso se realice una pericia antropológica sobre superposición de imágenes, a efectos de descartar su presencia en el lugar de los hechos. No obstante, dicho pedido fue declarado en su oportunidad improcedente tanto por la fiscalía provincial como por el juez penal en la etapa de investigación preparatoria, de tal manera que al exponer los motivos que determinaron el rechazo de la pericia se descarta que se trate de una decisión arbitraria o ilegal que atente contra su derecho al ofrecimiento de la prueba, sino que su denegatoria estuvo dentro de la facultad del fiscal o el juez para admitirla o no. Se advirtió que el medio de prueba (pericia antropológica) era sobreabundante, en atención a que

2039 Cfr. Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 108.

2040 Cfr. Muñoz Sabaté, *Fundamentos de prueba judicial civil. L. E. C. 1/2000*, cit., p. 210; Fons Rodríguez, *Incidencia del principio de adquisición procesal en el interrogatorio de testigos*, cit., p. 825; Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 110: "aun cuando esta facultad no necesariamente debe ser ejercida a instancia de parte, sí es conveniente que el órgano judicial dé traslado a las partes de su valoración sobre la redundancia de la prueba para que, especialmente, pero no solo, la parte que la propuso pueda manifestar las razones por las que estima que la prueba puede aportar información no redundante y, consiguientemente, debiera adquirirse y practicarse".

2041 Cfr. Valmaña Cabanes, *El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada*, cit., p. 16: "En caso de oposición, correspondería al juez decidir si la prueba (declarada ya en su momento pertinente) se acaba practicando o no, debiendo optar en términos generales por entender su práctica como procedente".

ya se había logrado la individualización del imputado en el evento delictivo a través de los cuatro testigos de cargo y los reconocimientos fotográficos y personales[2042].

También fue destacado por la Corte Suprema de Justicia que la defensa del imputado se equivocó al sustentar el recurso extraordinario de casación con cuestiones procesales que ya han sido objeto de debate durante el transcurso del proceso penal; en este caso, como se ha descrito, la denegatoria de la prueba que ofreció (pericia antropológica sobre superposición de imágenes) fue incluso materia de audiencia de garantía, por lo que no resulta admisible que nuevamente se reitere el mismo agravio para obtener un nuevo pronunciamiento respecto a lo resuelto en su oportunidad[2043].

J. Los cuestionamientos a la regla de limitación probatoria por la existencia de los medios de prueba sobreabundantes

64. En doctrina y en la jurisprudencia comparada, especialmente en la italiana, se considera que el juez puede disponer no admitir pruebas si es que en el proceso tiene suficientes elementos de convicción sobre los que puede fundar su decisión. Se parte de la consideración de que los medios de prueba cumplen con la función de acabar o diluir la situación de incertidumbre en el conocimiento de los hechos, de tal manera que, si ya se ha adquirido suficiente conocimiento de los hechos y la situación de incertidumbre ha desaparecido, no tiene sentido seguir recibiendo y adquiriendo medios de prueba sobre un hecho ya esclarecido. Para llegar a esta conclusión, se utilizan diversos argumentos, entre los que destaca como el más notorio el principio de economía procesal, por el cual se autoriza al juez a desechar medios de prueba innecesarios y que, dado el estado actual del conocimiento en el proceso, devienen en superfluos.

2042 Véase, la Casación N.º 832-2015 del 20 de noviembre del 2017 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

2043 Véase, la Casación N.º 832-2015 del 20 de noviembre del 2017 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado): "la defensa del casacionista pretendía, con la actuación de la referida pericia, cuestionar la presencia del recurrente en el lugar de los hechos; sin embargo, en las sentencias de instancias se escribió la firme sindicación de cuatro testigos directos del evento homicida, los mismos que formaban parte del caudal incriminatorio, versiones que luego de ser sometidas a los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116 y de absolver los cuestionamientos sobre los mismos, se determinó que tenían entidad suficiente para ser consideradas pruebas válida de cargo por ende con capacidad para enervar la presunción de inocencia; por lo que, la condición que se advirtió respecto de la que prueba solicitada era sobreabundante, entendida como la individualización del recurrente en el evento delictivo, encuentra su justificación".

Sin embargo, este punto de vista pasa por alto diversas circunstancias que demuestran, si no la falsedad, por lo menos la relatividad de tan rotunda afirmación. Por ejemplo, se destaca que la prueba no admitida puede llegar tener en concreto un valor epistémico y de confirmación mayor al de las pruebas admitidas y actuadas previamente en el proceso, de tal forma que el rechazo no solo es inconveniente e inadecuado, sino que, además, puede conducir a resultados completamente injustos. Se atenta así contra el principio reconocido de relevancia de las pruebas y de que toda decisión, para que sea racional, debe apoyarse en el conjunto total de pruebas disponibles[2044]; lo que hace, en buena cuenta, este punto de vista dejar de lado, no admitiendo, una prueba disponible que, dadas las circunstancias, luego del examen probatorio individual puede arrojar un resultado probatorio esencial que cambie la consideración global de los hechos.

En el proceso, en la medida que no se está en la fase decisoria, no se tiene, de manera seria, cabal y responsable, un real conocimiento acerca de si un medio de prueba propuesto es superfluo o si la información que pretende aportar se puede conseguir de manera más adecuada con otras pruebas. En los casos normales de aportación u ofrecimiento de pruebas, vinculados a una concreta y específica estación procesal, las pruebas pueden ser relevantes o no relevantes, pertinentes o no impertinentes, pero no se sabe aún, con toda confianza, si las pruebas serán excesivas y redundantes en la información que ofrecen al momento de su actuación. Resulta peligroso y contrario a criterios epistemológicos y racionales elementales que a una prueba que se aporta se la tilde *ad limine* de excesiva y sobreabundante, sin que siquiera se la haya actuado, sometido al contradictorio, o que haya recibido prueba contraria o se haya establecido un determinado resultado probatorio. Los únicos casos posibles en los que se puede hablar de prueba redundante son aquellos casos en los que se ofrecen medios de prueba y hay una clara actividad probatoria preexistente correctamente delimitada tanto en su contenido como en su resultado. Incluso en los supuestos más claros, no es posible descartar que se trate de medios de prueba que puedan terminar discutiendo la credibilidad, autenticidad y fiabilidad de una prueba.

Asimismo, no parece correcto en el caso concreto que se permita excluir pruebas típicas relevantes deducidas por una de las partes y solo limitarse a tomar en cuenta las pruebas atípicas previamente adquiridas, así como tampoco lo es el que se excluya todas las pruebas deducidas por una parte para decidir solo sobre las pruebas deducidas por la otra, o que se terminen excluyendo las pruebas contrarias o que restan

2044 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 161; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 154; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 104 y 116; Ferrer Beltrán, *Los momentos de la actividad probatoria en el proceso*, cit., p. 53; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 68.

credibilidad a las pruebas admitidas con anterioridad[2045]. Justamente, el punto crítico de la tesis glosada es que invocando la vigencia del principio de economía procesal se puede desatender la admisión de pruebas pertinentes que contravengan y resten completamente la eficacia de las pruebas actuadas hasta el momento[2046]. Este criterio, cuando se utiliza sin ningún tipo de límite y control, puede no solo bloquear que se alcance el fin más importante del proceso, que es el encontrar la verdad de los hechos, sino que también puede generar resultados radicalmente injustos.

65. La doctrina resalta el hecho de que la calidad de los medios de prueba (criterio de utilidad) no debe verse afectada por la cantidad de prueba (criterio de la abundancia), por lo que la actividad pertinente y útil debe admitirse al margen del resto de la prueba ya admitida, sobre todo cuando el resultado de la prueba, así como su evaluación, se produce con posterioridad a la admisión del medio de prueba[2047].

El TC español ha destacado que "la verosimilitud, detalle y aun contundencia del acta de infracción serán o podrán ser aspectos relevantes en el momento posterior de valorar las pruebas pertinentes en el proceso, pero no en el anterior, de decidir acerca de la apertura de período probatorio. El riesgo de que alguna de las partes incurra en pruebas abusivas o excesivas no puede conjurarse denegando el recibimiento a prueba del proceso, sino rechazando de manera motivada y razonada los concretos medios de prueba propuestos que puedan resultar impertinentes o intrascendentes" (SSTC 14/1997, de 28 de enero).

66. Con todo, el punto de vista prevaleciente en la doctrina postula, sobre la base de criterios de racionalidad, que, cuando una afirmación se encuentra acreditada de manera adecuada dentro del proceso, la prueba adicional que se ofrezca en el mismo sentido debe rechazarse. Se trata de conjurar un peligro de desborde en la actividad probatoria[2048]. El hecho debidamente corroborado no requiere de prueba adicional, debido a que puede generar, sin limitación alguna, una cadena infinita de pruebas que afecte directamente la correcta marcha del proceso, el tiempo de resolución del conflicto y propiamente el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Creemos que un elemental criterio de racionalidad, de búsqueda acuciosa de la verdad y de respeto irrestricto al derecho de prueba debe llevar a que solo en contados

2045 Cfr. Taruffo, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, cit., 2012, p. 427.

2046 Cfr. Taruffo, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, cit., 2012, p. 430: "No es superflua la prueba contraria a otras pruebas ya adquiridas, porque incluso el convencimiento del juez debe precisamente derivar el análisis crítico de todos los elementos relevantes para el juicio sobre los hechos, y en particular por pruebas diferentes".

2047 Cfr. Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, cit., p. 49.

2048 Véase, Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 75.

casos, y de manera muy **excepcional,** se rechace una prueba por sobreabundante[2049] o por innecesaria dado el caudal de información alcanzado. En los casos en los que se tiene duda de la superficialidad de la prueba, de si en realidad es sobreabundante o no, la prueba debe admitirse y no rechazarse, pues la información de lo que aún no se conoce o de la que no se tiene certeza de su contenido no se puede presentar como excesiva o innecesaria. Los criterios de sobreabundancia deben ser manejados con sumo cuidado y ser excepcionales. Su empleo requiere el análisis riguroso del caso concreto y de las características del proceso, *v. gr.*, en un proceso en el que hay convenciones probatorias, los medios de prueba que se presentan sobre los hechos son innecesarios. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "el concepto de sobreabundancia debe ser entendido **restrictivamente** y, siempre, desde la perspectiva de las propuestas del imputado, en los marcos de su estrategia defensiva, que no puede impedírsele o dificultársele, bajo el riesgo de generarle efectiva indefensión material"[2050] (las negritas son nuestras).

Se debe distinguir el caso de las pruebas superfluas o sobreabundantes del caso en el que la prueba se admitió oportunamente y se plantea su no actuación por el hecho de considerar que hay exceso de medios de prueba sobre el hecho. El juez debe practicar la prueba admitida oportunamente y no escudarse en que ya adquirió convencimiento sobre los hechos o en que la actuación de más medios de prueba es innecesaria[2051].

II.2. LOS MEDIOS DE PRUEBA DE IMPOSIBLE CONSECUCIÓN

67. Una segunda modalidad de la regla de limitación probatoria consiste en hacer que el concreto medio de prueba sea considerado de **imposible consecución.**

La ley no alude a la mera dificultad para lograr conseguir la prueba, sino a la imposible consecución. Un medio de prueba es de imposible consecución cuando la fuente o el órgano de prueba no existe, ha desaparecido, se ha suprimido o no se puede ubicar materialmente, de tal manera que no se puede incorporar al proceso.

La exigencia de imposible consecución debe probarse de manera razonable a través de cualquier medio de prueba permitido y lícito. No basta alegar imposible consecución para que un medio de prueba no se pueda admitir en el proceso. Quien

2049 Cfr. Ferrer Beltrán, *La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas*, cit., p. 110, quien aconseja la decisión de exclusión de la prueba por redundancia aconseja un uso muy cuidadoso y restringido a supuestos muy claros.

2050 Véase, la Apelación N.º 71-2022 del 5 de diciembre del 2022 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

2051 Cfr. Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 56.

afirma que un medio de prueba es de imposible consecución debe cumplir con la carga de la prueba y con la carga de la fundamentación.

El que una fuente u órgano de prueba sea de imposible consecución debe valorarse según **parámetros objetivos y materiales,** y no sobre criterios subjetivos o de pura consideración personal, *v. gr.*, si una parte cree, sin ninguna base objetiva, que el testigo no va a concurrir al proceso a declarar.

68. El artículo 20.1 de la Ley de Crimen Organizado prescribe que "en los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de **imposible consecución** o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba". La primera modalidad que puede justificar la prueba trasladada es que un concreto medio de prueba "**sea de imposible consecución**" en el proceso fuente.

La doctrina nacional resalta que en la prueba trasladada existen límites expresos en los casos de la prueba personal y en las diligencias objetivas e irreproducibles. En estos casos, se requiere que el traslado resulte indispensable debido a que en el proceso receptor dichos medios de prueba son de imposible consecución o de difícil reproducción por riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza de un órgano de prueba. Se requiere acreditar una razón suficiente establecida en la ley que impida la actuación de la prueba en el proceso receptor[2052].

En la doctrina, se considera que un medio de prueba solo puede trasladarse a otro proceso cuando sea imposible su reproducción o actuación en el proceso (receptor) en el que se pretende acreditar la veracidad de una afirmación o alegación, ya que de ser posible la reproducción del medio de prueba no hay necesidad de su traslado[2053], *v. gr.*, si una persona puede declarar sin dificultad en el proceso penal o en el juicio cumpliendo con el principio de inmediación, contradicción y el derecho a interrogar testigos, no es necesario que se traslade el testimonio que la persona prestó en otro proceso.

El fundamento de esta causal de prueba trasladada es preservar la búsqueda de la verdad en el esclarecimiento de los hechos y el evitar lagunas probatorias insoportables en el proceso penal, pese a que se cuenta en otro proceso con el medio de prueba que puede brindar información y luces en la acreditación de una determinada hipótesis. La parte que alega que el medio de prueba es de imposible consecución debe acreditar por qué llega a sostener dicha causal, *v. gr.*, presentando la partida de defunción del testigo. Otro de los fundamentos de esta causal es el respeto estricto

2052 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 1236.
2053 Cfr. Guimarães Ribeiro, *Provas atípicas*, cit., p. 114.

al derecho a la prueba, dado que las partes tienen la facultad constitucional de acreditar de manera fehaciente cada una de sus afirmaciones, sobre todo en situaciones excepcionales en las que, por ejemplo, la fuente de prueba ha desaparecido. Si hay un medio de prueba que puede servir a la determinación de los hechos, no se debe renunciar a su logro y a su incorporación al proceso.

El hecho objetivo de que una prueba sea de imposible consecución supone que la única opción posible y viable, como un interés material de la justicia, es el lograr cubrir la laguna probatoria que puede surgir utilizando el desplazamiento probatorio. Se acude a la adopción de una medida excepcional desde el momento en que hay una situación de urgencia, hay un hecho que se busca probar y el medio de prueba es imposible de obtener, de tal manera que la única vía que queda es acudir a la circulación de prueba de proceso a proceso.

No constituye un medio de prueba de imposible consecución la declaración indagatoria o instructiva de una persona que se traslada de un proceso penal a otro. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señala lo siguiente:

> 5.3. Respecto de la declaración instructiva de Malcolm Jack Cambillo Sucuitana —a fojas doscientos noventa y ocho—, esta se trata de una declaración instructiva realizada en el marco de otro proceso penal en su contra, en ese sentido se trata de un proceso diferente del que motiva la presente ejecutoria. Dicho elemento probatorio fue propuesto como prueba documental, sin embargo, el mismo al no tener, por sí mismo, capacidad de representación no cumple con las características propias de un documento; es evidente que dicha declaración instructiva se dio en el marco de un proceso distinto del que motiva la presente ejecutoria —únicamente puede ser analizada teniendo la declaración del Cadillo Sucuitama como previa referencia— dicha situación constituiría en principio un supuesto de prueba trasladada, sin embargo, de la revisión del mismo se advierte que no cumple los requisitos contenidos en el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales. En ese sentido, respecto de este elemento probatorio propuesto, el mismo no es posible asignarle un valor probatorio como prueba documental y, al no cumplir con los requisitos legalmente establecidos, tampoco es posible asignarle un valor probatorio bajo el supuesto de prueba trasladada, máxime si se trata de una declaración instructiva y ni siquiera de un testimonio que genere mayor verosimilitud[2054].

2054 Véase el R. N. N.º 515-2016 del 11 de enero del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente Figueroa Navarro).

CAPÍTULO XI

LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

SUMARIO: I. El fundamento. A. El fundamento constitucional y convencional. B. La regla de exclusión de la prueba ilícita y la protección de los derechos fundamentales. C. El alcance de la prueba ilícita. **II.** La regla de exclusión de la prueba ilícita como norma constitucional directamente aplicable. **III.** El ámbito de aplicación de la regla de exclusión. su efecto expansivo a toda clase de proceso. **IV.** ¿Los particulares pueden incurrir en la obtención y/o práctica de una prueba prohibida? **V.** La violación del contenido esencial de los derechos fundamentales como centro de gravedad de la regla de exclusión de la prueba ilícita. **VI.** Las pruebas obtenidas "directa o indirectamente" con la violación de los derechos fundamentales. A. Las pruebas ilícitas obtenidas directamente. B. Las pruebas ilícitas obtenidas indirectamente. C. La prueba independiente. **VII.** La necesidad de regulación legal expresa de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita. **VIII.** El titular de la carga de la prueba en los casos de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

I. EL FUNDAMENTO

A. El fundamento constitucional y convencional

1. La Constitución peruana a diferencia de otras constituciones (*v. gr.*, la Constitución española, italiana o alemana) establece expresamente la ineficacia de los medios de prueba en caso que estos se obtengan como consecuencia de la violación del derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 2.10) y del ejercicio de la violencia moral, psíquica o física, o cuando se somete a la persona a tortura, tratos inhumanos o humillantes (artículo 2.24.h). En el supuesto de la violación al secreto de las comunicaciones se consagra que "*los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal*" y, en el caso del empleo de la violencia contra la persona, se establece que "*carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia*".

Otras constitucionales del mundo como la Constitución de Portugal (artículo 32.8[2055]), de Brasil (artículo 5, LVI[2056]) o Colombia (artículo 29[2057]), también regulan casos de prohibiciones probatorias. Hay constituciones que regulan, de manera general, la regla de exclusión de la prueba ilícita y otras como el caso de la Constitución peruana, que solo aluden a supuestos específicos de prueba ilícita: la violación al secreto de las comunicaciones (artículo 2.10) y las declaraciones obtenidas mediante tortura, tratos inhumanos o humillantes (artículo 2.24.h).

Asimismo, hay países que reconocen vía jurisprudencial la vigencia de la regla de exclusión de la prueba ilícita, pese a no contar con una regulación constitucional ni legal en la materia; y otros países solo reconocen la vigencia de la regla de exclusión a nivel infraconstitucional[2058] sobre la base de una regulación de una ley general (*v. gr.*, Ley orgánica del Poder Judicial) o de una ley procesal.

2055 "Serán nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona, la intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones".

2056 "Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos".

2057 "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

2058 Véase, Hairabedián, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, p. 28; Armenta Deu, Teresa, *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 43 y ss.

El hecho de que exista o no una regulación constitucional expresa de la prueba ilícita y/o de la regla de exclusión no impide que se admita en el derecho comparado su enorme valor e importancia[2059] en el plano de la vigencia de los derechos humanos (artículo 44 de la Const.) y el respeto a la fuerza normativa y la supremacía jurídica de la Constitución[2060]. La regla de exclusión de la prueba ilícita es una conquista jurídica inderogable que forma parte no solo del *ius comune* de los diversos Estados occidentales, sino que ha sido reconocido por los diversos tratados internacionales de derechos humanos como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se trata de un principio regulado expresamente en muchas constituciones, pero que no presenta un alcance absoluto e ilimitado, ya que se encuentra sujeto a determinados condicionamientos históricos, sociales, políticos o culturales. En los diversos ordenamientos jurídicos se formulan excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y al reconocimiento de su eficacia refleja o derivada[2061].

La Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen la obtención de la información probatoria que es consecuencia del empleo de medios o métodos que suponen una afectación de los derechos fundamentales como es el caso de la tortura, los tratos inhumanos y degradantes, entre otros. De allí que la legitimación, la delimitación y las consecuencias jurídicas de la recepción de la prueba constituyen directamente los puntos neurálgicos y esenciales de un proceso penal de un Estado de derecho[2062].

2. En el Perú, la ley fundamental solo reconoce expresamente la regla de exclusión de la prueba ilícita en el caso de la violación de dos derechos fundamentales (el secreto de las comunicaciones y el derecho a la integridad personal). En el caso de la posible vulneración de otros derechos fundamentales, guarda silencio y no ofrece algún tratamiento. Sin embargo, a partir de las dos prescripciones constitucionales (artículo 2.10 y el artículo 2.24.h) es posible formular un principio constitucional que sostiene que toda violación a un derecho fundamental acarrea como consecuen-

2059 Cfr. Asencio Mellado, *La exclusión de la prueba ilícita en la fase de la instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*, cit., p. 1081: "Suprimir, contra lo que es norma en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, la eliminación del concepto de prueba ilícita, situaría a España, de nuevo, en la cola de los países democráticos y, muy seguramente, de llevarse adelante, se enfrentaría con lo dispuesto en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. El riesgo de que eso ocurra es patente y se impone cuidar en extremo posiciones que aun sin intención propician un Estado fuerte, como ilimitado en sus facultades de investigación".

2060 Cfr. Zapata García, María Francisca, *La prueba ilícita*, Santiago de Chile, Nexis-Lexis, 2004, p. 46; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 80.

2061 Cfr. Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 69.

2062 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 24/13, p. 278.

cia la privación de todo efecto legal del medio probatorio o del acto de investigación. La violación de un derecho fundamental —que supone, a su vez, la violación de la Constitución— genera como consecuencia jurídica la pérdida de la eficacia y la invalidez del acto. Dicho principio tiene apoyo en la supremacía jurídica y política de la Constitución, el respeto a la dignidad de la persona humana (artículo 1), la máxima eficacia de los derechos fundamentales y el deber primordial del Estado de "*garantizar la plena vigencia de los derechos humanos*" (artículo 44).

La regla de exclusión probatoria limita la adquisición de pruebas a nivel de la investigación y del proceso penal; además, tiene un carácter imperativo y un alcance general que debe ser cumplido por los poderes públicos y los particulares[2063]. Dichas normas cumplen una **función protectora**[2064] de carácter constitucional que afianza la vigencia y la necesidad de respeto de los derechos fundamentales.

Las Constituciones históricas del Perú han regulado, de modo fragmentario y parcial, la regla de exclusión de la prueba ilícita, tal como se puede comprobar con las Constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993[2065]. A diferencia de lo que ocurre con la historia política y jurídica de otros Estados (*v. gr.*, Estados Unidos) en la que la regla de exclusión es una creación eminentemente jurisprudencial, en nuestro país existe una positivación y regulación expresa de la prueba ilícita en el caso de violación del secreto de las comunicaciones privadas y de las declaraciones obtenidas con violencia (física o psicológica)[2066].

3. Una interpretación según la Constitución, en coherencia con el respeto a la dignidad de la persona humana, debe asumir que la ineficacia legal establecida en el artículo 2. 10 y el artículo 2.24.h de la Constitución comprende, en realidad, a toda forma de prueba ilícita que se ha obtenido con violación al núcleo esencial de los

2063 Cfr. Gálvez Muñoz, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Pamplona, Aranzadi, 2003, p. 59; Zapata García, *La prueba ilícita*, cit., p. 49; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 80.

2064 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 18.

2065 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 228; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 160 y ss.; Sánchez Córdova, Juan, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 19. Sin embargo, Castro Trigoso (*La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 77) considera que "quizás el constituyente consideró que estos dos derechos fundamentales —el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados y a la integridad física, moral y psíquica—, eran dos de los derechos con más posibilidades de afectación". Esta última postura pasa por alto que, desde el punto de vista histórico, las diversas constituciones peruanas han recogido la regla de exclusión de la prueba ilícita en el caso de la violación de correspondencia privada y luego se amplío al caso de la obtención de declaraciones mediante el empleo de violencia o amenazas.

2066 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 227; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 160.

derechos humanos[2067]. La consecuencia de la ilicitud de la prueba se debe predicar de toda violación de los derechos fundamentales, de manera que no se puede incluir a unos y excluir a otros. Como señala Asencio Mellado: "no cabe discriminación entre derechos en orden a la exigencia de su respeto"[2068].

El constituyente ha establecido —de manera expresa, clara e inequívoca— una consecuencia jurídica determinada 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[2069] posee ribetes sumamente amplios, pues dicha prueba no se puede valorar ni desplegar efectos en alguna instancia, ya sea pública o privada; menos puede pretender ser utilizada en un procedimiento o resolución judicial[2070]. Incluso, se plantea que la información obtenida de esa manera se tome como si no existiera[2071].

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, así pues, se considera que la Constitución constituye una norma razonable que no enmienda los efectos de hecho de la violación producida[2072].

4. Las normas constitucionales y los derechos fundamentales constituyen parámetros normativos de validez de todos los actos estatales y privados[2073]. La validez —o ineficacia en términos constitucionales— de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales se debe entender en términos generales y amplios, sin conocer restricción alguna o sin importar el contenido que tengan[2074]. El fundamento de la regla de exclusión probatoria reposa en la exigencia de respeto al principio de constitucionalidad y de que todos los actos de los poderes públicos

2067 Cfr. Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 80.

2068 Asencio Mellado, José María, *El proceso penal con todas las garantías*, en *Derecho procesal penal. Estudios fundamentales*, Lima, Inpecc, 2016, p. 56.

2069 Cfr. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 75; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 84.

2070 Cfr. Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 5a. ed., Lima, Rao, 1999, p. 142.

2071 Por todos, Bernales Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, cit., p. 142.

2072 Cfr. Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, PUCP, 1999, T. I, p. 283.

2073 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 621.

2074 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 59; Bernales Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, cit., p. 142; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 84.

han de estar sujetos a la legalidad ordinaria en al ámbito de la actividad probatoria que es propio de una investigación y un proceso de un Estado constitucional[2075].

La regla de exclusión de la prueba ilícita posee rango y fundamento constitucional que posee una marcada importancia en un ordenamiento jurídico democrático, de manera que está al margen de los cambios y vaivenes normativos que son propios de las leyes ordinarias[2076].

Las normas aludidas constituyen preceptos de un especial valor y sentido constitucional en la protección, garantía y afianzamiento de los derechos humanos, pues no solo remarca la necesidad de que la prueba se obtenga con sujeción a los derechos derivados del respeto 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.

Los poderes públicos y, en especial, los jueces se erigen como los tutores y los garantes de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos frente a los poderes públicos como privados[2077]. Ellos están llamados a optimizar su vigencia y efectividad de los derechos de la persona en todos los casos, en especial, en las situaciones conflictivas que los ponen en cuestionamiento, tal como ocurre con la prueba ilícita.

5. Las normas constitucionales que consagran derechos o garantías de 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** o **eficacia directa**[2078]. 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 al respecto no puede impedir

2075 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 16.

2076 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 46; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 63.

2077 Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 836.

2078 Por todos: Gössel, *La prueba ilícita en el proceso penal*, cit., p. 202; Gómez Colomer, Juan-Luis, *El proceso penal en el Estado de derecho*, Lima, Palestra, 1999, p. 19; Pico i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, José María Bosch, 1997, p. 24; Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal [hacia una teoría y ley procesal génerales]*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, p. 58; Ramos Méndez, Francisco, *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, Barcelona, J. M. Bosch, 2001, p. 10; López Guerra, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 113; Orozco Abad, Iván y Juan Gabriel Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis, 2000, p. 113; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 109.

su aplicación[2079]), e, incluso, por la especial jerarquía del texto constitucional, deben ser aplicadas con preferencia sobre estas últimas.

La naturaleza ejecutiva y la autoperatividad de los derechos fundamentales no requiere de una norma legal de segundo orden[2080] [ley, reglamento, etc.], para hacerlo efectivo, más aún si la Constitución establece claramente la ineficacia legal de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales.

Las normas constitucionales consagradas en el artículo 2.10 y el artículo 2.24.h de la Constitución pueden aplicarse a otros casos de prueba ilícita [*v. gr.*, allanamiento de domicilio, registro personal, intimidad, etc.], amparándose en la aplicación analógica de la ley fundamental en la medida que resulta más favorable al ciudadano. Constituye una injustificada e innecesaria restricción para el efecto irradiente 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 son los casos de la violación del secreto en las comunicaciones o la violación de la integridad personal; y no otras formas de prueba ilegal que, según el caso, pueden albergar un grado máximo de lesividad.

B. La regla de exclusión de la prueba ilícita y la protección de los derechos fundamentales

6. La prohibición de prueba ilícita posee un fundamento constitucional directo que se basa en la posición preferente de los derechos fundamentales y la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 de la Const.) en un Estado constitucional. La propia vigencia y efectividad de los derechos fundamentales impone el rechazo de todos aquellos medios y actos que se hayan practicado infringiéndolos. La regla de exclusión de la prueba ilícita se puede reclamar y exigir en todo sistema constitucional democrático que reconozca el valor preferente de los derechos fundamentales, aun cuando no exista regulación constitucional específica[2081].

La Constitución y los tratados de derechos humanos (CADH, PIDCP, DUDH) consagran ciertas limitaciones necesarias para la coexistencia pacífica y no toleran la sumisión de la persona humana a un fin superior que es propio de un proceso

2079 Cfr. Gössel, *La prueba ilícita en el proceso penal*, cit., p. 202; Pico i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. M. Bosch, 2011, p. 25; Fairén Guillén, *Doctrina general del derecho procesal*, cit., p. 58.

2080 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 59; Edwards, Carlos Enrique, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Córdoba, Lerner, 2000, p. 18.

2081 Cfr. Asencio Mellado, *El proceso penal con todas las garantías*, cit., p. 57.

penal autoritario[2082]. Por ello, hay consenso en que es preferible dejar de punir a un sospechoso que castigar a una persona, violando sus derechos humanos[2083]. Se resalta que cuando los derechos fundamentales ceden a los intereses estatales de persecución se está a un paso de la legalización del abuso y de la dictadura[2084].

Los intereses jurídicos y sociales protegidos en el proceso penal encuentran su límite en el respeto a la dignidad de la persona humana y los principios fundamentales de un Estado de derecho, los cuales exigen de manera especialmente relevante, que no se puedan hacer valer ni utilizar los actos que violan los derechos fundamentales[2085]. Como señala Frisch: "El decidido reconocimiento del individuo como titular de derechos fundamentales, conforme a la apreciación social, ha influido esencialmente en el proceso penal y paulatinamente ha llevado a una sensibilización frente a prácticas de persecución penal, que hace cien años no habrían tenido consecuencias legales"[2086].

La regla de exclusión probatoria reposa en una garantía objetiva que es propia de la ubicación preferente del sistema de los derechos fundamentales y la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales que exigen que todo acto que los afecte, de manera directa o indirecta, carece de valor probatorio en el proceso[2087].

La finalidad de la Constitución y de la ley procesal al regular la regla de exclusión de la prueba ilícita pretende impedir que las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales se admitan al proceso, o que en caso hayan ingresado, no se puedan utilizar para fundamentar una decisión[2088]. Por ello, se admite que no todas las informaciones probatorias deben ingresar al proceso penal o permanecer en él; no toda forma de conocimiento probatorio es válida ni puede circular a nivel del proceso penal. Por mandato constitucional y convencional, en determinados casos, el juez debe suprimir y excluir ciertos medios de conocimiento judicial. A veces la información que circula en el mundo a la que puede acceder el juez solo puede utilizarse de manera limitada y se supedita a que se produzca de manera válida[2089].

2082 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 406.

2083 Cfr. Castanho de Carvalho, Luis Gustavo, *Processo penal e Constituição. Príncipios constitucionais do processo penal*, 6a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2014, p. 129.

2084 Cfr. Bedé Júnior/Senna, *Príncipios do processo penal*, cit., p. 50.

2085 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4a. ed., Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais-Coimbra Editora, 2007, vol. I, p. 524.

2086 Frisch, *Transformaciones del derecho penal como consecuencia del cambio social*, cit., p. 32.

2087 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 44.

2088 Cfr. Torquato Avolio, Luiz Francisco, *Provas ilícitas. Interceptações telefónicas, ambientais e gravações clandestinas*, 6a. ed., São Paulo, 2015, p. 90.

2089 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/6, p. 367

7. La regla de exclusión de la prueba prohibida constituye **una auténtica garantía de los derechos fundamentales**[2090], la cual refleja la fuerza normativa de la Constitución que alcanza a todos los procesos. Por este mandato constitucional no solo se excluyen las pruebas que derivan directamente de la lesión de un derecho, sino también aquellas otras que derivan indirectamente de la misma, ya que su fundamento reside en la preservación del contenido esencial de cada derecho fundamental afectado por la injerencia ilegítima que reclama —más allá de cualquier otra consecuencia o medida— la exclusión del material probatorio obtenido con su violación[2091].

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 establecer una constitución normativa. En tanto Constitución normativa "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"[2092].

8. El núcleo del artículo VIII.2 del TPCPP por el que se priva y excluye de eficacia legal la obtención de un medio de prueba, reside en la **violación de los derechos fundamentales de la persona.** Sin la afectación de un derecho fundamental no se puede privar de eficacia a una prueba; solo en la medida que se reconozca e identifique a un derecho fundamental y que se afecte —de manera directa o indirecta— la posición ius fundamental, tiene sentido la exclusión probatoria.

Los derechos fundamentales son aquellos derechos universales que son indispensables e inalienables y que son atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas que son capaces de obrar, ya se trate de derechos negativos, como los derechos de la libertad, a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o

2090 Cfr. Gascón Abellán, Marina, *¿Libertad de prueba? defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*, en *Reflexiones en torno al Derecho procesal constitucional* (A. Giacomette dir.), Bogotá, Universidad El Bosque, 2012 [disponible en: https://tinyurl.com/bdz3epzu, p. 6]; Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 21 y 43; Díaz Cabiale, José Antonio y Ricardo Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, Civitas, 2001, p. 28; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 59: "Los derechos fundamentales constituyen la piedra angular y aun la sustancia vivificante del Estado social y democrático de Derecho, que proclama solemnemente la Constitución en su artículo 1. Sin ellos no podría haber democracia, ni libertad, ni respeto a la dignidad de la persona humana".

2091 Cfr. Asencio Mellado, José María, *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*, en *Derecho procesal penal. Estudios fundamentales*, Lima, Inpecc, 2016, p. 912; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 59.

2092 Cfr. Balaguer Callejón, F., *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 30.

derechos positivos, como los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos[2093]. Los derechos fundamentales de la persona son derechos inviolables, inderogables, indisponibles e inalienables.

La tutela de los derechos fundamentales y la Constitución es el fundamento jurídico político para privar de todo efecto legal a la prueba obtenida en el marco de una investigación o de un proceso penal que se adelanta con la violación de cualquier derecho fundamental. La razón constitucional para consagrar la regla de la exclusión de la prueba ilícita es la preservación del contenido esencial de cada derecho fundamental afectado por la injerencia legítima, lo que determina la ineficacia de las pruebas que se obtienen mediante actos inconstitucionales[2094]. La declaración constitucional de los derechos de los ciudadanos equivale a la declaración constitucional de los deberes del Estado[2095].

9. Desde la perspectiva del rango de la norma violada, el más importante nivel de la norma violada es la que se relaciona con las infracciones de las disposiciones constitucionales o de los tratados de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. Se trata de la configuración de pruebas inconstitucionales o contrarias a las convenciones internacionales de derechos humanos[2096]. Asimismo, se tiene que por mandato del artículo 155.1 del CPP existe una inutilización del quebrantamiento de la legalidad ordinaria, tal como ocurre en el derecho italiano (artículo 191 del CPP) y el derecho brasileño (artículo 157 del CPP).

Por su parte, en el derecho peruano se puede identificar una "inutilización probatoria constitucional" y una "inutilización probatoria legal". Sin embargo, la infracción de la legalidad ordinaria debe establecer de manera adecuada el contenido esencial del principio de legalidad[2097]. Por ejemplo, no forma parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia probatoria el caso de las pericias institucionales no ratificadas, de manera que no pueden ser consideradas como prueba prohibida[2098].

La prueba prohibida en nuestro ordenamiento jurídico no se sustenta en la protección de intereses difusos como la prevención de actos abusivos de la policía o la sola infracción de las reglas de un procedimiento ordinario, sino que descansa en la protección de la Constitución y la adecuada tutela de los derechos fundamentales.

2093 Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2010, p. 61.

2094 Cfr. Asencio Mellado, *La exclusión de la prueba ilícita en la fase de la instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*, cit., p. 1082.

2095 Por todos, Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 862.

2096 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 40.

2097 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 48.

2098 Véase, el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

Su sentido jurídico político no se puede encontrar en los estrechos márgenes del proceso penal o las reglas internas que lo conforman y que dan lugar a una determinada práctica interpretativa (artículo VIII del TPCPP y artículo 159 del CP). Su base y fundamento está fuera del proceso penal y reside en brindar una tutela adecuada a la Constitución y a los derechos fundamentales que son el sustento del ordenamiento jurídico y del sistema democrático.

En cualquier análisis y debate —sea teórico o jurisprudencial— sobre la prueba, prohibida necesariamente, debe partirse de un enfoque constitucional, identificando el derecho fundamental afectado, la conducta lesiva y la gravedad o intensidad de la misma. No es concebible un estudio intramuros del proceso penal o con parámetros propios y exclusivos del derecho procesal penal. La legislación procesal penal peruana obliga a acudir a parámetros externos que encierran no solo aspectos formales de necesaria referencia (la regulación de un derecho fundamental), sino a criterios valorativos y a principios que fundan la axiología de nuestro sistema jurídico.

Para entender a cabalidad la violación de los derechos fundamentales como criterio rector de la prueba prohibida debe remitirse a planteamientos propios del derecho constitucional y de los derechos humanos que son la fuente material de los derechos fundamentales. Sin comprender el contenido, finalidad, eficacia vinculante y la función constitucional de protección de los derechos fundamentales no es posible dimensionar el fundamento y alcance de la prueba prohibida.

Los derechos fundamentales y las garantías constitucionales no solo son límites formales, declaraciones de intenciones que encierran un mero valor político o programático, puramente referencial sin eficacia jurídica y práctica alguna; por el contrario, se trata de limites materiales de indiscutible contenido jurídico que despliega su efectividad en su relación con el poder político.

10. El fundamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita en los derechos fundamentales ha sido reconocido por los distintos tribunales constitucionales.

El TC español en la sentencia 114/1984 ha señalado que "el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía —por el ordenamiento en su conjunto— de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso".

El Tribunal Constitucional peruano ha declarado lo siguiente:

> Los derechos fundamentales no solo tienen una vertiente subjetiva que incumbe solo a las partes que participan en un proceso, sino también una objetiva, que debe ser del interés de la legislación, administración y jurisdicción, pues representan los valores materiales de todo sistema jurídico y están basados en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano[2099].

Asimismo, el TC sostiene:

> La realización del Estado constitucional y democrático de derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. Es que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos, subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual, merece toda la salvaguarda posible. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional[2100].

El TC peruano establece que "la ejecución de política de persecución criminal del Estado se debe realizar, necesariamente, respetando los principios y valores constitucionales, así como los derechos fundamentales de las personas. Precisamente, la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que esta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y en que en su seno las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes lo detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirlo"[2101].

2099 Exp. N.º 0083-2003-AA/TC, Caso: Juan Cipriano Huamán Espino; Exp. N.º 0740-2003-HC/TC, Caso: Rosana Claudia Borelina Bargelata.

2100 Exp. N.º 3330-2004-AA/TC, Caso: Ludesminio Loja Mori.

2101 Véase, Exp. N.º 003-2005-PI/TC, Caso: 5186 ciudadanos (demandantes) c. Poder Ejecutivo y Poder Legislativo (demandados).

11. La regulación constitucional y legal de la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene como finalidad básica el desterrar las pruebas ilícitas no solo del proceso o de la investigación, sino del ordenamiento jurídico, debido a que supone una afectación nuclear a los derechos de la persona y a la vigencia plena de los derechos fundamentales.

Se trata de una institución **constitucional**[2102] y procesal autónoma[2103] que posee un régimen y un tratamiento jurídico propio que está dotado de un contenido constitucional y convencional independiente. No se trata de una norma o institución subordinada, por el contrario, la decisión del constituyente y del legislador de abordar la problemática de la prueba ilícita supone no solo admitir expresamente la importancia del tema, sino que destaca su profundo sentido jurídico constitucional y de protección de la persona humana.

12. Lo que comenzó en algunos países como un planteamiento innovador de la jurisprudencia (*v. gr.*, norteamericana) que afianzaba la tutela de la Constitución y los derechos contenidos en ella, ha desencadenado que en gran parte de los Estados occidentales se produzca un reconocimiento expreso a nivel normativo de la regla de exclusión de la prueba ilícita, ya sea en las Constituciones (Portugal, Brasil, Colombia, México, Perú, entre otros), en los Códigos procesales o en otras leyes (LOPJ en España) que afianza y consolida su importancia en el ordenamiento jurídico. Es así que, de ser un aporte jurisprudencial, ha pasado a constituir derecho positivo y ley vigente en la mayor parte de países.

Asimismo, pese a que su gestación y desarrollo inicial se dio en el proceso penal ahora —sin perder su esencia— se reconoce su alcance en cualquier tipo de proceso en el que puede presentarse la problemática de la prueba ilícita siempre que se violen los derechos de la persona.

El tratamiento jurídico de la regla de exclusión de la prueba ilícita supone la existencia de una regulación legal (o constitucional) propia que genera un régimen jurídico que determina la inadmisión o exclusión del acto (probatorio) adquirido con violación de las reglas probatorias, los derechos fundamentales o de las garantías constitucionales, de manera que dicho acto ilegal o inconstitucional no puede servir de base probatoria válida de una decisión judicial.

2102 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 43.

2103 Véase, como institución procesal: Gössel, *Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, cit., p. 150; San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 34.

13. Según se reconoce de manera general al derecho procesal penal se le asigna el calificativo de sismógrafo de la Constitución[2104] o de derecho constitucional aplicado[2105]. El derecho constitucional penal es aquella parte de la Constitución que comprende al derecho penal material, al proceso penal y el derecho de ejecución penal[2106]. La consideración del proceso penal como derecho constitucional aplicado supone: (i) los fundamentos del derecho procesal penal serán siempre los fundamentos constitucionales del Estado; y (ii) la regulación de los principales problemas del proceso penal posee una conformación e incidencia jurídico constitucional[2107]. Cualquier modificación de la Constitución en el ámbito de los derechos fundamentales y de las garantías mínimas del debido proceso supone una modificación inmediata del derecho procesal penal.

Mientras el derecho penal es el que dirige y regula la vida de los ciudadanos, el derecho procesal penal es el que interviene en la vida y los derechos de la persona. En un Estado constitucional, la ley fundamental adquiere desde la perspectiva sistemática, teleológica e histórica un enorme papel en el fin del proceso penal (*v. gr.*, realización del derecho penal, tutela de la persona y los derechos fundamentales) y la formación de las reglas del procedimiento penal[2108].

Los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana crean derechos de participación del imputado (y de la víctima) frente al Estado, así como

---

2104 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 24/30, p. 2/1; Volk, Klaus, *Los principios del proceso penal y la sociedad posmoderna: contradicciones y perspectivas*, en *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 222.

2105 Cfr. Baumann, Jurgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 29; Jung, *El proceso penal: conceptos, modelos y supuestos básicos*, cit., p. 97; Rieb, Peter, *Derecho constitucional y proceso penal*, en *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 126; Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, 1a. reimpr., Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, p. 72; Hassemer, Winfried, *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, en *Jueces para la Democracia*, N.º 4, 1988, p. 9; Dencker, *Criminalidad organizada y procedimiento penal*, cit., p. 480; Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 74; Gómez Colomer, Juan-Luis, *Estado democrático y modelo policial: una propuesta de diseño de cara a lograr una investigación eficaz del crimen*, en *La policía en los estados de derecho latinoamericanos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 12: "Estas relaciones entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Constitucional tienen, desde otro punto de vista, una conexión ideológica evidente, puesto que el proceso penal acoge siempre en su seno las condiciones políticas de la sociedad en que se ha de desarrollar, lo que significa que nuestro proceso penal es el espejo en el que se miran los preceptos constitucionales, reflejando la verdadera naturaleza del régimen político imperante".

2106 Véase, Hassemer, Winfried, *Direito penal, defesa penal e Constituição*, en *Lusiada. Direito*, N.º 4/5, Lisboa, 2007, p. 524.

2107 Cfr. Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 74.

2108 Véase, Amelung, Knut, *Constitución y proceso penal en Alemania*, en *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 22.

un conjunto de garantías jurídico procesales. La dignidad de la persona reclama la ausencia de una coacción innecesaria del Estado como la exigencia de preservar el desarrollo de la personalidad y la autonomía de la persona. Si es que no se tomarán en cuenta los derechos fundamentales y la importancia del respeto a la dignidad del imputado, la persona se convertiría en un objeto del proceso y el proceso penal aparecería como un mecanismo de opresión y contrario a los criterios de civilidad y de legitimidad democrática[2109].

Los derechos fundamentales ofrecen al ciudadano la posibilidad de acudir a la vía judicial para defenderse de las limitaciones a su libertad derivadas de medidas estatales y, en caso necesario, interponer un recurso, pues también un Estado de derecho está en el peligro de cometer un error que puede conducir a violaciones de los derechos fundamentales. Como señala Schneider: "El Estado de derecho es equivalente, más bien, a 'Estado de derechos fundamentales'. Toda injerencia excesiva o innecesaria en los derechos fundamentales se manifiesta, al mismo tiempo, como una descomposición del carácter de Estado de Derecho"[2110].

La dignidad de la persona humana protege al hombre creando una serie de garantías institucionales que son puestas a disposición de las personas a fin de que puedan garantizar la eficacia de los derechos que se le reconocen a través de ciertos procedimientos y reglas[2111].

14. La fuerza configuradora del derecho constitucional en el proceso penal se presenta de manera paradigmática en los siguientes aspectos:

(i) Hay normas procesales que poseen rango constitucional, *v. gr.*, el macro derecho del debido proceso y la tutela judicial efectiva (artículo 139.3).

(ii) Los derechos fundamentales (artículos 1 y 2, *in fine*) y la necesidad de preservar su núcleo esencial limitan en gran medida la actividad del legislador y del juez. La zona sísmica y altamente sensible del proceso penal lo constituye la mayor o menor afectación de los derechos fundamentales que corren peligro por la posibilidad, siempre latente, de que se aplique una medida limitativa o una medida de coerción previstas en la ley.

(iii) La regulación de los derechos jurisdiccionales fundamentales (*v. gr.*, independencia judicial, imparcialidad, derecho de defensa, motivación,

2109 Cfr. Wolter, Jürgen, *Dignidad humana y libertad en el proceso penal*, en *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 230 y 243.

2110 Cfr. Schneider, Hans-Peter, *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 7, Madrid, 1979, p. 24.

2111 Cfr. Antunes Rocha, Carmen Lúcia, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 2, N.º 2, 2001, p. 51.

derecho al recurso, etc.) supone el reconocimiento del valor superlativo que poseen las reglas del debido proceso y cuya infracción supone una violación a la Constitución.

(iv) La regulación de toda clase de proceso —entre los que se cuenta el proceso penal— recibe una influencia directa de los principios y valores constitucionales, tal como ocurre con la cláusula del Estado de derecho y del Estado social (artículo 43), con el principio rector del respeto y defensa de la dignidad de la persona humana (artículo 1), la exigencia de preservar el principio de igualdad.

La consagración constitucional de ciertas normas procesales implica no solo un fundamento constitucional inequívoco del proceso, sino la exigencia de respeto de dichas normas por parte del legislador ordinario y todos los poderes públicos. Asimismo, como forman parte de la Constitución cualquier modificación a dichas normas se debe someter al procedimiento de reforma constitucional.

La aplicación de las reglas procesales pasa necesariamente por una interpretación, según y conforme la Constitución, tomando en cuenta los principios y valores que la inspiran. Rige como regla en el ámbito del derecho procesal penal la interpretación teleológica-valorativa. Por ejemplo, la interpretación de los derechos fundamentales se basa en el principio *pro homine* y en la exigencia de una amplia protección, antes que una interpretación restringida[2112]. Los conceptos y nociones tan comunes en la justicia constitucional como debido proceso, independencia e imparcialidad judicial, el juez predeterminado por ley, la motivación de las decisiones judiciales o la igualdad de armas son manejados y aplicados a diario por los operadores del sistema penal.

Los límites materiales y formales de un proceso penal vinculado a la Constitución suponen:

- La preservación del núcleo de la dignidad personal y la prohibición de instrumentalización de la persona, cualquiera que sea su papel en el proceso penal (*v. gr.*, Imputado, víctima, etc.).
- La conservación de espacios nucleares de protección de la privacidad y la intimidad personal, por ejemplo, se prohíben medidas invasivas de escuchas indiscriminadas o de interferencia en el domicilio de la persona o la revisión amplia de sus documentos privados como es el caso de los diarios íntimos y las cartas personales.

2112 Cfr. Rieb, *Derecho constitucional y proceso penal*, cit., p. 132.

- La persona no puede vivir con el temor constante de que sus sentimientos, afectos, emociones o pensamientos pueden ser controlados por el Estado afectando el núcleo irreductible de los derechos fundamentales.
- La obtención de información del imputado posee límites constitucionales claros e infranqueables, *v. gr.*, ausencia de coacción, presión, engaño o déficits de información en el ejercicio de sus derechos.
- La prohibición de que se afecten los derechos fundamentales al margen y fuera de una autorización legal expresa, *v. gr.*, Escuchas ambientales; el control de aparatos telefónicos a través de técnicas paralegales o sin un permiso legal expreso.

15. En la doctrina alemana hay acuerdo en sostener que es muy difícil encontrar en las prohibiciones probatorias un único fundamento o una sola idea de la que se pueda deducir el conjunto de prohibiciones de prueba que se pueden presentar en los distintos contextos y en las distintas clases de procesos; tan es así es que hasta hoy permanece la falta de un resultado uniforme que sea aceptado por todo el mundo[2113].

Desde el momento que las prohibiciones de prueba tienen un distinto origen y clase resulta muy difícil encontrar un solo fundamento común que lo pueda explicar y sustentar de manera adecuada. El hecho de que se tenga que adoptar una decisión binaria (exclusión o no) sobre la evidencia cuestionada desde el punto de vista pragmático, hace muy difícil la solución del problema.

C. El alcance de la prueba ilícita

16. En la doctrina hay quienes consideran que la prueba ilícita no requiere de una regulación legislativa para su configuración y la posibilidad de aplicación práctica[2114]; sin embargo, hay quienes abogan y plantean la necesidad de una autonomía específica de la prueba ilícita que debe contar con un régimen jurídico propio[2115] y un tratamiento legal específico.

2113 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 24/30, p. 284; Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/8, p. 368.

2114 Cfr. Comoglio, Luigi Paolo, *Ética e tecnica del "giusto processo"*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 276; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 119; Gascón Abellán, *¿Libertad de prueba? defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*, cit., p. 7; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 17.

2115 Véase, Gómez Colomer, Juan-Luis, *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español*, en *Anuario de Derecho Penal 2008*, Lima, 2008, p. 149: "También sería muy útil que todos los supuestos de posibles ilicitudes probatorias vulneradoras de la Constitución quedaran normativizados, es decir, regulados en la ley ordinaria expresamente, de manera tal que su infracción se considerara, o bien causa de

En el derecho comparado se reconoce como principio de rango constitucional la no admisibilidad o la garantía de la no utilización de la prueba obtenida ilícitamente[2116]. La regla de exclusión de la prueba ilícita se sitúa en el núcleo duro de la Constitución y del proceso constitucionalmente fundado[2117]. Por ello, se alude a la denominación de una prueba inconstitucional[2118].

17. El alcance de la prueba ilícita depende de las valoraciones y elecciones que realiza el constituyente y el legislador ordinario en relación con la plena vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y el tratamiento de los actos que los vulneran directa o indirectamente[2119].

El debate acerca del fundamento constitucional o no de la prueba ilícita posee una indiscutible importancia, ya que condiciona y determina su significado, alcance y efectos en el ordenamiento jurídico. El que se trate o no de una garantía constitucional, de un derecho fundamental o de un mero remedio procesal influye en su configuración y tratamiento jurídico[2120].

La regulación y el fundamento constitucional de la regla de exclusión de la prueba ilícita lleva a que en el derecho comparado se considere como prohibido[2121]:

---

nulidad de todo el proceso y, por tanto, de puesta en libertad sin cargos del imputado o de su absolución, o bien de nulidad solo del acto, permitiéndose la condena en caso de existir otras pruebas lícitamente obtenidas"; Asencio Mellado, *El proceso penal con todas las garantías*, cit., p. 56: "La prueba prohibida, para que sea aplicable con cierta certeza, debe ser regulada a nivel constitucional o bien ser dispuesta mediante normas expresas en la legislación ordinaria". Luego, señala: "La mejor solución, a mi juicio, es la consagración general de la prohibición de utilización de resultados de una prueba ilícita". Ya antes, había sostenido que "sería conveniente la introducción en nuestro derecho positivo de normas que regularan la materia", véase, Asencio Mellado, José María, *La prueba prohibida en la jurisprudencia constitucional*, en *Derecho procesal penal. Estudios fundamentales*, Lima, Inpecc, 2016, p. 1018; Asencio Mellado, José María, *Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)*, en *Derecho procesal penal. Estudios fundamentales*, Lima, Inpecc, 2016, p. 1119.

2116 Cfr. Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 190; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., pp. 43 y 44; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 80.

2117 Cfr. Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 190; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 214.

2118 Cfr. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 76.

2119 Cfr. Asencio Mellado, *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*, cit., p. 892.

2120 Cfr. Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 69.

2121 Cfr. Gomes Canotilho/Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., vol. I, p. 524.

(i) los medios de prueba que representen graves limitaciones a la libertad de formación y manifestación de la voluntad del investigado, al pretender transformarlo como medio de prueba contra sí mismo;

(ii) la utilización de fichas clínicas en la investigación de ciertos delitos (*v. gr.*, tráfico de drogas) o la utilización de registros grabados de conversación con el médico, la enfermera, la asistente social u otras personas; y

(iii) las pruebas obtenidas mediante amenazas de medidas legalmente admisibles.

18. La regla de exclusión de la prueba ilícita posee una importancia **preventivo-general** debido a que constituye una medida adecuada que informa a la sociedad sobre la importancia de respetar la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales y establece que como consecuencia de la afectación de los derechos personalísimos se genere una consecuencia inevitable y radical: la pérdida de efectos jurídicos de toda prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales.

Un importante sector de la doctrina considera que las prohibiciones probatorias cumplen una función preventivo general al tratar de impedir acciones de las autoridades del sistema de justicia y de los agentes de persecución que violan los derechos fundamentales y la ley procesal que regula determinadas formas de los actos probatorios[2122]. La regulación de las prohibiciones probatorias son la mejor manera de cómo el legislador previene la tentación en la que caen los órganos de persecución penal de obtener medios de prueba a cualquier precio, anunciando que en caso incurran en dichos actos probablemente cometen abuso de poder, prevaricato[2123] u otros delitos. Se trata de evitar acciones reales que a la postre no pueden ser utilizadas en el proceso ni en la evaluación de la prueba[2124].

La regla de exclusión constituye el mejor instrumento jurídico para prevenir las actuaciones ilícitas de las autoridades que investigan el delito, dado que, en su afán de acopiar pruebas de la culpabilidad de una persona, en realidad, terminan bloqueando el valor jurídico de los medios de prueba[2125]. Tanto el artículo VIII del TPCPP y el artículo 159 del CPP cumplen la función de **advertir** a los órganos de persecución del delito y a los ciudadanos de que ninguna persona ni algún funcionario se encuentra por encima de la ley, inutilizando cualquier efecto o rendimiento

2122 Cfr. Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 182; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 55, quien señala que se lanza "un claro mensaje profiláctico a la colectividad".

2123 Cfr. Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 182.

2124 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/7, p. 367; Ambos, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, cit., p. 62.

2125 Cfr. Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 183.

probatorio que pueda obtenerse de los actos que se cometen violando los derechos fundamentales y la Constitución.

El mensaje que se envía a la sociedad es que todos los ciudadanos y los funcionarios públicos deben respetar los derechos fundamentales, la normatividad procesal[2126] y las prescripciones legales que regulan la actividad probatoria obligando a que todos se sujeten a la Constitución y a la ley (artículo 146.2 de la Const.). Con ello, se hace prevalecer el principio de supremacía constitucional y la plena garantía de vigencia de los derechos humanos (artículo 44) sobre el interés de perseguir el delito.

19. Las reglas de exclusión probatoria cumplen la función de estabilizar el sistema de derechos fundamentales al evitar que la meta de averiguar la verdad a cualquier costo y con infracción de los derechos fundamentales lo desequilibre, más aún cuando se trata de derechos de la persona y está en juego el respeto a la dignidad de la persona humana. Ella no solo se basa en la tutela de intereses individuales, sino en la obligada preservación de valores colectivos que la propia comunidad estima de máximo valor y que poseen carácter irrenunciable[2127].

Con la aplicación de la regla de exclusión se evita que los órganos del sistema de justicia caigan en un subsistema de ilegalidad y de violación sistemática de los derechos fundamentales, ya que son prácticas que erosionan los principios en los que se levanta el Estado de derecho[2128] y que quebrantan uno de los deberes primordiales del Estado como es el "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" (artículo 44 de la Const.).

II. LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA COMO NORMA CONSTITUCIONAL DIRECTAMENTE APLICABLE

20. En la doctrina se afirma que hay derechos fundamentales formales de cuyo contenido no se puede predicar que se trate efectivamente de un derecho constitucional; así como hay también derechos fundamentales materiales que no se encuentran reconocidos en la Constitución. Los derechos formal y materialmente fundamentales son los que encuentran de manera genuina su sentido y justificación en la dignidad de la persona humana[2129].

2126 Cfr. Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 37; San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 18.

2127 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/7, p. 367; Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 38 y 43.

2128 Cfr. Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 203.

2129 Cfr. Sarlet, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, cit., p. 100.

Se reconoce que en la Constitución existen disposiciones que son *normas formalmente constitucionales* que integran el documento normativo como también hay *normas materialmente constitucionales* que no figuran en la Constitución, pero que tienen la estructura de una norma de nivel constitucional, tal como ocurre con las normas de interpretación constitucional[2130] o el contenido de las normas que se recogen en el Título Preliminar del Código Civil o del Código Penal.

Dentro de las normas materialmente constitucionales se puede considerar a la regulación que prescribe el tratamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, tal como ocurre con el artículo VIII del TPCPP y el artículo 159 del CPP. Por ejemplo, en el derecho comparado —expresamente en el caso del derecho español— se considera que el artículo 11.1 de la LOPJ forma parte del núcleo esencial de las garantías mínimas del debido proceso (artículo 24.2)[2131].

Dichas normas pese a encontrarse recogidas en el CPP —cuerpo normativo de nivel inferior a la Constitución— desde la perspectiva material y por el ámbito de protección que regula posee un claro e indiscutible nivel constitucional, por lo que se trata de normas que forman parte de la ley fundamental. Como cláusula de tutela de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados por actos de investigación, o por medios de prueba, no es correcto entender su ubicación y sentido como si se tratara de meras disposiciones legales de rango infraconstitucional. A favor de esta posición abonan las siguientes razones:

(i) El artículo VIII del TPCPP y el artículo 159 del CPP poseen un ámbito de regulación semejante a los artículos 2.10 y 2.24.h de la Constitución que establecen la carencia de efectos de aquellos actos de investigación obtenidos con violación de los derechos fundamentales concretos y específicos.

(ii) El artículo VIII del TPCPP y el artículo 159 del CPP representan dos normas de cierre en la protección de los derechos fundamentales que —comparada con la prescripción constitucional del caso de la violación al secreto de las comunicaciones que consagra que "los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal" (artículo 2.10) y que en el caso del empleo de la violencia contra la persona se establece que "carecen de valor las declaraciones obtenidas por

2130 Cfr. Afonso da Silva, José, *Curso de direito constitucional positivo*, 39a. ed., Sao Paulo, Malheiros, 2016, p. 45; Barroso, *Curso de direito constitucional contemporaneo*, cit., p. 108; Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 30a. ed., Sao Paulo, Malheiros, 2015, pp. 80, 100 y ss.

2131 Cfr. Martínez García, Elena, *Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuricidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)*, en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, N.º 9, 2011, pp. 198 y 204.

la violencia" (artículo 2.24.h)— al tener un mayor grado de generalidad y abstracción pueden ser consideradas normas materialmente de rango constitucional.

Por otra parte, mientras que los artículos 2.10 y 2.24.h de la Constitución regulan dos casos específicos de exclusión probatoria, el artículo VIII del TPCPP y el artículo 159 del CPP regulan de manera general la regla de exclusión cuando se viola el contenido esencial de los derechos fundamentales.

(iii) Sería una contradicción valorativa e ideológica que a las disposiciones legales que tutelan de manera efectiva la vigencia de los derechos fundamentales de la persona que pueden verse comprometidos y violados por actos de investigación de los órganos de persecución estatal no se les asigne el valor de una norma constitucional, pese a que existen normas constitucionales de semejante contenido prescriptivo.

(iv) El deber primordial del Estado de "*garantizar la plena vigencia de los derechos humanos*" (artículo 44) se optimiza y logra una mayor efectividad si se considera como normas materialmente constitucionales a aquellos preceptos que inciden en la vigencia y plena eficacia de los derechos fundamentales que pueden verse infringidos por los funcionarios públicos, o por particulares, cuya ineficacia se declara.

21. En el proceso penal existen otros intereses que se cruzan en el camino de la búsqueda de la verdad y que todo Estado de derecho debe obligatoriamente proteger, cautelar y realizar. Se han de tomar en cuenta otros valores, intereses y costos normativos, así como la necesidad de neutralizar ciertas amenazas, posibles pérdidas y perjuicios a terceros y a la misma sociedad[2132]. Un proceso justo requiere que se cumplan de manera rigurosa con los principios y valores constitucionales de protección a la persona humana como las garantías procesales. Solo así la búsqueda de la verdad se puede legitimar y contar con las condiciones de validez mínimas.

La obligación constitucional y convencional[2133] de esclarecimiento y búsqueda de la verdad no es un deber incondicional, absoluto y que se puede llevar a cabo

2132 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 3/1 y 28/6, pp. 45 y 367; Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 36; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 285.

2133 "La Corte IDH ha considerado que para que una investigación penal constituya un recurso efectivo para asegurar el derecho de acceso a la justicia de las presuntas víctimas debe tener un sentido y ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad", véase las sentencias de la Corte IDH: Gómez Virula y otros c. Guatemala, 21 de noviembre del 2019, párr. 65; Veliz Franco y otros c. Guatemala, 19 de mayo

empleando cualquier medio o método[2134]. En el proceso y, en particular, en la actividad probatoria, los fines son tan importantes como la licitud de los medios[2135]. El modo y el procedimiento de acreditación de los hechos vale como la acreditación misma[2136]. Los agentes del Estado no pueden delinquir para buscar delincuentes[2137]. El fin de averiguar la verdad debe respetar y ha de armonizarse con los derechos de las personas, las garantías procesales y las reglas del procedimiento, de otro modo se corre el riesgo de poner en peligro e, incluso, destruir los valores individuales y colectivos indispensables en los que se asienta el ordenamiento jurídico[2138] y la sociedad democrática. Los criterios materiales y utilitarios en la averiguación de la verdad deben ceder en todo Estado constitucional ante la necesidad de preservar los valores fundacionales del sistema jurídico como el respeto a la dignidad de la persona humana y la sujeción estricta a los derechos fundamentales. El castigo del crimen por más grave y horrendo que sea no puede pasar por encima de los principios y valores del orden jurídico, sin que se renuncie al mismo tiempo a la identidad normativa e ideológica de la sociedad[2139].

---

del 2014, párr. 183; Espinoza Gonzáles c. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 238; Baldeón García c. Perú, 6 de abril del 2006, párr. 93; Las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia, 20 de noviembre del 2013, párr. 371; La masacre de Pueblo Bello c. Colombia, 31 de enero del 2006, párrs. 143; García Ibarra y otros c. Ecuador, 17 de noviembre de 2015, párr. 154; Velásquez Rodríguez c. Honduras de 29 de julio de 1988, párr. 177; Bulacio c. Argentina, 18 de setiembre del 2003, párr. 112; Goiburú y otros c. Paraguay, 22 de septiembre del 2006, párr. 117; García Prieto y otros c. El Salvador, 20 de noviembre de 2007, párr. 101.

2134 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 24/13 y 19, pp. 278 y 280; Gössel, *La prueba ilícita en el proceso penal*, cit., p. 170; Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 177; Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 187; Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 98; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., pp. 62 y 235; Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 21; Armenta Deu, *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, cit., pp. 22 y 80; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 227; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 64; Wolff, *Gravações clandestinas: a (in)validade das gravações de conversas produzidas por particulares como prova no processo penal*, cit., p. 50.

2135 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 285.

2136 Cfr. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 1.

2137 Cfr. Souza Nucci, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, cit., p. 448.

2138 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/7, p. 367; Ambos, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, cit., p. 61; Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 185; Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 19; San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 34; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 227; Hairabedián, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, cit., p. 55.

2139 Cfr. Gómez Colomer, Juan-Luis, *Prueba admisible y prueba prohibida: cambios en el garantismo judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado en la realidad jurisprudencial española actual*, en *Doctrina y jurisprudencia Penal*, n.º 22, 2015, p. 46.

No es correcto sostener que la regla de exclusión de la prueba ilícita deba utilizarse de forma excepcional en la investigación del delito y en el proceso penal y menos que su empleo deba circunscribirse al caso de delitos no graves o en casos no importantes. Como un mecanismo protector de la vigencia de los derechos fundamentales y de la propia Constitución, su empleo debe darse cada vez que se cumpla con el supuesto de hecho de la regla de exclusión o de la prohibición probatoria. Cada vez que se constate un caso de prueba ilícita debe declararse como tal y dicho material debe ser excluido del proceso. Por lo tanto, si las violaciones a los derechos fundamentales son masivas el uso de la regla de exclusión debe ser masivo, ya que así lo exige la Constitución, el respeto a los derechos fundamentales y los tratados internacionales de los derechos humanos; en cambio si las violaciones a los derechos de las personas son escasas en la realidad su aplicación también debe ser limitada.

Con la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita debe ocurrir lo mismo que pasa con la aplicación de toda regla de derecho: se debe aplicar cada vez que se verifique la configuración de un supuesto previsto por la norma; ni más ni menos. Con la regla de exclusión ocurre lo mismo que con las normas del derecho penal sustantivo: cada vez que se presenta la comisión de un delito se debe aplicar la ley penal sustantiva; asimismo, cada vez que se constate la violación de un derecho fundamental en la adquisición o producción de una información probatoria se debe aplicar la regla de exclusión.

Si es que se limita de manera injustificada la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita se afecta el principio de igualdad en la aplicación del derecho, así como se erosiona la vigencia de los derechos fundamentales y se resquebraja el principio de supremacía (jurídica y política) de la Constitución.

22. La obtención de conocimiento y la investigación de la verdad deben respetar los **requisitos formales de recepción y valoración de la prueba** reconocidos en el ordenamiento jurídico, así como la regla de pertinencia y relación directa con el objeto del proceso. Asimismo, se debe cumplir con las garantías constitucionales en cuanto a la producción de la prueba y, en particular, con la regla de exclusión de valorar la prueba obtenida con infracción de los derechos constitucionales[2140].

El principio de la investigación objetiva e integral debe encontrar su límite en el respeto al **principio de constitucionalidad y legalidad de los medios de prueba** que permiten fijar la validez procesal de la prueba y que informan los criterios inspiradores del sistema jurídico[2141]. El derecho procesal penal posee una variada gama de prohibiciones de utilización medios de prueba que recaen sobre determinadas

2140 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal*, cit., 1999, T. I, p. 855.

2141 Cfr. Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 197.

materias, sobre concretos medios y métodos de prueba[2142], etc. La prueba que se obtiene con violación de los derechos fundamentales [*v. gr.*, violación de domicilio, violación del secreto de las comunicaciones] o a través de métodos constitucionalmente proscritos [tortura] es una prueba nula que no debe usarse dentro del proceso penal[2143]. En el proceso penal no es posible jamás hablar de verdad material cuando la confesión de un presunto homicida se obtiene por medio de la tortura (física o psicológica) o la comisión de un delito de hurto se produce a través de un detector de mentira o del narcoanálisis[2144]. El juez solo puede utilizar en sus resoluciones fuentes lícitas de conocimiento[2145].

La regla de exclusión de la prueba ilícita, o en general, las prohibiciones probatorias no solo constituyen un límite en la averiguación de la verdad o representan obstáculos en el adecuado esclarecimiento de los hechos, sino que en ocasiones puede tener también un fundamento epistémico. Por ejemplo, la prohibición de tortura sirve para evitar que a la investigación o al proceso ingresen conocimientos de dudosa veracidad[2146].

Una investigación legítima, desde el punto de vista constitucional, es la que respeta la libertad de la persona, su dignidad, su autonomía y determinación personal[2147]. Por el respeto a la dignidad de la persona humana se proscribe toda forma de instrumentalización y manipulación de la persona humana y la inviolabilidad de su personalidad y conciencia mediante el empleo de ciertos procedimientos, técnicas o medios, *v. gr.*, hipnosis, fármacos[2148], etc. La investigación de la verdad

2142 Cfr. Hassemer, *Fundamentos de derecho penal*, cit., p. 188 y ss.

2143 Cfr. Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 404: "Ello significa que toda prueba obtenida [directa o indirectamente] a partir de la lesión de un derecho fundamental es nula, sin excepción posible".

2144 Cfr. Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 194.

2145 Cfr. Gössel, Karl-Heinz, *Sobre la valoración probatoria. Apreciación de la prueba y reglas de la prueba*, en *El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho. Obras completas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 264.

2146 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/7, p. 367.

2147 Cfr. Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 194.

2148 Cfr. Wolter, *Dignidad humana y libertad en el proceso penal*, cit., p. 227; Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 214; Döhring, *La prueba. Su práctica y apreciación*, cit., pp. 168, 208 y ss.; Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 103 y ss.; Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 1997, p. 608; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 351; Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 313; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 265; Mazza, , en Dominioni et al., *Procedura penale*, cit., p. 113; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 293; Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 497; Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, n.º 90, p. 67; Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 454; Gorphe, Francois; *Apreciación judicial de las pruebas*, Bogotá, Temis, 2004, pp.

no puede hacer tabla rasa de la intimidad, ingresando a investigar los datos íntimos, tendencias, aficiones, formación moral, etc., ni ser empleada como fuente de convicción ni siquiera en la fase de determinación de la pena[2149]. Tal como se afirma: "precisamente del principio del Estado de derecho, especialmente del principio de proporcionalidad que le es inherente, resulta que los intereses de la administración de justicia penal y el interés estatal a un exhaustivo esclarecimiento de los delitos, a veces deben quedar detrás de intereses superiores de la comunidad"[2150] como el respeto de los derechos fundamentales.

23. La persecución del delito y la investigación de la verdad poseen límites necesarios[2151] derivados de la obligación de respeto a la dignidad de la persona humana[2152] y la vigencia de un Estado de derecho; de otro modo se correría el riesgo de socavar valores colectivos, institucionales e individuales[2153]. Tan importante como averiguar la verdad es respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías mínimas de la dignidad de la persona humana[2154]. Como ha señalado el Tribunal Supremo Federal alemán: "**No es ningún axioma de la ley procesal penal que se debe averiguar la verdad a cualquier precio**"[2155] (BGHSt 14), y tomando en cuenta "que el objetivo de aclarar y castigar hechos penales es de extremada

---

56 y ss.; Vásquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, cit., pp. 153 y ss.; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., pp. 200 y ss.; Revilla González, José Alberto, *El interrogatorio del imputado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 109; Montón Redondo, Alberto, en Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, cit., p. 306; Quispe Farfán, Fanny Soledad, *La libertad de declarar y el derecho a la no incriminación*, Lima, Palestra, 2022, p. 49.

2149 Cfr. Hassemer, *Fundamentos de derecho penal*, cit., p. 188.

2150 Gössel, *Sobre la valoración probatoria. Apreciación de la prueba y reglas de la prueba*, cit., p. 264.

2151 Cfr. Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 191; Gössel, Karl-Heinz, *El proceso penal ante el Estado de derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*, trad. de Miguel Polaino Navarrete, Lima, Grijley, 2004, p. 63; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 73; San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., 1a. reimpr., Lima, Grijley, 2006, vol. II, p. 868; Talavera Elguera, Pablo, *Comentarios al Código Procesal Penal*, Lima, Grijley, 2004, pp. 8 y ss.; Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 404.

2152 Cfr. Eser, Albin, *La posición jurídica del inculpado en el derecho procesal penal de la República Federal Alemana*, en *Temas de derecho penal y procesal penal*, Lima, Idemsa, 1998, p. 22.

2153 Cfr. Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 191; Ambos, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, cit., p. 61.

2154 Cfr. Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 98; Martínez García, Elena, *Eficacia de la prueba prohibida en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 34; Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 404.

2155 Cfr. Hassemer, *Fundamentos de derecho penal*, cit., p. 190; Eser, *La posición jurídica del inculpado en el derecho procesal penal de la República Federal Alemana*, cit., p. 22; Gössel, *Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos*

importancia, pero no siempre y bajo todas las circunstancias es y puede ser el interés primordial del Estado" (BGHST 19, 325, 329). El combate eficaz contra la delincuencia no es irreconciliable con el respeto de las garantías constitucionales, peor aún cuando ambas premisas constituyen pilares ideológicos de un Estado de derecho[2156]. Tanto el constituyente como el legislador deben adoptar una decisión en relación a la ordenación de los valores involucrados que entran en conflicto entre sí para determinar según una adecuada evaluación qué valores priman sobre otros[2157]. Así pues, tan importante como luchar contra la delincuencia es afirmar la vigencia de los derechos fundamentales.

La averiguación de la verdad, entendida de modo incondicional, no es la meta última y decisiva del proceso penal; la meta es más bien: la obtención de una decisión ajustada a derecho y/o el acceso a la verdad a través del respeto a los derechos fundamentales. La indagación de la verdad no es un valor supremo y absoluto; tal como señala claramente STRUENSEE: "Quien quiere combatir el ilícito, no puede cometer ilícitos con esa finalidad"[2158]. Asimismo, el juez OLIVER HOLMES menciona que "es preferible a veces que algunos delincuentes escapen de la acción de la justicia, antes que el Estado desempeñe un papel indigno". Es decir, el crimen solo puede combatirse dentro del margen que fija el respeto a los derechos fundamentales y no con el crimen mismo[2159], ya que en un Estado de derecho no rige el principio que el fin justifica los medios.

Por ejemplo, es contrario a la Constitución si es que existe un compromiso expreso de no utilizar determinado medio de prueba al que se llega a través de un pacto privado, dado que dicho acuerdo es ilícito por contravenir principios constitucionales de inocultable valor[2160].

24. En el derecho peruano la admisibilidad de la prueba debe pasar por dos filtros: el de **pertinencia** y el de **licitud**. El artículo 157.2 del CPP establece que el

---

jurídico-constitucionales y político-criminales, cit., p. 148; AMBOS, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, cit., p. 69.

2156 Cfr. ESER, *La posición jurídica del inculpado en el derecho procesal penal de la República Federal Alemana*, cit., p. 26: "El Estado de derecho tiene que garantizar los derechos y libertades individuales, por una parte, así como garantizar el mantenimiento de la capacidad funcional de la administración de justicia, por la otra"; GÁLVEZ MUÑOZ, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 67; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, *Prueba ilegítimamente obtenida*, en *Jueces para la Democracia*, N.º 7, septiembre, 1989, p. 24.

2157 Cfr. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 80.

2158 Cfr. STRUENSEE, Eberhard, *La prueba prohibida*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 4, Lima, 1994, p. 667.

2159 Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 67.

2160 Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 131.

juez "solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley". La inadmisión de la prueba, por prescripción legal, solo puede basarse en lo siguiente: (i) la prueba es impertinente; y (ii) la prueba se encuentra prohibida.

La inadmisibilidad probatoria distingue entre los medios de prueba impertinentes, irrelevantes o no necesarios en el esclarecimiento de los hechos —que son medios de prueba lícitos— que pese a ello no pueden ingresar al proceso; es decir, la prueba ilícita que pese a ser prueba pertinente o relevante tampoco puede ingresar a la investigación o al proceso[2161]. Un medio de prueba ilícito puede ser una prueba pertinente y útil en el esclarecimiento de los hechos, pero que por razones constitucionales y/o legales no debe ingresar (o mantenerse) en el proceso. De igual forma, un medio de prueba lícito puede a su vez ser una prueba impertinente o no útil.

La pertinencia y la utilidad de la prueba tiene que ver más con aspectos lógicos y con la relación de un medio de prueba con una determinada hipótesis de trabajo; mientras que en la regla de exclusión de la prueba ilícita —más que detenerse a evaluar aspectos lógicos— toma en cuenta aspectos valorativos y normativos como la violación de los derechos fundamentales, las prohibiciones probatorias no guardan relación con la pertinencia y/o utilidad de los medios de prueba o con la libertad en la evaluación de la prueba[2162], sino más bien con criterios axiológicos como es el respeto a la Constitución y al debido procedimiento probatorio. Por tanto, no es posible valorar un medio de prueba que se obtiene con violación de los derechos fundamentales, pese a que se trata de un medio relevante para la resolución del caso concreto[2163].

En el caso que un medio de prueba haya ingresado al proceso y haya infringido un derecho fundamental o una garantía constitucional no es posible sostener que se trate de un medio de prueba irrelevante, sino de una prueba inválida que debe ser rechazada.

La inadmisibilidad es una clase de sanción procesal prevista (expresa o implícitamente) en la ley procesal que impide que un determinado acto o prueba ingrese formalmente al proceso, privándole de efectos procesales. La aplicación de esta sanción impide que el acto viciado que realizan las partes o los terceros pueda incorporarse al proceso, independientemente de la causa del vicio. A diferencia de la nulidad que se declara una vez que el acto ingresa al proceso, la inadmisibilidad

2161 Cfr. Rodrigues Campos, *(In)admissibilidade de provas ilícitas*, cit., p. 42.

2162 Cfr. Beling, *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*, cit., p. 7.

2163 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 55.

supone una nulidad adelantada al bloquear la incorporación del acto o la prueba al proceso[2164].

La inadmisibilidad supone la negativa de la intromisión del acto en el proceso, cualquiera que sea su clase (civil, penal, laboral, entre otros), una vez que el acto o la prueba que es puesta en conocimiento del órgano del sistema de justicia (*v. gr.*, fiscalía, juzgado, Tribunal) se califica y se decide por su no incorporación formal al proceso. En el caso del medio de prueba, la inadmisibilidad se produce cuando este es impertinente o inútil, o también cuando se obtiene a través de la violación de un derecho fundamental. Dentro del debido procedimiento probatorio las causales de la inadmisibilidad son dos: la impertinencia o el supuesto de prueba prohibida.

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN. SU EFECTO EXPANSIVO A TODA CLASE DE PROCESO

25. La regulación de la regla de exclusión de la prueba ilícita o inconstitucional se realiza tanto a nivel del Título Preliminar del CPP (artículo VIII) como dentro de los preceptos generales que rigen la actividad probatoria (artículo 159 del CPP). Su importancia es de tal magnitud dentro del sistema probatorio peruano que tanto la Constitución como el CPP reserva un tratamiento normativo específico a los casos de la regla de exclusión de la prueba ilícita. El significado político e ideológico de la normatividad en mención supera la mera regulación ordinaria y adquiere una trascendencia y una clara base constitucional y convencional.

El **ámbito de aplicación** del artículo VIII.2 del TPCPP es sumamente amplio, ya que comprende no solo los medios de prueba tradicionales o típicos como es el caso de la pericia, documentos, testimonios o la confesión, sino también los medios de prueba atípicos que están en condiciones de afectar derechos fundamentales de manera grave e intensa.

Pese a que la ley alude a "las pruebas obtenidas", sin hacer distinción alguna, su aplicación se debe extender también a los actos de investigación que se practican en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria y que pueden violar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

La vigencia y el respeto de los derechos fundamentales no solo se limita al ámbito del juicio oral o del proceso penal formalizado (investigación preparatoria), sino a cada una de las etapas del proceso penal, en particular, de las diligencias preliminares, las cuales comprende a cualquier acto de investigación[2165].

2164 Cfr. Poviña, Fernando, *Regla de exclusión probatoria*, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 201.
2165 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 352.

En el derecho comparado se reconoce que las disposiciones generales sobre la actividad probatoria se extienden a las diversas etapas del proceso penal a manera de una parte general del procedimiento penal. Sobre la base de la interpretación sistemática y teleológica, las normas que regulan la actividad probatoria, dichos preceptos se aplican a los diversos tipos de procesos penales y rigen en cada una de sus etapas a menos que sean incompatibles (expresa o implícitamente) con la regulación específica de un singular acto en una determinada fase[2166].

La ubicación sistemática de la regulación de la prueba en el Libro II del CPP referido a la actividad procesal es un índice positivo de su extensión a las otras fases del proceso penal[2167], ya que, por ejemplo, sus normas no se ubican dentro de las disposiciones que rigen la **etapa intermedia (artículo 344 al 355) o** el **Juzgamiento** (artículo 356 al 403).

Constituye un grave error el considerar que la referencia a la *'prueba obtenida'* solo alude a la actividad que se produce a nivel del juicio oral y no se extiende a otros ámbitos del proceso penal como si la vigencia y el respeto a la Constitución, sus principios y valores solo se predicaran en una de las etapas y no en todas las fases del proceso penal. La vigencia de los derechos fundamentales y de la Constitución a nivel del proceso penal rige desde su inicio hasta su culminación, sin interrupción alguna[2168].

La declaración judicial de ineficacia o de inutilización de un medio de prueba puede llevarse a cabo de oficio, o a pedido de parte, y se puede declarar en cualquier etapa o grado del procedimiento[2169]. En la medida que la regla de exclusión constituye una norma materialmente constitucional y una garantía objetiva del sistema de protección de los derechos fundamentales, los jueces —de todas las especialidades y de todos los niveles— deben declarar de oficio la exclusión del material probato-

2166 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 272, 610 y ss.

2167 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 272.

2168 Cfr. Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 21 y 43; Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 28; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 59.

2169 Cfr. Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 320; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 427; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 196. En la doctrina española: Asencio Mellado, *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*, cit., p. 921; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 215; Armenta Deu, *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, cit., p. 121. En la doctrina peruana: Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 248; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 196.

rio que viola los derechos fundamentales de la persona, exista o no alegación o un pedido de alguna de las partes procesales[2170].

La privación de un efecto legal de la prueba obtenida alcanza también desde la perspectiva de la protección a la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales a cualquiera de los actos de investigación[2171] que se practiquen en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria.

En la doctrina comparada se sostiene que la ilicitud probatoria debe ser declarada inmediatamente que sea conocida en cualquier fase del procedimiento y a través de cualquier mecanismo legalmente reconocido[2172]. El principal planteamiento de esta tesis no es exigir la exclusión de la prueba ilícita en algún momento y estación del proceso, tampoco es que se trate de un problema de valoración probatoria, sino que dicha exclusión se debe producir de manera inmediata y rápida una vez que se constate su producción. Con razón, se sostiene que la prueba ilícita no puede ni debe ser degradada como una cuestión de prohibición de valoración[2173]; de ser así la violación de los derechos fundamentales desplegaría efectos inexplicablemente tardíos con respecto a los casos de nulidad que, por basarse en simples defectos o vicios legales, se pueden resolver de manera inmediata.

Si en un Estado constitucional se reconoce la eficacia inmediata de los derechos fundamentales resulta lógico que cualquier violación de los derechos fundamentales en los que se obtenga actos de prueba debe ser declarada ineficaz de manera pronta, rápida e inmediata. La exclusión tardía de los medios de prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales supone un atentado contra el principio constitucional de la eficacia inmediata y autoejecutiva de dichos derechos.

26. La regla de exclusión de la prueba ilícita despliega su vital importancia y alcance a nivel de la investigación del delito y del proceso penal en donde es posible que se afecte la libertad personal y otros derechos fundamentales. Desde el punto de vista histórico, el inicio y principal desarrollo de la prueba ilícita tiene como fuente de procedencia el proceso penal.

El TC peruano ha destacado que "en el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, al señalar que '[e]l Juez no podrá utilizar, directa

2170 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 71.

2171 En la doctrina italiana: Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 352.

2172 Cfr. Asencio Mellado, *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*, cit., p. 913.

2173 Cfr. Asencio Mellado, *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*, cit., p. 920; Asencio Mellado, *La exclusión de la prueba ilícita en la fase de la instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*, cit., p. 1084.

o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona'. Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales"[2174]. Asimismo, el TC peruano establece que "el problema del proceso penal no consiste en solo conocer la verdad material, sino que esta debe ser obtenida con el respeto de un procedimiento legítimo compatible con los principios rectores y cautelados en los derechos fundamentales. De allí que solo cuando esta compatibilidad se encuentre asegurada, cabrá afirmar que dicha verdad es jurídicamente válida"[2175].

Sin embargo, la limitación de la prueba ilícita al proceso penal supone una indebida reducción del problema cuando, en realidad, la adquisición, actuación y evaluación de la prueba con violación de los derechos fundamentales se relaciona de manera transversal con los diversos sectores del ordenamiento jurídico y es común a toda clase de proceso, sin excepción alguna[2176]. El proceso penal solo representa uno de los posibles escenarios en los que se puede violar los derechos fundamentales y dar pie a la prueba ilícita. Su especial relevancia deriva de la importancia de los derechos fundamentales que están en juego y que ponen en peligro en el sistema penal (sustantivo y procesal) derechos tan importantes como la vida, la integridad personal, la libertad, entre otros.

27. Por la eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales el alcance de la prueba prohibida se extiende a toda clase de proceso, ya sea que se trate de un proceso civil, laboral, de familia o el contencioso administrativo[2177], o en un procedimiento que se puede iniciar en una empresa, por ejemplo, para justificar un despido. La regla de la exclusión de la prueba ilícita rige en toda clase de procesos (públicos o privados) en la medida que busca garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y la defensa de la Constitución, sin que se reconozca excepción alguna desde la perspectiva[2178].

2174 Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC, Caso: Alberto Quimper Herrera.

2175 Exp. N.º 2333-2004-HC/TC, Caso: Natalia Foronda Crespo y otras.

2176 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 65; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 59.

2177 Cfr. Bulos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 699; Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 401; Gascón Abellán, *¿Libertad de prueba? defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*, cit., p. 6; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 65; Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 31; Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 20.

2178 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 65: "la regla de exclusión tiene un carácter general y no se circunscribe a ningún proceso

La aplicación de la regla de exclusión puede abarcar toda la gama de procesos a los que una persona puede verse expuesta, sin que se pueda plantear alguna excepción. No se circunscribe a un proceso concreto, es indiferente de si se trata de un proceso judicial, administrativo, político o el tipo de materias controvertidas [penales, laborales, civiles, etc.][2179]; sin embargo, no cabe duda que es en el proceso penal en donde pasa su prueba de fuego.

La configuración constitucional de la regla de exclusión de la prueba prohibida no responde a la necesidad por parte del legislador de establecer y sancionar reglas de valoración probatoria, sino que se basa en la necesidad de afianzar la protección de los derechos fundamentales[2180].

El respeto a los principios, valores constitucionales y los derechos fundamentales es una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto conllevan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares[2181].

La fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas, se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretende conculcarlos o desconocerlos, resulta inexorablemente inconstitucional[2182]. Pero el

---

concreto"; Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 31.

2179 Véase, Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 74.

2180 Cfr. Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 14.

2181 Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC, Caso: Jorge Samuel Chávez Sibina; Exp. N.º 2725-2008-PHC/TC, Caso: Roberto Boris Chauca Temoche y otros; Exp. N º 02493-2012-PA/TC, Caso: Jorge Adalberto Vásquez Paul; Exp. N.º 5228-2006-PHC/TC, Caso: Samuel Gleiser Katz; Exp. N.º 03339-2011-PHC/TC, Caso: Norman David Lewis del Alcázar.

2182 Exp. N.º 05104-2008-PA/TC, Caso: Sindicato Unificado de Trabajadores de Southern Peru Copper Corporation (SPCC) - Ilo; Exp. N.º 06079-2009-PA/TC, Caso: Rebeca Schnaiderman

efecto horizontal o inter privatos que ostentan los derechos fundamentales no solo se deriva del artículo 38º de la Constitución, sino también del principio dignidad (artículos 1º y 3º de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada[2183].

Desde la perspectiva constitucional y convencional, es posible construir una teoría general de la prueba ilícita que supera con creces los problemas sectoriales y de cada proceso y que permite plantear su alcance general y el efecto irradiante a toda clase de proceso[2184].

28. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "no importa la clase de proceso que se quiera hacer valer"[2185] (la regla de exclusión de la prueba ilícita).

Por su parte, el TC peruano ha reconocido el alcance de la prueba ilícita en el caso de una carta de despedido comunicada a un trabajador por la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (Serpost S.A.)[2186] en el que se había violado el secreto de las comunicaciones. También, se identificó la violación al derecho al secreto de comunicaciones debido a que a una alumna de una escuela militar se le había incautado el celular y se había procedido a analizar sus comunicaciones a nivel de una investigación disciplinaria por la que fue separada de la institución[2187].

El TC peruano reitera que "a nombre de ninguna institución ni principio jerárquico es posible atentar contra el cuadro de valores materiales reconocidos por la Constitución. Las limitaciones a los derechos, en los casos en que sea factible dicho proceder, deben operar con sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y no en franca desnaturalización del contenido esencial de los derechos en cuestión"[2188].

Lara: Exp. N.º 1124-2001-AA/TC, Caso: Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y Fetratel; Exp. N.º 5215-2007-PA/TC, Caso: Elizabeth Consuelo Sánchez Moya y otra; Exp. N.º 976-2001-AA/TC, Caso: Eusebio Llanos Huasco.

2183 Exp. N.º 06079-2009-PA/TC, Caso: Rebeca Schnaiderman Lara: Exp. N.º 1124-2001-AA/TC, Caso: Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y Fetratel; Exp. N.º 5215-2007-PA/TC, Caso: Elizabeth Consuelo Sánchez Moya y otra.

2184 Parcialmente coincidente: Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 60, quien plantea la posibilidad de elaborar, con los matices naturales para cada rama, de una teoría o dogmática general para la prueba ilícita.

2185 Véase, el R. N. N.º 1640-2013 del 10 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

2186 Exp. N.º 1058-2004-AA/TC, Caso: Rafael Francisco García Mendoza.

2187 Exp. N.º 3901-2007-PA/TC, Caso: Victoria Elva Contreras Siaden.

2188 Exp. N.º 3901-2007-PA/TC, Caso: Victoria Elva Contreras Siaden.

29. El derecho a probar no es un derecho ilimitado que permite acreditar las afirmaciones de las partes y sus pretensiones de cualquier manera o empleando cualquier medio de prueba[2189]. El ejercicio de cualquier derecho fundamental está sometido a ciertos requisitos, materiales y formales, en el cual el derecho a la prueba no es la excepción.

El derecho a la prueba solo se puede ejercer si guarda armonía y respeta el ordenamiento jurídico y sus principios informadores. No hay un derecho a la prueba ilegal ni tampoco hay un derecho a la prueba que permita la violación de la Constitución o los derechos fundamentales[2190], por lo tanto, la licitud de los medios de prueba es un requisito indispensable que forma parte del contenido esencial del derecho a la prueba.

La regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida no es un límite del derecho a la prueba[2191], sino que constituye un requisito negativo: toda prueba ilícita no forma parte del contenido del derecho a probar. La Constitución prohíbe la admisión de la prueba ilícita lo que, *a contrari sensu*, supone autorizar la admisión de la prueba lícita, siempre que sea pertinente y relevante[2192].

El principio de la libre valoración de la prueba no puede ser considerado como un fundamento válido para la admisibilidad de la prueba ilícita[2193]. La libertad en la evaluación de la prueba presupone el ingreso al proceso de medios de prueba lícitos y permitidos. La prueba ilícita no puede sustentar ninguna decisión racional sobre los hechos probados. La racionalidad en la evaluación de la prueba solo puede construirse alrededor de los medios de prueba compatibles con el ordenamiento jurídico.

30. El TC peruano ha señalado que 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[2194]. Además, el TC peruano alude a la "**constitucionalidad de la actividad probatoria**, la cual 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" [2195]. Uno de los principios que rigen la actividad probatoria es el de licitud,

2189 Cfr. Araújo/Pellegrini/Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 428; Pellegrini Grinover, *Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no proceso penal*, cit., p. 412; Giacomolli, Nereu José, *O debido processo penal*, 2a. ed., Sao Paulo, Atlas, 2015, p. 178.

2190 Cfr. Araújo/Pellegrini/Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., pp. 428 y 429.

2191 Véase, Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 56.

2192 Cfr. Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 768.

2193 Cfr. Rodrigues Campos, *(In)admissibilidade de provas ilícitas*, cit., p. 120.

2194 Véase, Exp. N.º 2053-2003-HC/TC, Caso: Edmi Lastra Quiñones.

2195 Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz.

por el cual se entiende que no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico[2196], lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida[2197]. El derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, tales como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud, ya que constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho[2198].

El Tribunal Constitucional ha reconocido que constituye un principio de la actividad probatoria la licitud del medio probatorio a ser empleado[2199]. La prueba lícita es un derecho fundamental que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona[2200].

IV. ¿LOS PARTICULARES PUEDEN INCURRIR EN LA OBTENCIÓN Y/O PRÁCTICA DE UNA PRUEBA PROHIBIDA?

31. Las pruebas y los medios de investigación en un proceso pueden ser ofrecidos por los órganos constitucionales de persecución del delito [Ministerio Público, Poder Judicial y Policía] como por los particulares, en especial, las víctimas del delito. La duda que se genera en este ámbito es si la prueba prohibida y sus efectos

2196 Véase, las STC del Exp. N.º 00445-2018-PHC/TC, Caso: Jesús Wilson Urday Lozano; Exp. N.º 02054-2017-PHC/TC, Caso: Carlos Jonathan Matta Quispe; Exp. N.º 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.º 02787-2012-PHC/TC, Caso: David Fernando Panta Cueva a favor de Juan Ramos Olaya Mogollón y otro; Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC, Caso: Alberto Quimper Herrera; Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Medina.

2197 Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

2198 Véase, las STC del Exp. N.º 04634-2019-PA/TC, Caso: Julio Víctor Machacuay Ureta y otra; Exp. N.º 03470-2018-PHC/TC, Caso: Rosendo Espinoza Mejía; Exp. N.º 01773-2016-PHC/TC, Caso: Emilio David Vidal Domínguez; Exp. N.º 2333-2004-HC/TC, Caso: Natalia Foronda Crespo y otras; Exp. N.º 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.º 01441-2012-PHC/TC, Caso: Julio César Flores Flores; Exp. N.º 02787-2012-PHC/TC, Caso: David Fernando Panta Cueva a favor de Juan Ramos Olaya Mogollón y otro; Exp. N.º 03386-2011-PHC/TC, Caso: Carlos Guillermo Mendoza Martino y otras; Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC, Caso: Alberto Quimper Herrera; Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Medina; Exp. N.º 010-2002-AI/TC, Caso: Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos.

2199 Véase, la STC Exp. N.º 02054-2017-PHC/TC, Caso: Carlos Jonathan Matta Quispe.

2200 Véase, las STC del Exp. N.º 00354-2014-PA/TC, Caso: John Wilber Contreras Jimenez; Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC, Caso: Alberto Quimper Herrera; Exp. N.º 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.º 02787-2012-PHC/TC, Caso: David Fernando Panta Cueva a favor de Juan Ramos Olaya Mogollón y otro.

invalidantes solo pueden ser causados por funcionarios públicos o también por particulares. Al respecto, hay dos posturas:

32. Según un sector de la doctrina procesal penal en la medida que las disposiciones del procedimiento y la investigación del delito solo están dirigidas a los órganos de persecución penal; las pruebas ilegales obtenidas por particulares son, en principio, valorables[2201], salvo que se trate de casos en el que el particular logra obtener una prueba de la violación extrema de derechos humanos[2202], *v. gr.*, se obtiene confesión a través de tortura[2203]. Dicha postura se basa, salvo matices especiales, en la consideración de que la finalidad de las prohibiciones probatorias busca desalentar a los policías y a otros órganos de persecución del delito a incurrir en actos delictivos o en prácticas irregulares en la obtención de la prueba[2204]; de tal manera que las prohibiciones de prueba no se dirigen a los particulares que no están vinculados a las normas del proceso penal, salvo que actuaran por órdenes y bajo la dirección de las agencias estatales de control[2205].

Las instrucciones generales al imputado (artículo 87.1 y 87.2) tienen como objetivo proteger la libertad de decisión y de acción del imputado como también de todo aquel que declara en el proceso penal y dichos preceptos se dirigen como destinatarios principales a las autoridades de persecución penal, en especial a la policía[2206]. Los métodos prohibidos de interrogatorio no pueden ser empleados por las propias autoridades del sistema penal como tampoco se pueden utilizar a terceros que obran bajo sus instrucciones y cobertura.

Los particulares, entre los que se cuenta la víctima, no son destinatarias de las reglas de exclusión ni tampoco son destinatarios de la regulación de la actividad probatoria. Los aportes probatorios de los particulares no se descartan automáticamente, pero tampoco puede admitirse sin límite alguno[2207].

En algunos países (*v. gr.*, Estados Unidos) solo los funcionarios públicos pueden incurrir en prácticas probatorias ilegales y con dicha condición se aplica la regla

2201 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 24/65, p. 306; Gössel, *La prueba ilícita en el proceso penal*, cit., p. 226; Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 182.

2202 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/35, p. 379; Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 24/65, p. 306; Ambos, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, cit., p. 81; Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 182.

2203 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 24/65, p. 306.

2204 Cfr. López Barja de Quiroga, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Akal, 1989, p. 133; Miranda Estrampes, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 27.

2205 Cfr. Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 181.

2206 Cfr. Ambos, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, cit., p. 79.

2207 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/35, p. 379.

de exclusión y en otros países se discute vivamente si los actos de los particulares pueden ser cubiertos por la regla de la prueba ilícita[2208].

El TC peruano en el famoso caso Quimper señaló que "en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido, debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional"[2209]. En la sentencia del caso Quimper el TC peruano excluye la posibilidad de analizar la evidente calidad de prueba prohibida de los audios grabados que registran interceptación telefónica basándose en lo siguiente: i) la interceptación ilegal no fue producida por agentes del Estado (policía, Ministerio Público, etc.); ii) la grabación ilegal no fue promovida, autorizada o buscada por el fiscal que denunció el hecho o el juez que abrió proceso penal; iii) como el proceso penal del caso Quimper aún no había concluido, la demanda constitucional de *habeas corpus* fue presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente. El TC peruano considera que el momento para examinar la prueba prohibida es la sentencia[2210].

33. El sector mayoritario de la doctrina constitucional[2211] y procesal[2212] se ha decantado, con razón, por la opinión contraria, sosteniendo que también los par-

2208 Ampliamente, Armenta Deu, *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, cit., p. 69.

2209 Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC, Caso: Alberto Quimper Herrera.

2210 Exp. N.º 00415-2011-PHC/TC, Caso: Ricardo Quispe Villalobos; Exp. N.º 02110-2011-PHC/TC, Caso: Rodolfo Araujo Maceda; Exp. N.º 04207-2010-PHC/TC, Caso: Luis Miguel Retamozo Retamozo; Exp. N.º 03863-2010-PHC/TC, Caso: José Enrique Romero Donayre: "Al respecto este Tribunal se ha pronunciado sobre la obtención ilícita de medios probatorios en el sentido de que este solo se puede evaluar a través de un hábeas corpus contra resoluciones judiciales cuando exista una sentencia que defina la situación jurídica de un procesado".

2211 Cfr. Bulos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 702.

2212 Por todos, Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 107; López Barja de Quiroga, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., p. 133; Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., 1999, p. 27; Fernández Entralgo, *La prueba ilegítimamente obtenida*, cit., p. 27; Vega Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 124; Martínez García, *Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuricidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)*, cit., p. 203: "la vinculación entre el artículo 11.1 LOPJ y el derecho al proceso citado (art. 24.2 CE) parece indubitada: se crea para proteger directamente el proceso, a través de este mandato dirigido —principalmente— a los poderes públicos y —de forma indirecta— a cualquier tercero, cuyo efecto principal es desincentivar al posible trasgresor con la sanción de la expulsión de las pruebas obtenidas por violación de derecho fundamental"; Fernández

ticulares pueden incurrir en la obtención o producción de pruebas ilícitas, *v. gr.*, escuchas telefónicas ilegales o sustracción de documentos. En tal sentido, cualquier persona puede incurrir en la práctica o en la obtención de una prueba prohibida. Por su parte, la Jurisprudencia española ha tenido la oportunidad de pronunciarse en este aspecto en la STC 114/1984 al prescribir: "La nulidad radical de todo acto —público, **o en su caso privado**— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas por la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución". También, se destaca: "La regla de exclusión probatoria, como manifestación reactiva del sistema de garantías, debe operar, sin duda, con toda la energía, cuando el Estado o los particulares, mediante la infracción del derecho fundamental, acceden a fuentes o medios de prueba y pretenden aprovecharse de su potencial valor incriminatorio"[2213] (STS 132/2022, 24 de enero de 2022).

Ni el artículo VIII del TPCPP ni el artículo 159.1 del CPP hacen la precisión de que solo los órganos estatales (de persecución penal) pueden afectar los derechos fundamentales de la persona[2214]. Ambas normas no se pronuncian —ni tampoco excluyen de su ámbito de protección— acerca de si los particulares pueden o no afectar los derechos fundamentales y, por tanto, si sus actos pueden ser considerados como inconstitucionales y, de ser presentados a una investigación o un proceso, fueran (y deben) ser excluidos. Una interpretación que maximice la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y las normas constitucionales puede concluir fácilmente que también los particulares pueden violar la Constitución y, por tanto, los actos que presentan al proceso puedan estar teñidos de ilicitud, por lo que carecen de todo efecto legal.

Los particulares pueden mandar a un tercero a torturar a una persona, pueden allanar un domicilio buscando determinada clase de evidencia, pueden interceptar comunicaciones, pueden violar la intimidad como también, por ejemplo, afectar el derecho a la no autoincriminación de una persona. Ello es mucho más palpable y nítido en el caso de las investigaciones internas empresariales en la que se despliegan una serie de medios, métodos y recursos por parte de las empresas para lograr,

---

ENTRALGO, *Prueba ilegítimamente obtenida*, cit., p. 24; SAN MARTÍN CASTRO, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 73; PISFIL FLORES, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 206.

2213 "En estos casos, la regla de exclusión debe actuar como antídoto fundamental para la conservación de un determinado modelo de convivencia fundado en el valor de la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales. Cuando estos se sacrifican injustamente y finalísticamente los efectos de la lesión se proyectan sobre el proceso no cabe otra opción que la de renunciar al esclarecimiento de la verdad, preservando el derecho a la presunción de inocencia de la persona acusada que sufre la injerencia intolerable en el núcleo de sus derechos".

2214 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 73; PISFIL FLORES, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 206.

por ejemplo, que el empleado de la compañía confiese la comisión de un hecho y presentar un culpable a la investigación oficial a fin de disminuir o lograr una eximente de su responsabilidad penal[2215]. También, con el empleo de los detectives privados[2216] se puede afectar derechos fundamentales, ya que muchas veces para conseguir pruebas en favor de su eventual cliente pueden cometer ilícitos constitucionales, *v. gr.*, ingresar a vivienda, violar la correspondencia, etc.

La regla que rige en este ámbito es que el imputado puede ampararse en que determinados órganos de prueba presentados por particulares se pueden obtener con lesión de los derechos fundamentales; sin embargo, se reconoce la posibilidad de que determinados medios de prueba se presenten y se justifiquen en un interés prioritario de la persecución penal como es la averiguación de la verdad[2217], verbigracia, llamada extorsiva.

Además, los funcionarios públicos que no se encargan de la persecución del delito pueden incurrir en la obtención o práctica de pruebas ilícitas, *v. gr.*, militares, funcionarios civiles del Ministerio del Interior, etc. La distinción entre la obtención de la prueba por particulares o funcionarios públicos ha sido llamada absurda e incongruente[2218].

Por consiguiente, el respeto de los derechos fundamentales no solo recae en los funcionarios públicos, en concreto en aquellos funcionarios encargados de la persecución penal del delito, sino que dicha obligación también se extiende a los particulares. Todos los ciudadanos tenemos el deber de respetar los derechos fundamentales y la Constitución[2219], no solo los funcionarios públicos o un cuerpo particular de los mismos ostentan dicho deber.

Si lo que se pretende es fortalecer la vigencia de los derechos humanos y la necesidad que la averiguación de la verdad se encuentre sujeta a límites, irradiando sus efectos a nivel del proceso penal, carece de todo sustento reducir el alcance de las pruebas ilícitas a las actuaciones planificadas o ejecutadas por funcionarios públicos, ya que no solo ellos tienen el deber de conducir su actuación según los mandatos constitucionales; es decir, no interesa en absoluto la calidad, condición o rango de quien obtiene la prueba con la vulneración de los derechos ciudadanos.

2215 Cfr. Estrada i Cuadras, Albert, *"Confesión o finiquito": el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas*, en *InDret*, N.º 4/2020, p. 255.

2216 Cfr. Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 207.

2217 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 28/35, p. 380.

2218 Así, López Barja de Quiroga, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., p. 133.

2219 Expresamente en el derecho español: Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 109.

34. Por otro lado, debe recordarse que el art. 38 de la Constitución Política establece que "**todos los peruanos tienen el deber** de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, **así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación**".

El TC peruano en el análisis de un caso concreto ha señalado que "la Constitución ha tutelado el derecho individual que tiene toda persona a la 'libertad de domicilio' a través de la garantía de 'inviolabilidad' y, en ese sentido, ha establecido que los terceros, sean particulares o agentes públicos, en principio, están prohibidos de penetrar el ámbito domiciliario donde habita una persona, salvo que medie el consentimiento de esta, exista una autorización judicial, se haya configurado una situación de flagrancia delictiva o el peligro inminente de la perpetración de un hecho ilícito sea una realidad. Asimismo, la norma constitucional ha regulado supuestos de entrada legítima, como son las razones de sanidad o de grave riesgo"[2220].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que en los casos en donde se discute la existencia de prueba ilícita como en la grabación de audio y video "no es necesario que estos medios se utilicen exclusivamente por la policía o la fiscalía. Un agente privado, como pueden ser la víctima o sus familiares, también pueden hacerlo; y su control o legitimidad, está en función a que no vulnere el contenido esencial de derechos constitucionales. De hacerlo, carece de todo efecto legal, no solo el de una simple prohibición de valoración, porque carencia de efectos —de todo efecto— significa no producir ninguno, ni directos ni indirectos y pronunciarse inmediatamente que es conocida para, precisamente, evitar que los produzca"[2221]. Por ello, se remarca que "no importa quién haya conseguido la prueba inconstitucional, prohibida o ilícita"[2222].

V. LA VIOLACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CENTRO DE GRAVEDAD DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

35. Tanto el artículo VIII.2 y el artículo 159.1 del CPP aluden de manera expresa a la violación o vulneración del "contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

2220 Exp. N.º 04085-2008-PHC/TC, Caso: Marco Antonio Mendieta Chauca; Exp. N.º 03995-2009-PHC/TC, Caso: Rosario Manuel Cisneros Soto a favor de Juana Pasquel Aguilar y otros.

2221 Véase, el R. N. N.º 1640-2013 del 10 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

2222 Véase, el R. N. N.º 1640-2013 del 10 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

Con ello, el legislador pretende descartar que no basta una violación al derecho fundamental de la persona para que se declare que una prueba es ilícita, sino que es necesario que se afecte al contenido esencial del concreto derecho fundamental. Si es que no se afecta el núcleo del derecho fundamental no entra a tallar la regla de exclusión probatoria[2223]. El contenido esencial de los derechos fundamentales es conocido también como "límite de los límites" o la "restricción de las restricciones" que como aporte teórico y dogmático es una construcción de la doctrina constitucional alemana a partir de la regulación del artículo 19.2 de su Constitución, el cual prescribe que "en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial"[2224], que se encuentra regulado también en el artículo 53.1 de la Constitución española.

36. El contenido esencial de un derecho fundamental se define como aquel conjunto de facultades o atribuciones que hacen que el derecho humano sea ese derecho y no otro diferente[2225]. Todo derecho posee un contenido mínimo, o también un contenido inviolable, sin el cual pierde su esencia y eficacia como derecho y sin cuya nota de indisponibilidad no sería reconocible[2226]. Por ejemplo, si el Constituyente peruano ha decidido que sean veinticuatro horas la duración máxima de la detención policial, tal plazo conforma el contenido esencial porque se trata de un plazo razonable.

Los derechos fundamentales son los bienes constitucionales que ocupan la posición central del ordenamiento, de tal manera que su tutela es el primer fin constitucional a perseguir. El ámbito jurídicamente protegido de los derechos fundamentales constituye un límite absolutamente infranqueable para los poderes públicos, incluido el legislador[2227].

El contenido esencial de un derecho fundamental alude a un fenómeno complejo que envuelve una serie de problemas interrelacionados, lo cual requiere: (i) la definición de aquello que es protegido por las normas que regulan los derechos

2223 Cfr. Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 96; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 250; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 173.

2224 Cfr. Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 70.

2225 Cfr. Castillo Córdova, Luis, *El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales*, en *Foro Jurídico*, N.º 13, Lima, 2014, p. 146.

2226 Cfr. Ávila, Humberto, *Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis*, en *Revista de Direito Administrativo*, vol. 236, 2004, p. 374; Sarlet, Ingo Wolfgang, *La eficacia de los derechos fundamentales. Una teoría general desde la perspectiva constitucional*, Lima, Palestra, 2019, p. 532.

2227 Véase, Martínez-Pujalte, Antonio Luis, *Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad*, en *Persona y Derecho*, N.º 54, 2006, p. 89.

fundamentales; (ii) la relación entre lo que es protegido y sus posibles restricciones; y (iii) la fundamentación tanto de lo que es protegido como de sus posibles restricciones[2228].

El contenido esencial de un derecho fundamental no puede ser afectado por ningún poder público ni siquiera por el legislador democrático quien tiene competencias limitadas para intervenir y configurar los derechos de las personas[2229].

37. El contenido esencial de un derecho está formado por aquellos "elementos identificativos y tipificadores" que deben delimitarse de "sus partes accidentales"[2230]. Por constituir la esencia del derecho, el contenido único no puede ser sacrificado ni restringido, pues sacrificar la esencia de la cosa supondrá su desaparición; es decir, el sacrificio de la esencia del derecho fundamental implica su vulneración[2231].

La garantía de un contenido esencial en determinados derechos constitucionales tiene tanto un **aspecto negativo** de prohibición o limitación al legislador ordinario como un **aspecto positivo** de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional de dichos derechos[2232].

38. El contenido esencial está conformado por una serie de ***atribuciones*** o ***facultades*** que tienen una finalidad que da sentido a su existencia y a su alcance. Tal finalidad es satisfacer una necesidad o exigencia humana para permitir una mayor realización o perfeccionamiento humano; de modo que el contenido esencial del derecho fundamental estará compuesto por aquellos elementos que hagan posible la consecución del bien humano que no solo es individual, sino también social; y no solo es material, sino también espiritual[2233].

El *contenido esencial* no puede ser equivalente al mero *contenido* de los derechos subjetivos públicos. La diferencia entre ambos radica precisamente en la *esencialidad*: solo aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente

2228 Cfr. Afonso da Silva, Virgílio, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, en *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, p. 23.

2229 Cfr. Sarlet, *La eficacia de los derechos fundamentales*, cit., p. 532.

2230 Cfr. Stern, Klaus, *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 01, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 275.

2231 Cfr. Castillo Córdova, *El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 146.

2232 Cfr. Parejo Alonso, Luciano, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1. N.º 3, septiembre-diciembre, Madrid, 1981, p. 170.

2233 Cfr. Castillo Córdova, *El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 146.

indispensables para la reconocimiento jurídico del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de que goza), puede considerarse constitutiva del contenido esencial. El contenido esencial no es otra cosa que un concepto jurídico indeterminado[2234], con el que puede operarse, técnicamente y que ha de fijarse siempre en el caso concreto en relación a cada derecho fundamental[2235].

El contenido esencial de los derechos fundamentales constituye una fórmula sintética que encierra el concepto de valor que reposa en última instancia en la dignidad humana[2236] y constituye un parámetro del grado de protección de los derechos fundamentales nacionales y los derechos fundamentales internacionales[2237]. Dicho contenido esencial no solo tiene un significado negativo en el sentido de inmunidad, sino también positivo en cuanto debe ser garantizado y protegido, en general. Al respecto, se considera que hay una obligación de los poderes públicos de proteger y de respetar el contenido esencial de un derecho fundamental.

Lo "indiscutible" es lo esencial y "lo elemental", y esta calificación deviene como resultado de un sentido común que aspira a ser compartido y aquello sobre lo que, por fin, un amplio auditorio tiene que estar necesariamente de acuerdo. Sin

---

2234 Cfr. Parejo Alonso, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 187; Abad Yupanqui, Samuel, *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar*, en *Thémis*, N.º 21, Lima, 1997, pp. 10 y 14. Sin embargo, hay quienes consideran como Prieto Sanchís, Luis, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, N.º 8, Lima, 2002, p. 72, que se trata más bien de un concepto impredecible: "En el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientadores para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que solo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá este determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión"; Carrasco Perera, Ángel, *El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional*, en *Revista española de derecho constitucional*, Año 4, N.º 11, mayo-agosto, Madrid, 1984, p. 85: "La idea de contenido esencial no se define. No se dan los elementos integradores de dicho contenido, ni se señala cuál es el ámbito específico de protección que el contenido esencial hace intangible a los actos de los poderes públicos".

2235 Cfr. Parejo Alonso, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 187; Abad Yupanqui, Samuel, *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar*, en *Thémis*, N.º 21, Lima, 1997, pp. 10 y 14.

2236 Cfr. Landa Arroyo, César, *Dignidad de la persona humana*, en *Ius et Veritas*, N.º 21, Lima, 2000, p. 20; Gavara, Juan, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994, p. 99.

2237 Cfr. Michael, Lothar; ¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?, p. 1. https://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/06LotharMichael.htm

embargo, ello en ocasiones resulta peligroso, porque el deseo de "reconocimiento" puede actuar inconscientemente como una integración mínima de la protección constitucional, o, correlativamente, como la admisión de un "máximo" de limitación al derecho[2238].

39. En la restricción razonable de un derecho fundamental resulta indispensable conocer en qué consiste concretamente el derecho fundamental, cuáles son sus perfiles o límites, su relación con los restantes derechos constitucionales, conocimiento este que solo puede adquirirse mediante la indagación del contenido del derecho[2239].

En un Estado constitucional toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y, además, respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho[2240]. El contenido se identifica con aquella parte del derecho que no se puede sacrificar legítimamente o con alguna justificación.

En la doctrina se reconoce dos funciones del contenido esencial del derecho fundamental dentro del marco argumentativo de la limitación de los derechos[2241]:

(i) Una **función autónoma** que consiste en recordar a los operadores jurídicos el papel central de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, sirviendo de contrapunto a los argumentos económicos o ponderativos.

(ii) Una **función fiduciaria** que se conecta a la otra condición que debe reunir una ley limitadora, la cual se contrae a una exigencia de "mayor justificación". En este caso la cláusula del contenido esencial debe conducir a una cierta sobrevaloración del sacrifico y, con ello, a una infravaloración de los beneficios, haciendo así más exigente el juicio de ponderación a favor de los derechos. Cuanto más se sacrifica un derecho y, por tanto, cuanto más nos acercamos a su núcleo o esencia —cualquiera que esta sea— mayor necesidad de justificación reclamará la medida limitadora,

2238 Por todos, Carrasco Perera, *El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional*, p. 86.

2239 Cfr. Cianciardo, Juan, *Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales*, en *Persona y Derecho*, N.º 41, 1999, p. 53.

2240 Cfr. Prieto Sanchís, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, cit., p. 71.

2241 Cfr. Prieto Sanchís, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, cit., p. 73.

de tal manera que mayor ha de ser el peso y la importancia del bien constitucional que se contrapone[2242].

Es posible caracterizar el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental como un contenido único, limitado y delimitable. De este modo, los derechos fundamentales serán realidades limitadas y orientadas a una finalidad determinada[2243].

40. El contenido esencial de los derechos fundamentales no es invariable, absoluto o inmutable a manera de una magnitud eterna o supratemporal, ya que puede estar sujeto a cambios constitucionales y a modificaciones en su interpretación y aplicación. Es equivocada la posición que entiende el contenido esencial como un criterio rígido e invariable[2244]. Como cualquier disposición constitucional los derechos fundamentales están sujetos a cambios, ya sea que amplían su sentido o que lo estrechan, lo cual viene condicionado por la realidad social, política y la actividad que desarrolla la jurisprudencia constitucional.

El contenido esencial no es históricamente determinado, sino que es capaz de sufrir una adaptación evolutiva en el tiempo. La dimensión del contenido esencial como garantía institucional supone la prescripción de observancia del contenido que expresa la voluntad del legislador constituyente de la permanencia en el ordenamiento jurídico de los distintos derechos fundamentales como instituciones jurídicas conjuntas[2245].

41. Para el TC peruano 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

2242 Al respecto, Ávila, *Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis*, cit., p. 374: "quanto maior for a restrição causada a um direito fundamental, maior deverá ser a sua razão justificativa. Uma restrição em grau elevado exige uma justificação na mesma medida"; Prieto Sanchís, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, cit., p. 74: "Que los derechos gocen de un contenido esencial significa entonces, argumentativamente, que las razones a favor de la limitación han de ser tanto más poderosas cuanto más lesivas resulten para el contenido del derecho. En resumen, la cláusula del contenido esencial puede estimular un especial escrutinio sobre la justificación de la ley y al propio tiempo debe impedir que el 'derecho legal' deje de ser adscribible al tipo del 'derecho constitucional'".

2243 Cfr. Castillo Córdova, *El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 146.

2244 Cfr. Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 203.

2245 Cfr. Parejo Alonso, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 188.

tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada[2246].

El TC ha señalado lo siguiente: "En cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales"[2247].

Además, el TC ha sostenido que "una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, **disminuirlo o suprimirlo**. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción"[2248]. Asimismo, ha indicado que "aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente"[2249].

2246 Véase, Exp. N.º 03850-2011-PA/TC, Caso: Centro Cultural de Música y Danza Expresiones Andinas; Exp. N.º 00753-2010-PA/TC, Caso: Saturnina Copa Gonzales; Exp. N.º 5265-2009-PA/TC, Caso: Hatuchay EIRL; Exp. N.º 01420-2009-PA/TC, Caso: Marco Antonio García Vera; Exp. N.º 02142-2009-PA/TC, Caso: Miguel Vigo Pizán; Exp. N.º 1042-2002-AA/TC, Caso: Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac.

2247 Véase, Exps. N.º 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC, Caso: Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c. el Congreso de la República.

2248 Véase, Exp. N.º 014-2002-AI/TC, Caso: Colegio de Abogados del Cusco; Exps. N.º 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC, Caso: Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c. el Congreso de la República.

2249 Véase, Exp. N.º 014-2002-AI/TC, Caso: Colegio de Abogados del Cusco; Exps. N.º 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC, Caso: Co-

42. El TC peruano ha señalado que "todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume"[2250]; además, ha establecido 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, sino a la luz de cada caso concreto[2251]. 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"[2252].

De igual forma, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de este resultan admisibles, forman una unidad 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 optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, solo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental[2253].

43. El contenido esencial de un derecho fundamental determina que dicho espacio es inmune a cualquier violación, la que debe ser declarada de manera inmediata e irremediable aplicando la regla de exclusión[2254]. En sentido inverso, si

---

legios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c. el Congreso de la República.

2250 Véase, Exp. N.º 2877-2005-PHC/TC, Caso: Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez.

2251 Véase, la STC del Exp. N.º 0003-2006-PI/TC; Más de 5000 ciudadanos contra el Congreso de la República; Exp. N.º 01417-2005-AA/TC, Caso: Manuel Anicama Hernández; Exp. N.º 06218-2007-PHC/TC, Caso: Víctor Esteban Camarena.

2252 Véase, la STC del Exp. N.º 0003-2006-PI/TC; Más de 5000 ciudadanos contra el Congreso de la República; Exp. N.º 01417-2005-AA/TC, Caso: Manuel Anicama Hernández.

2253 Véase, la STC del Exp. N.º 01417-2005-AA/TC, Caso: Manuel Anicama Hernández.

2254 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 250; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 70; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 173.

es que no se afecta el contenido mínimo o esencial del derecho fundamental no se podrá estar ante una prueba ilegítima que ingresará o se mantendrá en el proceso de manera regular.

La precisión del contenido esencial exige del intérprete una tarea de delimitación que ha de llevarse a cabo mediante la interpretación sistemática y teleológica de los preceptos constitucionales en los que se reconocen los derechos fundamentales[2255].

Si es que la Constitución o la ley no fijan el contenido esencial de un derecho fundamental es necesario que vía interpretación doctrinal y jurisprudencial se determine y precise el contenido esencial de cada derecho fundamental cuya violación se invoca. Para ello, es indispensable establecer el contenido mínimo, necesario, indisponible o el núcleo duro de cada derecho fundamental a fin de poder identificar el ámbito de protección del derecho fundamental y los alcances de la regla de exclusión de la prueba prohibida[2256].

44. En la doctrina se reconoce que la regulación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el CPP posee un espacio de cierta discrecionalidad judicial que deriva de la interpretación del contenido esencial del concreto y específico derecho fundamental. Se plantea que el criterio del contenido esencial es el que permitirá o no reconocer excepciones a la aplicación de la regla de exclusión como también la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad[2257].

Con todo, se sostiene la necesidad de interpretar la regla de exclusión de la prueba ilícita en su eficacia directa o indirecta siguiendo principios de interpretación constitucional y de la máxima eficacia y operatividad de los derechos fundamentales, dado el papel preferente que tienen los derechos en un Estado constitucional[2258].

45. Es el legislador quien delimita los alcances y el ámbito de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita sin que se les haya concedido a los jueces y tribunales alguna potestad para plantear excepciones vía desarrollo jurisprudencial, ya que dicha opción no es compatible con la regulación constitucional y legal de la regla de exclusión[2259]. La vigencia del principio de constitucionalidad y de legalidad procesal en la fijación de la regla de exclusión de la prueba ilícita lleva a sostener que cualquier reconocimiento de una excepción a dicha regla debe ser regulado

2255 Véase, Martínez-Pujalte, *Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad*, cit., p. 77.

2256 Cfr. Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 96; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 250; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 173.

2257 Véase, Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 109.

2258 Véase, Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 110.

2259 Véase, Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 110.

legislativamente y no debe ser dejado en manos de los jueces y fiscales. Por ello, se debe aplicar la regla de exclusión sin admitir excepciones que no tienen un adecuado soporte legal[2260].

Por ello, además, se debe rechazar la tesis de la no aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en los casos en que se está ante delitos graves (*v. gr.*, terrorismo, tráfico de drogas, abuso sexual de menores, corrupción de funcionarios, crimen organizado, etc.) y en los que aparentemente correspondería efectuar un test de ponderación judicial. La doctrina, con razón, recuerda que no es admisible sostener que en materia de interpretación y aplicación de la prueba ilícita debe haber un doble rasero, un doble estándar o un parámetro de valoración distinto, según se trate de si la violación de los derechos fundamentales se produce en un delito grave o si se realiza por un delito leve (*v. gr.*, delincuencia común). La eficacia de los derechos fundamentales, la aplicación del principio de legalidad procesal (artículo 1.24.b) y el principio de igualdad ante la ley colisionan con las excepciones a la prueba ilícita que se genera en los casos de criminalidad grave. Se recuerda que es, en realidad, en esta clase de delitos en los que debe intensificarse las garantías propias de un Estado de derecho y se ha de optimizar la eficacia de los derechos fundamentales. En los delitos graves lejos de relajarse la vigencia de los derechos humanos y las garantías procesales se debe, por el contrario, maximizar y ser más riguroso en el cumplimiento de las reglas constitucionales del debido proceso y de los derechos fundamentales[2261]. No es correcto hacer distinciones en donde la ley y la Constitución no distingue y plantea un estándar distinto en la aplicación de las reglas probatorias, en particular, de las reglas de exclusión de la prueba ilícita según la gravedad o no del delito. No es atendible, desde la perspectiva constitucional, el ampliar discrecionalmente los alcances de la injerencia estatal solo para una clase de delitos (los más graves) generando, con ello, de manera arbitraria un "derecho de dos clases"[2262].

2260 Véase, Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., pp. 82, 89 y 101; Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 111; Martínez García, *Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuricidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)*, cit., pp. 203 y 204: "significa que cualquier relativización del art. 11.1 LOPJ no es posible, pues solo el legislador está autorizado para realizar una ponderación como ésta y, por tanto, para formular excepciones a la regla del artículo 11.1 LOPJ. Este juicio de ponderación entraría, entonces, dentro de la esfera que impide la posible injerencia estatal de los jueces, correspondiente a ese deber de abstención al que Jellinek se refiere y, en consecuencia, la presencia de esas fuentes de prueba en un proceso exige del Juez una actitud positiva de expulsión de las mismas en aplicación de la garantía del artículo 11.1 LOPJ".

2261 Véase, Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 111.

2262 Cfr. Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., p. 101.

Como ha señalado el Tribunal Supremo español en una sentencia acerca del respeto a las reglas del debido proceso penal en el delito de lavado de activos: "[R]esulta ocioso polemizar sobre la gravedad del narcotráfico y del blanqueo de él derivado, pero previamente la gravedad de estos delitos no puede ser interpretada como conveniencia de un 'adelgazamiento' de las garantías del proceso, este, el proceso debido, no está en relación inversamente proporcional con la importancia o gravedad de los delitos que se instruyen. No hay causas graves y causas leves, sino procesos justos o injustos. La exigencia de eficacia en la lucha contra este delito no puede tener como contrapartida una excepcionalidad procesal definida por la quiebra de los derechos fundamentales, antes bien, la exigencia de eficacia debe venir unida inexorablemente al respeto a las garantías fundamentales"[2263].

Tan inaceptable en un Estado de derecho es distinguir un sistema de garantías en función a la gravedad del delito como el sistema basado en una mayor o menor capacidad de culpabilidad, debido a que las personas incapaces de culpabilidad (o con capacidad disminuida) también tienen el derecho a un procedimiento respetuoso de las formas y principios procesales que, según mandato constitucional, se le garantiza a todo ciudadano[2264].

VI. LAS PRUEBAS OBTENIDAS "DIRECTA O INDIRECTAMENTE" CON LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A. Las pruebas ilícitas obtenidas directamente

46. La garantía constitucional de la prueba ilícita que sirve de protección de los derechos fundamentales supone la exclusión de las pruebas directamente obtenidas a partir del acto que lesiona derechos fundamentales, *v. gr.*, permite la exclusión de las grabaciones o audios ilegales que se obtienen de unas escuchas sin autorización judicial o de la droga que se encuentra en un allanamiento ilegal.

Las pruebas que se obtienen de manera directa con violación de los derechos fundamentales no pueden ser utilizadas en el proceso, bajo ninguna forma; de otro modo se burlaría el sentido de los mandatos constitucionales referidas a la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales.

En este ámbito se debe tomar en cuenta si concurre o no el **principio de unidad del acto** que prohíbe considerar aisladamente los elementos o los aspectos

2263 Véase, la Sentencia 737/2009. Ponente: Joaquín Giménez García.

2264 Cfr. Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., p. 99.

secuenciales de una misma intervención restrictiva de los derechos fundamentales[2265]. La unidad del acto permite moverse dentro del ámbito de las pruebas ilícitas originarias y no tanto de las pruebas derivadas o reflejas[2266].

Una conducta puede afectar de manera simultánea, concomitante o concurrente varios derechos fundamentales. En muchas ocasiones se fracciona o atomiza la intervención en los derechos para minimizar las consecuencias y dar la posibilidad de discutir la concurrencia de una prueba independiente.

Una conducta puede terminar afectando varios derechos fundamentales. Por ejemplo[2267]:

(i) Se obtienen pruebas como consecuencia de afectar otro derecho fundamental tal como ocurre, por ejemplo, con un registro domiciliario en el que se termina torturando a una persona para que revele el lugar exacto donde se encuentran determinados objetos o bienes. También ocurre con la práctica de la detención ilegal de una persona en la que como consecuencia inmediata se produce una confesión, un registro personal o un registro domiciliario[2268].

(ii) Se consiguen pruebas a la vez que se lesiona otro derecho fundamental cuando, por ejemplo, la persona para facilitar y rodear de privacidad el registro personal que le practica la policía los invita pasar a su domicilio y la policía sin autorización alguna procede a realizar un registro domiciliario incautando una serie de objetos, *v. gr.*, armas de fuego.

(iii) Se obtienen pruebas a la vez que se infringen algunas de las garantías procesales que forman parte del debido proceso, por ejemplo, cuando en un registro domiciliario no se le permite estar presente en la diligencia o no se autoriza la concurrencia de su defensa.

Las pruebas directas o inmediatas obtenidas con la violación de un derecho fundamental son inadmisibles en un proceso penal democrático que posee garantías

2265 Cfr. Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 160; Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 53; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 154.

2266 Cfr. Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 55.

2267 Cfr. Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 161.

2268 Cfr. Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 55.

mínimas[2269]; dicha inadmisibilidad es general y no se reconoce posibilidad alguna de excepción[2270].

La violación directa e inmediata de un derecho fundamental debe generar la posibilidad de imputar responsabilidad penal o disciplinaria a los funcionarios públicos que la cometen[2271] y cuando menos una reparación civil a los particulares. Aquí no se aplica la teoría del fruto del árbol envenado debido que la afectación de los derechos es directa.

Por ejemplo, las interceptaciones telefónicas que se logran sin autorización ilegal o la confesión que se obtiene mediante tortura o engaño son ejemplos de pruebas que se logran directamente con la violación de los derechos fundamentales de la persona[2272].

B. Las pruebas ilícitas obtenidas indirectamente

47. Por su parte, lo que se obtiene **indirectamente** como consecuencia de la violación de un derecho fundamental carece de efectos y no puede ser utilizado por alguno de los órganos de persecución penal (*v. gr.*, policía, fiscal, etc.) y del sistema de justicia (órganos jurisdiccionales)[2273]. Se trata de pruebas ilícitas por derivación[2274], de pruebas contaminadas[2275], de pruebas que producen un efecto

2269 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 154; Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 32.

2270 Cfr. Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 55.

2271 Cfr. Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 53.

2272 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 154; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 182.

2273 Cfr. Martínez García, *Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuricidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)*, cit., p. 204.

2274 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 234. En el derecho argentino: Poviña, *Regla de exclusión probatoria*, cit., p. 172. En el derecho brasileño: Bulos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 704; Araújo/Pellegrini/Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 431; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, pp. 287 y 289; Torquato Avolio, *Provas ilícitas. Interceptações telefónicas, ambientais e gravações clandestinas*, cit., pp. 73 y ss.; Rodrigues Campos, *(In)admissibilidade de provas ilícitas*, cit., p. 45; Pellegrini Grinover, *As provas ilícitas na constituição*, cit., p. 422; Greco Filho, *Manual de proceso penal*, cit., p. 224; Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 401; Giacomolli, *O debido processo penal*, cit., p. 180; Bedé Júnior/Senna, *Príncipios do processo penal*, cit., p. 54; Souza Nucci, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, cit., p. 451.

2275 Cfr. Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 772; Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, pp. 401 y 409; Castanho de Carvalho, *Processo penal e Constituição. Príncipios constitucionais do processo penal*, cit., p. 132; Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 192.

a distancia[2276] o un efecto expansivo[2277], de contagio[2278]; se trata de prueba manchada[2279], refleja[2280], indirecta[2281] o cuya ilegalidad se manifiesta a todos aquellos actos que son su consecuencia directa o indirecta. La problemática se analiza a fin de determinar la comunicabilidad o no de la prohibición de uso de los medios secundarios de prueba y con ello la posibilidad de su exclusión[2282]. La aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita requiere como presupuesto causal, directo o indirecto, la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de una o varias pruebas de cargo[2283]. Se trata de establecer si la prohibición de uso de una prueba primaria o directa se extiende a otras pruebas secundarias que ingresan al proceso de manera lícita.

El artículo VIII.2 del TPCPP y el artículo 159.1 del CPP —de manera semejante al artículo 11 de la LOPJ de España— regula y reconoce de manera expresa la doctrina de los frutos del árbol envenenado e impone la consecuencia jurídica de excluir e inutilizar cualquier actividad probatoria que viole los derechos fundamentales[2284].

48. La garantía de exclusión de la prueba prohibida posee un efecto reflejo, dado que deben ser consideradas como ilícitas las pruebas que indirectamente se obtengan a partir de la lesión de un derecho fundamental[2285]. Se deberá excluir del

2276 Cfr. Costa Andrade, Manuel da, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Editora Coimbra, 2006, p. 172; Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 191; Jesus Texeira, Antonio de, *Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, pássim; Rodrigues Campos, *(In) admissibilidade de provas ilícitas*, cit., p. 45; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 287.

2277 Cfr. Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 192.

2278 Cfr. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 179.

2279 Cfr. Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 191.

2280 Cfr. Ambos, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, cit., pp. 145 y 148; Gössel, *La prueba ilícita en el proceso penal*, cit., p. 224; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 165; Giacomolli, *O debido processo penal*, cit., p. 180; Sánchez Córdova, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, cit., pp. 51 y 117.

2281 Cfr. Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 183.

2282 Cfr. Rodrigues Campos, *(In)admissibilidade de provas ilícitas*, cit., p. 45.

2283 Cfr. Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 194.

2284 Por todos, Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 19.

2285 Cfr. Torquato Avolio, *Provas ilícitas. Interceptações telefónicas, ambientais e gravações clandestinas*, cit., p. 73; Pellegrini Grinover, *As provas ilícitas na constituição*, cit., p. 422; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 290; Asencio Mellado, *El proceso penal con todas las garantías*, cit., p. 56; Asencio Mellado, *Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)*, cit., p. 1134; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 156; Martínez García, *Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuricidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías*

proceso o de la investigación tanto la prueba matriz como todas las pruebas indirectas causalmente relacionadas[2286]. Hay una transmisión de inconstitucionalidad a la prueba derivada que no se puede negar, salvo que se quiera despojar de sentido prescriptivo a la Constitución y a los derechos fundamentales[2287].

En la prueba ilícita refleja se trata de medios de prueba que se han obtenido lícitamente y que, como regla, se han practicado con la observancia del debido procedimiento probatorio y cuya aparición en el proceso, o en la investigación, se debe a la información obtenida por la prueba que se logra con la violación de los derechos fundamentales[2288]. El vicio de inconstitucionalidad se transmite a todos los elementos probatorios obtenidos con el acto ilícito o maculado[2289]; la mayor intensidad o no de la antijuridicidad constitucional no es relevante. En buena cuenta, son medios de prueba formalmente lícitos, pero materialmente ilícitos[2290].

No tiene ningún sentido prohibir el uso directo de la prueba ilícita y autorizar su uso derivado[2291]. La obligación de respeto de las normas constitucionales, en especial, de los derechos fundamentales requiere que se extienda la vigencia de la regla de exclusión a la prueba derivada o refleja. El admitir la prueba derivada de un acto violatorio de la Constitución de la ley sería incrementar injustificadamente la utilización de procedimientos inconstitucionales que indirectamente surtirían efecto en el proceso[2292]. La exclusión de las pruebas derivadas constituye la única forma de que las agencias de persecución del delito se vean disuadidas de realizar actos violatorios de la ley o de los derechos fundamentales, generando investigaciones manchadas y marcadas por la ilegalidad[2293]. Con ello, se reafirma la vigencia y la posición preferente de los derechos fundamentales, dejando sin piso toda la actividad probatoria que se obtiene como consecuencia de su violación[2294].

(art. 24.2 CE), cit., p. 203; Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 85; Zapata García, *La prueba ilícita*, cit., p. 29; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 95.

2286 Cfr. Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 194.

2287 Cfr. Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 154.

2288 Cfr. Pellegrini Grinover, *As provas ilícitas na constituição*, cit., p. 422; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 289; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., pp. 235 y 251.

2289 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 409.

2290 Cfr. Bulos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 704; Torquato Avolio, *Provas ilícitas. Interceptações telefónicas, ambientais e gravações clandestinas*, cit., p. 73; Bedé Júnior/Senna, *Princípios do processo penal*, cit., p. 54.

2291 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 165; Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 154.

2292 Cfr. Giacomolli, *O debido processo penal*, cit., p. 180.

2293 Cfr. Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 192.

2294 Cfr. Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 183.

49. Por mandato legal expreso quedan excluidas del proceso y de la investigación "las pruebas obtenidas, directa o **indirectamente**, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona" (artículo VIII.2 del TPCPP y el artículo 159 del CPP). Sin esta regulación explícita difícilmente tendría cobertura en nuestra legislación la exclusión de la prueba derivada. En este ámbito surge el real y verdadero valor de la norma, bajo análisis[2295]; se trata de la actuación de pruebas que se obtienen lícitamente, pero que guardan relación con la prueba ilícita original[2296].

Por ejemplo, se está ante la prueba ilícita derivada en los casos de las actas de las transcripciones de registros de audio o el allanamiento, cuya fuente matriz son escuchas ilegales; la declaración de un policía que estuvo presente en la aprehensión de una carga de droga consecuencia de un allanamiento ilegal o la ubicación del cadáver de la víctima que se obtiene a partir de la tortura del detenido o el suministro de drogas; una confesión derivada de una detención ilegal, las huellas dactilares tomadas a una persona arbitrariamente detenida, pese a que correspondían con las muestras halladas en la escena del crimen[2297], la incautación o la retención de documentos de una empresa realizada por agentes fiscales que no estaban autorizados a entrar y/o permanecer en las instalaciones de la persona jurídica[2298].

50. El empleo del término "**indirectamente**" supone la normativización y el reconocimiento de los efectos reflejos de la prueba ilícita, tal como ocurre también en la legislación española[2299]. La expulsión del proceso, o de la investigación, de las pruebas derivadas busca evitar los abusos y excesos de los poderes públicos tanto en la obtención directa de las pruebas como en todas aquellas pruebas que tienen una

2295 Cfr. Martínez García, *Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuricidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)*, cit., p. 204.

2296 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 409; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 96.

2297 Cfr. Torquato Avolio, *Provas ilícitas. Interceptações telefónicas, ambientais e gravações clandestinas*, cit., p. 74; Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 409; Bedé Júnior/Senna, *Príncipios do processo penal*, cit., p. 55; Souza Nucci, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, cit., p. 452; Gascón Abellán, *¿Libertad de prueba? defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*, cit., p. 6; Parra Quijano, Jairo, *Pruebas ilícitas*, en *Ius et Veritas*, N.º 14, junio, Lima, 1997, pp. 39 y 40; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 235; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 95.

2298 Cfr. Bulos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 701.

2299 Cfr. Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 71; Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 96; Martínez García, *Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuricidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)*, cit., p. 205; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 184.

relación causal o derivada con la violación originaria[2300]. La extensión de la regla de exclusión posee una connotación ética y axiológica, dado que el Estado, bajo ninguna circunstancia, puede beneficiarse con la obtención de pruebas ilegales aun cuando estas tengan el carácter de derivadas[2301].

La prueba ilícita refleja es en sí misma una prueba lícita, pero que tiene como fuente y media una conexión causal con otra prueba inconstitucional[2302]. La prueba inconstitucional derivada supone: (i) un acto probatorio (o de investigación) lícito que se ha actuado respetando las normas del procedimiento, y (ii) un acto probatorio previo que se obtiene con la violación de los derechos fundamentales de la persona[2303]. Entre ambos media una relación causal. La prueba ilícita no solo posee efectos directos, sino indirectos de tal modo que el legislador trata de frenar y excluir sus efectos expansivos. Se exige una relación causal jurídicamente relevante en el sentido de que la actividad probatoria ilícita resulte funcionalmente preordenada a la adquisición de otra clase de pruebas que resultan contaminadas.

En la legislación española, que posee una regulación legal semejante a la peruana, se afirma que la técnica legislativa y el lenguaje empleado por el legislador en el tratamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita no es la mejor ni la más acertada. Se alude que lo más aconsejable hubiera sido referirse a las pruebas directa o "derivadamente obtenidas con violación de los derechos fundamentales"[2304] al destacar la ambigüedad y la falta de claridad del término "indirectamente". Por ello, se plantea una regulación detallada y suficiente, más que la simple referencia a un simple adverbio[2305].

2300 Cfr. Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 22; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 184; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 97.

2301 Cfr. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 41; Souza Nucci, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, cit., p. 446; Edwards, *La prueba ilegal en el proceso penal*, cit., p. 90; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 95.

2302 Cfr. Greco Filho, *Manual de proceso penal*, cit., p. 224; Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 409; Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., pp. 22 y 71; Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 21; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 181; Sánchez Córdova, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, cit., p. 52.

2303 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., pp. 50 y 53.

2304 Cfr. Martínez García, *Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuricidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)*, cit., p. 205: "Entenderlo de otra forma entraña el riesgo de admitir subterfugios destinados a dejar en el proceso lo obtenido derivadamente de este tipo de transgresiones".

2305 Cfr. Gómez Colomer, *Prueba admisible y prueba prohibida*, cit., p. 47: "habría que elevar a categoría legal el efecto reflejo de la prueba prohibida, por tanto, se debería indicar por la ley

Así pues, desde la perspectiva constitucional se admite que la protección de los derechos fundamentales obliga a excluir el material probatorio que deriva y que resulta contaminado como consecuencia de la afectación de los derechos de la persona[2306]. Toda prueba que es ilícita, directa o indirecta, debe ser excluida del proceso penal. Sería un fraude a la Constitución el limitar el alcance de la regla de exclusión de la prueba ilícita a la violación directa de los derechos fundamentales[2307].

Si es que se admite que la regla de exclusión despliega un efecto preventivo y cumple una función de control disciplinario dicha tesis habla a favor del reconocimiento de un efecto extensivo que comprende dentro de la actividad desplegada a toda la prueba que se obtiene con violación a los derechos fundamentales, ya que no hay otra forma de desincentivar los actos arbitrarios y abusivos de las autoridades estatales que excluyendo la prueba directa o indirectamente lograda[2308].

51. El Tribunal Constitucional alemán concede "efectos ulteriores" a la prohibición de valorar pruebas obtenidas con infracción del ámbito esencial. Cuando se infringe el ámbito esencial, "hay que asegurar que los conocimientos que se hayan adquirido con esta intervención ilegítima no puedan ser utilizados ni en el posterior proceso investigador ni en nada que tenga que ver con ello... Esto no solo vale en relación con la utilización de estos medios probatorios en el juicio oral, sino también para todo lo que pueda considerarse como indicios en la instrucción entendida en sentido amplio". Seguidamente afirma: "los datos derivados de actos que pertenecen al ámbito intangible de la configuración de la vida privada, están sometidos a la prohibición constitucional de valorar pruebas obtenidas ilegalmente y no pueden, por tanto, ser tenidos en cuenta en el juicio oral, ni servir de referencia en ninguna otra clase de investigación".

La jurisprudencia portuguesa subraya que no se puede utilizar la prueba testimonial para limpiar la prueba obtenida a través de un acto ilícito, ya que de ser así bajo esta forma se tornaría lícita toda prueba derivada recogida; lo que no puede ingresar por la puerta no debe entrar por la ventana. Por ello, si se verifica que el testimonio adquirido proviene de un conocimiento de una prueba obtenida ilícitamente dicho medio de prueba deberá ser tenido por nulo[2309].

---

expresamente, y no solo con un escueto adverbio, que las pruebas obtenidas del árbol envenenado lo están también, en todo caso y sin excepción".

2306 Cfr. Torquato Avolio, *Provas ilícitas. Interceptações telefónicas, ambientais e gravações clandestinas*, cit., p. 80.

2307 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 290.

2308 Cfr. Ambos, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, cit., p. 149; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 86.

2309 Cfr. Rodrigues Campos, *(In)admissibilidade de provas ilícitas*, cit., p. 49.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido expresamente que "las pruebas obtenidas indirectamente violentando el contenido esencial de los derechos fundamentales o constitucionales tampoco surten efectos en el proceso (eficacia refleja)"[2310]. En el análisis de un caso concreto se sostuvo que "en estas circunstancias se tiene que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice incautado —prueba originaria— y las pericias realizadas sobre el particular —prueba derivada— no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba"[2311].

El Tribunal Supremo español en la sentencia n.º 974/1997 del 4 de julio ha señalado que "como señalan las sentencias de esta Sala n.º 448/97 de 4 de marzo y n.º 472/97, de 14 de abril, la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior ('directa o indirectamente'), pues solo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la LOPJ), jurídicamente contaminados. El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir 'prueba diferente' (pero derivada), con 'prueba independiente' (sin conexión causal). La enérgica defensa del efecto expansivo del art. 11.1º de la LOPJ determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los casos en que dicho efecto expansivo resulta aplicable, que se deben concretarse en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, sin extenderse a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aún por la vía de calificarlas de infracciones 'indirectas' del derecho a un proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la C.E., pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal".

52. El efecto reflejo o dominó es la traducción y la versión castellana de la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado que se sintetiza en la idea de que si la prueba original (el árbol) es ilícita, dicha condición se extiende

2310 Véase, el R. N. N.º 1640-2013 del 10 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

2311 Véase, el R. N. N.º 1589-2013 del 6 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

a las pruebas que tiene conexión (los frutos)[2312]. Por ejemplo, si de unas escuchas ilegales se logra saber de una carga de droga que se encuentra en una casa de campo para cuyo ingreso se realiza un pedido judicial de allanamiento, dicho registro y los bienes incautados deberán también excluirse del proceso.

Una vez que se constata la producción de la prueba refleja o derivada, la consecuencia será la exclusión del material probatorio que no puede desplegar efecto alguno a nivel del proceso penal. Si se comprueba la violación de un derecho fundamental pesa una prohibición de uso de la prueba original o matriz como de la prueba derivada[2313]. La regla de exclusión opera en un momento previo al de la apreciación individual y general de la prueba y por la cual toda prueba afectada de un vicio de constitucionalidad no puede producir efectos válidos directos o indirectos.

53. La Corte IDH tomando como base la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Harutyunyan C. Armenia, indicó que en caso de existir evidencia razonable de que una persona ha sido torturada o tratada de manera cruel e inhumana, el hecho de que ratifique la confesión ante una autoridad distinta a la que realizó la acción, no conlleva automáticamente que dicha confesión sea válida. Lo anterior, debido a que la confesión posterior puede ser la consecuencia del maltrato que padeció la persona y específicamente, del miedo que subsiste después de este tipo de hechos[2314]. Se señala que la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas a quienes en el momento de ser detenidas se les somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes, con el objeto

2312 Cfr. Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 191 y ss.; Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 772; Pellegrini Grinover, *As provas ilícitas na constituição*, cit., p. 422; Giacomolli, *O debido processo penal*, cit., p. 180; Torquato Avolio, *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, cit., p. 74; Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 289; Bedé Júnior/Senna, *Príncipios do processo penal*, cit., p. 54; Rodrigues Campos, *(In)admissibilidade de provas ilícitas*, cit., p. 47; Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 191; Díaz Cabiale/Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., pp. 71 y 81; Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 21; Asencio Mellado, *El proceso penal con todas las garantías*, cit., p. 56; Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 85; Gascón Abellán, *¿Libertad de prueba? defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*, cit., p. 6; Poviña, *Regla de exclusión probatoria*, cit., p. 174; Parra Quijano, *Pruebas ilícitas*, cit., p. 39; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 235; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 184; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 98; Sánchez Córdova, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, cit., p. 117. En contra, en el derecho alemán: Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 24/60, p. 304.

2313 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 53; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 96; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 187; Parra Quijano, *Pruebas ilícitas*, cit., p. 40.

2314 Corte IDH: Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 173.

de suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse[2315], pueden producir sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillar y devastar a una persona y posiblemente quebrar su resistencia física y moral[2316].

Asimismo, se sostiene que los actos de tortura que pudieran haber ocurrido anteriormente a que el imputado efectúe su declaración pueden tener incidencia en el momento en que la rinde[2317]. La Corte IDH ha sostenido que una declaración posterior a los supuestos hechos de tortura puede ser la consecuencia del maltrato que padeció la persona y, específicamente, del miedo que subsiste después de este tipo de hechos, a lo cual se suma la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas al momento de ser detenidas[2318]. Al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción[2319]. La Corte considera que las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen[2320].

54. Desde una perspectiva integral de protección de los derechos fundamentales, si se resta valor y se cuestiona a la doctrina del fruto del árbol envenenado (o del efecto reflejo o indirecto) se está afectando, al mismo tiempo, la eficacia y la efectividad de los derechos fundamentales como también la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución. La efectiva tutela y la máxima eficacia de los derechos fundamentales debe llevar a considerar que toda prueba que se deriva de su lesión debe ser excluida del proceso o de la investigación[2321]. La admisión de la doctrina del árbol envenenado no responde a una concepción exagerada del alcance de la prueba prohibida o a un planteamiento hipergarantista, sino que responde a la necesidad

2315 Corte IDH: Cantoral Benavides c. Perú, 18 de agosto de 2000, párr. 104; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 174; Maritza Urrutia c. Guatemala, 27 de noviembre del 2003, párr. 93; Tibi c. Ecuador, 7 de septiembre de 2004, párr. 146.

2316 Corte IDH: Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 174.

2317 Corte IDH: García Cruz y Sánchez Silvestre c. México, 26 de noviembre del 2013, párr. 58.

2318 Corte IDH: García Cruz y Sánchez Silvestre c. México, 26 de noviembre del 2013, párr. 58, nota 75; Cantoral Benavides c. Perú, 18 de agosto de 2000, párr. 104; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párrs. 173 a 175.

2319 Corte IDH: Montesinos Mejía c. Ecuador, 27 de enero de 2020, párr. 197; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 166.

2320 Corte IDH: Montesinos Mejía c. Ecuador, 27 de enero de 2020, párr. 198; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 167.

2321 Cfr. Gascón Abellán, *¿Libertad de prueba? defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*, cit., p. 6; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 186.

de afianzar la efectiva protección de los derechos fundamentales, la dignidad de la persona humana y la supremacía jurídica de la Constitución.

Por la violación de los derechos fundamentales puede generarse responsabilidad penal, disciplinaria, civil o de otro orden por parte de los policías, fiscales, jueces o particulares. En el derecho comparado la regla de inadmisión o de exclusión de la prueba ilícita se ha visto limitada en su aplicación debido a las excepciones de buena fe policial o el consentimiento voluntario y espontáneo de la persona detenida.

Los tribunales peruanos, para salvar los medios de prueba derivados de la contaminación probatoria acuden a cursos causales hipotéticos. Sin embargo, se requiere que la independencia de la actividad probatoria que se considera derivada debe ser acreditada plenamente más allá de una duda razonable; de otro modo las pruebas derivadas deberán ser excluidas del proceso[2322]. No se puede permitir que el proceso penal sea un instrumento para legitimar la práctica de actos ilegales por parte de los agentes del Estado.

En efecto, en la exclusión de la prueba ilícita derivada o refleja se emplea el método de supresión mental hipotética, por el cual, si se suprime el acto viciado, se debe verificar hipotéticamente que no se arriba al conocimiento adquirido[2323].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que: "el vicio debe recaer en un acto que haya determinado la decisión contenida en el fallo de modo esencial. Dicha condición se percibe mediante el empleo del método de supresión mental hipotética, por el cual, eliminando el acto viciado mediante una conjetura, se advierte que la sentencia hubiera resultado diferente. El caso contrario, el recurso devendría en una cuestión abstracta"[2324].

La Corte Suprema ha utilizado el método de la supresión mental hipotética para analizar los casos de la prueba omitida. Se sostiene que la prueba será decisiva, y su validez afectará de manera fundamental a la motivación cuando —si mentalmente se la repusiera— las conclusiones hubieran sido necesariamente distintas[2325]. Por tanto, aun admitiendo hipotéticamente la prueba omitida, el resultado de la pericia psicológica no anularía el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia de condena —se mantendría incólume—, pues no es capaz de desvirtuar el mérito

2322 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 414.

2323 Cfr. Poviña, *Regla de exclusión probatoria*, cit., p. 174; San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 53.

2324 Véase, la Casación N.º 161-2010 del 16 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein).

2325 Véase, la Casación N.º 73-2010 del 14 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Calderón Castillo); la Casación N.º 7-2010 del 14 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Lecaros Cornejo).

de los otros elementos de convicción utilizados por los Jueces de Apelación de acuerdo a la sana critica racional —tiene suficiente cimentación legal—. Además, admitir que toda omisión de valoración de la prueba legal introducida en el debate provoca *per se* la invalidación de la sentencia por falta de motivación, sería recoger un rígido y trivial formalismo para anular procesos sobre la base de pruebas que no son sustanciales[2326].

Por otro lado, en el análisis de un caso concreto se señaló que "aun suprimiendo hipotéticamente la declaración referencial de la menor agraviada prestada ante el representante del Ministerio Público a fojas veintiuno, no variaría el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia de condena —se mantendría incólume—, pues existen otros elementos de convicción e indicios que fueron utilizados, tanto por los Juzgadores de primera instancia como por el Tribunal de apelación, de acuerdo a la sana crítica racional —tiene suficiente cimentación legal—. Por tanto, el motivo no puede prosperar"[2327].

C. La prueba independiente

55. En el análisis de la regla de exclusión de la prueba ilícita se distingue entre la prueba directa (o la prueba indirecta) que se obtiene con la violación de los derechos fundamentales y la prueba independiente que no sufre ningún menoscabo en cuanto a su constitucionalidad, de tal manera que puede ser plenamente utilizable en la investigación o en el proceso penal[2328].

2326 Véase, la Casación N.º 7-2010 del 14 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Lecaros Cornejo).

2327 Véase, la **Casación N.º 73-2010** del 14 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Calderón Castillo): "De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de las declaraciones testimoniales de Luis Eduardo Romero Salas —persona que auxilió a la menor agraviada instantes después de haber sido víctima de tocamientos indebidos y que en la audiencia de juzgamiento reconoció físicamente al encausado Mamani Gallegos—, de los trabajadores que participaron en el techamiento de la casa en el que se produjo el hecho juzgado: Prudencio Baca Ramírez, Justo Isidoro Mamani Ayna y Julio Agustín Mamani Cosi —padre del imputado—; así como de Luis Alberto Apaza Apaza y Yully Melva Velásquez Juárez, progenitores de la víctima y de los policías intervinientes en el día de los hechos Miguel Albino Quispe Carpio y Wilver Rosendo Mamani Cuayla —quienes coinciden en señalar que el día de los hechos la menor, indistintamente, les refirió que momentos previos había sido víctima de tocamientos indebidos y que en ese mismo acto sindicó e identificó como el autor de tal hecho al imputado—, el dictamen pericial psicológico de fecha veintiuno de febrero de dos mil nueve, realizado a la niña por la Psicóloga Ana María Mamani Chahuayo del Instituto de Medicina Legal del Perú y la propia declaración del encausado".

2328 Cfr. Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 155; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit.,

El hecho de que en un proceso o una investigación haya prueba ilícita no quiere decir que no pueda existir prueba de cargo válida independiente, no maculada, o que el hecho no se pueda probar por otros medios de prueba lícitos[2329]. La violación de un derecho fundamental o varios derechos fundamentales no implica la invalidez de toda la actividad probatoria practicada.

La prueba independiente es aquella que no registra ninguna relación, formal o material, con el acto violatorio de los derechos fundamentales, por lo que preserva de manera adecuada su valor probatorio a nivel del proceso[2330]. Se alude que la fuente independiente supone una desconexión causal[2331]. El acto de investigación debe ser real y actual, el mismo que debe constar en el proceso y en el expediente[2332]. Por ejemplo, ello ocurre con la declaración de varios testigos del hecho (*v. gr.*, robo, homicidio, etc.) que declaran luego de que se violó los derechos del imputado (*v. gr.*, no se le informó del derecho a guardar silencio y a contar con abogado defensor), en este caso la manifestación de los testigos puede ser evaluada sin ninguna clase de problemas. Igual, ocurre con la declaración de los coimputados (*v. gr.*, compradores de drogas) que no se enlazan, por ejemplo, con la obtención de una información obtenida bajo tortura o sin la práctica de las instrucciones previas a la declaración del sospechoso.

La prueba autónoma que no cuenta con alguna conexión causal con el acto violatorio del derecho fundamental posee plena eficacia probatoria. Por el contrario, las pruebas directa o indirectamente obtenidas con violación de algún derecho fundamental están impregnadas de inconstitucionalidad y deben ser excluidas del proceso.

En la doctrina se discute si la fuente de prueba independiente es una excepción a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Mientras un sector importante de la doctrina considera que la fuente de prueba independiente es una

---

p. 155; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 186; Sánchez Córdova, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, cit., p. 154.

2329 Cfr. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 156.

2330 Cfr. Poviña, *Regla de exclusión probatoria*, cit., p. 159; Miranda Estrampes, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2a, ed., Barcelona, Bosch, 2004, p. 122; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 157.

2331 Cfr. Gascón Abellán, *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, cit., p. 74; Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., 2004, p. 122; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 156.

2332 Cfr. Poviña, *Regla de exclusión probatoria*, cit., p. 156.

excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita[2333]; otro sector[2334], al que nos afiliamos, estima que no se está ante una verdadera excepción, ya que aquí no se rompe ni existe un nexo causal entre la prueba considerada ilícita y la prueba independiente, pues creemos, que la propia denominación de fuente de prueba autónoma e independiente conduce a sostener que no puede ser considerada como una excepción a la vigencia de la regla de exclusión. El hecho de que en un proceso o en una investigación puedan concurrir tanto las pruebas ilícitas y otra clase de pruebas sin mayor conexión no quiere decir que todas las pruebas se encuentren en un mismo plano jurídico o que se pueda sostener una contaminación general de la actividad probatoria.

56. Uno de los criterios que se utiliza en la doctrina y la jurisprudencia comparada para evaluar si realmente se está ante una prueba independiente o ante una prueba contaminada es el criterio del **elemento temporal**[2335], que consiste en tomar en cuenta si el medio de prueba que se ha recogido se ha realizado con anterioridad al acto que se considera violatorio de la Constitución (*v. gr.*, a un derecho fundamental) o si es posterior. En realidad, creemos que el verdadero problema de la prueba independiente se presenta cuando los medios de prueba surgen con posterioridad al acto considerado inconstitucional, ya que es en este ámbito donde se debe determinar si hay una conexión causal, real efectiva, entre el acto violatorio y las demás pruebas que se presentan al proceso. Por ejemplo, habrá conexión causal cuando un órgano de prueba que teóricamente puede ser considerada como una fuente independiente (imputado, coimputado, testigo) declara condicionado en gran medida por el acto reputado como violatorio de la Constitución, *v. gr.*, allanamiento ilegal, violación al secreto de las comunicaciones, etc.

En la doctrina se estima que la confesión voluntaria de una persona, luego de la violación de un derecho fundamental (*v. gr.*, afectación del secreto de las comunicaciones, el domicilio), constituye una prueba independiente que puede generar el rompimiento del nexo causal. A esta posición se le crítica debido a que si la persona hubiera sabido de la existencia de una prueba ilegal no hubiera prestado su confesión "libre y voluntaria", además de haber una clara relación entre la violación al concreto

2333 En la doctrina peruana: Sánchez Córdova, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, cit., p. 154.

2334 Véase, Gascón Abellán, *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, cit., p. 75; Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., p. 122; Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., p. 163; Poviña, *Regla de exclusión probatoria*, cit., pp. 157 y 160; San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, cit., vol. II, p. 890.

2335 Véase, Sousa Mendes, *Lições de direito processual penal*, cit., p. 183; Poviña, *Regla de exclusión probatoria*, cit., p. 159; Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 159.

derecho fundamental y la manifestación autoinculpatoria que se presta[2336]. En la mayoría de veces la causa de la confesión es directamente la prueba que se obtiene con violación de los derechos fundamentales *v. gr.*, la incautación de la droga en un registro ilegal, la interceptación telefónica sin registro judicial. En estos casos, la confesión del imputado actúa como un elemento subsanador y convalidante de la ilicitud inicial y por la cual recobran valor las pruebas, cuya obtención ha sido radicalmente inconstitucional[2337].

En la sentencia del TC español n.º 86/1995, de 6 de junio se convalidó una sentencia condenatoria por tráfico de drogas en la que había existido intervenciones telefónicas sin autorización judicial en atención de que existía prueba de cargo suficiente, al margen de la prueba ilícita, como la declaración de un coacusado prestada en las diversas etapas del proceso penal (declaración policial, judicial y en juicio oral) estimando: "la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. En este sentido, para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada, y basar en ella una condena penal, deben tenerse en cuenta los diversos factores concurrentes en cada caso, de entre los que cabe destacar en el sometido a la consideración de este Tribunal si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle"[2338].

2336 Cfr. Gascón Abellán, *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, cit., p. 79; Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., 2004, p. 123; Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 200.

2337 Cfr. Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., p. 125.

2338 "[En] el caso sometido a la consideración de este Tribunal el coimputado, Francisco José Martínez Vera, en el momento mismo de la detención, ante la realidad innegable de la ocupación de la sustancia estupefaciente, confesó su participación en el hecho delictivo, sin que exista constancia de que, previamente, los agentes de la Guardia Civil que llevaron a efecto su detención le informasen de sus derechos constitucionales, realizando las oportunas advertencias legales. A ello se añade en e[Ede autos que las primeras declaraciones autoinculpatorias, las realizadas en la sede policial, se produjeron sin que el detenido contase con la asistencia de un Abogado encargado de su defensa. En principio, tales irregularidades habrían sido suficientes para privar de eficacia probatoria a la confesión del acusado, de no haberse reiterado, posteriormente, primero en el Juzgado de Instrucción, asistido por un Abogado, y después ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, en el acto del juicio oral. Además, en sus declaraciones Francisco José Martínez Vera no solo reconoció su participación en los hechos por los que ha sido condenado, sino que implicó claramente al coencausado por cuenta de quien había actuado. Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia.".

Por otro lado, en la sentencia del TC español n.º 54/1996, de 26 de marzo de 1996, se rechazó el amparo presentado contra una sentencia condenatoria de un delito de terrorismo en el que existía una declarada violación al secreto de las comunicaciones y la prueba independiente consistía en "las declaraciones sumariales prestadas por el testigo que actuó como intermediario de la familia, en la parte no afectada por la prueba prohibida, que explica que mantuvo una entrevista en una cafetería del casco viejo de San Sebastián, en la que habló sobre el secuestro y el pago del rescate, así como las propias declaraciones del acusado reconociendo una entrevista con tal testigo". El TC español señaló: "la manifestación testifical y la propia declaración del recurrente en amparo reconociendo la entrevista constituyen prueba de cargo practicada con independencia de la prueba telefónica inconstitucionalmente obtenida. El Tribunal Supremo, considera de manera razonada y motivada, que esta prueba no afectada en su procedencia por la prueba inconstitucional, es suficiente para acreditar la culpabilidad del recurrente, por lo que procede la desestimación del recurso de casación planteado".

De modo que las dudas que pueden existir en el análisis de un caso concreto acerca de si concurre o no una prueba independiente, o si se trata de una prueba contaminada, debe ser resuelta con la aplicación de los principios generales del proceso penal como es el caso del principio de *in dubio pro reo*[2339].

VII. LA NECESIDAD DE REGULACIÓN LEGAL EXPRESA DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

57. La introducción de la regla de exclusión del artículo VIII del TPCPP y del artículo 159.1 del CPP plantea una autolimitación en el ejercicio del poder del penal del Estado que se funda de manera central en la obligación de respeto de los derechos fundamentales[2340]. Con ello, el legislador peruano al ponderar los intereses contrapuestos y concurrentes ha optado por dar preferencia a la vigencia plena de los derechos humanos (artículo 44) frente a la averiguación de la verdad en el proceso penal. Se trata de una norma de cierre en la protección de los derechos y de una **norma de garantía y de protección** de los derechos fundamentales derivada de la posición preferente y de la eficacia inmediata que estos poseen en un Estado constitucional[2341].

Al optar por un modelo legal positivizado de la regla de exclusión de la prueba ilícita se despoja a los jueces del poder de establecer las excepciones en la

2339 Cfr. Poviña, *Regla de exclusión probatoria*, cit., p. 158.

2340 Cfr. Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 184.

2341 Véase, Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., pp. 108 y 114.

aplicación de dicha regla de exclusión[2342]; asimismo, la ponderación de intereses se ha resuelto legislativamente al normativizar y establecer como principio general del ordenamiento jurídico la regla de exclusión de la prueba ilícita, sin dejar en manos dicha tarea a los jueces y fiscales[2343]. Los tribunales de justicia —cualquiera que sea su naturaleza— no pueden reducir de facto los alcances de la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita[2344].

Sin embargo, debe destacarse que el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional del año 2004 consideró que las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita no necesitaba regulación legal específica y que podía ser desarrollada ampliamente por la jurisprudencia sin ninguna limitación al sostener "las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución —sean estas directas o indirectas—, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso".

En la doctrina nacional, San Martín Castro ha señalado lo siguiente: "queda claro que la ley (artículo 159 del CPP) no distingue o permite excepciones a esta regla: luego, se excluye lo directo y lo indirecto, la prueba directa matriz o la prueba derivada. No pueden constituirse excepciones, pues atentarían contra la raíz del programa procesal penal de la Constitución. No es del caso realizar, por vía judicial,

2342 Cfr. Gómez Colomer, *Prueba admisible y prueba prohibida*, cit., pp. 45 y 47, quien crítica estas restricciones por fundarse en construcciones bastante artificiosas, sin ningún apoyo legal; Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 184, quien recuerda que no es de recibo la aceptación automática de sus excepciones; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 252; San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 26: "la solución legal pasará por aplicar la regla de exclusión —de inutilización— en los términos en que haya sido normativizada, sin admitir excepciones que no tienen un adecuado reflejo legal".

2343 Véase, Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., p. 82: "Solo el legislador está autorizado a una ponderación de esta naturaleza"; San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 26; Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., pp. 108 y 113: "La normativización es fruto de una previa ponderación de intereses llevada a cabo por el propio legislador, que se refleja en la norma con un alcance prohibitivo, al establecer la exclusión de toda prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Ello hace que los Tribunales no puedan llevar a cabo una ponderación de intereses en los casos sometidos a su conocimiento, que vaya más allá del marco legal previamente establecido, pues dicha ponderación ha sido ya realizada por el legislador, sin que los Tribunales estén autorizados para reconocer excepciones que contradigan abiertamente los términos en que la regla de exclusión ha sido normativizada. La aceptación, muchas veces acrítica e irreflexiva, de excepciones cuyo origen se sitúa en un sistema totalmente distinto al europeo-continental entra en abierta contradicción con los ordenamientos jurídicos que han optado por *normativizar*, con mayor o menor rigidez, la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, como son el modelo español o peruano".

2344 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 156.

argumentación alguna tendiente a limitar los efectos de inutilización probatoria de la prueba derivada. El legislador así lo ha dispuesto"[2345].

En la doctrina se critica que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia haya construido excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y se censura expresamente el empleo del Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Nacional realizado en Trujillo (2004) sobre la prueba ilícita, en la medida que no hay una fundamentación jurídica desarrollada compatible con el CPP y se pasa por alto que en el Perú la regla de exclusión es de configuración constitucional y legal, no de carácter jurisprudencial o pretoriano[2346]. En nuestro país la única excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita aceptada por el CPP es la posibilidad de uso de esta clase de prueba en favor del imputado[2347].

58. En un Estado constitucional los jueces no pueden legislar y crear normas o excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, ya que se termina por potenciar la afectación de los derechos fundamentales de la persona[2348]. Dicha situación es inaceptable en un Estado de derecho por representar un completo abandono de las garantías mínimas del debido proceso y una violación al principio de reserva de la ley y al principio constitucional de la división de poderes[2349]. Se debe evitar que los jueces y los órganos del sistema de justicia pretendan reescribir la letra de la ley y, en particular, los alcances de la regla de exclusión de la prueba ilícita basados en criterios de oportunidad como si tuvieran que legislar para el caso en concreto[2350].

El carácter general y obligatorio de la ley no puede sustituirse por criterios pragmáticos o de eficiencia en donde vale perseguir y castigar a la persona de cualquier manera y a cualquier precio.

2345 Cfr. San Martín Castro, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, cit., p. 53.

2346 Ampliamente, Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 252; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 154; Sánchez Córdova, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, cit., p. 123.

2347 Por todos, Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 154.

2348 Cfr. Pellegrini Grinover, *Interceptações telefónicas e gravações clandestinas no proceso penal*, cit., p. 394; Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., p. 134; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 151; Sánchez Córdova, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, cit., p. 122.

2349 Cfr. Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., p. 124; Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 194; Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 39; Sánchez Córdova, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, cit., p. 122.

2350 Cfr. Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 202.

59. El admitir una serie de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita supone afectar el núcleo esencial del principio de legalidad procesal penal y el fundamento constitucional de la regla de exclusión y su eficacia directa frente a las exigencias de protección de los derechos fundamentales.

Las diversas excepciones que se reconocen en el derecho comparado vía jurisprudencial (*v. gr.*, buena fe, descubrimiento inevitable, etc.) carecen de cobertura frente a la regulación amplia y clara de del artículo VIII del TPCPP y del artículo 159.1 del CPP[2351]. Por ello, desde una perspectiva de *lege ferenda*, se plantea el desarrollo por parte del legislador de un sistema tasado y expresamente previsto de excepciones a fin de cumplir con respetar la Constitución, los derechos fundamentales y el principio de legalidad en materia probatoria[2352]. Los jueces no pueden rescribir la ley en su afán de salvar la validez y eficacia de una prueba que ha sido irregularmente adquirida[2353], sin afectar al mismo tiempo el principio constitucional de la separación de poderes y la sujeción del juez a la Constitución y a la ley (artículo 146.1). El voluntarismo judicial y determinados lemas repetidos hasta la saciedad por los medios de comunicación como la lucha contra la criminalidad, tolerancia cero o fuera los corruptos, muchas veces conduce a una ampliación y a un uso desmedido de las excepciones de la regla de exclusión que no cuenta con justificación constitucional o legal alguna[2354].

60. Si bien es posible considerar que la aplicación absoluta de la regla de exclusión de la prueba ilícita puede resultar desproporcionada y excesiva y conducir a consecuencias altamente lesivas y perjudiciales que puede terminar en el desprestigio del sistema de justicia[2355], la regulación de las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión es una tarea encomendada al legislador y bajo ninguna circunstancia debe ser conferida al juzgador.

La flexibilización de la regla de exclusión y la aparición de excepciones de manera indiscriminada es la manifestación de un sistema penal del enemigo y del avance de una forma autoritaria de derecho procesal penal que refleja la erosión de los derechos fundamentales y las garantías mínimas del debido proceso para reivindicar

2351 Véase, Miranda Estrampes, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 109.

2352 Cfr. Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 39.

2353 Cfr. Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., p. 94.

2354 Cfr. Andrés Ibáñez, *La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad*, cit., p. 203; Sánchez Córdova, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, cit., p. 123.

2355 Véase, Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 123.

la lucha indiscriminada contra las diversas formas de criminalidad[2356]. Se reconoce que cualquier limitación o excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita supone una violación al derecho fundamental del debido proceso que solo puede hacerse por las vías y con las exigencias de legalidad constitucional y convencional que legitiman y dotan de validez la afectación de cualquier derecho fundamental[2357].

En el derecho comparado algunas legislaciones, en la línea correcta, regulan expresamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, tal como ocurre con el derecho brasileño[2358] (artículo 157.1 del CPP[2359]) y el derecho colombiano (artículo 23[2360] y artículo 455[2361]). En ambas legislaciones se regula expresamente las excepciones a dicha regla[2362]. En la doctrina comparada hay quienes sostienen la inexistencia de reales excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita[2363].

Si es que las formalidades y las reglas legales del sistema procesal ponen en riesgo la eficacia del sistema procesal y de la administración de justicia llevándolo al fracaso y a la impunidad de ciertos actos y autores, lo correcto es buscar de manera expresa, sincera y abierta el cambio de las reglas del sistema a través de la implementación de un conjunto de reformas legislativas[2364] (*v. gr.*, regulación de las excepciones de la regla de exclusión), pero no es correcto incurrir en una burla y en un fraude a la ley, derogando de facto las leyes vigentes.

Por ello, se plantea de *lege ferenda* que debe ser la ley —y no los jueces ni la jurisprudencia— quien debe establecer un sistema tasado de excepciones de los casos de la regla de exclusión de la prueba ilícita a fin de armonizar su empleo y

2356 Cfr. Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 62.

2357 Cfr. Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 20.

2358 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., 2014, p. 290; Giacomolli, *O debido processo penal*, cit., p. 180.

2359 "São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras".

2360 "Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia".

2361 "Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley".

2362 Véase, Armenta Deu, *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, cit., p. 96; Sánchez Córdova, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, cit., p. 122.

2363 Cfr. Poviña, *Regla de exclusión probatoria*, cit., pp. 154 y 156.

2364 Cfr. Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., p. 124; Castro Trigoso, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 107.

aplicación con las reglas y principios constitucionales básicos[2365]. Al regular legislativamente la regla de exclusión y sus excepciones, se respetaría adecuadamente el derecho al proceso con todas las garantías, además de proporcionar una indudable seguridad jurídica[2366].

No creemos que la gravedad del delito (*v. gr.*, asesinato, tráfico de drogas, corrupción de funcionarios, etc.) cometido pueda fundamentar la aplicación de una excepción de la regla de exclusión de la prueba ilícita[2367].

61. A nivel constitucional en el derecho comparado se distingue entre el tratamiento de las excepciones en el proceso penal y el proceso civil[2368]. En el proceso penal rige una prohibición absoluta de empleo de la prueba ilícita para corroborar las alegaciones de la acusación. El derecho al silencio y la presunción de inocencia reflejan la preeminencia constitucional de la dignidad de la persona humana, los derechos fundamentales y las libertades públicas que prohíben de manera absoluta el empleo de la prueba ilícita en contra del imputado[2369]. En cambio, en el proceso civil se reconoce que es posible la utilización de las pruebas ilícitas en casos excepcionales con base a una ponderación entre la efectiva protección del derecho material y el derecho a descubrir la verdad en el proceso. Por ejemplo, en el derecho constitucional brasileño se acepta que la prohibición constitucional expresa de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas no excluye la necesidad de una *segunda ponderación* entre el derecho afirmado en el proceso por el autor y el derecho violado por la prueba ilícita[2370]. El negar la necesidad de la segunda ponderación importa negar *a priori* la tutela jurisdiccional a una de las partes. Dicha ponderación debe ser realizada en concreto por el juez para comparar la relevancia de los valores e intereses en juego a fin de tomar en cuenta la proporcionalidad del empleo de la prueba para proteger el derecho afirmado en el juicio[2371].

Con ello, se plantea una inadmisibilidad mitigada de la prueba ilícita con el fin de buscar una solución justa y equilibrada al conflicto que se debe resolver. Este punto de vista considera que como regla la prueba prohibida debe excluirse

2365 Cfr. Martínez García, *Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuricidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)*, cit., p. 204.

2366 Cfr. Gómez Colomer, *Prueba admisible y prueba prohibida*, cit., p. 47. En el Perú: Castro Trigoso (*La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, cit., p. 156) realiza una propuesta de *lege ferenda* para la regulación de las excepciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

2367 En contra: Pisfil Flores, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*, cit., p. 215.

2368 Cfr. Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 771.

2369 *Loc. cit.*

2370 De modo semejante, en el derecho español: Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., p. 128.

2371 Cfr. Marinoni/Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 771.

del proceso, salvo casos excepcionales en el que, por ejemplo, la prueba ilícita es el único medio posible para establecer la verdad de las afirmaciones y los hechos que se dilucidan en el proceso civil. Por ejemplo, en un divorcio le asiste al cónyuge afectado la posibilidad de acreditar la conducta deshonesta e infiel de su cónyuge ofreciendo un audio o un vídeo en la que se prueba la conducta y que se ha obtenido sin su consentimiento o que se ha extraído del celular[2372]. En casos excepcionales se plantea un **estado de necesidad procesal** en el que la prueba ilícita puede ser admitida en la medida que se cumpla con los siguientes presupuestos: (i) la posibilidad real y efectiva de la formación de la convicción del juez, siempre que no haya otro medio de prueba lícito que pueda conducir al mismo resultado; (ii) inexistencia de la conducta voluntaria de la parte que tenga imposibilitado la producción de otras pruebas lícitas y decisivas a su favor; y (iii) el uso de la prueba ilícita permite resguardar el bien jurídico de mayor relevancia, tomando en cuenta la ponderación de los derechos en conflicto[2373].

VIII. EL TITULAR DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS CASOS DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

62. Uno de los problemas más importantes en los casos de la regla de exclusión de la prueba ilícita es establecer y determinar a quién le corresponde acreditar que una prueba se ha obtenido con la violación de los derechos fundamentales.

Una primera postura considera que quien afirma y alega sostener que en el caso concreto concurre un supuesto de prueba ilícita por la violación de un derecho fundamental le corresponde acreditar la realidad fáctica de su afirmación. La persona que lo afirma —o su defensa técnica— tiene la obligación legal de demostrar que ha sido víctima de un caso de prueba ilícita y que, por tanto, se ha violado alguno de sus derechos fundamentales.

El principio fundamental que guía el proceso y la actividad probatoria en muchos ordenamientos procesales se basa en el brocardo del ***onus probandi incumbit ei qui dicit*** (la carga de la prueba incumbe a quien afirma). Dicho principio parte de la máxima más amplia y general que señala que quién hace una afirmación debe estar listo y dispuesto, cada vez que sea necesario, a demostrar la verdad de lo que ha afirmado. Ello supone también cumplir con la exigencia racional que no se debe afirmar aquello de lo que no se tiene pruebas adecuadas. Por ello, actúa de manera incorrecta quien hace una afirmación con la pretensión de que sea tomada como

2372 Cfr. Rodrigues Campos, *(In)admissibilidade de provas ilícitas*, cit., pp. 99, 100 y 101.
2373 Cfr. Rodrigues Campos, *(In)admissibilidade de provas ilícitas*, cit., p. 105.

verdadera, pero no busca acreditar dicha afirmación, emplazando a quien disiente de ella o tiene un parecer contrario para que pruebe la falsedad[2374].

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. En tal sentido, una afirmación no escoltada por evidencia alguna que la respalde no puede generar consecuencias perjudiciales sobre otro sujeto, situación que ocurriría si se acepta la demanda o denuncia (de un particular o del Ministerio Público) sin que se acredite la verdad de los hechos que se sostiene. El demandado o el imputado no pueden ni deben ver perjudicados sus intereses por afirmaciones no probadas o por hipótesis no confirmadas, pues como sostiene Taruffo: "atribuir, en el proceso, la victoria a quien ha alegado un hecho sin demostrarlo parece un privilegio carente de justificación"[2375].

63. Una segunda postura considera que en la acreditación de la prueba ilícita el deber de refutación de una afirmación semejante corresponde al Estado o a los agentes del mismo. Se parte por considerar que en materia de protección de los derechos fundamentales —como de los derechos humanos— y, en especial, de los actos que los violan, debe partirse por considerar que a quien corresponde refutar que no se está frente a una prueba ilícita es a los funcionarios del Estado, a quienes se les reprocha haber cometido una violación de los derechos fundamentales al haber obtenido fuentes o medios de prueba de carácter ilícito.

A la víctima de la violación de los derechos fundamentales no se le puede someter a un doble vejamen: soportar la violación de los derechos fundamentales y tener que acreditar dicha violación.

La Corte IDH sostiene que la carga probatoria en los casos de tortura y de los tratos inhumanos y degradantes recae en el Estado, por lo que no es válido que se sostenga que el denunciante no probó plenamente su denuncia para descartarla[2376].

En los casos que la persona alegue (dentro del proceso) que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, los Estados tienen la obligación de verificar, en primer lugar, la veracidad de dicha denuncia a través de una investigación llevada a cabo con la debida diligencia. Asimismo, la carga probatoria no puede recaer en el denunciante, sino que el Estado debe demostrar que la confesión fue voluntaria[2377].

2374 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 256.

2375 Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 256.

2376 Corte IDH: Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 176.

2377 Corte IDH: Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 136; Maldonado Vargas y otros c. Chile, 2 de setiembre del 2015, párr. 86.

Del mismo modo, de acuerdo a lo dispuesto en el Protocolo de Estambul, en cuanto a la investigación de casos de tortura y a la realización del examen médico, este "debe realizarse independientemente del tiempo que haya transcurrido desde el momento de la tortura"[2378]. Además, las "declaraciones de testigos y supervivientes son componentes necesarios de la documentación de la tortura" y las "pruebas físicas, en la medida en que existan, son importantes informaciones que confirman que la persona ha sido torturada. De todas formas, en ningún caso se considerará que la ausencia de señales físicas indica que no se ha producido tortura, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes"[2379].

La jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado que siempre que una persona es detenida en un estado de salud normal y, posteriormente, aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación creíble de esa situación[2380]. En consecuencia, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales[2381]. En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados[2382].

En sentido semejante, el Comité de DH ha sostenido que en el caso de confesiones forzadas, incumbe al Estado probar que las declaraciones hechas por el

2378 Organización de las Naciones Unidas, Protocolo de Estambul, Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2004, párr. 104. Maldonado Vargas y otros c. Chile, 2 de setiembre del 2015, párr. 86; Espinoza Gonzáles c. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 255.

2379 Organización de las Naciones Unidas, Protocolo de Estambul, Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2004, párr. 161. Maldonado Vargas y otros c. Chile, 2 de setiembre del 2015, párr. 86.

2380 Pollo Rivera c. Perú, 21 de octubre del 2016, párr. 147; Juan Humberto Sánchez c. Honduras del 7 de junio del 2003, párr. 100; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre del 2010, párr. 134; Bulacio c. Argentina del 18 de setiembre del 2003 párr. 127; Mendoza y otros c. Argentina del 14 de mayo del 2013 *párr.* 203). La posición de la Corte IDH tiene su inicio en la sentencia del TEDH del caso Aksoy c. Turquía emitida el 18 de diciembre de 1996 en el que se establece: "Cuando una persona es detenida bajo custodia policial en buen estado de salud pero en el momento de su puesta en libertad presenta lesiones, le corresponde al Estado dar una explicación plausible en cuanto a la causa de las lesiones, y el incumplimiento de esta obligación suscita claramente una cuestión de violación del artículo 3 del Convenio".

2381 Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) del 19 de noviembre de 1999, párr. 170; Pollo Rivera c. Perú, 21 de octubre del 2016, párr. 147; Cabrera García y Montiel Flores c. México, sentencia de 26 de noviembre del 2010, párr. 134; Mendoza y otros c. Argentina del 14 de mayo del 2013 párr. 203; Baldeón García c. Perú de 6 de abril del 2006 párr. 120.

2382 Juan Humberto Sánchez c. Honduras del 7 de junio del 2003, párr. 111; Zambrano Vélez y otros c. Ecuador del 4 de julio del 2007, párr. 108; Cabrera García y Montiel Flores c. México, de sentencia 26 de noviembre del 2010, párr. 134; Baldeón García c. Perú de 6 de abril del 2006, párr. 120.

acusado las hizo por su propia voluntad[2383] y reafirma que la carga de la prueba, tanto en los casos de tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, no puede recaer exclusivamente en el autor de la comunicación, especialmente teniendo en cuenta que el autor y el Estado parte no siempre gozan o tienen igual acceso a las pruebas y, con frecuencia, el Estado parte es el único que cuenta con la información pertinente[2384]. El Estado parte está obligado a investigar de buena fe todas las alegaciones de violación del Pacto que se hayan formulado contra él y contra sus autoridades y a transmitir al Comité la información que obre en su poder[2385].

2383 Comunicación N.º 1756/2008, Moidunov y Zhumbaeva c. Kirguistán; Dictamen aprobado el 19 de julio de 2011, 102º Período de Sesiones, párr. 8.7; Comunicación N.º 1412/2005, Butovenko c. Ucrania; Dictamen aprobado el 19 de julio de 2011, 102º Período de Sesiones, párr. 7.4; Comunicaciones N.ºs 1209/2003, Rakhmatov c. Tayikistán, 1231/2003, Safaroc. c. Tayikistán, 1241/2004, Mukhammadiev c. Tayikistán; Dictamen aprobado el 1º de abril de 2008, 92º Período de Sesiones.

2384 Comunicación N.º 1449/2006, Umarov c. Uzbekistán; Dictamen aprobado el 19 de octubre de 2010, 100º Período de Sesiones; (párr. 8.3); Comunicación N.º 1422/2005, El Hassy c. La Jamahiriya Árabe Libia; Dictamen aprobado el 24 de octubre de 2007, 91º Período de Sesionespárr. 6.7; Comunicación N.º 1412/2005, Butovenko c. Ucrania; Dictamen aprobado el 19 de julio de 2011, 102º Período de Sesiones, párr. 7.3; Comunicación N.º 1390/2005, Koreba c. Belarús; Dictamen aprobado el 25 de octubre de 2010, 100º Período de Sesiones, párr. 7.3; Comunicaciones N.º 30/1978, Bleier c. el Uruguay, Dictamen aprobado el 29 de marzo de 1980, párr. 13.3, N.º 84/1981, Dermit Barbato c. el Uruguay, dictamen aprobado el 21 de octubre de 1982, párr. 9.6; Comunicación N.º 1605/2007, Zyuskin c. la Federación de Rusia; Dictamen aprobado el 19 de julio de 2011, 102º Período de Sesiones, párr. 11.4; Comunicación N.º 1633/2007, Avadanov c. Azerbaiyán; Dictamen aprobado el 25 de octubre de 2010, 100º Período de Sesiones, párr. 9.5; Comunicación N.º 1751/2008, Aboussedra y otros c. la Jamahiriya Árabe Libia; Dictamen aprobado el 25 de octubre de 2010, 100º Período de Sesiones párr. 7.3; Comunicación N.º 1776/2008, Ali Bashasha y Hussein Bashasha c. la Jamahiriya Árabe Libia; Dictamen aprobado el 20 de octubre de 2010, 100º Período de Sesiones, párr. 7.2; Comunicación N.º 1780/2008, Aouabdia y otros c. Argelia; Dictamen aprobado el 22 de marzo de 2011, 101º Período de Sesiones, párr. 7.3; Comunicación N.º 1195/2003, Dunaev c. Tayikistán; Dictamen aprobado el 30 de marzo de 2009, 95º Período de Sesiones, párr. 7.3; Comunicación N.º 1469/2006, Sharma c. Nepal, Dictamen aprobado el 28 de octubre de 2008, 94º Período de Sesiones, párr. 7.5; Comunicación N.º 1495/2006, Madoui c. Argelia, Dictamen aprobado el 28 de octubre de 2008, 94º Período de Sesiones, párr. 7.3.

2385 Comunicación N.º 1412/2005, Butovenko c. Ucrania; Dictamen aprobado el 19 de julio de 2011, 102º Período de Sesiones, párr. 7.3; Comunicación N.º 1756/2008, Moidunov y Zhumbaeva c. Kirguistán; Dictamen aprobado el 19 de julio de 2011, 102º Período de Sesiones, párr. 8.7; Comunicación N.º 1633/2007, Avadanov c. Azerbaiyán; Dictamen aprobado el 25 de octubre de 2010, 100º Período de Sesiones, párr. 9.5; Comunicación N.º 1751/2008, Aboussedra y otros c. la Jamahiriya Árabe Libia; Dictamen aprobado el 25 de octubre de 2010, 100º Período de Sesiones, párr. 7.3; Comunicación N.º 1761/2008, Giri y otros c. Nepal; Dictamen aprobado el 24 de marzo de 2011, 101º Período de Sesiones, párr. 7.4; Comunicación N.º 1776/2008, Ali Bashasha y Hussein Bashasha c. la Jamahiriya Árabe Libia; Dictamen aprobado el 20 de octubre de 2010, 100º Período de Sesiones, párr. 7.2; Comunicación N.º 1780/2008, Aouabdia y otros c. Argelia; Dictamen aprobado el 22 de marzo de 2011, 101º Período de Sesiones, párr. 7.3; Comunicación N.º 1276/2004, Idiev c. Tayikistán, Dictamen aprobado el 31 de marzo de

El TEDH ha señalado que cuando los sucesos en cuestión (denuncias de violación de los derechos humanos), son conocidos, en su totalidad o en gran parte, exclusivamente por las autoridades, como en el caso de personas bajo su custodia en detención preventiva; cualquier herida producida en este periodo da lugar a fuertes presunciones de hecho. La carga de la prueba recae entonces sobre el Gobierno: le incumbe aportar una explicación satisfactoria y convincente presentando pruebas que establezcan unos hechos que planteen una duda sobre el relato de la víctima[2386]. En ausencia de tal explicación, el TEDH tendrá el derecho de extraer unas conclusiones que pueden ser desfavorables para el Gobierno[2387]. Esto se justifica por el hecho de que las personas puestas en detención preventiva están en situación de vulnerabilidad y que las autoridades tienen el deber de protegerlas[2388]. Por lo tanto, es al gobierno a quien corresponde dar una explicación verosímil sobre el origen de las lesiones[2389]. El TEDH condenó a un Estado debido a que el Gobierno no ha mostrado las circunstancias exactas de la detención de los demandantes, ni acreditado que la fuerza utilizada por los agentes implicados durante esta operación había sido proporcionada[2390].

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha señalado en el análisis de un caso concreto que "los imputados han negado autorización personal para la entrada y registro del inmueble, por lo que la carga de la prueba recae en la policía. No hay evidencia objetiva, externa, distinta de la versión de los propios efectivos policiales, que confirme que los titulares del derecho de exclusión permitieron el

---

2009, 95º Período de Sesiones, párr. 9.3; Comunicación N.º 1469/2006, Sharma c. Nepal, Dictamen aprobado el 28 de octubre de 2008, 94º Período de Sesiones, párr. 7.5; Comunicación N.º 1495/2006, Madoui c. Argelia, Dictamen aprobado el 28 de octubre de 2008, 94º Período de Sesiones, párr. 7.3.

2386 Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España, 13 de febrero del 2018, párr. 73; El-Masri c. la ex República Yugoslava de Macedonia [GS], 13 de diciembre del 2012, párr. 152; GÄFGEN c. Alemania, 1 de junio del 2010, párr. 92; Mete y otros c. Turquía, 4 de octubre de 2012, párr. 112; Turan Çakir c. Bélgica, 10 de marzo de 2009, párr. 54.

2387 Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España, 13 de febrero del 2018, párr. 73; El-Masri c. la ex República Yugoslava de Macedonia [GS], 13 de diciembre del 2012, párr. 152.

2388 Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España, 13 de febrero del 2018, párr. 73; Selmouni c. Francia, 28 de julio de 1999, párr. 87.

2389 Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España, 13 de febrero del 2018, párr. 82; Rivas c. Francia, 1 de abril de 2004, párr. 38; Ghedir y otros c. Francia, 16 de julio de 2015, párr. 112.

2390 **Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España**, 13 de febrero del 2018, párr. 82 y 83: "el TEDH estima que ha quedado suficientemente acreditado que las lesiones descritas en los certificados aportados por los demandantes, cuya existencia no ha sido negada ni por el Tribunal Supremo ni por el Gobierno, se han producido cuando se encontraban en manos de la Guardia civil. Considera que ni las autoridades nacionales ni el Gobierno han aportado argumentos convincentes o creíbles que puedan servir a explicar o justificar en las circunstancias del caso las lesiones sufridas por los demandantes. En consecuencia, el TEDH considera que la responsabilidad de las lesiones descritas debe ser imputada al Estado demandado".

ingreso y registro del predio"[2391]. De igual forma, se sostiene que "tampoco se ha probado que el imputado autorizó voluntariamente el ingreso y registro domiciliario. La sola referencia policial, sin prueba que lo corrobore —atento a que ni siquiera se firmó el acta de incautación y el imputado y su padre niegan la autorización—, es insuficiente para liberarla de la obtención de un mandamiento judicial. Cabe precisar que a la policía y al fiscal, en su caso, corresponde probar la autorización del titular del derecho de exclusión; no al imputado u ocupante de un inmueble que sirve de domicilio"[2392].

2391 Véase, el R. N. N.º 1589-2013 del 6 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

2392 Véase, el R. N. N.º 3182-2012 del 15 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

CAPÍTULO XII

EL ESTÁNDAR DE PRUEBA FINAL. LA DECISIÓN DE CONDENA MÁS ALLÁ DE UNA DUDA RAZONABLE

SUMARIO: I. La regulación normativa. **II.** Los estándares de prueba en el sistema jurídico. **III.** Los estándares de prueba en el sistema penal y el principio de progresividad de la imputación. **IV.** La decisión de condena más allá de la duda razonable como el estándar probatorio más alto del ordenamiento jurídico. **V.** El fundamento del estándar probatorio necesario para condenar. A. La presunción de inocencia. B. Las garantías mínimas del debido proceso. C. La protección de la persona humana y la prohibición de condena al inocente. D. La distribución de los riesgos en el proceso penal. Quien afirma algo lo tiene que probar. **VI.** El contenido esencial del principio de la confirmación de la hipótesis acusatoria más allá de una duda razonable. **VII.** La interpretación conforme a la constitución y los tratados de derechos humanos de la duda razonable. **VIII.** Duda razonable y contradictorio. A. Duda razonable y el modelo dialéctico del proceso penal. B. Duda razonable y epistemología falsificacionista. C. La duda razonable "interna" o "externa". **IX.** El alcance del principio de la confirmación de la hipótesis acusatoria más allá de una duda razonable. A. La duda razonable recae en los elementos constitutivos del delito. B. La duda razonable puede recaer en las eximentes de responsabilidad penal, las causas de extinción del delito y las causales de la determinación judicial de la pena. C. La duda razonable y las garantías mínimas del debido proceso. El caso de la prueba prohibida. D. La duda razonable en la prisión provisional. E. La duda razonable sobre la fiabilidad y la calidad de la prueba. **X.** La obligatoria refutación de la hipótesis alternativa propuesta por las partes.

I. LA REGULACIÓN NORMATIVA

1. El párrafo final del apartado 1 del artículo II del Título Preliminar del CPP prescribe: "En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado"; al igual que el artículo 398, apartado 1, del mismo Código, el cual apunta que "la motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente [...] la declaración de que [...] los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma...".

La incorporación legislativa expresa del estándar probatorio de duda razonable constituye en la legislación peruana un imperativo legal de aplicación obligatoria que ya no se deja en manos de la prudencia del juez[2393] ni de la buena voluntad de los operadores jurídicos. No se trata más de un mero postulado ético, de un criterio de racionalidad, de una pauta objetiva de valoración, sino de una disposición legal vigente que posee fundamento constitucional y convencional. La fórmula legislativa que introduce en nuestro CPP el estándar probatorio de una duda razonable constituye la consolidación de un sistema de codificación que toma en cuenta el conjunto de garantías mínimas que es ampliamente reconocido en muchos países del mundo y que representa el grado de evolución del desarrollo de los elementos mínimos de un proceso justo en el proceso penal[2394].

La ley busca limitar la discrecionalidad del juez a la hora de dictar una decisión sobre los hechos probados, rodeándola de una serie de garantías y elementos objetivos que permitan adoptar una decisión racional[2395]. El juez, así como no puede condenar porque quiere y así lo decide, tampoco puede absolver a una persona porque le parece y así lo ordena.

2. En un Estado constitucional todos los actos relevantes para la decisión —que pertenecen al hecho punible, a la pena y a ciertos aspectos procesales— no pueden ser sustraídos de la necesidad de prueba ni de la vigencia del principio de

2393 Cfr. Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 41; Conti, Carlotta, *Ragionevole dubbio e "scienza delle prove": la peculiarità dell'esperienza italiana rispetto ai sistemi di common law*, en *Archivio Penale*, n.º 2, 2012, p. 6.

2394 Cfr. Della Torre, Jacobo, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, p. 9."

2395 Cfr. Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 41.

que para condenar debe haber una acreditación de la culpabilidad más allá de una duda razonable[2396].

Sin embargo, ni la Constitución ni los tratados internacionales de derechos humanos regulan de manera expresa el *in dubio pro reo* o el criterio de que una decisión de condena debe ir más allá de una duda razonable, pero ello no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia constitucional y convencional reconozca su profunda e íntima conexión con el principio de la presunción de inocencia.

En el derecho comparado algunas legislaciones afines a nuestro derecho positivo (*v. gr.*, España) no reconocen ni constitucional ni legalmente el *in dubio pro reo*, pero ello no ha impedido a que la doctrina y la jurisprudencia afirmen su vigencia recurriendo a diversas interpretaciones y argumentos, *v. gr.*, *argumentum a contrario* en el derecho español para interpretar el artículo 741 del Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que el juez debe apreciar "según su conciencia" las pruebas practicadas[2397].

Los modelos teóricos que se plantean en la doctrina de un estándar de prueba como regla de cierre del sistema penal[2398], si bien son aportes plausibles y muy relevantes, desde el punto de vista epistemológico y constitucional, no pueden dejar desconocer que en nuestro país —y por lo menos en los países que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos— rige un estándar probatorio legislativamente impuesto que es el de la decisión de condena más allá de una duda razonable.

3. Se trata de un principio basilar del proceso penal que es una expresión del proceso justo y representa un límite normativo al libre convencimiento del juez al no permitir que haya una decisión de condena válida si es que la acreditación de los hechos que demuestran la culpabilidad de una persona no es segura y se asienta en prueba confiable.

En la doctrina se considera que la disposición legal que determina la expedición de una sentencia condenatoria a una prueba de culpabilidad, más allá de una

2396 Cfr. Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 213.

2397 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 214.

2398 Véase, Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 209 y ss.; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 147 y ss.; Accatino Scagliotti, Daniela, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, en *Revista de Derecho*, núm. XXXVII, Valparaíso, 2011, p. 507; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., pp. 235 y ss.; Badaró, *Processo penal*, cit., 2022, pp. 484 y ss.

duda razonable opera más como un principio que como una regla[2399], debido a que la comprobación o no de la razonabilidad de la duda depende de juicios de valor complejos que desbordan el contenido de una regla particular[2400].

La condena o la absolución de una persona no es una cuestión que dependa de criterios desligados de racionalidad, de parámetros objetivos o de una argumentación que se base en la evidencia recogida y evaluada. Tampoco se trata de una cuestión de fe, de una intuición basada en la experiencia o en la inmediación de la actuación probatoria[2401]; la ley busca establecer parámetros objetivos que fijen el umbral mínimo que se requiere para afectar un derecho fundamental (*v. gr.*, la libertad personal o el patrimonio) con una decisión de condena.

Así pues, se parte del hecho de que en materia penal para privar o restringir un derecho fundamental se exige un límite probatorio mínimo que debe cumplirse escrupulosamente y debajo del cual no solo es injusto, sino inconstitucional e ilegal dictar una sentencia condenatoria.

4. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se aceptan que hay casos de duda razonable que son **casos fáciles** y otros **casos difíciles**. Por lo general, los casos fáciles están dotados de un marco probatorio único ante el cual una persona sensata estaría de acuerdo en condenar o absolver bajo una determinada situación fáctica o probatoria. Por su parte, los casos difíciles de duda razonable otorgan un margen enorme de discrecionalidad al juez para arribar a una decisión de condena o de absolución reconociéndose que hay un amplio espacio de libertad que puede asumir el juez para adoptar una decisión sobre los hechos. Un juez, diligente y lúcido, con el mismo arsenal y material probatorio puede construir una decisión de condena como también una absolución siempre y cuando alguna de las operaciones intelectuales a las que se avoca no carezcan de fundamento o no sean razonables. Sobre los hechos probados, al juez no se le permite decidir al azar, o en contra de las

2399 Cfr. Carlizzi, Gaetano, *I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale. Repliche a G. Tuzet, Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*, en *Diritto & Questioni Pubbliche*, XIX, 2 (dicembre), 2019, p. 295: "Che l'idea di ragionevole dubbio dia vita a un autentico principio giuridico, è la prima tesi (inedita) sostenuta nel mio libro. Essa si fonda su una ben precisa concezione della differenza tra regole e principi, tuttora alquanto controversa nella letteratura giusteorica. In sostanza, pur essendo norme al pari delle regole, i principi si distinguono da esse perché ne costituiscono il fondamento. I principi, infatti, avanzano nei confronti dei titolari del potere di produzione normativa la generica pretesa di realizzazione di determinati valori, e costituiscono così le rationes di tutte le regole, non solo esplicite, ma anche implicite, che soddisfano tale pretesa, prevedendo tipi più o meno precisi di fatti realizzativi".

2400 Cfr. Ferrua, Paolo, *La prova nel processo penale*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan. abr., 2018, p. 113.

2401 Cfr. Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 44.

pruebas o las lagunas probatorias que no se logran cubrir[2402]. Lo importante aquí es que se respeten los hechos, la evidencia disponible, se evalúe de manera suficiente si se trata de información probatoria de nivel y de una alta credibilidad o si más bien hay cuestionamientos directos a su fiabilidad y confianza que no permiten construir inferencias sólidas ni conclusiones racionales[2403].

Ningún sistema probatorio con base racional puede negar la existencia de casos fáciles y difíciles alrededor del estándar probatorio de la duda razonable, como tampoco es posible negar que la razonabilidad o no de la duda solo se puede identificar, discernir y establecer a través de la argumentación racional sobre hechos y pruebas y nunca fuera de ella. De allí que el estándar probatorio de la duda razonable sea inseparable y a todas luces forme parte inderogable del mandato de motivación de las decisiones judiciales en el ámbito fáctico[2404] (artículo 139.5 de la Const.).

II. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL SISTEMA JURÍDICO

5. La decisión respecto a la evaluación de la prueba no es una tarea absolutamente libre que dependa de quien realiza dicha actividad. Por el contrario, se encuentra condicionada a los criterios normativos vigentes y a los estándares de prueba que se utilicen, sea en las leyes o en la jurisprudencia, que está sujeto a ciertas concepciones legales fundadas en principios y valores constitucionales[2405]. La inclinación por un determinado rango o estándar de prueba no es una tarea únicamente jurídica, pues se enlaza con criterios político-valorativos de una determinada cultura jurídica.

Los estándares probatorios no solo se aplican en las decisiones judiciales, sino también en las decisiones de los abogados[2406] (*v. gr.*, asumir una defensa, interponer una denuncia, etc.) y las decisiones de las demás partes del proceso.

Frente a la libertad que pueden tener los jueces al momento de evaluar la prueba, los distintos sistemas jurídicos (*common law*, *civil law*, entre otros), la legislación y jurisprudencia de cada país ofrecen una serie de directrices precisas y

2402 Cfr. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., p. 113.

2403 Cfr. Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 362.

2404 Cfr. Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 44.

2405 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 47 y 83; Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 121; Dei Vecchi, Diego, *Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 37, 2014, p. 243; Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 124; Reyes Molina, Sebastián, *Estándares de prueba y "moral Hazard"*, en *Nuevo Derecho*, vol. 11, N.º 16, enero-junio, 2015, p. 22.

2406 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., pp. 284, 292 y ss.

concretas que rigen la evaluación de la prueba en el contexto de la decisión final sobre los hechos[2407] o en otras etapas del proceso. Dichas directivas, sin dejar de ser generales y flexibles, permiten adoptar una determinada decisión sobre los hechos probados que se discuten en el proceso. El estándar de prueba pretende aportar pautas objetivas y criterios racionales en la solución de un determinado problema sobre las pruebas o la evidencia en el proceso (sea civil, laboral, administrativo, penal, etc.), dejando de lado puntos de vistas irracionales (*v. gr.*, intuición) o referencias generales, tan amplias como ambiguas, como el sentido común, la experiencia o lo razonable en el caso concreto.

6. El estándar de prueba tiene que ver con el grado de confirmación con el que cuenta un determinado enunciado (hipótesis) sobre la base de la cantidad y la calidad de la evidencia disponible referida a dicho enunciado y que implica la evaluación de su grado de confianza y coherencia[2408]. Un estándar probatorio permite establecer cuál es el grado de fundamento racional que corresponde a un determinado enunciado con base a la cantidad y calidad de evidencia recogida. Se trata, en buena cuenta, de fijar un determinado nivel de exigencia de la hipótesis en el momento final de la decisión sobre los hechos probados del caso[2409]. El sostener que un enunciado fáctico está probado depende de manera directa del estándar de prueba aplicable: el enunciado podrá ser aceptado como verdadero siempre que se encuentren satisfechas las exigencias del estándar que corresponda aplicar según el tipo de decisión que se adopte.

Un estándar de prueba no dice cómo se debe evaluar la prueba, sino qué decisión debe tomarse luego de la evaluación racional de la prueba y los resultados que arroja. Fija un determinado nivel o un grado de suficiencia de la prueba para poder adoptar una decisión sobre los hechos[2410].

Los estándares de prueba en el derecho mantienen un estrecho contacto con las concepciones comunes de la justicia, con el buen sentido y la sensatez de las personas[2411]; sin embargo, no por ello dejan de ser criterios racionales que brindan pautas objetivas en la solución de los casos.

2407 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 137.

2408 Cfr. Taruffo, Michele, *La prova nel proceso civile*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 231.

2409 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 147.

2410 Cfr. Dei Vecchi, *Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo*, cit., p. 243, quien alude a un *estándar de suficiencia*.

2411 Cfr. Cohen, Jonathan, *El concepto de probabilidad en pruebas judiciales*, en *Teorema. Revista Internacional de Filosofía*, vol. 7, N.º 3 y 4, 1977, p. 283.

7. Para considerar como plausible un estándar probatorio en materia jurídica, independiente del sector o la especialidad a la que se dirija, debe cumplir cuando menos con algunos requisitos[2412]:

i) 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";

ii) debe estar formulado en términos que hagan posible determinar a través de procedimientos intersubjetivamente controlables cuándo ha quedado satisfecho y cuándo no;

iii) su formulación debe ser tal que de su aplicación correcta resulte exactamente la distribución del riesgo que se reputa justificada;

iv) de su aplicación debe resultar esa distribución del riesgo, pero precisamente en razón de la calidad de los elementos de prueba y de las inferencias probatorias que es preciso llevar a cabo a partir de los mismos, no de cualquier otra cosa.

La fijación de un estándar de prueba confiable no solo debe cumplir con determinados requisitos epistemológicos y ser objeto de control en su aplicación por los órganos superiores. En un Estado constitucional la necesidad de seguridad, previsibilidad y confianza en las relaciones jurídicas y en la aplicación del derecho exige que la configuración del estándar de prueba dependa de una decisión político-jurídica del legislador[2413] y no debe estar librada a la discrecionalidad, prudente arbitrio y criterio de los jueces. Un estándar probatorio debe ser universalizable, por lo que no basta que ayude a solucionar determinado tipo de casos, aun cuando dichos casos sean difíciles.

Debe ser la ley con las garantías de generalidad y abstracción la que debe encargarse de consagrar los distintos estándares de prueba en un ordenamiento jurídico. No basta que haya un criterio jurisprudencial abierto, permeable y sumamente prudente. En una democracia vinculada al principio de división de poderes, el llamado a regular cómo se deciden y determinan los hechos probados dentro de un proceso es el legislador y no los jueces.

2412 Seguimos aquí a: Bayón Mohíno, *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, cit., pp. 18 y 19. Asume esta postura: Reyes Molina, *Estándares de prueba y "moral Hazard"*, cit., p. 24.

2413 Cfr. Bayón Mohíno, *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, cit., p. 26; Reyes Molina, *Estándares de prueba y "moral Hazard"*, cit., p. 33.

El establecimiento de un estándar de prueba no es un problema de carácter epistémico, sino que posee una incuestionable naturaleza **moral y política**[2414].

8. El estándar de prueba se conecta directamente con la problemática de la distribución de la carga de la prueba que es distinta en el campo del derecho privado que en el derecho penal. Las obligaciones procesales de prueba de un hecho no son las mismas en los diversos sectores del ordenamiento jurídico.

La diferencia entre la regla probatoria propia del proceso civil y del proceso penal es absolutamente significativo porque pone de relieve cómo los criterios de justicia en la decisión de los hechos probados de estos dos procedimientos son diferentes[2415]. Sin embargo, se destaca que en ambas ramas del derecho rige el principio de que las partes deben tener la oportunidad de aportar evidencia relevante para la decisión de los hechos probados.

En el proceso civil el legislador indica como un presupuesto del juicio la asunción equivalente del riesgo entre las partes ante la falta de pruebas, debido que existe una necesidad estructural de respetar la equivalencia e igualdad de los intereses de las partes; mientras que en el proceso penal no es posible estar satisfechos con un equilibrio de la carga de la prueba. La distribución de la carga de la prueba en el ámbito civil encuentra su punto de referencia en el principio constitucional de igualdad[2416] y dicha distribución en el proceso penal se levanta en decisiones ético-políticas de primer nivel. Las exigencias de la justicia distributiva son distintas en ambos tipos de proceso.

En el sistema penal en la medida que el *thema probandum* del proceso es la culpabilidad del imputado[2417], por imperio de la presunción de inocencia, se exige que los elementos (objetivos y subjetivos) que fundan la responsabilidad criminal de una persona deben ser probados (uno por uno) más allá de cualquier duda

2414 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 83; Bayón Mohíno, *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, cit., pp. 12, 16 y 26; Dei Dei Vecchi, *Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo*, cit., p. 243: "De allí que se afirme hoy bastante pacíficamente que el estándar de prueba es y/o debe ser función de un juicio moral que distribuye el riesgo de error de acuerdo a los valores en juego".

2415 Cfr. Santoriello, Ciro y Alfredo Gaito, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, en *Archivio Penale*, mayo-agosto, fascicolo 2, Anno LXV, 2013, p. 397.

2416 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 138.

2417 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 5; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 68 y ss.

razonable, sin posibilidad de simplificación o relajamiento de la acreditación de la acusación que pueda gravar al imputado, obligándole a probar su inocencia[2418].

En el proceso civil para convencer al juez, y para que se acepte la demanda o la excepción, las partes deben probar el hecho y el fundamento del derecho invocado (o del derecho lesionado), es decir, las partes deben cumplir con acreditar cada una de sus afirmaciones *v. gr.*, el acreedor que afirma que tiene el derecho de que se le pague una suma de dinero prestada debe probar el crédito, mientras que el deudor que sostiene la extinción de la deuda debe probar que ha pagado. La carga de la prueba se define como una obligación que grava a una parte para que por su propia actividad produzca prueba acerca de los hechos planteados y evite así un resultado desfavorable en el proceso[2419]. Por consiguiente, el principio fundamental en materia de la carga de la prueba en materia civil reside en sostener que cuando un hecho jurídicamente relevante no resulta probado, el juez debe rechazar la demanda o la excepción que se basaban en ese hecho y en la norma sustancial, declarando que ha perdido la parte que ha propuesto la demanda o la excepción. Por ello, se puede decir que la carga de la prueba en materia civil distribuye entre las partes el riesgo de la falta de prueba del hecho que sustenta la demanda o la excepción[2420]. La relevancia de la distribución equitativa de la carga de la prueba entre las partes se revela en caso el juez se encuentra ante la ausencia de pruebas de un hecho

2418 El artículo IV.1 del TPCPP prescribe: "El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y *tiene el deber de la carga de la prueba*" y el artículo II.1 del TPCPP prescribe: "Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras *no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada*".
El artículo 6.1 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, prescribe: "Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable". Sobre dicha directiva: Ovejero Puente, Ana María, *Protección del derecho a la presunción de inocencia*, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 449 y ss.; Villamarín López, María Luisa, *La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, en *InDret*, N.º 3, julio, Barcelona, 2017, pp. 1 y ss.; Liáñez Fullana, Mireia, *La presunción de inocencia en la UE: las novedades aportadas por la Directiva 2016/343*, en *Quaderns de Recerca*, núm. 35 / Curs 2015-2016, Bellaterra, 2016, pp. 1 y ss.; Pérez Tortosa, Francesc, *La presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio tras la directiva (UE) 2016/343*, en *Revista AJFV. Derecho Unión Europea*; N.º 2, 2017, pp. 1 y ss.

2419 Cfr. Patti, *Le prove. Parte generale*, cit., p. 113.

2420 Por todos, Taruffo, en Comoglio/Ferri/Taruffo, *Lezioni sul proceso civile. Il proceso ordinario di cognizione*, cit., t. I, p. 480; Comoglio, *Le prove civili*, cit., pp. 102, 131 y ss.

determinado: si el hecho no probado es constitutivo de un derecho, entonces, el riesgo de la falta de pruebas recaerá sobre el actor, mientras que, si este hecho es impeditivo, modificativo o extintivo del derecho, entonces, por el contrario, este riesgo recaerá en el demandado.

Por otro lado, se distingue entre la carga formal y la carga material de la prueba. La carga formal de la prueba exige que sea la parte quien introduzca el elemento de prueba en el juicio; mientras que la carga sustancial de la prueba supone que dicha parte es la interesada en probar los hechos que invoca, porque la consecuencia de su ausencia le afecta directamente a ella; puesto que la parte es quien debe introducir y presentar las pruebas en apoyo de un hecho, ella es la que sufre la consecuencia de la falta de pruebas.

En cambio, en el proceso penal ha de ser el Ministerio Público quien debe acreditar cada uno de los elementos (objetivos y subjetivos) que fundan la responsabilidad penal, si es que dicho órgano del Estado no considera apropiado postular el sobreseimiento o la absolución en el juicio. La imputación a cargo de la fiscalía es quien describe los elementos constitutivos del delito y tiene la obligación de suministrar pruebas de ellos[2421]. Al imputado no le asiste cumplir con alguna carga probatoria por lo que, incluso, puede permanecer inerte y esperar que su absolución se derive simplemente de la falta (o de la insuficiencia) de las pruebas proporcionadas por la fiscalía. En efecto, a la persona imputada o acusada no le asiste ninguna obligación de prueba, solo es titular de un derecho a la prueba, que se entiende de manera gráfica como el "derecho a defenderse probando"[2422]. Mientras que la condena requiere la prueba de la culpabilidad, la absolución no exige la prueba de la inocencia, debido a que ella es consecuencia lógica de la ausencia (o insuficiencia) de pruebas acerca de la culpabilidad[2423]. La falta de prueba solo perjudica a la acusación y bajo ninguna forma al imputado[2424].

Si el objeto del proceso penal fuera probar la inocencia dicho deber recaería en el imputado; y si el juez tendría que optar entre la culpabilidad y la inocencia como hipótesis probatorias equivalentes sería suficiente una mayor probabilidad de la primera respecto a la segunda para que se justifique una condena[2425].

Por tanto, mientras que en el proceso civil es posible repartir la carga de la prueba de los hechos, dependiendo de si son constitutivos, impeditivos, modifica-

2421 Cfr. Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, p. 269.

2422 Cfr. Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., pp. 314 y ss.; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 222.

2423 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 5.

2424 Cfr. Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, p. 269.

2425 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 6.

tivos o extintivos, entre el demandante y el demandado, en el proceso penal no rige dicha distribución[2426], pues la carga de la prueba, como obligación jurídica, solo la asume (y perjudica) a la acusación.

III. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL Y EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LA IMPUTACIÓN

9. En el campo del proceso penal se puede afirmar que no existe un solo y único estándar de prueba a lo largo del proceso penal[2427]. Antes de la decisión (sentencia) que pone fin al proceso hay diferentes grados de evolución de la imputación y la evidencia que se recoge, lo cual influye en la adopción de ciertas decisiones y medidas[2428].

El carácter progresivo de la imputación permite que se precise, detalle o modifique en la dinámica de la investigación, el proceso, e incluso, en el juicio oral. Todo procedimiento y, en general, todo proceso es un *iter* que siempre tiene un inicio y un cierre en cuyo tránsito se dan ciertas etapas y periodos muy marcados, tendientes a cumplir un determinado fin al que fueron diseñados[2429].

El objeto del proceso (el hecho o, mejor dicho, el conjunto de enunciados fácticos) progresivamente se va depurando a lo largo del proceso hasta alcanzar una representación definitiva a nivel de la sentencia[2430]. El proceso está formado por un conjunto de juicios provisionales y de pasos escalonados, que en el campo penal va desde la primera imputación hasta la sentencia definitiva[2431]. La fijación del hecho no siempre se logra con la sola introducción al proceso de un suceso con relevancia

2426 Cfr. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 226.

2427 Ferrer Beltrán, *Los estándares de prueba en el proceso penal español*, cit., 2007, p. 2: "la dinámica del proceso penal parece exigir diversos estándares de prueba para distintos tipos de decisiones. Mencionaré solo algunas: ¿Qué nivel de corroboración se considera suficiente para ordenar la adopción de medidas cautelares (como, por ejemplo, la prisión provisional) durante la instrucción del sumario? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria se considera suficiente para concluir el sumario ordenando la apertura de juicio oral contra el acusado? ¿Y para el sobreseimiento, libre o provisional de la causa?".

2428 Cfr. Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, cit., 8/3, p. 78.

2429 Cfr. Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Librería El Foro, 1994, p. 136.

2430 Cfr. Climent Durán, Carlos, *La prueba penal*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, T. I, p. 73; Rivera Morales, *La prueba: un análisis racional y práctico*, cit., p. 362; Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 105.

2431 Cfr. Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., 1994, p. 139: "Antes de poder castigar a un hombre, es preciso condenarlo; pero antes de condenarlo, preciso es juzgar si puede ser sometido a debate; y antes de someterlo al juicio acerca de la posibilidad de someterlo a debate hay un juicio anterior. Ese juicio es la imputación: el primer peldaño de la escalera".

jurídica 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"[2432]. Se trata de un ir y venir y de una configuración paulatina en la que influye de manera directa la actividad probatoria, las normas que regulan la concreta etapa del proceso y la posición y los actos que asumen cada una de las partes[2433].

La individualización de un enunciado fáctico y la especificación de sus notas esenciales es una actividad compleja que resulta necesaria para la construcción del caso y para determinar los límites de aquello que es objeto de decisión, ya que, si es que el hecho no se encuentra individualizado ni determinado de manera adecuada y suficiente en sus coordenadas espaciales, temporales y del modo de ejecución, no es posible construir un caso y menos decidir sobre el mismo. La fijación de un enunciado fáctico supone, en buena cuenta, partir de criterios normativos establecidos en una norma jurídica a fin de que se tomen en cuenta los elementos fácticos importantes descritos a la hora de decidir.

Cabe resaltar la idea que lo que varía en el proceso no son los hechos, tal como han ocurrido en la realidad, sino los enunciados que los pretenden describir y comprender de modo adecuado. Los hechos como acontecimientos del pasado, ya ocurridos, son inalterables y no pueden modificarse tal como efectivamente han sucedido. Nadie puede modificar un suceso histórico que ocurrió en la realidad (*v. g.*, la conquista del Imperio incaico por los españoles o el golpe de Estado en el Perú del 5 de abril de 1992). En otras palabras, pueden variar nuestros conocimientos de los hechos según la evidencia recogida o que se evalúa, pero los hechos tal cual sucedieron no pueden alterarse. Son las descripciones o los enunciados sobre los mismos los que se van precisando cada vez más, sobre la base de la evidencia recogida y ciertos actos que se realizan dentro del proceso, conforme avance y desarrolle tanto la investigación y el proceso penal.

10. Los enunciados fácticos, ya sea en la investigación, el proceso o el juicio, se presentan como hipótesis que pretenden reconstruir una realidad histórica pasada a través de la evidencia y una serie de elementos disponibles a fin de poder llegar a una determinada conclusión sobre los mismos.

La tarea de reconstrucción de los hechos (hipótesis) es una actividad eminentemente cognoscitiva que toma en cuenta una parcela de la realidad y la evi-

2432 Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 280.

2433 Cfr. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 273: "El relato originario, el hecho—bruto, será en parte abreviado y en parte completado hasta que el hecho definitivo contenga, no solo aquéllos sino todos los elementos del suceso real que son importantes en relación con las normas jurídicamente posiblemente aplicables".

dencia, directamente relacionada, que se acopia, selecciona y pondera a través de un proceso marcado por el respeto de ciertas reglas y parámetros tanto jurídicos como racionales. Dicha reconstrucción requiere que conforme se vaya recogiendo la evidencia disponible, la hipótesis de la que se parte se vaya ajustando de manera paulatina. Por ello, se afirma con razón que "**la imputación es una hipótesis histórica variable**"[2434] que se va decantando a través de juicios provisionales hasta llegar a un juicio definitivo[2435].

Toda investigación acerca de un suceso histórico con relevancia jurídica parte obligatoriamente de la formulación de una hipótesis, de la indagación de cómo y de qué manera el suceso ha ocurrido o no en la realidad. La pesquisa acerca de si el hecho se ha producido solo se puede lograr a través del acopio de evidencia, elementos de convicción o prueba que luego de su depuración y evaluación permite ajustar y depurar la hipótesis, ya sea mejorándola o simplemente se la desecha.

Difícilmente una hipótesis que se plantea de manera inicial, dentro de una determinada investigación, se mantiene fija, inalterable y firme a lo largo de tiempo. La regla es que dicha hipótesis inicial se vaya decantando y precisando con el desarrollo y la dinámica de la investigación. Por ello, lo normal es que toda hipótesis vaya variando, enriqueciéndose y complementándose paulatinamente a lo largo de la investigación y el proceso.

11. La jurisprudencia de la Corte IDH, del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia del Perú toman en cuenta y destacan de manera explícita la importancia del principio de progresividad de la imputación.

La Corte IDH en la sentencia del caso **Barreto Leyva c. Venezuela** del 17 de noviembre del 2009 ha señalado:

> el contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen.

En sentido semejante, la sentencia de la Corte IDH en el caso **J. c. Perú** del 27 de noviembre del 2013 ha precisado:

2434 Por todos, Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. I, p. 382.

2435 Cfr. Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., 1994, p. 138; Renedo Arenal, *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., p. 147.

> Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al imputado ejercer plenamente su derecho a la defensa y mostrar al juez su versión de los hechos. Si bien el contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen, llegando a su punto máximo cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Esta Corte ha establecido que el investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no solo deducirlos de las preguntas que se le formulan. Además, este Tribunal advierte que dicha obligación estatal adquiere mayor relevancia cuando el procesado se encuentra sujeto a una medida privativa de libertad como en el presente caso. La Corte ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa.

Por su parte, tomando en cuenta el viejo modelo procesal penal, el TC peruano ha señalado que no puede exigirse el mismo nivel de exhaustividad y exigencias en la descripción de los hechos en el auto de apertura de instrucción que en la acusación o en la sentencia. Al respecto, ha sostenido lo siguiente:

> debe tomarse en cuenta que la finalidad del auto de apertura es la de dar inicio al proceso penal, por lo que no puede pedirse en dicha instancia el mismo grado de exhaustividad en la descripción de los hechos y la confrontación con las pruebas que sí es exigible en una sentencia, por cuanto en ella se determina la responsabilidad penal del imputado, luego de haber realizado una intensa investigación y de haber actuado las pruebas presentadas por las partes[2436].

En sentido semejante, el TC ha sostenido lo siguiente:

> Cabe recordar que la instrucción penal se inicia por indicios suficientes respecto de la conducta del imputado que el juzgador considera como constitutiva de un

2436 Exp. N.º 04726-2008-PHC/TC, Caso: Robert Michael Haber; Exp. N.º 02898-2012-PHC/TC, Caso: Bernabé Sullca Sullca; Exp. N.º 02488-2011-PHC/TC, Caso: Jorge Hugo Jaén Valdera; Exp. N.º 03168-2011-PHC/TC, Caso: José Alberto Castillo Odar a favor de Miguel Arturo Cornejo Díaz; Exp. N.º 04714-2012-PHC/TC, Caso: Luis Elvis Poma Matos; Exp. N.º 00569-2011-PHC/TC, Caso: Gladys Angulo de Sarmiento a favor de Roger Javier Poemape Chávez; Exp. N.º 02128-2011-PHC/TC, Caso: Wilson Añazco Bazán a favor de Ricardo Marco Antonio Vicente Anderson Campos Ruiz; Exp. N.º 04539-2011-PHC/TC, Caso: Ludwing Eduardo Soto Padilla; Exp. N.º 00726-2013-PHC/TC, Caso: Florencio Gabino Ninasivincha Gárate; Exp. N.º 04503-2011-PHC/TC, Caso: Edilberta Modesta Minaya Ramírez a favor de Jesús José Minaya Ramírez.

ilícito penal, y que la motivación exigible al auto de apertura de instrucción no es tan estricta como sí lo es respecto de la sentencia penal[2437].

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, aunque no de manera expresa, sobre el criterio o el principio de progresividad. Por ejemplo, en el **Acuerdo Plenario N.º 2-2012/CJ-116** del 26 de marzo del 2012 ha precisado lo siguiente:

> 7º. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos —que no dé su justificación indiciaria procedimental—, atento a la propia naturaleza jurídica de la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible —cumplidos todos los presupuestos procesales— con el grado de sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal —es decir, que impulse el proceso de investigación—. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible —presupuesto jurídico material— atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.
>
> Lo expuesto explica que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria —o, procesal—, y que el nivel de precisión del mismo —relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía— tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta y, por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC N.º 4726-2008-PHC/TC, del 19 de marzo de 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad.
>
> 8º. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público —distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales— (verbigracia: artículo 15º.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal).
>
> Bastaría, en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal —el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional—. Sólo en definidos

2437 Exp. N.º 00348-2013-PHC/TC, Caso: Carlos Enrique Cárdenas Guzmán.

> momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP. Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el NCPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional —el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: artículo 6º.1. 'b' NCPP—.

Por su parte, la **Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433** del 11 de octubre del 2017 de la Corte Suprema destaca lo siguiente:

> en el desarrollo de la actividad procesal, de persecución, procesamiento, acusación, enjuiciamiento y condena del delito de lavado de activos, como es obvio, el estándar o grado de convicción no será el mismo. Éste, conforme al principio de progresividad en el desarrollo de la acción penal durante el procedimiento penal, atraviesa varias fases y en cada una de ellas las exigencias son mayores —unificados bajo el concepto muy difuso de "prueba semiplena"—, hasta exigir el grado de convicción pleno del órgano jurisdiccional, más allá de toda duda razonable, cuando se trata de pronunciar una sentencia condenatoria. Seguridad, certeza y 'verdad' existen recién al final del juicio oral cuando el juez arriba a un convencimiento sobre el curso de los acontecimientos; mientras tanto, todas las decisiones hasta la sentencia son adoptadas o fundadas con base en la sospecha. [...]
>
> Los elementos de prueba y, antes, los elementos de convicción deben ser idóneos y necesarios en cada fase o etapa del procedimiento penal para justificar las diligencias preliminares, el procesamiento penal a través de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la acusación y el auto de enjuiciamiento, y, finalmente, la sentencia —que requiere, esta sí, elementos de prueba—. Los actos de aportación de hechos deben recaer tanto en los elementos de la figura delictiva cuanto en los factores que determinan la intervención delictiva del imputado —en este caso, del delito de lavado de activos—. Racionalmente los datos de hecho deben acreditar, según los grados de convicción exigibles en casa fase o etapa procesal, los hechos objeto de imputación.
>
> Conforme avanzan las averiguaciones, el grado de determinación de la actividad criminal previa, apta o capaz para generar determinados activos objeto de lavado, se va ultimando. Ello no significa, sin embargo, que desde el inicio de las averiguaciones no se requiera contar con puntos de partida objetivos de cierta idoneidad y conducencia, por lo menos abstracta, y fundados en la experiencia criminalística; datos que, progresivamente, según los momentos decisivos de cada fase procesal, deben delimitarse, consolidarse y confirmarse en lo que le es propio. Por consiguiente, de meros argumentos generales, sin conexión razonable o adecuada con los primeros hallazgos o datos aportados,

no es posible siquiera mantener la sub-fase de diligencias preliminares y, menos, formalizar la investigación preparatoria.

IV. LA DECISIÓN DE CONDENA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE COMO EL ESTÁNDAR PROBATORIO MÁS ALTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

12. En el sistema penal se requiere un estándar de prueba más exigente para condenar a una persona y confirmar que una hipótesis (imputación) que se le atribuye sobre la comisión de un hecho delictivo es cierta y se confirma por medios probatorios suficientes. No basta la simple preponderancia ni la simple mínima actividad probatoria. Es necesario un estándar probatorio más elevado para llegar a la decisión de condena sobre los hechos que se dan por probados.

En el ámbito penal opera un estándar de prueba más riguroso en el que se reclama que para que exista la confirmación de una hipótesis se necesita ir **más allá de una duda razonable**[2438] (*beyond any reasonable doubt*). Este criterio es usualmente aplicado por los tribunales norteamericanos y progresivamente se ha ido extendiendo en el campo del derecho comparado a las legislaciones de los diversos países del mundo como principio inherente a la decisión de los hechos probados; sin embargo, como se reconoce en la doctrina el significado exacto de este principio es incierto y ambiguo; máxime si es un criterio que es aplicado por los jurados americanos que justamente se caracterizan por no justificar ni fundamentar sus fallos, pues se trata de un estándar impreciso que a pesar de la plasticidad y riqueza de su formulación no tiene un núcleo fijo e invariable y su definición se ha encontrado expuesto a intensas controversias[2439]. No es posible conocer el contenido y los límites respecto a cómo es aplicado dicho instituto; sin dejar de contar que la referencia a la duda razonable es una noción poco clara por el marco de indeterminación que deja su uso[2440].

La decisión más allá de la duda razonable es un concepto abierto que requiere concreción y un análisis caso por caso, según criterios objetivos, plausibles y racionales que deben ponderarse con sumo cuidado. Dicho estándar es un concepto

2438 Véase, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 249; Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 66; Nieto, *El arbitrio judicial*, cit., 184.

2439 Cfr. Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 137.

2440 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 249.

jurídico indeterminado que no puede definirse con solvencia y claridad de manera general y que posee un marco de ambigüedad semántica[2441].

Aquí 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[2442], sino que dicha probabilidad debe excluir una duda esencial respecto a la inocencia. Como señala IGARTUA SALAVERRIA: "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 guion garantista"[2443]. 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 tanto, es posible mantener la hipótesis 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.

Para que haya una decisión de condena los medios de prueba no solo deben ser variados y plurales, sino deben tener una determinada entidad y contar con una calidad epistemológica y jurídica[2444]. Solo las pruebas válidas y de calidad están en condiciones de confirmar una hipótesis y acreditar la realización de un hecho delictivo, pues 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[2445].

13. Se ha de enfatizar que la expedición de una sentencia condenatoria no se asienta en la idea de la verdad total como correspondencia de la hipótesis acusatoria, pues como recuerda COMANDUCCI: "Porque si así fuera nadie sería nunca

2441 Cfr. LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid, Marcial, 2015, pp. 64 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N.º 15, 2007, p. 3.

2442 Como señala: COMANDUCCI, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, cit., p. 111.

2443 IGARTUA SALAVERRIA, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2014, p. 170.

2444 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 113.

2445 Cfr. IGARTUA SALAVERRIA, *Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, "in dubio pro reo"*, cit., p. 472.

condenado; no se utilizaría el Derecho penal y no tendría siquiera sentido hablar de un modelo penal garantista"[2446].

El grado de confirmación más allá de la duda razonable no debe entenderse como un estándar subjetivo en el que se alude a un preciso y claro estado mental del juzgador en el sentido de creencia personal, íntima, propia, soberana e incapaz de ser traducido en criterios objetivos[2447].

Tampoco debe considerarse como una forma de manifestación de la certeza moral entendida como el convencimiento personal del juez acerca de los hechos[2448]. En realidad, el estándar de prueba de una decisión más allá de la duda razonable pretende ser un criterio racional y objetivo[2449], sujeto a controles externos, que supone la evaluación de todas las pruebas disponibles en el proceso, siempre que posean legitimidad constitucional y legal, llegando a resultados y conclusiones plausibles y razonables. Se parte por considerar que la decisión judicial no puede aspirar a llegar a certezas absolutas o a convencimientos plenos, ya que el proceso y la misma decisión judicial transcurren y se desarrollan en un contexto de incertidumbre en el que la duda o la posibilidad de error nunca pueden descartarse; de tal manera que se admite que en el dictado de una sentencia condenatoria puedan surgir dudas o riesgos de error siempre que dichas dudas sean marginales, no esenciales[2450]. La duda se acepta y en un ámbito de racionalidad es normal y común que ello ocurra, lo que no es tolerable es que se condene sobre la base de hechos no suficientemente probados o en cuya acreditación hay serias dudas.

14. La fórmula de la decisión acerca de la culpabilidad más allá de la duda razonable debe distinguirse de alguna terminología semejante, pero que encierra notoriamente un significado distinto.

2446 Comanducci, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, cit., p. 111: "las sentencias se fundamentan en la mayor probabilidad de la hipótesis acusatoria, aunque subsistan fuertes prejuicios populares en contra de que los jueces y los peritos se expresen en tales términos".

2447 Cfr. Laudan, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, cit., p. 112.

2448 Véase, Aliste Sánchez, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pássim; Aliste Sánchez, Tomás Javier, *La "certeza moral" como criterio necesario y suficiente para la selección y valoración del material probatorio*, en *Justicia, Revista de Derecho Procesal*, N.º 1 y 2, 2011, pp. 115 y ss.

2449 Cfr. Laudan, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, cit., p. 112.

2450 En sentido similar, Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 139, quien sostiene que: "la referencia a dudas razonables admite un sentido normativo que podría indicar que lo relevante no es la presencia o ausencia en el conjunto de elementos de juicio disponibles de ciertas condiciones que debieran razonablemente suscitar una duda".

Por ejemplo, una cosa es la declaración de culpabilidad más allá de la duda razonable y otra muy distinta es que la persona en el proceso penal desde el primer momento hasta el último posea a su favor el beneficio de la duda. Se destaca, con énfasis, que si se lleva al extremo el planteamiento que el acusado tiene a lo largo del proceso y en especial a la hora de la sentencia el beneficio de la duda se corre el riesgo de que en la práctica se impida la expedición de sentencias condenatorias[2451], pues en muchos procesos concurren simples dudas residuales respecto a algún hecho secundario como a veces se abre también la posibilidad que, pese a que existe evidencia contundente es posible que haya un error en el juicio de culpabilidad, ya que en cualquier momento puede surgir evidencia exculpatoria.

Ahora bien, para el dictado de una sentencia condenatoria no es necesario que se excluya toda duda[2452] o que haya absoluta certeza de la culpabilidad[2453], como a veces se ha exigido en forma expresa por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Tampoco es necesario que se exija certeza para dictar una sentencia condenatoria cuando, por ejemplo, se afirma que "solo cabe condenar a una persona cuando se ha llegado a la certeza sobre su responsabilidad en la comisión del hecho imputado, y no cuando se perciben dudas al respecto"[2454]. Sin embargo, en muchas ocasiones

---

2451 Por todos, LAUDAN, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, cit., p. 112: "si debiéramos dar a un acusado todo el beneficio de la duda, sería imposible condenar a alguien".

2452 Véase, el **R. N. N.º 4185-2005** del 15 de junio del 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema: "Que de la revisión de los actuados, el Ministerio Público no ha logrado demostrar con certeza excluyente de toda duda; único convencimiento que legitima dictar una sentencia condenatoria contra un ciudadano".

2453 Véase, el **R. N. N.º 1235-2009** del 17 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Biaggi Gómez); el **R. N. N.º 921-2009** del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Biaggi Gómez); el **R. N. N.º 3458-2006** del 10 de octubre del 2006 de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema: "Conforme a la garantía de la presunción de inocencia, consagrada en el literal e del inciso veinticuatro del artículo dos de la constitución política del estado, la sentencia condenatoria debe imponerse por el juez con plena convicción de la responsabilidad penal del encausado, es decir, no debe ser impuesta en base a presunciones, sino más bien con **la absoluta certeza de culpabilidad** derivada de pruebas fehacientes que la acrediten dentro de esta concepción garantista del proceso penal, se debe destacar que la prueba debe producirse, analizarse y valorarse en la etapa del juzgamiento oral bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y continuidad" (las negritas son nuestras); el **R. N. N.º 2260-2011** del 19 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Villa Stein): "**Resulta de observancia obligatoria, la aplicación del principio** ***in dubio pro reo,*** **es decir,** para condenar al acusado se debe tener absoluta certeza de su culpabilidad **en caso de duda debe ser absuelto, la duda favorece al reo**" (las negritas son nuestras).

2454 Véase, el R. N. N.º 1337-2018 del 21 de mayo del 2019 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.º 3521-2015 del 20 de abril del 2017 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.º 259-2015 del 10 de mayo del 2016 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Pariona

la Corte Suprema sostiene que para condenar se requiere convicción absoluta[2455], certeza plena[2456] 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[2457].

Un estándar probatorio riguroso y exigente puede permitir una condena en los casos, incluso, en los que concurre alguna duda marginal o irrelevante[2458].

15. Por otro lado, debe distinguirse la decisión de culpabilidad más allá de la duda razonable de la duda metódica con la que debe actuar todo juez respecto a la hipótesis acusatoria que se le plantea por parte del Ministerio Público y la situación de imparcialidad (frente a los hechos y las pruebas) que se vincula a la noción de respeto a la presunción de inocencia que debe presidir la actividad judicial. Los jueces no deben actuar contaminados y con una idea preconcebida acerca de la posible culpabilidad del imputado[2459]. Por el contrario, deben respetar los derechos fundamentales y las garantías constitucionales básicas de la administración de justicia.

El estándar de prueba no depende del estado subjetivo de una persona o funcionario (juez, fiscal, abogado), de si frente a determinadas circunstancias, a nivel del proceso y con cierta dosis de retórica alguien puede convencerse respecto a qué determinado hecho ha ocurrido o qué determinada hipótesis es cierta. El convencimiento personal, como acto íntimo, no puede justificar ni es suficiente para la expedición de una sentencia o de cualquier resolución judicial. Sería irracional y contrario a los principios de un Estado constitucional que bastara que el juez diga estoy convencido de condenar y el fiscal precise que está convencido de acusar a una persona. La legitimidad del sistema de justicia descansa no en criterios perso-

---

Pastrana); el R. N. N.º 2918-2011 del 6 de septiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.º 2009-2011 del 28 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Pariona Pastrana).

2455 Véase, el **R. N. N.º 511-2009** de 16 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente: "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.º 192-2012 de 22 de enero del 2013; R. N. N.º 1117-2009 de 9 de marzo del 2010; R. N. N.º 3552-2009 de 25 de mayo del 2010; R. N. N.º 2977-2009 de 18 de mayo del 2010; R. N. N.º 2674-2009 de 15 de julio del 2010; R. N. N.º 534-2009 de 17 de marzo del 2010.

2456 Véase, el R. N. N.º 1409-2011 de 23 de septiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria; el R. N. N.º 2693-2009 de 11 de marzo del 2010.

2457 Véase, el R. N. N.º 4185-2005 del 15 de junio del 2006 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

2458 Cfr. Accatino Scagliotti, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, cit., p. 504.

2459 Cfr. Laudan, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, cit., p. 112.

nales, en procesos internos de los funcionarios, sino en parámetros racionales que no es otra cosa que fundarse en hechos y pruebas, ponderadas de manera objetiva e imparcial. Como señala Laudan: "Un estándar de prueba apropiado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el estándar de prueba nos dice cuándo la confianza subjetiva está justificada"[2460].

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en algunas ocasiones adopta el criterio psicológico o subjetivo en la valoración de la prueba 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"[2461]. En otras ocasiones se alude de manera indistinta a la certeza y a la convicción judicial como si se tratara de una misma fórmula[2462] 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"[2463]. 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"[2464].

V. EL FUNDAMENTO DEL ESTÁNDAR PROBATORIO NECESARIO PARA CONDENAR

A. La presunción de inocencia

16. La presunción de inocencia impone que para declarar la responsabilidad penal de una persona se "requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo,

2460 Cfr. Laudan, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, cit., p. 105.

2461 Véase, el R. N. N.º 2978-2003 de 16 de febrero del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria; el R. N. N.º 212-2010 de 20 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente.

2462 Véase, el R. N. N.º 3118-2009 de 27 de mayo del 2010 de la Sala Penal Permanente; el R. N. N.º 3121-2008 de 18 de enero del 2010; R. N. N.º 292-2009 de 8 de marzo del 2010. También el R. N. N.º 2696-2009 de 26 de enero del 2010 de la Sala Penal Transitoria; el R. N. N.º 2507-2009 de 29 de enero del 2010; R. N. N.º 3617-2010 de 15 de abril del 2011; el R. N. N.º 551-2008 de 5 de mayo del 2008 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

2463 Véase, el Exp. N.º 2973-2004 de 18 de enero del 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

2464 Véase, las sentencias de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el Exp. N.º R. N. N.º 3859-2004 de 18 de enero del 2005; R. N. N.º 3171-2004 de 20 de enero del 2005.

obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. **En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado**" (inciso 1 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

Pese a que ni la Constitución Política regula el principio de la decisión de condena más allá de una duda razonable ni los tratados internacionales de derechos humanos lo recogen de manera expresa, el desarrollo del sistema internacional de los derechos humanos y la propia jurisprudencia constitucional han reconocido de manera expresa a dicho principio derivándolo como un contenido esencial de la presunción de inocencia. Se trata, en buena cuenta, de un principio implícito que tiene raíces constitucionales como convencionales[2465]; no se trata de un derecho de pura configuración legal.

En la doctrina hay acuerdo mayoritario en sostener que el estándar de prueba para lograr una condena forma parte del contenido esencial del principio de la presunción de inocencia[2466]. Sin embargo, hay quienes sostienen que el principio de la presunción de inocencia impone la carga de la prueba a la acusación, más no establece un determinado estándar probatorio[2467]. Dicha facultad se le concede a la ley quien puede adoptar dentro de las valoraciones por un estándar probatorio de bajo, medio o de máximo nivel en materia penal.

La presunción de inocencia como manifestación de la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución) protege a todo ciudadano: sea inocente o sea culpable. La tutela del ciudadano a través de la presunción de inocencia lleva a exigir determinados requisitos y condiciones a nivel del proceso penal, al margen si alguien materialmente es culpable de los cargos que se le imputan.

17. La presunción de inocencia es el principio que históricamente ha dotado de sentido y de contenido a la regla de juicio en el proceso penal y, en especial, al *in dubio pro reo*[2468]. *Sin embargo, con razón se destaca que si bien el principio in dubio*

2465 Cfr. Guerrero Peralta, Óscar Julián, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2009, p. 212.

2466 Cfr. Reyes Molina, Sebastián, *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*, en *Revista de Derecho*, vol. XXV, N.º 2, diciembre, Valdivia, 2012, p. 231: "La doctrina procesal está de acuerdo en que la influencia del derecho a la presunción de inocencia, en el proceso penal, hace que la actividad probatoria sea el eje de giro de su contenido esencial. De este modo, el derecho a la presunción de inocencia no solo sirve para asignar el *onus probandi*, sino que además sirve como criterio de decisión del juez al exigir la absolución del acusado cuando la prueba sea insuficiente"

2467 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 429.

2468 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 106; Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 193; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 86; Sanguiné, Odone, *A presunção*

pro reo es una clara manifestación de la presunción de inocencia, el contenido de la presunción de inocencia no se agota ni se limita al *in dubio pro reo*[2469].

En ese aspecto, la presunción de inocencia reclama que para dictar una sentencia condenatoria debe ser probada la imputación en todos sus extremos y ha de estar acreditada, más allá de una duda razonable, cada uno de los elementos del delito, tanto es su faz externa como interna.

En un Estado constitucional se exige que el imputado deba ser absuelto si su culpabilidad no ha sido plenamente demostrada a través de los medios de prueba que han sido incorporados válidamente al juicio. El juez no puede ni debe dar por probada una afirmación (hipótesis acusatoria) ni derivar efectos jurídicos de ella si hay ausencia de pruebas, si las que hay son insuficientes[2470] o si se está ante una duda razonable.

18. La presunción de inocencia al tener un papel activo y rector en los diversos actos del proceso penal no puede dejar de estar presente en la fase decisoria del proceso cuando se expide la resolución que pone fin a la controversia (hipótesis acusatoria) planteada por el Ministerio Público.

Se trata de un criterio político transformado en precepto jurídico propio de un Estado de derecho[2471], por el cual queda justificada la absolución cuando de manera objetiva luego de la evaluación de la prueba no se puede llegar a determinar más allá de la duda razonable la responsabilidad penal del autor o partícipe. Un Estado autoritario puede elegir, si así lo quiere, una regla distinta que declare que aún con la existencia de una duda se puede condenar (*non liquet, absolutio ab instantia, poena extraordinaria*). En cambio, un Estado de derecho, respetuoso de la dignidad de la persona humana, declarará la vigencia incondicional del principio. Por tanto, su configuración no tiene solo respaldo jurídico, sino que tras su difusión y acogida bulle una decisión política.

La presunción de inocencia encierra de manera indiscutible un enorme valor **político** que impone la exigencia de evitar todo prejuicio, sea gnoseológico o social, en contra del imputado[2472]. El valor político de dicho principio concurre cuando se presenta como una garantía de la libertad personal y de protección de la persona humana que deriva de su propia dignidad y del valor central que tiene en el ordena-

---

constitucional de inocência e sua dúplice dimensão: processual e extraprocessual, en *Revista eletrônica de Direito penal e política criminal - UFRGS*, vol. 1, N.º 1, 2013, p. 57.

2469 Cfr. Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 193.

2470 Cfr. Illuminati, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 5.

2471 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 505.

2472 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, cit., 2007, p. 180.

miento jurídico[2473]. Se trata de un principio de indiscutible raíz **democrática** y **liberal** que supone tanto una determinada visión del proceso como del ser humano[2474]. Constituye un principio democrático porque solo una visión abierta y no autoritaria del proceso penal puede permitir comprender la necesidad de diálogo constante entre los participantes y en el que al sujeto pasivo del mismo no se le debe tratar como culpable ni debe haber una visión sesgada, unilateral y preconcebida de los hechos o de la persona. De igual manera, constituye un principio liberal debido a que la presunción de inocencia cautela la libertad de la persona humana y el respeto de otros derechos fundamentales, *v. gr.*, el honor y la buena reputación. No busca proteger a la sociedad, ni es un principio auxiliar del ejercicio del *ius puniendi*, sino tutela la libertad personal y otros derechos humanos.

En el contenido del estándar probatorio como derivado de la presunción de inocencia influyen de manera directa criterios **éticos-políticos** y valoraciones relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales, el respeto a la dignidad de la persona humana como el desarrollo jurisprudencial de los tribunales de Derechos Humanos asignan un sentido material al estándar de prueba. El estándar probatorio en materia penal busca proteger a la persona humana de condenas injustas y de la afectación arbitraria a sus derechos fundamentales efectuada por las diversas agencias estatales que componen el sistema de justicia.

Desde el punto de vista político, la presunción de inocencia establece el sentido y los límites de las relaciones entre la persona y el poder[2475], especialmente del poder penal, recordando la importancia que tiene en un orden objetivo de valores la dignidad de la persona humana[2476].

La aplicación del principio del *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia no supone afirmar que el hecho no se realizó, sino que "no debe —en derecho— pagar

2473 Cfr. Tranchina, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 181.

2474 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 204. También: Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 195; Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 491, quien recuerda la definición de la presunción de inocencia efectuada por la Corte Suprema argentina: "El encausado tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, fundada también en la Constitución porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones".

2475 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 120.

2476 El TC peruano ha señalado en el **Exp. N.º 05312-2011-PA/TC**, Caso: Juan Antonio Jara Gallardo y otros: "El Tribunal recuerda que la dignidad humana es un principio constitucional sobre el cual reposa todo el ordenamiento jurídico constitucional. Este, en su formulación básica, garantiza que los seres humanos seamos tratados como fines y no como medios. Es decir, garantiza al ser humano frente a toda acción u omisión orientada a cosificarlo o instrumentalizarlo. La acción que se cuestiona en el presente caso es ajena a este ámbito protegido del principio de dignidad humana".

por él, tanto si en la realidad llevó a cabo el hecho como —obviamente— si no lo hizo. La presunción de inocencia solo es una regla interpretativa de los hechos, que dirime en caso de empate entre las alternativas interpretativas de diferente grado de gravedad para el imputado"[2477].

19. La Corte Suprema de Justicia en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433 del 11 de octubre del 2017 ha señalado lo siguiente:

La definición de lo que se denomina "estándar de prueba" guarda relación con la garantía de presunción de inocencia (artículo 2, numeral 24, literal e, de la Constitución), concretamente con su regla de juicio (manifestación procesal de la referida garantía constitucional en el momento de la valoración de la prueba), concerniente al *in dubio pro reo y* que requiere para la condena una convicción judicial más allá de toda duda razonable luego de una cuidadosa e imparcial consideración de las pruebas del caso que permita la confirmación de la hipótesis acusatoria y su no-refutación —este principio, como acota Claus Roxin, no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica solo después de la finalización de la valoración de la prueba [*Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 111]—, lo que, por lo demás, está complementado con el principio de la sana crítica racional en la valoración de la prueba. Por tanto, "a *la hora de fijar los hechos en la sentencia, la eficacia de los resultados de las pruebas practicadas se somete al indicado principio"* [Teresa Armenta Deu: Lecciones de Derecho Procesal Penal, 3ra. Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 247].

B. Las garantías mínimas del debido proceso

20. Un sector relevante de la doctrina jurídica considera que el estándar probatorio más allá de una duda razonable es un principio constitucional implícito en la medida que expresa los principios fundamentales del justo procedimiento y la justa prueba que no es otra cosa que la manifestación del **debido proceso o justo proceso**[2478].

El principio del debido proceso puede ser especificado a través de dos subprincipios relacionados con la búsqueda de la decisión justa. El primer principio que puede denominarse "principio del procedimiento justo", el cual tiene un carácter práctico y requiere la implementación de todas las formas rituales necesarias para lograr una

2477 García Amado, Juan Antonio, *Interpretar, argumentar y decidir*, en *Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima, 2005, p. 34.

2478 Por todos, Carlizzi, Gaetano, *I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale. Repliche a G. Tuzet, Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*, en *Diritto & Questioni Pubbliche*; XIX, n. 2, dicembre, 2019, p. 297.

decisión justa, *v. gr.*, independencia e imparcialidad judicial, vinculación del juez a la Constitución y a la ley, el derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa, al derecho a la prueba, al contradictorio y a influir en la decisión justa. El segundo principio, se denomina "el principio del justo razonamiento" que posee un carácter epistemológico y que exige la implementación de todas las reglas y formas epistémicas necesarias para lograr una decisión justa. Las reglas epistemológicas no se encuentran contenidas expresamente en la Constitución por lo que deben extraerse luego de una interpretación sistemática-teleológica de la ley fundamental y los tratados de derechos humanos, la cual se relaciona con la necesidad de dotar del mayor grado de racionalidad empírica y crítica a las decisiones judiciales. El principio del justo razonamiento probatorio pretende la actuación de toda forma necesaria para una justa aplicación normativa (principio de la justa aplicación) y por la actuación y evaluación de una justa prueba factual (principio de justa prueba)[2479].

21. El derecho fundamental al debido proceso está concebido como el cumplimiento de garantías mínimas que deben ser observadas en todos los procedimientos para poder llegar a soluciones formal y materialmente válidas y justas[2480]. Como ha señalado el TC peruano: "El derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, forma parte del 'modelo constitucional del proceso', cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera sea la materia que en su seno se pueda dirimir"[2481].

2479 Por todos, Carlizzi, *I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale*, cit., pp. 286 y 297.

2480 Exp. N.º 00914-2011-PA/TC, Caso: Carol Begoña García Langer y otros; Exp. N.º 00311-2010-PA/TC, Caso: Miguel Ángel López Medina.

2481 Exp. N.º 010-2002-AI/TC, Caso: Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos; Exp. N.º 00311-2010-PA/TC, Caso: Miguel Ángel López Medina; Exp. N.º 0185-2003-HC/TC, Caso: Alex Ríos Barreto; Exp. N.º 0258-2003-HC/TC, Caso: Percy Jeremías Rodríguez Carbajal; Exp. N.º 01407-2007-PA/TC, Caso: Intendencia de Aduana de Tacna; Exp. N.º 02790-2012-HC/TC, Caso: Wilfredo Malca Vera; Exp. N.º 0247-2003-HC/TC, Caso: Segundo Teodomiro Vásquez Bustamante; Exp. N.º 0538-2003-HC/TC, Caso: Víctor Alfredo Polay Campos; Exp. N.º 2521-2005-PHC/TC, Caso: César Darío Gonzales Arribasplata; Exp. N.º 2625-2002-HC/TC, Caso: Leocadio Huaycho Chahuayo; Exp. N.º 0215-2003-HC/TC, Caso: Audias Josué Pérez Aguirre; Exp. N.º 2587-2002-HC/TC, Caso: Teobaldo Rumiche Fiestas; Exp. N.º 2494-2002-HC/TC, Caso: Alfonso Joel Asencios Borja; Exp. N.º 2513-2002-HC/TC, Caso: Amador Oré Durand; Exp. N.º 2192-2002-HC/TC, Caso: Brígida Marcela Noreña Tolentino; Exp. N.º 2169-2002-HC/TC, Caso: Paul Sardón Rubi de Celis; Exp. N.º 266-2002-AA/TC, Caso: Carmen Tafur Marín de Lazo y otros; Exp. N.º 390-2003-HC/TC, Caso: Marcos Sandoval Romaina.

Las garantías mínimas son aquellas condiciones y elementos cuya ausencia priva al proceso de justo y debido[2482]. Nuestra Constitución ha previsto en su artículo 139 un amplio catálogo de principios que rigen la función jurisdiccional que constituyen los *derechos fundamentales del proceso*, que no son más que un conjunto de garantías mínimas que el propio constituyente ha creído conveniente incorporar dentro de nuestra *norma normarum* para poder otorgarle validez constitucional[2483]. Su cumplimiento permite ajustar y compatibilizar el proceso a un estándar constitucional y convencional mínimo; debajo de dicho umbral el proceso deviene en injusto, inequitativo e, incluso, inconstitucional. Si bien nuestra Constitución (art. 2.24 y 139) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8) establecen garantías mínimas de todo proceso que quiera llamarse justo, su regulación no agota ni da por cerrada la posibilidad de que pueden incorporarse otra clase de garantías como contenido del debido proceso[2484].

C. La protección de la persona humana y la prohibición de condena al inocente

22. El artículo 1 de la Constitución Política del Perú establece: "*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*".

La consagración a nivel de la Constitución (artículo 1) de la defensa de la persona humana y del respeto de su dignidad tiene como primera y radical consecuencia en el proceso penal el hecho de que se prohíba la condena y el castigo de las personas que son inocentes de la comisión de un delito[2485]. Ninguna persona inocente a quien se le imputa un delito (grave o no) debe ser condenada por un sistema de justicia respetuoso de la Constitución, de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona humana.

El artículo 1 de nuestra ley fundamental referida a la dignidad de la persona humana es el supremo derecho dentro del catálogo de derechos fundamentales y

2482 Véase, las STC en los Exp. N.º 01901-2010-PA/TC, Caso: Florentino Cusitito Ninantay; Exp. N.º 2704-2004-AA/TC, Caso: Ministerio de Agricultura; Exp. N.º 2933-2002-HC/TC, Caso: Tomás Alberto Candia Machacuay; Exp. N.º 591-2003-HC/TC, Caso: Augusto Camacho Alarcón; Exp. N.º 03593-2009-PHC/TC, Caso: César Enrique Cabrera Yovera.

2483 Exp. N.º 02600-2009-PHC/TC, Caso: Jorge Javier Morán Terrones; Exp. N.º 01887-2010-PHC/TC, Caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela.

2484 La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-11/90 del 20 de agosto de 1990 ha señalado: "El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal".

2485 Cfr. Maihofer, Werner; *Estado de derecho y dignidad humana*, Buenos Aires, B de F, 2008, p. 149.

constituye el principio máximo que rige la acción del Estado[2486] y las normas del sistema jurídico[2487], pues representa el principio constitucional de mayor jerarquía axiológica-valorativa[2488]. La protección de la persona humana y de su dignidad se transforma en un principio jurídico que constituye el vértice del sistema constitucional y del ordenamiento jurídico[2489].

El respeto a la dignidad de la persona no representa simplemente una norma ética o moral o es una recomendación protocolar que realiza la Constitución a los poderes públicos y a las personas. Como señala Benda: "Ni siquiera se puede interpretar como un mero enunciado programático de principios éticamente deseables"[2490]. Por el contrario, estamos ante una norma jurídica de jerarquía constitucional en el plano formal y material y que, por tanto, es portadora de plena eficacia[2491] por lo que el Estado se encuentra en la obligación constitucional de respetar la dignidad de la persona humana y a defenderla dentro de sus posibilidades[2492].

2486 Cfr. Benda, Ernesto, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, 4/3, p. 118, quien alude el respeto a la dignidad de la persona humana constituye "el supremo principio constitutivo de la Ley fundamental".

2487 Cfr. Maihofer, *Estado de derecho y dignidad humana*, cit., p. 105; Starck, Christian, *Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, Madrid, 2005, p. 492; Sarlet, *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, cit., p. 77, quien alude a un principio normativo fundamental.

2488 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Principios y "nuevos constitucionalismos" el problema de los nuevos principios*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 14, Madrid, 2010, p. 363, quien recuerda que: "La teoría y dogmática de los principios conlleva una imbricación de dos problemáticas: la de la interpretación de la constitución como proceso concretador y la de la delimitación teorético-dogmática de los principios constitucionales"; Sarlet, *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, cit., p. 83.

2489 Cfr. Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, cit., p. 52.

2490 Benda, *Manual de derecho constitucional*, cit., 4/6, p. 120.

2491 Cfr. Sarlet, *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, cit., p. 82; Gomes Canotilho, José Joaquim, *Derecho, derechos; tribunal, tribunales*, en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N.os 60-61, abril-septiembre, Madrid, 1988, p. 821: "Primacía o supremacía de la Constitución, eficacia vinculante para todos los poderes públicos, aplicabilidad directa, como ley, son los presupuestos esenciales de cualquier Estado constitucional democrático de derecho y, al mismo tiempo, condiciones indispensables para la configuración de una justicia constitucional concretizadora del derecho constitucional"; Freire Soares, Ricardo Mauricio, *Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana*, en *Fórum Administrativo: Direito Público*, v. 8, n. 93, nov., Belo Horizonte, 2008, p. 5: "Como princípio constitucional de evidente densidade axiológica e teleológica, deve-se reconhecer a força normativa da dignidade da pessoa humana, dotada de plena eficácia jurídica nas relações públicas e privadas, seja na perspectiva abstrata do direito objetivo, seja na dimensão concreta de exercício de direitos subjetivos pelos cidadãos".

2492 Cfr. Benda, *Manual de derecho constitucional*, cit., 4/6, p. 120.

Tal es la importancia del respeto a la dignidad de la persona que la Constitución peruana, como muchas otras constituciones de nuestra órbita cultural, puede ser reconocida como una **Constitución de la persona humana**[2493] que es portadora de una indiscutible legitimidad moral y material[2494], ya que sin respeto a la persona humana y a su dignidad no es posible sostener que pueda hablarse de un Estado constitucional. Con razón, el artículo 16 de la Declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) prescribía: "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución".

23. La defensa de la persona humana que se encomienda como mandato a todos los poderes públicos, también tiene como posible fuente de violencia al sistema de justicia que pese a tener como obligación la protección de la persona puede también agredirla a través de condenas erróneas.

La dignidad de la persona humana actúa como un límite a las competencias de los poderes públicos en cuanto al tratamiento e incidencia en los derechos fundamentales[2495]. El mandato de respeto a la dignidad de la persona humana supone el establecimiento de una barrera absoluta a toda acción del Estado[2496], entre los que se encuentra el Poder Judicial. Constituye el principio más importante que limita y controla el ejercicio del poder político y cualquier otra forma de poder.

Toda sentencia condenatoria errónea, sea en la aplicación del derecho o en la evaluación de los hechos y pruebas, supone un claro y manifiesto atentado contra la dignidad de la persona humana.

2493 Cfr. Sarlet, *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, cit., p. 96.

2494 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, *¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, N.º 43, enero-abril, Madrid, 1995, p. 22: "El *dictum* constitucional es una dimensión básica de legitimidad moral y material y, por eso, un elemento de garantía contra la deslegitimación ética y la desestructuración moral de un texto básico a través de desregulaciones, flexibilidades, desentorpecimientos y liberalizaciones".

2495 Cfr. Sarlet, *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, cit., p. 56; Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1992, p. 20; Castillo Córdova, Luis, *El valor jurídico de la persona humana*, en *Revista galega de cooperación científica iberoamericana*, N.º 11, 2005, pp. 39-40; Landa Arroyo, *Dignidad de la persona humana*, cit., p. 17: "no cabe admitir que el gobierno pueda ejercer su poder sin límite alguno, o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar sus objetivos sin sujeción al derecho o a la moral, porque ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana".

2496 Cfr. Benda, *Manual de derecho constitucional*, cit., 4/6, p. 120.

Por ello, como una lógica consecuencia del respeto y protección de la dignidad de la persona humana se debe reclamar al legislador y al sistema de justicia, en especial, al Poder Judicial, medidas efectivas y acciones materiales tendientes a disminuir, y de ser posible eliminar, los posibles errores judiciales, en especial, los que se revelan como sentencias condenatorias injustas o erradas. Un sistema de justicia efectivo que protege la dignidad humana debe procurar evitar los errores judiciales y, en particular, los errores que supone la injusta privación de la libertad, las condenas injustas o cualquier otra afectación que implique la violación de los derechos fundamentales.

La ausencia de una ley y la falta de medidas efectivas del sistema de justicia que no proteja a la persona de condenas erróneas constituye en buena cuenta un grave atentado a la dignidad de la persona humana.

24. Una de las manifestaciones más importantes de protección de la persona y de respeto a la dignidad de la persona en el campo del proceso penal es reclamar que a la hora de afectar de manera grave e intensa a un derecho fundamental (*v. gr.*, la libertad personal) se debe requerir un estándar de prueba alto y que, además, se debe justificar de manera adecuada la privación o restricción de dicho derecho fundamental.

No se protege de manera conveniente a la persona humana de las condenas erróneas si es que se fija un estándar de prueba bajo o de escasa exigencia. Solo se tutela adecuadamente la libertad personal y la dignidad de la persona humana si se exige que para condenar a una persona se requiere contar con un estándar alto y riguroso de prueba. Se trata de una decisión política del legislador en el que ingresan a tallar una serie de valores y criterios que reflejan bien una elección favor de la protección efectiva de los derechos fundamentales (*v. gr.*, la libertad personal) o la inclinación a favor de criterios de seguridad o de defensa de la sociedad. Si es que el legislador opta por un estándar de prueba alto elige implementar un mecanismo riguroso de protección de un derecho fundamental que es manifestación de la dignidad de la persona. En cambio, si elige en su lugar razones de prevención general, de seguridad y defensa social se puede justificar el relajamiento del estándar de prueba al momento de condenar.

De igual manera, cuando se producen actos o medidas sumamente graves que afectan los derechos fundamentales de las personas, tal como ocurre con la medida cautelar de la prisión provisional, es necesario establecer un estándar de prueba razonablemente alto a fin de evitar las injerencias injustificadas a tan importante derecho. No basta cualquier evidencia o caudal de prueba para enviar sin más a una persona a la cárcel, privándole de su libertad. Es necesario contar con el sufi-

ciente soporte fáctico y probatorio que justifique en un Estado constitucional una decisión tan grave[2497].

Con ello, se pretende destacar que no basta con cualquier sospecha, con cualquier evidencia o con cualquier grado de prueba para afectar de manera drástica y grave un derecho fundamental tan importante y esencial como la libertad personal[2498]. La necesidad de proteger y preservar la libertad de injerencias tan duras y serias conlleva a exigir un elevado nivel de prueba.

La situación fáctica de incertidumbre acerca de la culpabilidad de la persona imputada de la comisión de un delito no puede ser resuelta endosándole a ella el peso de la responsabilidad. Dicha deficiencia, por el contrario, debe ser cargada al titular de la acción penal quien por mandato constitucional debe acreditar el hecho delictivo que se le atribuye a una persona en todos y cada uno de los elementos que lo componen.

D. La distribución de los riesgos en el proceso penal. Quien afirma algo lo tiene que probar

25. En cualquier sistema legal, incluso en los más avanzados, es posible que se cometan injusticias en la determinación de los hechos. Por ejemplo, es posible que en la dilucidación de un caso la estrategia de su presentación sea absolutamente torpe, las pruebas de descargo (peritos, testigos, etc.) no se presenten oportunamente, los testigos ofrecidos pueden cometer falso testimonio o la decisión judicial puede ser objeto de un acto de corrupción[2499]. No es raro en nuestras sociedades y en nuestros sistemas de justicia que quien merece ganar un caso lo termine perdiendo.

Las posibilidades de error en la determinación de los hechos probados en la decisión de un litigio (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) por parte de la administración de justicia es muy alta y no puede desdeñarse como si fuera algo

2497 Ampliamente, Castillo Alva, José Luis, *El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional*, en *Ius Puniendi*, Año I, N.º 3, julio-agosto, Lima, 2017, pp. 93 y ss.

2498 Cfr. Reyes Molina, *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*, cit., p. 245, quien recuerda que la presunción de inocencia protege: "a los ciudadanos de una condena irracional y arbitraria por parte del juzgador, pues solo a la luz de los elementos de una valoración racional de la prueba rendida en juicio será posible determinar cuándo se ha sobrepasado el estándar de prueba, legitimando de esta forma, el uso del poder punitivo estatal traducida en la sentencia que declara culpable al acusado y la consiguiente aplicación de la pena correspondiente. Luego, la decisión del juzgador sobre la condena debe ser motivada, en el sentido de que se permita recrear los razonamientos seguidos por este para determinar si se ha sobrepasado el estándar de prueba y por ende si se ha derrotado la presunción de inocencia, impidiendo de esta forma condenar por la sola voluntad del Tribunal".

2499 Cfr. Cohen, *El concepto de probabilidad en pruebas judiciales*, cit., p. 294.

utópico y poco frecuente. Al contrario, el riesgo a error debe tomarse en cuenta con seriedad y responsabilidad.

El ordenamiento jurídico frente al riesgo de error en la decisión sobre los hechos probados establece determinadas pautas generales o sectoriales que tratan de compensar o neutralizar la posible generación de consecuencias graves e intolerables para las personas y el sistema de justicia.

La distribución de los riesgos de error en materia penal no es el mismo ni tiene el mismo sentido que en el ámbito del derecho privado.

26. La presunción de inocencia permite que el imputado tenga una posición de ventaja a nivel del proceso penal[2500], fundamentalmente en su etapa final al distribuir y descargar sobre el Estado y los organismos de persecución el hecho de no haber acreditado más allá de toda duda razonable la culpabilidad del imputado. La incertidumbre de la imputación, ya sea del hecho o de la relación de autoría o de participación, no tiene por qué ser asumido por el sospechoso. Si el Ministerio Público no ha efectuado su trabajo, no ha actuado diligentemente, o no ha encontrado las pruebas que demuestren que una persona es culpable; dicha inactividad, la escasa diligencia no puede ser descargada sobre el imputado. La insuficiencia de pruebas o la no determinación de cada uno de los elementos del delito no puede ser considerado como competencia y responsabilidad del imputado.

La distribución del riesgo a nivel del proceso penal deriva de la regla constitucional y legal de la titularidad de la carga de la prueba en el sentido de que quien fracasa en la prueba o sencillamente no logra acreditar el hecho punible —o la participación del imputado— debe cargar con las consecuencias. Tanto la duda, la insuficiencia de la prueba y la falta total de pruebas debe ser cargado a la acusación.

La presunción de inocencia impide que se utilice el hecho incierto en perjuicio del imputado; de tal manera que se excluye que sea este quien deba probar su propia inocencia[2501]. Una máxima de esta índole es compatible con el principio acusatorio por el cual la iniciativa de la parte resulta determinante en la recolección y adquisición del material probatorio.

27. La presunción de inocencia como regla probatoria atribuye a la acusación la carga de la prueba de la responsabilidad penal del imputado y exige una sentencia absolutoria en caso de que haya una duda razonable acerca de su culpabilidad[2502].

2500 Cfr. Illuminati, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 5.

2501 Cfr. Illuminati, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 5.

2502 Cfr. Fe Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 31; Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell' imputato*, cit., p. 10.

Para que haya una sentencia condenatoria debe haber una actividad probatoria relevante y suficiente que la sustente[2503]. De manera sintética se sostiene que a quien imputa le corresponde probar cada una de sus afirmaciones y no le corresponde al imputado demostrar su propia inocencia[2504].

Quien afirma un hecho —*v. gr.*, que una persona ha cometido un delito— debe necesariamente probar y hacerse cargo de dicha afirmación. En nuestro ordenamiento jurídico, es el Ministerio Público quien afirma e imputa determinados hechos en el proceso penal a una persona atribuyéndole la comisión como autor o partícipe de un delito por lo que le corresponde probar cada una de sus afirmaciones y las proposiciones fácticas que sostiene[2505]. Solo aquellos hechos que han quedado debida y oportunamente acreditados en el juicio oral, a través del debate contradictorio y con las garantías de inmediación y publicidad, pueden ser tomados en cuenta en la sentencia[2506]; quien sostiene algo no puede luego desatenderse de su afirmación y pretender que se le conceda la razón. En un auditorio de seres racionales si una persona sostiene y afirma algo, lo mínimo que puede esperarse es que acredite la verdad o verosimilitud de sus afirmaciones, a través de pruebas y argumentos.

28. El principio fundamental que guía el proceso y la actividad probatoria en muchos ordenamientos procesales se basa en el brocardo del *onus probandi incumbit ei qui dicit* (*la carga de la prueba incumbe a quien afirma*). Dicho principio parte de la máxima más amplia y general que señala que quien hace una afirmación debe estar listo y dispuesto a demostrar la verdad de lo que ha afirmado. Ello supone también cumplir con la exigencia racional que no se debe afirmar aquello de lo que no hay una constancia adecuada o que no se debe sostener afirmaciones que luego no van a poder ser acreditadas. Por ello, actúa de manera incorrecta quien hace una afirmación con la pretensión de que sea tomada como verdadera, pero no busca acreditar dicha afirmación; quien afirma algo no puede emplazar luego a quien disiente de ella o tiene un parecer contrario para que pruebe la falsedad. En una argumentación racional y responsable no es tolerable que quien afirma algo obligue a quien no piensa como él a probar la falsedad de su afirmación.

Una afirmación no escoltada por evidencia suficiente que la respalde no puede generar consecuencias perjudiciales sobre otro sujeto, situación que ocurriría si se acepta, por ejemplo, los cargos del Ministerio Público sin que se acredite la verdad de la proposición que se sostiene. El demandado o el imputado no pueden ni deben

2503 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 118; Reyes Molina, *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*, cit., p. 245.

2504 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 436.

2505 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 236.

2506 Cfr. Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 234.

ver perjudicado sus intereses por afirmaciones no probadas o por hipótesis no confirmadas, pues como sostiene Taruffo: "atribuir, en el proceso, la victoria a quien ha alegado un hecho sin demostrarlo parece un privilegio carente de justificación"[2507].

La carga de la prueba le corresponde a quien afirma o plantea un tema dentro del proceso y en el caso del proceso penal la carga de la prueba le corresponde a quien afirma la culpabilidad de una persona. Si bien puede que la inocencia surja a partir de la prueba actuada en el proceso es posible que ella se derive, según el modelo constitucional del proceso penal, de la sencilla razón de que no se ha demostrado de manera suficiente la hipótesis acusatoria que sostiene la culpabilidad del sujeto[2508].

Los principios y reglas sobre la carga de la prueba cumplen una indiscutible función epistémica en la medida que reclama que todo aquel que haya alegado un hecho debe demostrar con pruebas que ese hecho ocurrió de manera real. Dichas reglas sirven claramente a la determinación de los enunciados fácticos y como premisas que favorecen la determinación de la verdad. Como apunta Taruffo: "Se debe presionar a la parte que ha alegado un hecho para que suministre su prueba, amenazándola —por así decirlo— con la derrota en el caso que el hecho no resulte probado. Tan solo en esta situación la regla prevé que se adopte, en todo caso, una decisión, a falta de una determinación verdadera sobre los hechos"[2509].

Quien afirma o sostiene algo, pero no lo puede probar se expone al riesgo directo de ser vencido en juicio y que la alegación que funda su pretensión sea desechada. Ese riesgo no solo es fáctico, sino que se trata de un riesgo que tiene un fundamento normativo, tanto legal como constitucional.

Si bien es correcto entender que la decisión judicial en materia penal es aquella que declara la verdad o falsedad del enunciado propio del discurso referencial que contiene la imputación, debe precisarse que su no comprobación se debe entender no tanto como una real y efectiva situación de inocencia respecto a los hechos imputados, sino como que no se ha podido acreditar la imputación como verdadera[2510]. De allí, que, por ejemplo, los jurados americanos al absolver a una persona de los cargos formulados por la fiscalía la consideren como "no culpable" y no tanto como inocente.

2507 Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 256.
2508 Véase, Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 318.
2509 Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 256.
2510 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 338.

VI. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL PRINCIPIO DE LA CONFIRMACIÓN DE LA HIPÓTESIS ACUSATORIA MÁS ALLÁ DE UNA DUDA RAZONABLE

29. Luego de agotada la etapa de investigación, del proceso, del juicio y desplegada toda la prueba aportada por las partes —y de ser el caso la que se ordena de oficio— se debe tomar una decisión sobre los hechos postulados por la fiscalía. El proceso penal no puede quedar en suspenso, abierto y en una incertidumbre permanente para las partes. Por ello, se exige un pronunciamiento por razones de seguridad jurídica y de justicia en un plazo razonable[2511].

El ordenamiento jurídico no consiente que el juez en un caso se pronuncie con un *non liquet* (no está claro) y no tolera que subsista de manera permanente una situación de duda alrededor de un hecho. Por mandato constitucional y legal el juez debe concluir de manera obligatoria el proceso acogiendo o no la pretensión de una de las partes, aun cuando haya hasta el final una situación de incertidumbre[2512]. En la tramitación del proceso penal hay una serie de reglas jurídicas que regulan de modo preclusivo cada una de sus etapas, lo cual permite arribar a una decisión final. Una de las reglas sobre la decisión de los hechos probados en caso de incertidumbre lo representa el *in dubio pro reo*.

30. La doctrina admite de manera amplia que el *in dubio pro reo* es un derecho fundamental[2513] que se relaciona de manera directa con la presunción de inocencia y con la vigencia del principio de legalidad. Pese a que no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales —y solo tiene asiento en la legalidad ordinaria— hay consenso en considerar que se trata de un derecho humano y una garantía mínima del debido proceso en materia penal que es consecuencia directa de la vigencia de un Estado constitucional[2514] y del valor de la dignidad de la persona humana. Así pues, se consagra un principio que plantea

2511 Cfr. Jescheck, Hans y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, Lima, Instituto Pacífico, 2014, T. I, p. 212.

2512 Cfr. Patti, *Le prove. Parte generale*, cit., p. 113.

2513 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., pp. 162 y ss.; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 214; Caamaño, *La garantía constitucional de la inocencia*, cit., p. 223; Vega Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 212; Torío López, Ángel, *Cursos causales no verificables en derecho penal*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, T. 36, Fasc. 2, Madrid, 1983, p. 237.

2514 Por todos, Bacigalupo, Enrique, *La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación. Reflexiones sobre un decenio de aplicación del artículo 24.2 de la Constitución española*, en *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1994, p. 70.

la **interdicción de la condena dubitativa**[2515] o, mejor dicho, se prohíbe basar una condena si es que concurren razones que generan una situación de duda sobre la responsabilidad del imputado.

Con razón, se considera que el principio del *in dubio pro reo* constituye una norma de carácter sustantivo y no meramente procesal[2516]. La naturaleza procesal o sustantiva de una norma no puede depender del lugar que ocupa en una ley o en una codificación y menos constituye una decisión libre del legislador.

Se considera que la decisión de condena más allá de una duda razonable (*in dubio pro reo*) constituye una de las manifestaciones más importantes de la presunción de inocencia[2517] al ser uno de los elementos de cierre que permite la real vigencia de dicha garantía en la etapa final del proceso[2518] (la etapa decisoria). Pese a ello, no se puede dejar de reconocer que hay un sector minoritario de la doctrina que discute y pone en tela de juicio que el *in dubio pro reo* forme parte de la garantía de la presunción de inocencia[2519].

2515 Cfr. Tomás y Valiente, *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 25; Caamaño, *La garantía constitucional de la inocencia*, cit., p. 222.

2516 Cfr. Bacigalupo, *La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación*, cit., p. 70. Consideran que el *in dubio pro reo* y la determinación alternativa de los hechos pertenecen a un primer plano al derecho procesal: Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 213, aunque reconocen que la problemática tiene también un aspecto material.

2517 Cfr. Igartua Salaverria, *Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, "in dubio pro reo"*, cit., p. 460; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 79; Bacigalupo, Enrique, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*, en *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1994, pp. 13, 34; Vega Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 212; Montañés Pardo, Miguel Angel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 99, p. 45 y ss.; Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 606 y ss.; Rusconi, Maximiliano, *Principio de inocencia e "in dubio pro reo*, en *Jueces para la democracia*, N.º 33, 1998, pp. 54; Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 215. En la doctrina nacional: San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima, Inpecc, 2015, p. 116.
Sin embargo, la doctrina distingue el alcance de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, véase: Ovejero Puente, Ana María, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 122 y ss.; Vásquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, cit., pp. 291 y ss.; Vega Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 207 y ss.; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., pp. 176 y ss.; Huertas Martín, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 42.

2518 Cfr. Vásquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, cit., p. 291; Vega Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 208.

2519 Cfr. Montero Aroca, *Principios de derecho procesal penal*, cit., p. 155.

31. En un Estado constitucional una pena o medida de seguridad solo puede ser impuesta si la conducta y el resultado que funda la responsabilidad se encuentra debidamente acreditada más allá de una duda razonable. Toda condena a una pena determinada requiere la existencia de certidumbre sobre la concurrencia de todos los presupuestos materiales necesarios para la aplicación de la ley penal y que se exigen como condición para arribar a un pronunciamiento sobre la culpabilidad[2520]. La aplicación de una consecuencia jurídico-penal no solo requiere cumplir con los elementos objetivos y subjetivos del delito descritos en la ley penal, sino que también reclama que cada uno de dichos elementos se encuentren debidamente probados. La certeza en la aplicación del derecho material debe ir acompañada de la certeza en la acreditación del hecho punible concreto.

La presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* desempeñan un papel complementario a la **función de garantía de la ley penal**[2521]. Así, mientras el principio de legalidad protege a la persona de ser castigada por hechos que no se encuentran previstos ni cubiertos por la ley, la presunción de inocencia supone que no puede haber sentencia condenatoria sin que haya prueba legalmente establecida del hecho y de la culpabilidad de la persona, y el *in dubio pro reo* exige que la actividad probatoria de cargo que pesa en contra una persona ha de ser de tal nivel y entidad que debe ir más allá de una duda razonable.

La relación del *in dubio pro reo* y el respeto al principio de legalidad supone la obligación de no subsumir dentro de los alcances de la ley penal la concurrencia de algunos hechos considerados como dudosos e inciertos. El principio de legalidad penal solo permite que se castigue a quien de manera segura ha matado, ha violado, ha robado, pero no legitima la punibilidad de quien "tal vez" ha matado, robado o violado[2522]. La sospecha razonable, o la sospecha por más intensa que sea, no es suficiente para convalidar la aplicación de una pena[2523]. Por tanto, el juez penal tiene prohibido afirmar la existencia del delito presumiéndolo o basado solo en dudas[2524]. Así pues, se viola el derecho y la ley penal si un juez da por probado los hechos y dicta una condena pasando por alto la aplicación (obligatoria) del *in dubio pro*

2520 Cfr. Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 212.

2521 Cfr. Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 214, con relación al principio de legalidad y el principio del *in dubio pro reo.*

2522 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 214.

2523 Por todos, Frister, Helmut, *Derecho penal. PG*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, 3/33, p. 87.

2524 Cfr. Vogel, Joachim, *Los límites constitucionales a las presunciones del derecho penal económico alemán*, en *Estudios de derecho penal económico*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 56.

reo[2525], puesto que la situación de duda no autoriza la aplicación de la ley penal en un caso concreto[2526], sin que se pervierta el sentido mismo de justicia a la que responde[2527]. Por ejemplo, se viola el principio de legalidad y el *in dubio pro reo* cuando se condena a una persona pese a que los testigos reconocen que no están seguros acerca de la presencia del imputado en la escena del crimen o cuando pese a la declaración incriminatoria de un coimputado no hay prueba alguna que corrobore dicha versión.

La ley penal en cualquiera de los tipos de la parte especial y la parte general solo se debe aplicar a quien se le ha comprobado con seguridad que ha realizado los elementos objetivos y subjetivos del injusto penal, pero no a quien solo es sospechoso de haber realizado el delito o sobre quien subsisten dudas razonables de que ha cometido el hecho. Si se condena a la persona por la realización de un injusto penal habiendo dudas relevantes y concurriendo una situación de incertidumbre se habrá violado la ley penal sustantiva, *v. gr.*, una condena por homicidio en la que se infringe el *in dubio pro reo* supone al mismo tiempo una violación del precepto penal que regula el homicidio[2528]. Por ello, en caso de dudas relevantes sobre los hechos siempre se debe decidir por lo más favorable al imputado. Desde el punto de vista constitucional, la existencia de dudas sobre el hecho o la intervención de la persona (como autor o partícipe) genera la prohibición de perjudicar a la persona acusada del delito[2529].

Desde el punto de vista lógico, no puede haber aplicación correcta del derecho (Constitución, Tratado, ley, jurisprudencia, etc.) sin que previamente se hayan delimitado y determinado correctamente los hechos que las partes alegan en su amparo[2530]. 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 el juez en su decisión debe dar cuenta de los fundamentos de hechos que **sustentan** y dan sentido a la aplicación de la ley[2531].

2525 Cfr. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 311, p. 213.

2526 Cfr. Rusconi (*Principio de inocencia e "in dubio pro reo*, cit., p. 44) recuerda que el estado de duda implica siempre una decisión de no punibilidad.

2527 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 214.

2528 Cfr. Bacigalupo, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*, cit., p. 39.

2529 Cfr. Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 213.

2530 Cfr.: Senese, *La motivación de la "verdad fáctica"*, cit., p. 340.

2531 Cfr. Gianformaggio, Letizia, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, en *La prova nel processo civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, vol. II, p. 480, para quien la decisión del juez: "Tiene como condiciones previas, y por lo tanto como

Si el juez condena sin observar el principio del *in dubio pro reo* aplicará de manera incorrecta el derecho sustantivo (la ley penal) y la ley procesal, además, que violará la Constitución, específicamente, la dignidad de la persona humana y la presunción de inocencia. Se recuerda que las normas procesales acerca de la prueba y de la carga de la prueba en realidad son parte del derecho material o bien se destaca que el derecho procesal y material no pueden ser separados[2532].

Los principios de legalidad y del *in dubio pro reo* constituyen principios —como señala HASSEMER— que son irrenunciables y permanentes como símbolos de nuestra cultura, incluso en caso de necesidad o de enfrentamiento con intereses político criminales[2533]. La vinculación del principio de legalidad material y el *in dubio pro reo* es tal que a este último se le considera una regla de decisión del derecho de aplicación de la ley (FRISCH) o como un principio del derecho material que se debe observar en la aplicación de la ley (HANACK) que forma parte de aquellas normas sustantivas que se deben tomar en cuenta para la determinación del hecho y la correcta aplicación de la ley penal[2534].

32. El imputado debe ser absuelto —como señala FERRUA— cuando no resulta probado hasta la última molécula del hecho constitutivo del delito[2535].

Una de las consecuencias de la vinculación directa del *in dubio pro reo*, el principio de la presunción de inocencia y el principio de legalidad, como principios constitucionales y convencionales, es que puede discutirse su contenido y alcance en sede de casación[2536], además, debe ser posible analizar su sentido y relevancia en el ámbito constitucional. En efecto, si se considera que el sistema procesal en su

---

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".

2532 Cfr. VOGEL, *Los límites constitucionales a las presunciones del derecho penal económico alemán*, cit., pp. 47 y 48; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 225; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La causalidad: ¿una solución procesal para un problema dogmático?*, en *Anuario De Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLIX, Fasc. III, Madrid, 1996, p. 1002: "En mi opinión, un planteamiento correcto exige la adopción de un presupuesto coincidente con algunos sectores de la doctrina desde los que se propugna una posición unificadora de derecho penal sustantivo y derecho procesal penal en una perspectiva metodológica, y que incide de forma particular en la crítica de la separación entre las reglas del proceso y las reglas de la imputación y no puede limitarse al reconocimiento de instituciones con una doble naturaleza".

2533 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, en *Doxa*, N.º 8, 1990, p. 186.

2534 Cfr. BACIGALUPO, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*, cit., p. 42.

2535 Cfr. FERRUA/LAVARINI, *Diritto processuale penale*, cit., p. 32.

2536 Cfr. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 311, p. 213; BACIGALUPO, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*, cit., p. 33, quien plantea el control en la casación de la aplicación de las reglas de la lógica, la ciencia y

conjunto garantiza que no se debe condenar a inocentes es posible que se discuta en sede de casación el sentido y alcance del *in dubio pro reo*[2537].

En dicha línea, debe entenderse la posición enfática del TC peruano al considerar lo siguiente:

> Dentro de los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución destacan claramente aquellos de naturaleza procesal. En efecto, el proceso en general tiene una configuración diferente en el Estado constitucional de Derecho, pues con la finalidad de hacer del proceso un mecanismo ágil, eficaz y garantista en la defensa de los derechos de las personas, la Constitución ha consagrado el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional con garantías procesales, entre las que destacan: los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139.3), el derecho a la publicidad de los procesos (artículo 139.4), el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5), el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139.6), el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139.8), el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139.9), la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139.11), el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139.12), la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (artículo 139.13), el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139.14), el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139.15), la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y, para todos, en los casos que la ley señala (artículo 139.16), el derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley (artículo 139.20); el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103), el derecho a que toda

---

la experiencia que conforman la infraestructura racional del juicio de hecho; Rusconi, *Principio de inocencia e "in dubio pro reo*, cit., p. 48.

2537 Cfr. Bacigalupo, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*, cit., p. 36.

persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2.24.e), entre otras[2538].

Entre los derechos fundamentales que rigen en el ámbito del proceso penal se encuentra el *in dubio pro reo*.

33. La definición del *in dubio pro reo* en derecho procesal penal puede encerrar dos formulaciones: una negativa y otra positiva. Desde el punto de vista positivo enarbola el principio que, ante la duda, respecto a la prueba incriminatoria, se debe decidir a favor de la libertad del acusado[2539]. Desde el punto de vista negativo se lo define como el deber de que la sentencia condenatoria excluya dudas relevantes acerca de la inocencia del acusado; de tal manera que la aplicación de una pena solo puede estar fundada en la certeza del Tribunal que falla acerca de la existencia de un delito en el que el acusado ha actuado en calidad de autor (directo, mediato o coautor) o partícipe (complicidad o instigación)[2540]. La presunción de inocencia exige la absolución en los casos en que no se haya logrado acreditar más allá de la duda razonable la responsabilidad penal del acusado.

Al final del proceso penal dicho principio opera como una *regla de decisión* en el sentido de que la culpabilidad del imputado debe ser probada más allá de una duda razonable; de tal manera que en caso de duda esencial, significativa o relevante acerca de la culpabilidad del imputado se debe decidir el caso a favor de su libertad y la absolución de los cargos[2541]. No se trata de una regla de evaluación de la prueba, pues opera luego de que la prueba ha sido analizada e indica qué se debe hacer luego de la valoración cuando persiste la situación de incertidumbre[2542]. Estamos ante una **regla de cierre y de clausura** que determina la decisión que debe adoptarse al final del proceso acerca de los hechos probados.

2538 **Exp. N.º 0023-2005-PI/TC;** Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Walter Albán Peralta, defensor del Pueblo en funciones, contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, que establece la procedencia de la medida cautelar en los procesos de amparo en los que se cuestionen actos administrativos expedidos por los gobiernos locales y regionales.

2539 Cfr. Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 111.

2540 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 495.

2541 Cfr. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell' imputato*, cit., p. 30; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 209; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 118; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 79; Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 215.

2542 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., pp. 215 y 232; Bacigalupo, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*, cit., p. 37.

El *in dubio pro reo* no es un criterio y método de la libre valoración de la prueba. No constituye un baremo orientador de cómo debe efectuarse el análisis de la valoración del material probatorio[2543], tampoco es un procedimiento de averiguación de la verdad material, ya que lejos de facilitarla la impediría, dado que siempre inclinaría la balanza hacia una determinada conclusión: la absolución del imputado. Si fuera una regla en la valoración de la prueba tendería más bien a distorsionarla, pues obligaría siempre a decidir lo más conveniente y favorable al acusado en el proceso. El principio en cuestión solo tiene sentido cuando se ha concluido con la actividad probatoria concerniente a la materia discutida e, incluso, se ha terminado de valorarla. Como dice Roxin "[...] el principio *in dubio pro reo* no es una regla para la apreciación de la prueba, sino que solo se aplica después de la valoración de la prueba"[2544], y ella se produce generalmente durante la sentencia[2545]. Constituye una **regla de decisión** dirigida al juez[2546] con respecto a cómo se debe resolver una situación de incertidumbre y duda en orden a la responsabilidad penal del imputado luego de realizada la actividad probatoria[2547].

34. En la decisión de los hechos en materia penal hay una clara e inobjetable ordenación jerárquica de la fórmula decisoria que solo se inclina por la condena cuando existe una confirmación más allá de la duda razonable de la hipótesis acusatoria[2548]. Si la incertidumbre persiste acerca del hecho o la intervención de una persona, dicha situación a la única parte que perjudica es a la acusación, lo

2543 De modo distinto: Rusconi, *Principio de inocencia e "in dubio pro reo*, cit., p. 46, quien considera que el principio debe regir en todo el proceso de construcción de la convicción del juez; Nieva Fenoll, Jordi, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 188: "No existe un juez tan aséptico que no vaya formando sus juicios de valor ya durante el proceso (...) no existen dos momentos diferenciados en los que se tendrían en cuenta los principios *in dubio pro reo* y presunción de inocencia. Al tratarse en realidad del mismo principio, el juez lo tendrá en cuenta a lo largo de todo el proceso, sin distinciones".

2544 Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 111. También: Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 211; Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 308, p. 210.

2545 Cfr. Arocena, Gustavo, *De la acusación, del in dubio pro reo y de la garantía del debido proceso*, 1a. reimpr., Córdoba, Mediterránea, 2004, p. 187.

2546 Cfr. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 308, p. 210. No faltan autores que extienden la aplicación del *in dubio pro reo* al Ministerio Público. Véase, en este sentido: Londoño Jiménez, Hernando, *Tratado de derecho procesal penal*, Bogotá, Temis, 1989, T. I, p. 302, quien afirma que en caso de duda "(...) el fiscal no siempre tendrá que acusar, ni el juez está constreñido a condenar. Cuando los asalta la duda, el uno tendrá que prescindir de la acusación, y el otro de la condena".

2547 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 215; Climent Durán, *La prueba penal*, cit., 2005, T. I, p. 725; Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 607.

2548 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, cit., 2007, p. 187.

que debe llevar al juez a dictar una solución opuesta a la condena[2549]. En caso de incertidumbre, duda relevante o la no determinación adecuada de los hechos se debe proteger la libertad y los demás derechos del imputado que se ven amenazados con la pretensión de condena. En casos de hechos inciertos la solución será a favor de preservar la libertad sobre todo cuando hay una falta absoluta de pruebas, de insuficiencia de pruebas o de duda razonable.

La regla de la decisión más allá de una duda razonable no es una mera orientación moral o ética[2550] que solo persuade y aconseja al juzgador de poder absolver en los casos que haya una duda razonable o significativa acerca de la comisión del delito o de la intervención en el hecho de una persona como autor o partícipe[2551]. Se trata más bien de un **principio jurídico de carácter obligatorio**[2552] que deriva de un principio jurídico explícito: la presunción de inocencia que tiene eficacia directa en el proceso penal. No estamos frente a un mero precepto que se encuentra avalado por el derecho consuetudinario[2553]. Si solo fuera una regla de valor moral o un mero consejo al juzgador, sería una simple facultad discrecional del juez y el

2549 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 437.

2550 Sin embargo, es famosa la sentencia del TS español de 21 de mayo de 1979 (Ponente: Benjamín Gil Sáez): "El principio invocado (el *in dubio pro reo*) solo es una orientación o norma moral de conducta y equidad dirigida a la conciencia del juzgador de instancia, sin vinculación alguna, que pueda servir de base al recurso (de casación) interpuesto, porque dicho principio pro reo no constituye precepto penal sustantivo ni norma jurídica del mismo carácter"; Véase, Tomás y Valiente, *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 18.

2551 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 494; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 164; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 81; Tomás y Valiente, *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 25, quien, refiriéndose a la presunción de inocencia, señala: "No se trata ahora, cómo en la retórica y la ética del Antiguo Régimen, de una opción entre virtudes (es preferible la benignidad al rigor, la piedad y la misericordia a la severidad), ni de que al retrato del buen juez le acomode mejor la indulgencia que la inflexibilidad, la tendencia a absolver que la inclinación a condenar. Tampoco nos encontramos ante un mecanismo o criterio que, partiendo de una benignidad objetivada en una regla hermenéutica, establezca el beneficio de la duda en favor del acusado (favor rei), pero sin base normativa en el ordenamiento ni control *a posteriori* en caso de vulneración. La consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental proscribe la condena en la duda porque establece el hecho inicialmente cierto de que todo hombre es inocente. La interdicción de la condena dubitativa (esto es, de la formulada por el juez que no tenga certeza de la culpabilidad del acusado) forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia del que constituye el núcleo".

2552 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 94, quien distingue entre principios y reglas; Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 311, p. 212; Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 214 (quien lo considera un principio general del proceso penal); Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, cit., p. 40, quien lo considera como un principio general del derecho.

2553 De modo distinto: Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 212.

ciudadano no podría exigir jamás su cumplimiento[2554], lo que lo convertiría en un principio vacío de contenido y desprovisto de cualquier valor jurídico. No estamos frente a una regla independiente y autónoma que se puede explicar y formular al margen de la presunción de inocencia; por el contrario, resulta expresión última y esencial al momento de resolver en la sentencia la *questio facti* y cuyo fundamento constitucional último reside en la protección de la persona humana (artículo 1 de la Constitución).

35. El *in dubio pro reo* no solo conduce de manera obligatoria a la absolución del imputado; llegado el caso puede merecer la aplicación de una calificación jurídica más beneficiosa en el tratamiento del *factum* probado[2555]. También se extiende, por tanto, al tratamiento más favorable de los hechos. Por ejemplo, cuando se imputa una figura agravada en cualquiera de las modalidades típicas previstas en la ley debe acreditarse tanto el tipo básico como el tipo cualificado; de tal manera que si hay duda en la configuración de la circunstancia agravante corresponde absolver por dicha circunstancia y solo castigar por el tipo básico.

El principio del *in dubio pro reo* se aplica en los casos en que subsistan algunas relaciones graduales lógicas y/o valorativas entre diversas figuras penales.

Por ejemplo, ello ocurre en la relación entre dolo e imprudencia[2556], en el sentido de que, si es que no se prueba más allá de una duda razonable la conducta dolosa, puede castigarse por un delito culposo, siempre que la ley lo permita. Entre dolo e imprudencia no solo hay una relación lógica, sino que media una relación ético-normativa[2557].

Asimismo, si es que no se prueban más allá de una duda razonable los elementos típicos de la coautoría, puede castigarse el aporte como complicidad, sea primaria o secundaria[2558]. Igual ocurre con los casos de autoría e inducción o inducción y complicidad psíquica en donde la no concurrencia de los presupuestos típicos de una figura permite el uso y castigo por otra categoría delictiva más leve[2559].

2554 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 166; Tomás y Valiente, *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 19.

2555 Cfr. Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 215; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 210.

2556 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal. PG*, reimpr., Madrid, Civitas, 2008, T. I, 24/73, p. 1024; Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 215.

2557 Cfr. Roxin, *Derecho penal. PG*, cit., T. I, 24/73, p. 1024.

2558 Cfr. Maurach, Reinhart / Gössel, Heinz / Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1995, T. II, 49/118, p. 397.

2559 Cfr. Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 215.

También es posible castigar por un delito en grado de tentativa si es que no hay prueba suficiente de que el hecho se consumó o no se logra acreditar qué persona efectivamente lo realizó.

36. Durante mucho tiempo el *in dubio pro reo* se encontraba completamente desconectado de la presunción de inocencia. Hoy, con razón, se lo considera como una manifestación genuina de la presunción de inocencia, dado que solo así se entiende que corresponde absolver al imputado en los casos en que luego de la evaluación probatoria (individual y global) persiste una duda razonable acerca de la vinculación de una persona como autor o partícipe[2560]. La presunción de inocencia obliga a que en la distribución de riesgos y cargas que hay en el proceso penal la duda relevante acerca de la responsabilidad de la persona recaiga sobre la acusación. Si es que la presunción de inocencia no tuviera vigencia en el ámbito decisorio, la incertidumbre acerca de la vinculación de la persona al hecho imputado podría resolverse, sin mayores problemas, bien a favor de la acusación o del propio imputado.

La incertidumbre y la duda acerca del hecho imputado o de la intervención de la persona como autor o partícipe no debe culminar con el dictado de una sentencia condenatoria, pues no se habrá alcanzado el estándar necesario para llegar a dicha conclusión. Si bien en el proceso penal no se requiere certeza plena o absoluta convicción acerca de la responsabilidad de una persona, al ser dichos criterios planteamientos meramente psicologistas, se exige que haya un nivel de confirmación de la hipótesis acusatoria más allá de una duda razonable.

La exigencia de la confirmación de la hipótesis acusatoria más allá de la duda razonable no debe entenderse, en términos psicológicos, como referidos a la duda íntima o subjetiva que pueda tener un juez concreto en el marco del proceso de formación de la decisión judicial. La duda razonable no tiene que ver con cuestiones subjetivas, psicológicas o cavilaciones personales del juez o de los miembros de un Tribunal colegiado; por el contrario, si se quiere sujetar la duda razonable a criterios de control intersubjetivo y de racionalidad práctica debe entenderse como referido a una falta de certidumbre o una falta de racionalidad objetiva en la determinación de si el hecho ha ocurrido o si una persona ha intervenido en él y en donde cualquier persona en el lugar del juez pueda haber llegado a la misma conclusión.

2560 Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 81.

VII. LA INTERPRETACIÓN, CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS, DE LA DUDA RAZONABLE

37. La configuración constitucional, convencional y legislativa del estándar probatorio de la llamada "duda razonable" en una interpretación conforme a la ley fundamental y los tratados de derechos humanos supone entender lo siguiente:

i) No toda clase de duda o situación incierta se encuentra en condiciones de fundar una absolución. No basta que el juez albergue cualquier duda de carácter psicológico para que se entienda cumplido el principio y se aplique al caso concreto.

ii) La duda razonable debe basarse en los enunciados fácticos, en la hipótesis (fiscal o defensiva) o en la actividad probatoria que se produce en el proceso penal, en especial, en el juicio oral. La duda no solo debe existir en la cabeza del juez o debe bullir en su mente, para que sea razonable debe tener asiento y respaldo objetivo en las pruebas actuadas en el proceso[2561], en especial, en la incertidumbre de que la prueba de cargo no ha cubierto de manera significativa todos los extremos de la imputación. La duda que da lugar a la aplicación del principio es una duda concreta fundada en hechos[2562] que forman parte del aspecto nuclear de la imputación y que no han podido ser esclarecidos de manera adecuada y convincente por quien detenta la titularidad de la carga de la prueba.

   Si es que no hay prueba de cargo y si la prueba de cargo es insuficiente no puede aplicarse el *in dubio pro reo*, sino el principio de presunción de inocencia en toda su magnitud. La ausencia de prueba de cargo más que a una sentencia absolutoria debe conducir al sobreseimiento de la causa. Por su parte, la insuficiencia probatoria significa que la prueba de cargo no ha cubierto todos los extremos de la imputación o que cubriéndolo no lo ha hecho de modo intenso y relevante, con prueba confiable y de calidad.

iii) La duda debe ser de una determinada entidad y tener un significado objetivo. Se requiere que haya una duda relevante[2563], esencial o fundada, ya que no cualquier duda está en condiciones de justificar y respaldar una sentencia absolutoria. La regulación del artículo II.2 del CPP referida a que "en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a

2561 Cfr. Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 209.

2562 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 213.

2563 Cfr. Walter, *Libre apreciación de la prueba*, cit., p. 123; Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 202.

favor del imputado" no debe interpretarse en términos literales como si la verificación de cualquier estado de duda debe generar de manera automática la absolución de los cargos, sino que solo es relevante aquella duda que es "razonable". Únicamente la duda relevante o significativa está en condiciones de justificar la absolución.

Se impone realizar en este ámbito una **interpretación teleológica restrictiva** de la fórmula legal. Por tanto, no se trata de cualquier clase de duda o situación de incertidumbre, debe haber una situación objetiva de no esclarecimiento definitivo de los hechos.

iv) La presunción de inocencia como regla decisoria no implica que para dictar una sentencia condenatoria el juez deba estar absolutamente convencido en términos psicológicos de la culpabilidad de la persona y que, por tanto, no deba tener una sola duda acerca de la responsabilidad del acusado; es decir, no se requiere una certeza moral, una certidumbre matemática o una plena seguridad científica para condenar, pues la exigencia de confirmación de la hipótesis acusatoria más allá de la duda razonable supone, claro está, la posibilidad real de que subsistan algunas dudas, no que haya una total carencia de ellas. Por consiguiente, la certeza absoluta, la plena convicción fuera de toda duda de la culpabilidad más allá de su valor retórico y su uso forense por los órganos de justicia no constituye un contenido racional y epistémico que derive de la plena vigencia de la presunción de inocencia.

Las dudas (no razonables) que son normales en cualquier proceso decisional no se encuentran abarcadas por la presunción de inocencia como tampoco se encuentran comprendidas las meras especulaciones acerca de la posibilidad de concurrencia de hipótesis alternativas, los vacíos ligeros y no esenciales en la producción de la actividad probatoria o el resultado probatorio[2564] (*v. gr.*, declaración de testigos temerosos, pero verosímiles), o las hipótesis *ad hoc* o las que carecen de un fundamento racional. Las dudas abstractas provocadas por el conocimiento finito y falible que proveen los medios de prueba, el exceso de celo y la estricta escrupulosidad del juzgador o el temor de enviar a una persona a la cárcel en la tarea de impartir justicia no debe impedir el dictado de una sentencia condenatoria[2565].

2564 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2015, p. 594.

2565 Cfr. Walter, *Libre apreciación de la prueba*, cit., p. 123; Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 202.

Las dudas que solo son posibles plantearlas teóricamente no afectan la confirmación racional de los enunciados fácticos[2566]. Lo mismo ocurre si dicha duda afecta a los aspectos marginales y/o accidentales del hecho; asimismo, tampoco posee relevancia jurídica el temor al error judicial que siente el magistrado al imponer una condena, pese a la prueba abrumadora 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 (práctica) en la valoración de un caso concreto[2567].

Es necesario tomar en cuenta que las personas solo podemos conocer la realidad de manera incierta e inexacta[2568]. No hay un conocimiento seguro, definitivo o último, pues nuestro conocimiento se encuentra hipodeterminado por los datos que se manejan del mundo[2569]. El hombre solo recoge (y conoce) los hechos en sus aspectos esenciales, pero no en los detalles o en los pormenores.

El conocimiento humano es finito, mientras que nuestra ignorancia de los hechos y fenómenos del mundo y del universo es infinita. Podemos conocer cierto número de acontecimientos, sucesos, hechos o las leyes causales que los gobiernan, pero ese conocimiento será siempre pobre y muy limitado si se toma en cuenta el conjunto de eventos, hechos o fenómenos que se ignoran. Seguro la especie humana hoy sabe mucho más de lo que sabía en el pasado, pero es más lo que desconoce del mundo y de las cosas que lo componen, como también es menor el conocimiento de lo que se sabrá en el futuro. Por tanto, se vive en un contexto de "culta o docta ignorancia" y como bien subrayó Karl Popper: "Nos haría bien a todos recordar que, si bien diferimos bastante en las diversas pequeñeces que conocemos, en nuestra infinita ignorancia somos todos iguales"[2570].

2566 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 213.

2567 Véase, Frister, Helmut, *La certeza personal como presupuesto de la condena penal*, en *InDret*, julio, 2011, p. 14: "Para el dictado de una condena solo 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—".

2568 Cfr. Peirce, *La primera regla de la lógica*, cit., p. 102.

2569 Por todos, Quine, *Filosofía de la lógica*, cit., p. 29: "Casi todo el mundo admitirá que nuestra presente teoría de la naturaleza está hipodeterminada, insuficientemente determinada por nuestros datos presentes; y que seguirá estando hipodeterminada aunque se cuente no solo las observaciones que tenemos hechas y las que haremos, sino también todos los acontecimientos inobservados".

2570 Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 53.

v) La existencia de una situación de incertidumbre objetiva que genera una duda razonable no permite cerrar de manera adecuada, coherente y suficiente la explicación de los hechos desde la vertiente de la hipótesis acusatoria. Hay aquí una fractura (o laguna racional) en la narración de los hechos probados y hay aspectos esenciales del relato fáctico acusatorio que no logran ser explicados de manera sólida, convincente y plausible. Los vacíos esenciales del relato probatorio promovido por la acusación pueden deberse a la existencia de una hipótesis alternativa de los hechos que plantea la defensa que no ha sido refutada de manera adecuada o a que la prueba acopiada a nivel del proceso tiene limitaciones para acreditar y explicar todos los elementos esenciales del relato probatorio que forman parte de la imputación.

vi) Una situación modélica de duda razonable lo constituye el hecho de que a nivel del proceso penal hay una hipótesis alternativa fáctica planteada por la defensa (*v. gr.*, coartada, concurrencia de una causal de justificación o una explicación de que los hechos han ocurrido de otra forma y no la que describe la acusación) que no ha sido refutada por parte de la fiscalía a nivel del proceso penal[2571]. La subsistencia de hipótesis explicativas que operan como hipótesis alternativas a la acusación, que no ha sido rebatida en juicio a través de prueba suficiente, genera —en caso haya una decisión de condena— una violación a la presunción de inocencia.

La afectación al *in dubio pro reo* será evidente cuando luego de la actividad probatoria de la fiscalía no se puede afirmar que la hipótesis alternativa de los hechos ha quedado completamente descartada. Si hay una duda razonable acerca de que los hechos han podido ocurrir según la tesis explicativa de la defensa y no según la narración incorporada por la acusación se debe terminar dictando una sentencia absolutoria.

vii) Lo "razonable" de la duda no debe interpretarse en términos estrictamente lógicos, sino a partir de **criterios de plausibilidad, razonabilidad o verosimilitud**[2572]. La lógica puede llegar a identificar y controlar la corrección y validez de un determinado razonamiento probatorio, pero no

2571 Cfr. Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 226: "si se decide con más de una hipótesis explicativa legalmente fundada estamos en presencia de una sentencia condenatoria maculada por una duda razonable lo que significa otra violación del principio de legalidad procesal como bien lo ha anotado la teoría del garantismo procesal de Ferrajoli".

2572 Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 88.

puede ayudar a determinar, como proceso formal, cuando en un caso concreto se está ante un supuesto de duda razonable.

viii) La duda en la medida que es razonable puede verbalizarse y debe justificarse desde el punto de vista de la presunción de inocencia y dentro de un proceso penal con carácter epistémico. La duda razonable no puede quedarse en la mente del juez, en el arcano y el último lugar de su alma. Por esta razón, la aplicación del *in dubio pro reo* no invita a una renuncia de la justificación racional de la decisión judicial; por el contrario, requiere una adecuada explicitación y motivación a fin de identificar y expresar en qué consiste dicha "duda razonable", en qué aspectos fácticos se apoya o cuáles son los elementos probatorios que la desencadenan[2573].

La presencia o ausencia de duda razonable transciende la esfera de la ocurrencia individual y personal para convertirse en asunto universalizable[2574] que puede compartirse por otras personas racionales en la medida que se verbalice y se justifique la decisión.

38. La Corte IDH ha destacado que el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad[2575], tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías[2576]. El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la CADH, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal[2577]. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla[2578]. En efecto, la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de

2573 Cfr. Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 203.

2574 Cfr. Igartua Salaverria, *Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, "in dubio pro reo"*, cit., p. 469: "la única manera de apreciar la universalizabilidad de la proclama 'tengo duda' o 'no la tengo' empieza por exponer las razones que la sustentan".

2575 Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 122; Ruano Torres y otros c. El Salvador, 5 de octubre del 2015, párr. 126; Cantoral Benavides c. Perú, 18 de agosto de 2000, párr. 120; J. C. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 228; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 183.

2576 Ruano Torres y otros c. El Salvador, 5 de octubre del 2015, párr. 126; Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 122; Maldonado Ordóñez c. Guatemala, 3 de mayo del 2016, párr. 85.

2577 Véase, las sentencias de la CIDH: Fernández Ortega y otros c. México, 15 de mayo del 2011, párr. 33; Rosendo Cantú y otra c. México, 15 de mayo del 2011, párr. 33.

2578 Las sentencias de la CIDH: Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 122; Cantoral Benavides c. Perú, 18 de agosto de 2000, párr. 120; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 183; Ricardo Canese c. Paraguay, 31 de agosto de 2004, párr. 153.

inocencia. También, ha destacado que cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado[2579].

39. El Comité de DD. HH. ha señalado que la presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable y asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda[2580]. Dicho órgano ha reiterado que "un tribunal penal solo puede condenar a una persona cuando no existe ninguna duda razonable sobre su culpabilidad y corresponde a la acusación disipar esas dudas"[2581].

40. El TEDH ha señalado que en caso de duda se debe estar a lo beneficioso al imputado[2582]; el *in dubio pro reo* constituye una manifestación específica de la presunción de inocencia[2583]; si no se encuentra prueba más allá de una duda razonable de que una persona ha cometido el delito, y si no se puede establecer cómo un hecho ocurrió en la realidad (*v. gr.*, cómo se obtuvo determinados bienes o activos), una

2579 Corte IDH Casos: Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017, párr. 122; Ruano Torres y otros c. El Salvador, 5 de octubre del 2015, párr. 127; Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. Chile del 29 de mayo del 2014, párr. 171; J. C. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 233; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 184.

2580 Observación General N.º 32; Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 90º período de sesiones Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007, párr. 30; Comité de Derechos Humanos: Comunicación N.º 1620/2007, J. O. c. Francia (Dictamen aprobado el 23 de marzo de 2011, 101º Período de Sesiones), párr. 9.6; Comunicación N.º 2120/2011; Dictamen aprobado por el comité en su 106º Período de Sesiones (15 de octubre a 2 de noviembre de 2012), párr. 11.4; Comité de Derechos Humanos; Comunicación N.º 1520/2006, Mwamba c. Zambia (Dictamen aprobado el 10 de marzo de 2010, 98º Período de Sesiones), párr. 6.5; Comunicación N.º 1870/2009, Sobhraj C. Nepal (Dictamen aprobado el 27 de julio de 2010, 99º Período de Sesiones), párr. 7.3.

2581 Comité de Derechos Humanos: Comunicación N.º 1421/2005; Filipinas del 24 de julio del 2006, párr. 7.4: "a juicio del Comité, las pruebas inculpatorias presentadas contra una persona por un cómplice acusado del mismo delito se deben tratar con cautela, particularmente cuando se ha comprobado que el cómplice miente sobre sus anteriores condenas penales, se le ha concedido la inmunidad penal y acaba admitiendo haber violado a una de las víctimas. En el presente caso, el Comité considera que, a pesar de que todas estas cuestiones fueron suscitadas por el autor, ni el tribunal de primera instancia ni el Supremo las abordaron adecuadamente".

2582 TEDH Casos: Barberà, Messegué y Jabardo c. España, 6 de diciembre de 1988, párr. 77; Lavents c. Letonia, 28 de noviembre del 2002, párr. 125; Mircea c. Rumania, 29 de marzo 2007, párr. 71; Telfner c. Austria, 20 de marzo de 2001, párr. 15.

2583 TEDH Casos: Cleve c. Alemania, 15 de enero del 2015, párr. 52; Melo Tadeu c. Portugal, 23 de octubre del 2014, párr. 60.

condena o una medida semejante (*v. gr.*, confiscación) solo podría basarse en una presunción de culpa[2584], lo cual no es compatible con la presunción de inocencia.

VIII. DUDA RAZONABLE Y CONTRADICTORIO

A. Duda razonable y el modelo dialéctico del proceso penal

41. La fórmula legal de la duda razonable como estándar probatorio en materia penal plantea e indica los lineamientos del método legal de la evaluación de la prueba. Se implementa, así, la dialéctica de la duda como instrumento de análisis de la prueba y de la hipótesis de los hechos. El juez no puede tener un discurso monocrático, autoritario y unilateral con alguna de las partes (*v. gr.*, Ministerio Público), sino que debe abrirse al diálogo y la discusión racional sobre la evidencia recogida y que debe ser tomada en cuenta[2585]. La exigencia de un discurso justificativo racional obliga a que el juez no solo escuche y atienda los requerimientos probatorios de las partes, sino que efectúe un estudio concienzudo de cada una de sus alegaciones esenciales que buscan influir racionalmente en la decisión.

La vigencia de la presunción de inocencia como regla probatoria y de la duda razonable como estándar de prueba en el proceso penal conduce a una configuración de una metodología legal de reconstrucción de los hechos abiertamente crítica y no complaciente con los hallazgos y resultados que se puedan obtener por el Ministerio Público al formular su hipótesis acusatoria. Se instaura un modelo procesal de carácter racional, dialéctico y contradictorio en la que no solo se contrasta y testea la hipótesis imputativa, sino las pruebas que la pueden confirmar; asimismo, se exige analizar la hipótesis alternativa y las pruebas que las respaldan.

La duda razonable en un proceso penal democrático demanda que la motivación y la justificación se articule dentro de un modelo discursivo dialéctico en el que intervienen las partes que plantean una imputación como las que formulan una hipótesis alternativa. La duda razonable se presenta cuando la prueba adquirida en el proceso es compatible con una hipótesis alternativa de los hechos y esta explicación no puede ser desmontada ni refutada a través de la motivación y evaluación racional de la prueba[2586].

2584 TEDH Casos: Geerings c. los Países Bajos, 1 de marzo de 2007, párr. 46 y ss.; Salabiaku c. Francia, 7 de octubre de 1988, párr. 28.

2585 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 437.

2586 Cfr. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 92, 104.

42. Los indicios y las pruebas pueden ser recogidos en el proceso penal de un modo más o menos controlado con la participación de las partes que pueden formular las observaciones y objeciones que considere pertinentes en el ejercicio de su derecho de defensa. Mientras más controlado sea el método mediante el cual se recogen las pruebas y los indicios en el proceso, mayor será el respeto a la epistemología judicial y tanto más atendible será el resultado probatorio obtenido. El contradictorio incide de manera directa en la acreditación del hecho histórico al controlar sus premisas, el razonamiento y las conclusiones a las que se arriba[2587].

El estándar probatorio de la decisión de condena más allá de la duda razonable no es manifestación de un sistema legal basado en la íntima convicción o en la mera persuasión moral del juez, sino que refleja el decantamiento por un método probatorio racional que reclama que la comprobación de determinadas hipótesis y pruebas se realice de manera ponderada y a través de esquemas, inferencias y argumentos que acrediten asumir elecciones racionales sobre los hechos probados; de tal manera que se pueda llegar a resultados verificables y controlables[2588]. Un estándar probatorio sin un método legal de razonamiento probatorio racional y de base dialéctica genera una epistemología privada del juez, muy próxima al sistema de la íntima convicción[2589]. La ausencia de un método racional de prueba y la posibilidad de que puedan introducirse criterios irracionales es particularmente peligroso en el mundo del derecho en cuanto fomenta y permite la existencia de un sistema totalitario y avasallador, sin que medie alguna garantía para la libertad y los derechos fundamentales[2590].

El sistema probatorio se preocupa por seleccionar el material probatorio que sea idóneo y necesario para acreditar la verdad de las afirmaciones que efectúen las partes en el proceso como también busca determinar el nivel de prueba con el que puede considerarse probado un enunciado o una hipótesis sobre los hechos[2591].

43. La duda en un sentido estrictamente lógico es siempre admisible en la evaluación de toda evidencia empírica[2592], sea de tipo legal, médico, histórico o de

2587 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 59.

2588 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 434; Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 59.

2589 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 436.

2590 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 60.

2591 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 435.

2592 Cfr. Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 368: "un dubbio scettico che, se accolto, condurrebbe al rifiuto della stessa possibilità di adottare una decisione in ambito giudiziario dove l'inferenza induttiva lega premesse e conclusioni con il filo della probabilità. Al tempo stesso, non sarebbe ragionevole e non potrebbe essere preso in considerazione il dubbio meramente soggettivo, ossia non suffragato dalle evidenze raccolte. La probabilità logica, che

otra índole. En el caso de estándar probatorio de la duda razonable, como exigencia para arribar a una decisión de condena, no basta la mera existencia de una duda teórica[2593] o de una situación de angustia subjetiva que llame la atención del juez de que posiblemente la persona cuya evidencia en su contra es abrumadora, sea posiblemente inocente[2594]. Con razón, se plantea que, en todos los casos penales, sin excepción, es posible sostener desde el punto de vista lógico y del amplio terreno de posibilidades que hay "duda" sobre la culpabilidad de una persona en relación a los hechos que se le atribuyen. Si se requiriese que la culpabilidad sea probada más allá de toda duda lógica o racional, de manera que no pueda haber discrepancias al respecto, ninguna condena sería legítima, ya que siempre es posible sostener, de manera hipotética, la (posible) inocencia, incluso frente a la evidencia más contundente, sin incurrir en contradicción alguna[2595].

---

rappresenta lo schema razionale di giudizio, non considera il personale convincimento del giudice circa la colpevolezza dell'imputato, ma richiede che un solido e coerente quadro probatorio confermi induttivamente l'affermazione di colpevolezza. Non conta quello che soggettivamente e irrazionalmente pensa il giudice, ma quanto lo stesso giudice può ragionevolmente inferire dalle prove raccolte"; Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 43.

2593 Cfr. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., p. 104, p. 91, quien señala que no basta distinguir entre duda motivada por razones empíricas de la duda teórica o meramente intelectual, pues dicha distinción no aporta resultados significativos; Gironi, *La prova indiziaria*, cit., p. 132; Gianturco, *Los indicios en el proceso penal*, cit., p. 127, quien señala que en el proceso lógico de la prueba indiciaria: "el temor a errar, la duda infecunda y estéril determinado únicamente por la genérica consideración de la falibilidad de la mente humana, el hamletismo metódico, el pirronismo demoledor, no deben encontrar puesto: solo aquellas dudas que se generan por la efectiva realidad de las cosas, que toman origen de los datos positivos concretos, deben ser exactamente tomadas en examen y prudentemente valoradas, en forma tal de excluir, todo motivo infirmante del juicio y así poder anclar la certeza moral"; Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., p. 336: "La formula contenuta nell'art. 533 c.p.p. scolpisce perfettamente la distinzione: un conto è il dubbio 'ragionevole', un conto è il dubbio puramente scettico, quello che, a differenza del primo, 'non ha motivazioni specifiche, legate a ciò che abbiamo motivo di pensare in una specifica situazione'. Il dubbio scettico cancella ogni certezza: ma solo il dubbio ragionevole impedisce al giudice penale di coltivare credenze razionalmente giustificate e di attingere alla 'conoscenza' dei fatt".

2594 Cfr. Daniele, *Indizi* (*Diritto processuale penale*), cit., p. 507.

2595 Cfr. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., p. 111: "Quale che sia il grado di evidenza presente nel singolo processo, è sempre possibile mettere in dubbio, contestare la colpevolezza affermata dal giudice di merito. Se la colpevolezza dovesse discendere deduttivamente dalle prove, così da riuscire inconfutabile per qualsiasi persona razionale, ogni processo finirebbe con l'assoluzione. L'astuto penalista uscirebbe sempre vittorioso nel sostenere che manca la prova indubitabile della commissione del fatto, del dolo dell'imputato, della sua capacità di intendere e volere, ecc."; Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 91, 104; Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 43; Accatino Scagliotti, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, cit., p. 504.

Sin embargo, a nivel del proceso penal no bastan las dudas teóricas, la incertidumbre interna del magistrado, sino que se requiere que se cumplan con datos y elementos objetivos como si es que existen hechos y pruebas objetivas que de manera efectiva conducen racionalmente a dudar acerca de si una persona es culpable de los hechos que se la atribuyen. La duda que se requiere es una duda objetiva, basada en hechos y pruebas que se acopian y se levantan alrededor de un caso concreto al ponerse en cuestionamiento la imputación.

44. La exigencia de que la duda sea "razonable" impone la necesidad de establecer qué se entiende y se interpreta por razonable. De entrada, se debe señalar que razonable es lo que es "comprensible para una persona racional" en una determinada situación o contexto. Lo razonable no es lo puramente lógico, ni lo exactamente justo en el análisis de un caso, sino más bien lo plausible o que puede llevar a una decisión sensata o prudente sobre los hechos probados[2596] y que puede merecer el acuerdo o la adhesión de otras personas; no basta cualquier duda como puede ser una duda marginal o no relevante en la acreditación de los hechos[2597].

La razonabilidad de la duda acerca de la hipótesis acusatoria es un concepto pragmático (no puramente teórico) y fluido que tiene que ver con los hechos y la evidencia del caso concreto, la cual demanda en el juez una experiencia y una preparación especial acorde con la noción de lo razonable[2598].

La dialéctica de la duda y el estándar probatorio solo se activa cuando la duda adquiere un determinado estatus y nivel: cuando es razonable no es otra cosa que sostener que la duda puede ser expuesta y sintetizada en razones y en argumentos. La razonabilidad es el criterio de relevancia y de calidad epistémica de la duda; una duda sin razón objetiva que lo ampare es una duda irrelevante, tanto desde la perspectiva procesal como racional[2599].

Si la duda, a pesar de su viabilidad teórica, en la evaluación del caso concreto no parece razonable y basada en hechos y pruebas materiales, debe conducir a que se asuma convencionalmente el resultado probatorio como cierto acerca de la hipótesis del Ministerio Público cuando la prueba incriminatoria es abundante y plural, pese a la imposibilidad de justificarlo en términos absolutos y definitivos. Por tanto, no bastan las meras dudas teóricas, la incertidumbre cartesiana o la mera creencia subjetiva, sino que se requiere que las razones para dudar sean objetivas, razonables

2596 Cfr. Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 43.

2597 Cfr. Canzio, Giovanni, *Il dubbio e la legge*, en *Diritto Penale Contemporáneo*, 2018, p. 2.

2598 Cfr. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 92, 104.

2599 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., pp. 439 y 440; Accatino Scagliotti, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, cit., p. 504.

y cuenten con evidencia empírica que la respalde[2600]. Por ejemplo, la duda no es razonable cuando se trata de una hipótesis meramente conjetural, posible[2601] o que carece de apoyo empírico.

La duda razonable muchas veces surge de lo incompleto e inexacto de la información probatoria recogida a lo largo del proceso que no permite llegar a conclusiones y resultados probatorios seguros y confiables. La información probatoria puede que no arroje resultados contradictorios o que se resienten entre sí, pero puede que la calidad de dicha información sea precaria, poco creíble o simplemente insuficiente y con ello da pie a la configuración de una duda razonable[2602].

45. La reconstrucción de los hechos en materia penal está lejos de adoptar una metodología puramente demostrativa o de una inferencia deductiva como si se tratara de una cuestión matemática o lógica[2603]. El modelo probatorio y de reconstrucción de los hechos que se adopta se basa por mandato constitucional y convencional en el empleo de una argumentación racional en el que determinadas premisas condicionan y determinan la proposición a probar; es decir, lo hacen más o menos probable de acreditar una determinada hipótesis, ya que no existe ninguna garantía que lo que se acepta como verdadero corresponde a lo que exactamente ocurrió en la realidad.

El puente y el pasaje de las premisas probatorias a la conclusión probatoria no ocurre sobre la base de reglas lingüísticas y lógicas necesarias y demostrativas, sino sobre la base del uso de argumentos fácticos y probatorios que solo permiten alcanzar resultados con una alta probabilidad lógica[2604]. Se abandona la idea ingenua de que es posible llegar en el proceso penal a una verdad diáfana e incontrovertible

2600 Cfr. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., p. 112.

2601 Cfr. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 97, 104.

2602 Cfr. Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 59.

2603 Cfr. Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 358: "Senza dover fare riferimento in questa sede all'impossibilità, ormai accettata in qualunque campo, del conseguimento dell'episteme, intesa come conoscenza assolutamente certa e dimostrabile, è possibile spiegare e, al tempo stesso, accettare il carattere inevitabilmente probabilistico e incerto del ragionamento giudiziale, evidenziandone la componente essenzialmente induttiva. La valutazione delle prove e la conseguente decisione sono attività che richiedono al giudice una inferenza ampliativa, quindi non dimostrativa né deduttiva".

2604 Cfr. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., p. 111; Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 361: "La teoria della probabilità logica è sicuramente quella che meglio spiega la ricostruzione induttiva dei fatti in giudizio e quella, per certi versi, più familiare ai giuristi" y que: "Volendo definire la probabilità logica, potremmo fare riferimento alla relazione intercorrente fra un'ipotesi e gli elementi che ne confermano l'attendibilità. Questo schema corrisponde precisamente alle valutazioni a cui è chiamato il giudice. E proprio la sua esatta corrispondenza al problema giudiziario ne ha segnato la fortuna. La probabilità non viene più

y, por el contrario, el sistema se interroga el *quantum* aceptable de incertidumbre asumiendo que el juez utiliza un razonamiento inductivo-probabilístico[2605].

B. Duda razonable y epistemología falsificacionista

46. Se recuerda que el estándar probatorio para condenar reclama que solo en ausencia de dudas internas y externas en la reconstrucción de los hechos, planteadas por la acusación, se puede sostener una decisión de condena, adoptándose una epistemología falsificacionista[2606]. El racionalismo crítico y científico, propio del pensamiento occidental, gira en torno a los conceptos de hipótesis, hechos, pruebas, verificación, verdad, duda y decisión que marcan la esencia y los parámetros del proceso penal, legitimando su función racional y netamente cognitiva[2607].

La instauración del estándar de prueba de la duda razonable lleva a optar por una determinada opción metodológica y por una cierta epistemología. Por ejem-

---

riportata al grado di convincimento personale del soggetto chiamato a decidere, 'bensì al grado di conferma che le prove forniscono —oggettivamente— all'ipotesi'".

2605 Cfr. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., p. 318: "Scopo del processo penale sarebbe senz'altro l'accertamento della verità: ma la verità processuale sarebbe una verità minore, formale, convenzionale, da scrivere con l'iniziale minuscola. Costretto dalla logica del ragionamento induttivo a esprimersi in termini meramente probabilistici, e vincolato al rispetto di regole probatorie e criteri normativi di giudizio non sempre funzionali alla ricerca del vero, il giudice penale non potrebbe mai attingere alla verità assoluta, oggettiva, alla Verità con l'iniziale maiuscola —alla verità vera, la verità materiale, la verità storica, la verità dei fatti e via aggettivando e specificando—"; Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 359.

2606 Cfr. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 90 y 94, 104; Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., p. 119; Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 437; Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 371: "al ragionevole dubbio va comunque riconosciuto il merito di configurare la probabilità logica come induzione (anche) eliminatoria, inglobante esigenze di tipo falsificazionista. L'inferenza induttiva eliminatoria, postulata proprio dall'esclusione del ragionevole dubbio, è dunque l'attività intellettuale alla quale è chiamato il giudice nel momento decisorio: l'insieme delle prove raccolte sostiene razionalmente l'ipotesi della colpevolezza dell'imputato se non solo conferma l'ipotesi stessa, ma confuta, o almeno non conferma, o comunque fornisce un sostegno decisamente inferiore all'ipotesi alternativa e antagonista (non colpevolezza)"; Canzio, *Il dubbio e la legge*, cit., p. 2: "I percorsi di verità che guidano il ragionamento probatorio e la decisione giudiziale, infatti, sono disegnati dalla legge sulla base di regole epistemiche che caratterizzano il sistema accusatorio ("adversary"): il contraddittorio, la confutazione dell'enunciato di accusa mediante la prospettazione di prove contrarie a sostegno di ipotesi antagoniste, la verifica delle prove per la conferma o la falsificazione dell'ipotesi, infine la motivazione della decisione, diretta a spiegare le relazioni fra probabilità e prove secondo adeguati criteri inferenziali, e il controllo impugnatorio della stessa"; Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 43; Della Torre, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 14.

2607 Cfr. Canzio, *Il dubbio e la legge*, cit., p. 1.

plo, una epistemología verificacionista se limita a controlar la coherencia lógica de la hipótesis acusatoria y su compatibilidad con los hechos y la evidencia que la sustenta; mientras que una epistemología falsificacionista conduce a que se someta a la imputación a una sistemática tentativa de control y de refutación material y a un testeo racional a fin de advertir su real capacidad de rendimiento para responder a las objeciones que se le formulan como ver su solidez frente a la evidencia contraria que no respalda sus hallazgos y resultados. Justamente, la epistemología falsificacionista es la más compatible con la duda razonable[2608].

47. Se exige, tanto en el plano racional como justificatorio, que se asuma como necesaria la evaluación rigurosa de la plausibilidad y razonabilidad de la hipótesis imputativa y de la hipótesis alternativa. Además, se adopta una epistemología de matriz Popperiana que reconoce el momento lógico de la confirmación de la hipótesis y el momento de la falsificación o la resistencia de la hipótesis a la explicación alternativa. Una decisión judicial se justifica racionalmente cuando se analiza y razona tanto sobre la capacidad explicativa de la hipótesis acusatoria (momento lógico de la verificación de la hipótesis), pero al mismo tiempo se valora y estudia la razonabilidad y la capacidad de resistencia de la hipótesis alternativa (momento lógico de la falsificación de la hipótesis)[2609]; ambos aspectos deben estar presente en cualquier reconstrucción racional de los hechos en el proceso penal.

La introducción a nivel normativo de la fórmula de la duda razonable impone al juez adoptar un método dialéctico en la verificación de la hipótesis acusatoria realizando controles internos y externos en los que se reclama que la comprobación de la hipótesis formulada por el Ministerio Público debe efectuarse de un modo que racionalmente se evite que puedan subsistir dudas internas o externas[2610]. La opción por dicho modelo ha favorecido la interpretación de que la mejor metodología racional en la reconstrucción de los hechos se relaciona de manera directa con un modelo de racionalidad discursiva que informa todos los aspectos del juicio histórico[2611]. En un proceso penal democrático la investigación tendiente a comprobar la verdad o no de una hipótesis requiere asumir un proceder racional y argumentativo que implica una justificación sólida de la imputación, la cual debe encontrar respaldo en los elementos probatorios y obliga a ejercer un control permanente sobre las versiones que se producen sobre los hechos y la prueba que se actúa en el proceso.

2608 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 437.

2609 Cfr. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 90, 104; Catalano, *La prova indiziaria*, cit., p. 82.

2610 Cfr. Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 369; Della Torre, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 14.

2611 Cfr. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 91, 104.

La noción de verdad está ligada estrechamente a criterios epistémicos de valoración y justificaciones de las hipótesis y de las afirmaciones que se introducen[2612].

48. La duda razonable como regla de decisión de los hechos probados posibilita orientar el momento del juicio vinculándolo a criterios de evaluación racional y a parámetros objetivos, asumiendo un sistema de control racional tanto del material fáctico, de las inferencias y de las conclusiones probatorias[2613].

La duda razonable exige el esfuerzo para controlar y verificar la actividad procesal dirigida a construir un método legal de razonamiento de la evaluación de la prueba fundado en premisas objetivas, externas y de validez intersubjetiva. Si bien se parte por considerar que el juez es libre para analizar la prueba que se produce en el proceso, dicha libertad no puede generar en una tiranía, en una arbitrariedad o en la falta de racionalidad en el procesamiento y evaluación de la evidencia material. El juez no puede ser libre para utilizar las reglas lógicas, las máximas de la experiencia, las leyes científicas y los argumentos racionales; por el contrario, el juez debe manejar una lógica y un discurso interpersonal, comunicativo y de argumentos racionales. El juez puede y debe convencerse dentro de los límites de la actividad probatoria desplegada en el proceso y solo utilizar argumentos de carácter racional y empírico[2614].

C. La duda razonable "interna" o "externa"

49. La duda razonable sobre la hipótesis del Ministerio Público puede ser de dos tipos: **interna o externa**[2615].

La llamada "duda interna" es aquella que revela la naturaleza autocontradictoria de la hipótesis fiscal, que se muestra inconsistente e incapaz para explicar todos los hechos esenciales o principales que fundan la imputación. Por ejemplo, la acusación solo logra explicar algunos hechos o circunstancias, pero no todos los hechos y acontecimientos relevantes necesarios para lograr un pronunciamiento de condena. Ello ocurre cuando en un homicidio se sostiene que el imputado fue la última persona que fue vista en compañía de la víctima y que es el único que tenía un posible motivo para matarla. Una hipótesis semejante a todas luces es incompleta y no cuenta con una capacidad explicativa razonable acerca de la posible comisión de un delito de homicidio[2616], respondiendo las preguntas de ¿cómo y de

2612 Cfr. Pastore, *Decisioni e controlli tra potere e ragione*, cit., p. 80.

2613 Cfr. Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 44.

2614 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 437.

2615 Por todos, Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., pp. 437 y 438.

2616 Véase, Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., pp. 440 y 460.

qué manera ocurrió el mismo?, ¿cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habría dado muerte a la víctima?, ¿cuáles fueron las causas de la muerte de la víctima?, ¿dónde está el cuerpo de la víctima?

50. Por su parte, "la duda externa" es la que contrasta la hipótesis de la acusación con otra hipótesis alternativa o distinta a los hechos planteados (*v. gr.*, por el imputado o su defensa) que no tiene la misma característica lógica; dicha hipótesis cuenta con evidencia material que la respalda y le dota de racionalidad práctica de que los hechos descritos no ocurrieron necesariamente como se desprende de la narrativa fiscal, sino de otra manera.

En la doctrina comparada se exige que el juez siempre debe preguntarse por el problema de la explicación alternativa de los hechos, incluso si la defensa no lo hace ni formula algún pedido u observación al respecto, dado que se trata de un poder de oficio del juez que no se puede renunciar sin dejar de lado el mismo interés de la justicia y de la decisión equitativa. Ello significa que aun en el caso que la defensa no presente dudas (internas o externas) a la reconstrucción de los hechos planteados por el Ministerio Público en su imputación, siempre le corresponde al juez evaluar si la hipótesis alternativa fluye de los hechos, de la narrativa de las partes y, sobre todo, de la evidencia disponible que se discute en el proceso[2617]. El respeto a la lógica de los hechos en cuanto a la hipótesis alternativa no es una facultad del juez que solo lo puede utilizar frente a un pedido de una parte. El empleo de las reglas lógicas es una obligación del juez y no solo una facultad[2618]. Solo así tiene sentido la prescripción normativa que establece que "en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia" (artículo 158.1 del CPP) y que solo puede interpretarse tomando en cuenta que se trata de una disposición prescriptiva que manda a que "el Juez deberá observar las reglas de la lógica" y no de una mera recomendación o una pauta que puede o no ser acatada.

En el caso de los tribunales civiles y administrativos, por el estándar probatorio de menor intensidad que se utiliza, solo se exige que se limiten a considerar las hipótesis propuestas por las partes (hipótesis principal del demandante o la posible reconvención —o hipótesis de refutación— del demandado) y la evidencia objetiva que respalda cada una de sus premisas. Por el contrario, en el proceso penal se exige que el juez realice un examen muy cuidado y minucioso a fin de tomar en cuenta no solo la hipótesis acusatoria y la contrahipótesis defensiva, sino también

2617 Cfr. Della Torre, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., pp. 15 y 20.

2618 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 468; Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 98, 104.

se debe analizar todas las hipótesis razonables que pueden formularse sobre la base de las pruebas, hechos e indicios incorporados al proceso y que lo sustentan objetivamente[2619]. El juez, por ejemplo, en un caso de homicidio debe tomar en cuenta la hipótesis del acto de matar mediante apuñalamiento, la evidencia que respalda dicha conclusión (presencia del imputado en el lugar del crimen, el uso del arma, la existencia o no de huellas digitales, la declaración de testigos, etc.), se debe analizar la hipótesis alternativa de la defensa que puede girar alrededor de la existencia de una causa de justificación (*v. gr.*, legítima defensa), así como cualquier otra hipótesis razonable que es compatible con los hechos y la prueba del caso, *v. gr.*, la posible coartada o presencia del imputado en otro lugar distinto al del crimen a la hora que se produjo[2620].

Se resalta que la hipótesis defensiva, para neutralizar la hipótesis de la acusación, no solo debe ser teóricamente posible y razonable dentro de la perspectiva de un caso, sino que debe ser efectivamente acreditada tomando cuenta la evidencia disponible. Si la defensa logra introducir y acreditar una hipótesis alternativa razonable que es compatible con los hechos y las pruebas disponibles se presenta un caso emblemático de duda razonable[2621]. La configuración razonable de la hipótesis alternativa sobre la evidencia empírica es manifestación de una estrategia de defensa diligente, responsable y de una adecuada deontología profesional[2622].

Una metodología racional de reconstrucción de los hechos debe tomar en cuenta que no basta comprobar la logicidad de una hipótesis acusatoria y su compatibilidad con la evidencia que se recoge en el proceso, sino la alta probabilidad lógica de dicha hipótesis; sin embargo, ello no basta, pues resulta indispensable que la hipótesis imputativa se contraste, se someta a testeo obligatorio y a un control de refutación con la hipótesis alternativa que expresamente ha sido formulada por la defensa o que deriva de los hechos alegados[2623].

Solo es posible dictar una decisión de condena si es que se supera la barrera de esta doble duda[2624].

2619 Cfr. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 98, 104.

2620 Por todos, Carlizzi, *I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale*, cit., p. 292.

2621 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 466.

2622 Cfr. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 98, 104.

2623 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 440.

2624 Cfr. Della Torre, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 15; Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., pp. 438 y 465; Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., pp. 92, 104.

La duda razonable impide la expedición de una sentencia condenatoria en el caso de la prueba indiciaria en los siguientes casos: (i) hay la imposibilidad de establecer criterios sólidos que sostengan una robusta red de inferencias que es capaz de conectar la prueba de los hechos que se deben probar con todos sus elementos que lo componen; y (ii) la posibilidad de establecer criterios sólidos de signo opuesto y que terminan cortando alguno de sus enlaces que componen la red de inferencias[2625]. Para la acusación es necesario probar que todos los anillos de la cadena de inferencias se encuentran sólidamente construidos, más allá de una duda razonable, mientras que la defensa no necesita atacar todas las piezas de la cadena, pues basta que se dedique a romper alguno de dichos eslabones de inferencias[2626]. Por ello, se puede absolver a una persona cuando haya prueba insuficiente de los hechos, así como cuando concurra prueba contradictoria[2627].

IX. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA CONFIRMACIÓN DE LA HIPÓTESIS ACUSATORIA MÁS ALLÁ DE UNA DUDA RAZONABLE

A. La duda razonable recae en los elementos constitutivos del delito

51. La situación de incertidumbre de cualquier elemento de la imputación penal (objetivo o subjetivo) da lugar a la aplicación del principio del *in dubio pro reo*. La incertidumbre puede recaer bien sobre el hecho imputado o sobre la intervención de la persona como autor o partícipe.

La doctrina está de acuerdo en señalar que la incertidumbre racional acerca de la concurrencia de un elemento constitutivo o presupuesto del delito debe dar lugar a la absolución de los cargos[2628]. El ámbito de aplicación del principio se extiende a la totalidad de los presupuestos necesarios (objetivos y subjetivos) para el pronunciamiento sobre la culpabilidad y la pena[2629].

2625 Cfr. Daniele, *Indizi* (*Diritto processuale penale*), cit., p. 507.

2626 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 525.

2627 Cfr. Daniele, *Indizi* (*Diritto processuale penale*), cit., p. 507.

2628 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 437; Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 214; Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 303, p. 204; Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 215; Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, cit., p. 41.

2629 Cfr. Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 214.

La regla de juicio (o de decisión) de la presunción de inocencia se relaciona con el principio jurídico penal, de honda raigambre liberal, del **hecho propio**[2630], llamado también principio de **responsabilidad personal**: solo se puede responder por las propias acciones y omisiones. Así pues, como todo delito, es necesariamente y en esencia un comportamiento humano de un sujeto determinado (autor o partícipe), es lógico exigir que el ejercicio de la potestad punitiva del Estado se deba dirigir a demostrar la existencia o no de dicha conducta como requisito previo a la imposición de una sentencia condenatoria. Si hubiera duda razonable acerca de si el hecho punible efectivamente se ha cometido, dicha situación objetiva no puede terminar privando de manera definitiva los derechos de los ciudadanos: solo hay lugar para la absolución: *Nullum crimen, sine actione.*

Sin embargo, sería un error el pretender limitar la regla de juicio de la presunción de inocencia al concepto de acción u omisión o al comportamiento típico. Su valor se extiende también cuando haya una duda razonable sobre el tipo subjetivo, *v. gr.*, no se puede precisar si el sujeto actuó dolosamente[2631] o si el resultado en el delito culposo se debió a causas fortuitas o a la creación de un riesgo típicamente relevante; la antijuridicidad del comportamiento[2632], *v. gr.*, una legítima defensa putativa; la culpabilidad, *v. gr.*, si el sujeto obró en error de prohibición vencible o invencible; la imputabilidad[2633], *v. gr.*, no se puede determinar con exactitud si el menor tiene dieciocho años[2634] o si una persona se encuentra afectada por una anomalía psíquica o cometió el delito en una situación de grave alteración de la conciencia; o respecto a la concurrencia de las excusas absolutorias o de las causas que cancelan o levantan la impunidad[2635]. En general, se aplica también en todos los casos en los que no hay certidumbre acerca de la existencia de una circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad[2636] y su configuración solo es posible o probable.

En efecto, da lo mismo si la duda razonable se predica de un elemento objetivo (*v. gr.*, acción típica, relación de causalidad, resultado) o de un elemento

2630 Ampliamente: Castillo Alva, José Luis, *Principios de derecho penal [P.G.]*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, pássim.

2631 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 501; Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 217.

2632 Cfr. Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 218.

2633 Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Córdoba, Lerner, 1981, T. II, p. 49; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 219.

2634 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 220.

2635 *In extenso*, Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 112.

2636 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 508.

subjetivo del injusto (dolo, tendencia interna trascedente)[2637]. De igual manera, la duda (razonable) puede recaer tanto en un elemento constitutivo del delito o en una circunstancia agravante del injusto penal en cuyo caso corresponde absolver al acusado de los cargos o solo sancionar el hecho por el tipo básico.

52. La posibilidad de la aplicación del *in dubio pro reo* se extiende de manera paradigmática a todos los estratos y niveles de la teoría del delito.

Por ejemplo, es común que se admita la aplicación del principio en los casos en que hay duda sobre la concurrencia de un delito doloso o si solo se ha realizado un delito imprudente[2638]. Si hay indicadores objetivos (indicios materiales) a favor de que se ha cometido un delito doloso (*v. gr.*, homicidio: disparo de arma de fuego), así como hay la presencia de contraindicios (*v. gr.*, ayuda inmediata a la persona y traslado al hospital) la concurrencia de la duda razonable puede llevar a considerar razonablemente la sanción por el delito imprudente siempre que se haya acreditado la infracción a un deber objetivo de cuidado y se haya respetado, además, de manera irrestricta el derecho de defensa. Como señala Roxin: "La participación interna es mayor en la conducta dolosa que en la imprudente de modo que, en la duda, la forma más débil de imputación puede servir de base a la sentencia. También el BGB admite ahora que la imprudencia se halla en relación 'de más débil a más fuerte' respecto del dolo y que también en tales 'relaciones graduales ético normativas' puede aplicarse el *in dubio pro reo*"[2639].

La Corte Suprema de Justicia reconoció la duda razonable del elemento subjetivo del dolo en el delito de exacción ilegal cuando existe una situación normativa conflictiva (*v. gr.*, concurrencia de varias normas regulatorias) lo que genera un problema interpretativo y no se logra determinar la intención con el que habrían actuado los acusados (funcionarios) en la autorización del pago a los trabajadores de una Beneficencia Pública durante el periodo de vacaciones[2640].

También, es posible que se aplique el *in dubio pro reo* en los casos en que hay una duda razonable en la configuración de un determinado curso causal o en una situación de riesgo que, se sostiene, ha provocado un determinado resultado[2641]. Si la

2637 Cfr. Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 217; Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 501. En contra: San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2015, p. 593

2638 Cfr. Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 220.

2639 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal. PG* (Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, Marcial Pons, 1997, 24/73, p. 1024.

2640 Véase, el R. N. N.º 1482-2011 el 8 de junio del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Rodríguez Tineo).

2641 Cfr. Torío López, *Cursos causales no verificables en derecho penal*, cit., p. 237.

relación causal o los requisitos de la imputación objetiva no logran acreditarse, más allá de una duda razonable, no debe dictarse una sentencia condenatoria. Por ejemplo, si en una imputación penal de haber cometido un homicidio hay duda acerca de si efectivamente se ejecutó una conducta que generó la muerte de la persona debe absolverse; a la misma conclusión debe llegarse si existe duda sobre la concurrencia o no de una determinada relación causal al haber dos o más hipótesis explicativas sobre la causa del resultado (muerte). Las leyes causales no pueden sustituirse por meras hipótesis explicativas, por criterios estadísticos, por simples máximas de la experiencia o por apreciaciones subjetivas del juez. En los delitos de resultado —y también en los delitos de peligro— deben probarse de manera adecuada y suficiente cada uno de los elementos de la imputación objetiva, en especial, la creación de riesgo típicamente relevante y su concreción en el resultado.

Asimismo, si hay duda razonable sobre la concurrencia de alguno de los filtros de la imputación objetiva como el principio de confianza, la prohibición de regreso o la autoresponsabilidad de la víctima debe proceder a dictarse una sentencia absolutoria por faltar un elemento esencial de la tipicidad penal objetiva. La falta de concurrencia de uno de los elementos del tipo penal, o la duda relevante o esencial, supone una manifiesta violación al principio de legalidad penal[2642]. Además, se recuerda que la imputación objetiva, en cuanto concepto normativo, debe servir para delimitar entre los diversos riesgos cuál (es) se ha (n) realizado en el resultado, pero previamente ha de probarse la existencia de esos riesgos y su naturaleza[2643].

Por otro lado, también puede haber duda razonable en los casos en los que se discute fáctica y probatoriamente si el delito se ha consumado o si solo ha quedado a nivel de la tentativa (acabada o inacabada). Lo mismo ocurre en los casos en que

2642 Véase, la Ejecutoria Suprema en el **R. Q. N.º 374-2012** del 10 de enero del 2013: "Que de la lectura de los fundamentos de la sentencia de fojas ciento diecisiete se advierte que no se analizaron estos presupuestos de la imputación objetiva para determinar la adecuación típica del delito de lesiones culposas; que, en ese sentido, la conducta atribuida al encausado no ha sido correctamente analizada desde una perspectiva típica; que, en consecuencia, al parecer la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia y, en ese sentido, se advierte una presunta vulneración del principio de legalidad penal y afectación del debido proceso, por lo que es del caso revisar lo actuado; que dicha trasgresión se vincula directamente con el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Magna, por tanto, procede la estimación de la queja formulada de conformidad con la parte *in fine* del inciso dos del artículo doscientos noventa y siete del Código de Procedimientos Penales".

2643 Cfr. Corcoy Bidaloso, Mirentxu, *La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso —presunción de inocencia e in dubio pro reo—*, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 593-616; Corcoy Bidaloso, Mirentxu, *Expansión del derecho penal y garantías constitucionales*, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N.º 8, Universidad Viña del Mar, 2012, p. 53.

hay duda razonable respecto a si la persona se desistió o no de la ejecución de un delito. Del mismo modo, el *in dubio pro reo* se extiende y aplica a nivel del *iter criminis* y de la imperfecta realización del injusto penal.

53. La duda razonable se extiende también a los casos del delito continuado en los que hay duda sobre la comisión de ciertas acciones que integran la realización continuada de un plan criminal o sobre la fecha de su ejecución[2644]. Lo mismo ocurre si hay una situación de incertidumbre respecto a la cesación de la actividad criminal propia del delito permanente.

La duda razonable surge también cuando no puede ser establecido si se dan o no los presupuestos fácticos de la unidad o la pluralidad de hechos[2645].

54. La aplicación del *in dubio pro reo* debe distinguirse del caso en el que no existe duda, sino seguridad de que el hecho no se ha cometido o que la persona imputada no ha intervenido como autor o partícipe. Asimismo, puede haber certeza acerca de que falta un elemento objetivo del delito (*v. gr.*, el engaño en la estafa) o que no concurre un elemento subjetivo referido a la tendencia interna trascedente (*v. gr.*, el propósito de ocultar los bienes en el delito de lavado de activos).

También, debe distinguirse el *in dubio pro reo* de los casos de insuficiencia probatoria en los que hay pruebas de signo incriminatorio, pero no en grado suficiente para fundar una sentencia condenatoria, *v. gr.*, en un homicidio hay un testimonio que afirma que una persona vio ahorcar a otra, pero no existe una pericia médico legal que establezca con claridad la causa de la muerte.

B. La duda razonable puede recaer en las eximentes de responsabilidad penal, las causas de extinción del delito y las causales de la determinación judicial de la pena

55. La presunción de inocencia y, en concreto, el *in dubio pro reo* también extiende su alcance a los casos en que hay una duda relevante o significativa sobre un elemento exonerante de la responsabilidad penal.

Uno de los casos frecuentes de aplicación del *in dubio pro reo* es cuando se discute la concurrencia de un error (*v. gr.*, de tipo o de prohibición) por parte del interviniente en el hecho (autor o partícipe). La doctrina está de acuerdo en considerar que la mera invocación de un supuesto caso de error o ignorancia del hecho o del derecho no da lugar a la aplicación de la duda razonable, por lo que no tiene

2644 Cfr. Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 220.
2645 Cfr. Maurach/Gössel/Zipf, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 539.

ni efecto exonerante ni atenuante de responsabilidad. Para que tal planteamiento defensivo prospere debe haber un hecho o una prueba que lo sustente —o si se quiere— debe haber un motivo razonable que lo sustente[2646].

En la decisión judicial es indispensable realizar la verificación de si concurre el error de tipo, sobre todo, en aquellos casos en los que el autor ha alegado haber incurrido en esta circunstancia. En efecto, se sostiene que el problema del error solo puede (y debe) ser considerado cuando el acusado, de una manera implícita o explícita, lo haya alegado en su defensa[2647] o fluya con toda claridad de los hechos y pruebas que se incorporan al proceso. Lo mismo ocurre cuando existen dudas fundadas acerca de la conciencia sobre la antijuridicidad[2648].

En el proceso penal se debe buscar determinar el contexto situacional en el que el autor desplegó su conducta, las condiciones en que las ejecutó y la información que tuvo (o no) en ese momento.

En la práctica judicial se discute y se trata de desarrollar los criterios que buscan probar la concurrencia (o no) de un error, ya sea de tipo o de prohibición[2649]. La acreditación del error no es una cuestión que deba resolverse de puro derecho o que dependa de una estricta concepción normativa; por el contrario, es necesario fundamentar y/o explicar dicho error y, por ende, probarlo.

La prueba del error en la medida que es invocada no obliga al acusado a acreditarlo[2650] y no es atendible la afirmación de aquel que quien lo alega debe necesariamente probarlo[2651], toda vez que de ser así se estaría invirtiendo la carga de la prueba y atentando contra la garantía de la presunción de inocencia[2652]. Asimismo, para tener acreditado el error, no basta la sola afirmación del imputado; su alegación debe ser rigurosamente corroborada[2653].

2646 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 229.

2647 Por todos, Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. PG*, Lima, Ara, 2004, p. 420.

2648 Cfr. Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 490.

2649 Cfr. Pérez del Valle, *Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal*, cit., p. 145.

2650 Cfr. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 303, p. 204; De modo distinto: Sánchez-Vera Goméz-Trelles, Javier, *Atribuciones normativas en derecho penal*, Lima, Grijley, 2004, p. 74.

2651 Cfr. Pérez del Valle, *Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal*, cit., p. 151; Mapelli Caffarena, Borja, *Entre el homicidio y las lesiones*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 5, Lima, 1997, p. 218.

2652 Cfr. Volk, *Concepto y prueba de los elementos subjetivos*, cit., p. 426; Zugaldía Espinar, *La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual*, cit., p. 406.

2653 Cfr. Marinucci, Giorgio y Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale* [PG], 6a. ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 198.

En la demostración del error se debe utilizar los diversos criterios que sirven para determinar la concurrencia (o no) de ciertos elementos subjetivos del delito (del injusto y de la culpabilidad). Para ello, normalmente se acude a una serie de indicadores objetivos[2654] que dan lugar a la prueba indiciaria.

La problemática de la vencibilidad o invencibilidad del error solo surge luego y como consecuencia de que se ha constatado la existencia de un error; de tal manera que si no se ha verificado el mismo de nada vale comprobar si el error es vencible o invencible[2655]. Por tanto, hay que distinguir los problemas de prueba del error de los problemas de acreditación y la evitabilidad o no de dicho error.

56. En el proceso penal las causas de justificación y de inculpabilidad también deben ser acreditadas[2656] por todos los medios de prueba permitidos, pues no basta solo invocarlas o hacer una referencia genérica.

Por ello, cuando hay duda e incertidumbre significativa sobre la concurrencia o no de una causa de justificación[2657] (*v. gr.*, legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio legítimo de un derecho, de un cargo, profesión u oficio, consentimiento del ofendido, etc.) o una causa de inculpabilidad (estado de necesidad, miedo insuperable, coacción, error de prohibición, etc.) se debe terminar por absolver al imputado de los cargos formulados[2658]. Por tanto, la falta de certidumbre del presupuesto fáctico de una causa de justificación debe conducir a aplicar el *in*

2654 Véase, Bacigalupo, *Derecho penal. PG*, cit., p. 414; García Cavero, Percy, *Derecho penal. PG*, 2a. ed., Lima, Jurista, 2012, p. 524.

2655 Cfr. Bacigalupo, *Derecho penal. PG*, cit., p. 413.

2656 Cfr. Tiedemann, Klaus, *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho penal europeo*, en *Revista Penal*, N.º 3, 1999, p. 80; Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 215; Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, cit., p. 41.

2657 Cfr. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 303, p. 204; Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 215; Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 218. Sin embargo, con referencias a la jurisprudencia colombiana que exige que la prueba de las causas de justificación no debe dar lugar a la duda de su existencia: Parra Quijano, Jairo, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y principio de integración*, en *Derecho penal y Criminología*, N.º 68, vol. 21, 2000, p. 108.

2658 Cfr. Frister, *Derecho penal. PG*, cit., 3/33, p. 88; Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 303, p. 204; Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 215; Illuminati, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 6; Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 437; Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, pp. 218 y 220; Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, pp. 219 y 249. En contra en la doctrina argentina: Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 500: "la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia, en cambio, la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación".

dubio pro reo; de tal modo que no se justifica la expedición de una sentencia condenatoria. En buena cuenta la duda razonable sobre la concurrencia o no de una causa de justificación debe favorecer al imputado, no debe perjudicarlo. Basta que haya duda razonable sobre la concurrencia de un elemento esencial de una causa de justificación para que se aplique el principio del *in dubio pro reo*; por ejemplo, si hay duda razonable sobre si hubo o no agresión ilegítima por parte de la víctima no se debe rechazar la aplicación de la eximente, sino más bien amparar la alegación de legítima defensa[2659]. Igual ocurre cuando hay duda sobre la necesidad de la defensa en el caso concreto.

La culpabilidad y los elementos que la integran (conocimiento de la antijuridicidad, la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, la ausencia de coacción) debe ser objeto de acreditación rigurosa en el proceso penal, ya sea cuando la defensa lo alega o fluye de los hechos que se discuten en el proceso penal (*v. gr.*, la psicosis en el parricidio, pedofilia en el abuso sexual de menores, entre otros); de tal manera que cuando hay una duda razonable sobre su concurrencia se debe estar a lo más favorable al imputado[2660]. Así, por ejemplo, si hay duda relevante sobre la concurrencia de un error de prohibición invencible o acerca de la plena capacidad penal se debe absolver al acusado o, por lo menos, analizar de manera explícita y motivada la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal. Por esa razón, lo que no es admisible es que la incertidumbre objetiva, que se contrasta y verifica, por ejemplo, con una actividad pericial (aunque sea de parte) no tenga ni surta algún valor probatorio a nivel de la sentencia penal y lleve a imponer una pena drástica, sin que se haya considerado siquiera la eventualidad de aplicar una atenuación y una rebaja sustancial del marco de pena.

57. En el derecho comparado es posible constatar una evolución paulatina en la comprensión de la presunción de inocencia y, en particular, del *in dubio pro reo* hacia la aplicación a los llamados elementos negativos del delito como son las causales de atipicidad objetiva, atipicidad subjetiva (error de tipo), una causal de justificación y una causal de inculpabilidad[2661]. Igual ocurre cuando solo se trata de causales de atenuación de responsabilidad y no de eximentes, *v. gr.*, legítima defensa imperfecta, la imputabilidad disminuida, error de tipo vencible o error de prohibición vencible.

2659 Cfr. Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 218, y la jurisprudencia costarricense allí citada.

2660 Cfr. Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 220.

2661 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 229; Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 219.

Un planteamiento como el que se sostiene no supone bajo algún aspecto que la acusación se encuentre sometida a una suerte de prueba diabólica en la que se tiene que probar y, además, refutar toda hipótesis imaginable que pueda plantearse en el proceso como condición para lograr un veredicto de culpabilidad del imputado[2662]. La acreditación y refutación por parte de la fiscalía de que en el caso concreto no concurre una causa de justificación o una causa de inculpabilidad está sometido racionalmente a tres exigencias: i) el hecho impeditivo debe ser alegado (explícita o implícitamente) por el imputado, la defensa o una de las partes en el proceso; ii) debe haber una situación fáctica que haga ver de manera razonable la posible concurrencia de un hecho impeditivo (coartada) o una causa de justificación (*v. gr.*, legítima defensa, estado de necesidad) o de inculpabilidad (*v. gr.*, miedo insuperable, coacción, error de prohibición vencible o invencible); y iii) debe haber una prueba adecuada, o por lo menos mínima, del hecho impeditivo que pueda dar lugar a su sustentación en el proceso penal.

La prueba plena o suficiente de los elementos constitutivos de un delito y la falta de alegación o la total ausencia de prueba de un hecho impeditivo supone normalmente la acreditación de la culpabilidad del sujeto. Sin embargo, la prueba insuficiente de los elementos constitutivos del delito o, incluso, la prueba insuficiente de los elementos impeditivos (*v. gr.*, legítima defensa) debe dar lugar a la absolución[2663].

Debe recordarse que la concurrencia de un hecho impeditivo del delito (*v. gr.*, causa de justificación o de inculpabilidad) no es una obligación probatoria o una carga que deba ser cubierta por el imputado o su defensa[2664]. Por mandato del artículo IV.2 del título preliminar y el artículo 61.2 del CPP, el Ministerio Público debe indagar "no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado".

58. La presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* incide también en el elemento de la punibilidad del delito[2665]. En dicha categoría se reúnen las condiciones ulteriores y externas al delito (injusto culpable) que pueden fundar, excluir o disminuir la oportunidad del castigo[2666]. La no punibilidad o el menor castigo se apoya en diversas razones de política criminal (*v. gr.*, razones de política criminal

2662 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 437.

2663 Cfr. Illuminati, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 5.

2664 Cfr. Illuminati, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 6.

2665 Cfr. Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 215; Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 216.

2666 Cfr. Marinucci, Giorgio y Emilio Dolcini, *Corso di diritto penale*, 3a. ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 652; Cocco, Giovanni, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, pp. 11 y ss.

estricta, de política de clemencia, de razones de conservar la unidad familiar o de mantener la política internacional)[2667].

En efecto, se debe aplicar la regla de juicio de la presunción de inocencia cuando la duda razonable recae sobre la concurrencia o no de una condición objetiva de punibilidad o de una excusa absolutoria[2668]. Además, se comprende aquí los casos de amnistía, indulto o los problemas de competencia en los que hay duda sobre su concurrencia o no en el caso concreto[2669]. Esta posición se adopta por ser la más compatible con el principio *favor rei*, pese a que un sector doctrinal sostiene que cuando se invoca la duda sobre la aplicación de una causa de procedibilidad o de una causa de extinción del delito no está en juego si una persona es inocente, sino que lo que se busca impedir es que su culpabilidad sea declarada o establecida[2670].

El principio del *in dubio pro reo* se aplica también a los presupuestos procesales[2671] y de manera general a lo que en nuestra legislación se conoce con el nombre de causas de extinción de la acción penal (art. 78). Se considera que cuando no hay seguridad acerca de la concurrencia de los presupuestos procesales el proceso debe declararse inadmisible, pues de lo contrario sería incompatible con la seguridad jurídica[2672].

Así, por ejemplo, en los casos de prescripción de la acción penal cuando no se puede determinar con la suficiente certeza si el delito ha prescrito; o no se sabe con seguridad la existencia de un hecho que interrumpe o suspende la prescripción, cabe aplicar el *in dubio pro reo*[2673], debiéndose archivar definitivamente el proceso. Si la duda razonable afecta, por ejemplo, el día exacto en el que se había cometido el hecho y, por tanto, hay incertidumbre desde cuando comienza a computarse el plazo de la prescripción, ha de aplicarse el in dubio pro reo[2674]. Lo mismo ocurre en aquellos casos en los que no se conoce la fecha de la última acción que forma parte del íter del delito continuado.

2667 Cfr. Marinucci/Dolcini, *Manuale di diritto penale* [PG], cit., 2017, p. 425.

2668 Cfr. Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 221.

2669 Cfr. Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 227.

2670 Véase, Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 440.

2671 Cfr. Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, cit., T. I, p. 215; Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 177, p. 118. De modo distinto: Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., 2004, p. 217.

2672 Cfr. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, n.º 177, p. 118.

2673 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 499; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 226; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2015, p. 119.

2674 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 226.

La solución de este problema —que en la práctica es muy frecuente— depende de la postura que se adopte acerca del significado y valor respecto al contenido y límites del *in dubio pro reo*. Si se considera que el principio tiene exclusivamente una vinculación con el principio jurídico penal del hecho propio y solo es el reverso del principio de culpabilidad, la única conclusión posible es que se niegue su aplicación en estos casos, pues aquí la responsabilidad del acusado no es incierta, sino solo su perseguibilidad; en cambio, si se concibe al principio como exigencia propia de un Estado de derecho —que erige como su baluarte más importante a la dignidad de la persona humana— no debe haber mayor discrepancia respecto a que también la duda sobre si concurre una causa de extinción de la acción penal o cualquier presupuesto procesal debe valorarse de manera favorable al acusado, pues no se sabe con certeza si el delito todavía está sujeto a la persecución estatal[2675].

La concepción democrática de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo* exigen que nadie pueda ser condenado cuando exista duda sobre si un hecho cae dentro de los alcances del principio de legalidad material o sobre los requisitos del principio de legalidad procesal como la concurrencia de los presupuestos procesales que impiden el procesamiento o la continuación del mismo. Así pues, toda duda razonable sobre los alcances de una causal de extinción de la acción penal o cualquier presupuesto procesal debe resolverse en lo más favorable al reo: sobreseimiento o absolución[2676].

59. La duda sobre la concurrencia o no de los presupuestos fácticos de una causal de la determinación e individualización judicial de la pena (*v. gr.*, reincidencia, situación económica, móvil, reparación del delito, etc.) debe ser también resuelto a la luz de la regla del *in dubio pro reo*[2677]. Si no existe certeza más allá de una duda razonable acerca de su concurrencia y dicha circunstancia perjudica al agravar la pena debe aplicarse el in dubio[2678]. Se recuerda que el artículo 156.1 del CPP prescribe que "son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la **determinación de la pena o medida de seguridad**, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito". Igual ocurre con la concurrencia de los elementos de la condena condicional o los requisitos de la ejecución suspendida de la pena[2679].

2675 Véase, Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 113; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2015, p. 119.

2676 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., pp. 226 y 227.

2677 Cfr. Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 222; Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 500.

2678 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 500.

2679 Cfr. Llobet Rodríguez, *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 222.

La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella decisión que debe adoptar un juez penal para asignar el quantum de la pena. En la doctrina también recibe otras denominaciones, como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena[2680].

La función de la determinación judicial de la pena radica en identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, por lo tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales[2681].

C. La duda razonable y las garantías mínimas del debido proceso. El caso de la prueba prohibida

60. En el proceso penal la decisión de condena más allá de una duda razonable como garantía de la presunción de inocencia se extiende también a los casos en los que exista incertidumbre acerca de la infracción de reglas del proceso (*garantías mínimas del debido proceso*) como cuando el acusado impugna el procedimiento argumentando que la declaración policial o instructiva le ha sido tomada por la fuerza o apelando a medios ilícitos (coacción, engaño, cansancio, etc.), dado que esto último tiene valor en la medida que se destaca la importancia que ejerce la libre voluntad de decisión del imputado que presta la declaración[2682].

Un sector importante de la doctrina procesal penal postula que los alcances del *in dubio pro reo* se deben extender a los casos en los que hay dudas acerca de si concurre o no un caso de prueba ilícita por violación de algún derecho fundamental (art. VIII del CPP). Si no se ha establecido de manera fidedigna y clara, luego de la investigación correspondiente, la existencia de la prueba ilícita y, por ello, queda una duda razonable de que posiblemente haya ocurrido una violación de un derecho fundamental, se considera que debe extenderse la aplicación del *in dubio pro reo*; de tal manera que la prueba debe ser excluida por ilegítima[2683]. En un Estado constitucional la obtención de la prueba y su incorporación al proceso

2680 Cfr. Talavera Elguera, Pablo, *La sentencia penal en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima, GTZ, 2010, pássim.

2681 Cfr. Prado Saldarriaga, Víctor, *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal*, Lima, Idemsa, 2009, pássim.

2682 Por todos, Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 114; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 229.

2683 Cfr. Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 231; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 229: "Ejemplo: si un acusado alega que fue coaccionado durante su declaración, y tras valorar la prueba al respecto, el juzgado duda sobre la concurrencia o no de este extremo, lo único correcto es, *pro reo*, considerarlo probado".

debe producirse a través de medios y procedimientos legítimos, sin que se socave y afecte el núcleo de los derechos fundamentales involucrados (*v. gr.*, intimidad, domicilio, secreto de la correspondencia, integridad corporal). En tal sentido, si dentro del proceso penal se detecta alguna violación a un derecho fundamental, en especial, en la producción de la actividad probatoria, no es necesario alcanzar la total certidumbre para lograr la exclusión de dicho material probatorio porque basta que haya una duda razonable.

En estos casos concurren de manera complementaria el principio *pro hominem*[2684], el principio de la máxima eficacia[2685] y efectividad[2686] de los derechos fundamentales junto al principio del *in dubio pro reo* que plantea la exclusión de la prueba estimada como ilícita en los supuestos en los que existe incertidumbre acerca de si la prueba es ilegítima o no. La protección reforzada y especial de los derechos fundamentales obliga a considerar como ilícita todo acto o medio de prueba que afecta su contenido esencial en los casos en los que existe duda.

Así pues, estamos ante un supuesto de duda razonable no solo cuando el imputado sostiene haber declarado bajo presión o coacción, sino también cuando se alega y hay una evidencia razonable que al imputado antes de declarar no se le informó de sus derechos básicos, *v. gr.*, el derecho a contar con un abogado defensor o el derecho a guardar silencio. En efecto, se aplica la duda razonable cuando no es claro si se ha producido una instrucción informativa por escrito al imputado respecto al ejercicio de sus derechos de defensa o a guardar silencio[2687], el cual el funcionario afirma, pero el imputado y su defensa niegan. El juez de garantías, para garantizar la vigencia y efectividad de los derechos humanos, puede realizar indagaciones de oficio a fin de determinar si se ha violado o no los derechos de la persona y puede declarar su ilicitud si luego del despliegue de la investigación no ha salido de la incertidumbre[2688].

2684 Véase, Henderson, Humberto, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 39, San José de Costa Rica, 2004, pp. 220 y ss.; Pinto, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997, pp. 163-171; Montoya Chávez, Víctorhugo y Raúl Feijóo Cambiaso, *El rango de los tratados sobre derechos humanos*, en *Ius et Veritas*, N.º 50, Lima, 2015, pp. 341 y ss.

2685 Cfr. Sarlet, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 219.

2686 Cfr. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1224; Sarlet, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 219; Bulos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 461.

2687 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 46/63, p. 576.

2688 Cfr. Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 231.

El Tribunal Supremo español analizó un caso de allanamiento (diligencia de entrada y registro) que se practicó antes de la expedición del mandato judicial de manera y sin que se hayan excluido todas las dudas del supuesto acto ilegal, en el cual se reprochó el hecho de que "el Tribunal a quo dice que la discrepancia de las horas puede ser consecuencia de un error, pero al afirmar solo una posibilidad, no excluye otras posibilidades y, sobre todo, no excluye en modo alguno que la afirmada por la recurrente y que viene a coincidir con las constancias obrantes en autos sea veraz. Por el contrario, la Audiencia hace prevalecer una suposición que es la más perjudicial para la acusada, vulnerando de esa manera el principio *in dubio pro reo*. A mayor abundamiento se puede agregar que si el razonamiento de la Audiencia fuera correcto es evidente que toda irregularidad procesal podría ser consecuencia de un error. Pero lo importante no es la fuente de la irregularidad, sino las consecuencias que ella puede tener en la legitimidad del proceso" (STS 184/1995 del 26 de octubre de 1996). Se recordó que el TS español ha sostenido repetidamente que "cuando el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptan la versión más perjudicial al mismo, vulneran el principio *in dubio pro reo*, que —según la STC 30/81— está garantizado constitucionalmente como uno de los elementos de un proceso con todas las garantías en el art. 24 CE" (STS 184/1995 del 26 de octubre de 1996).

Por otro lado, distinto es el caso si es que se pretende aplicar una regla de excepción a la prueba ilícita (*v. gr.*, descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, etc.). En los supuestos de incertidumbre de aplicación de las excepciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita, no aplica ni prospera el *in dubio pro reo*[2689].

En cualquier caso en el que se discuta la aplicación del *in dubio pro reo* en el marco de una situación de la prueba prohibida es necesario que haya una situación real de incertidumbre, pues no basta la invocación de una tortura, de coacción, de una falta de información de los derechos a guardar silencio y a contar con un abogado defensor. Es indispensable que haya hechos y pruebas que justifiquen razonablemente una situación objetiva de duda, *v. gr.*, la atención médica que recibió, la declaración de familiares o amigos, del personal policial, etc.

Desde el punto de vista constitucional, no es justo fundamentar una condena —y, en general, una sentencia— en medios probatorios de dudosa legitimidad constitucional y legal[2690].

2689 Cfr. Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, cit., pp. 170 y ss.; Guerrero Peralta, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, cit., 2009, p. 231.

2690 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 46/63, p. 576.

61. También, se aplica el *in dubio pro reo* en materia procesal en los casos en que se discute la vigencia del derecho al recurso, por ejemplo, cuando hay duda acerca del tiempo real de la notificación de la resolución cuestionada[2691]; es decir, si no hay certeza acerca del acto concreto de notificación no puede entenderse que media una notificación válida y que el plazo del recurso comienza a correr.

Una decisión justa no puede lograrse sin la determinación adecuada de la verdad de los enunciados fácticos, de la correcta aplicación del derecho material y sin el respeto a las garantías mínimas del debido proceso. 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*[2692]. 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 c. Perú** del 6 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".

D. La duda razonable en la prisión provisional

62. Uno de los temas más problemáticos y discutibles en la prisión provisional es determinar si los alcances del *in dubio pro reo* se pueden aplicar en el ámbito de esta medida cautelar[2693] y también en el contexto de otras medidas cautelares.

Un primer planteamiento considera que el *in dubio pro reo* solo es aplicable en la etapa final del proceso, luego de la evaluación racional de la prueba; de tal manera que es errado sostener que se pueda extender a decisiones anteriores a la sentencia como es el caso de las medidas cautelares, *v. gr.*, prisión provisional. Se estima, por ejemplo, que un principio que opera luego de la valoración de la prueba no es

2691 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., pp. 227 y ss.

2692 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.

2693 Véase, Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, pp. 115 y ss.; Sanguiné, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 488; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 220; Rusconi, *Principio de inocencia e "in dubio pro reo*, cit., pp. 50 y ss.

aplicable a cuestiones de pronóstico porque ellas, por definición, son hipótesis[2694]. En el caso de los graves y fundados elementos de convicción (o los graves indicios de criminalidad) se plantea que en la medida que en ellos es exigible una creencia o unos indicios, las dudas son intrínsecas a tales conceptos[2695].

Solo se considera posible extender la aplicación del *in dubio pro reo* en los casos del peligro procesal y, en concreto, en los datos fácticos que están en la base de los enunciados de una medida cautelar como la prisión provisional; de tal manera que se extiende a las dudas que el juzgador pueda tener sobre los hechos que sustentan un pronóstico, por ejemplo, de si la persona tiene más o menos arraigo[2696].

Un segundo planteamiento al que nos afiliamos estima que la duda relevante y la incertidumbre esencial de si se está o no ante un elemento grave de juicio no puede ser resuelto en contra de la libertad personal y, por tanto, no puede sustentar una prisión provisional. La duda relevante sobre si un elemento de prueba es grave (cualificado) o fundado debe llevar a la aplicación del *in dubio pro reo*. Incluso, hay quienes sostienen que excluir la regla de la decisión más allá de una duda razonable en materia cautelar supone una operación cultural fuertemente regresiva, además de que se debilita gravemente la garantía y la función cognitiva del proceso, alimentando el riesgo del decisionismo y la prevalencia de la función voluntarista respecto a la función cognoscitiva[2697].

Se apunta que la duda sobre cualquier aspecto relacionado a los requisitos legales y presupuestos materiales de la prisión provisional ha de resolverse en favor de la libertad personal[2698].

Por ejemplo, si hay una probabilidad de que un elemento de juicio haya sido obtenido con la violación de un derecho fundamental (*v. gr.*, intimidad, salud, secreto de las comunicaciones, etc.), dicha evidencia no puede ser utilizada como parte del acervo probatorio legítimo capaz de fundamentar la prisión provisional.

Asimismo, en la doctrina se considera que cuando subsiste la duda acerca de la concurrencia o no de un obstáculo procesal que impide la persecución penal (*v.*

2694 Al respecto, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 220.

2695 Así: Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 221.

2696 Véase, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 221.

2697 Por todos, Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, pp. 115 y ss.

2698 Cfr. Sanguiné, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, cit., p. 488.

gr., prescripción) o si hay duda sobre si ha operado una causal de extinción de la acción penal (*v. gr.*, amnistía, indulto) no debe dictarse la prisión provisional[2699].

La necesidad de aplicar el *in dubio pro reo* en el ámbito de la prisión provisional es mayor cuando las dudas y la situación de incertidumbre recae en cualquiera de las formas del peligro procesal: riesgo de fuga o riesgo de obstaculización y que constituye el fundamento material de esta medida cautelar. Si bien el peligro procesal es una entidad graduable y si se parte por aceptar que el peligro procesal, propio de la prisión provisional, debe ser un peligro procesal **real, grave e inminente**[2700], cualquier hecho objetivo o elemento de convicción que ponga en cuestión, por ejemplo, la gravedad o la inminencia del peligro procesal debe ser resuelto a favor de la libertad del imputado, excluyéndose su concurrencia.

E. La duda razonable sobre la fiabilidad y la calidad de la prueba

63. Uno de los aspectos cruciales de la presunción de inocencia es la exigencia de que la prueba de cargo sea suficiente, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, si es que se pretende dictar una sentencia condenatoria. Relacionado a ello es la problemática de la fiabilidad (y calidad) de la prueba de cargo si es que pretende sustentar y justificar una sentencia que afecte, prive o limite derechos fundamentales. El *in dubio pro reo* se extiende también a los casos en los que existe dudas sobre la fiabilidad de un medio de prueba que, por ejemplo, ocupa un lugar central en la construcción de la prueba de cargo[2701].

Ello ocurre con el caso de las pruebas escasamente fiables o el caso de los órganos de prueba que tienen un interés directo en el resultado del proceso, ya que, si bien como medio de prueba se pueden admitir al proceso y se pueden actuar en juicio, al momento de realizar su ponderación se debe tomar las debidas precauciones dada su escasa confiabilidad.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la garantía de presunción de inocencia exige, para que se enerve legítimamente, prueba legal, **fiable**, corroborada y suficiente[2702]. La prueba fiable es aquella que permite incorporar elementos

2699 Cfr. Llobet Rodríguez, *Prisión preventiva. Límites constitucionales*, cit., p. 188.

2700 Ampliamente: Castillo Alva, José Luis, *La presunción de inocencia como regla de tratamiento*, Lima, Ideas, 2017, pássim.

2701 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 229, nota 53.

2702 Véase, el R. N. N.º 2275-2014 del 4 de julio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

sólidos con gran nivel de verosimilitud acerca de lo que se enuncia[2703]. Asimismo, la Corte Suprema subraya que en sede casatoria: "Es del caso esclarecer, de un lado, las reglas de prueba referidas a la suficiencia y de corroboración, más aún cuando se trata de declaraciones escasamente fiables, que integran la garantía de presunción de inocencia. De otro lado, es menester examinar la corrección de la motivación de la sentencia en el ámbito de la construcción de la prueba indiciaria"[2704]. El derecho a la presunción de inocencia prohíbe que un órgano jurisdiccional se convenza de la participación de un sujeto en una actividad delictiva fundándose en una prueba que es endeble o poco fiable[2705].

En este sentido, uno de los casos emblemáticos es la declaración del coimputado (colaborador eficaz, el arrepentido, etc.) a quien se le asigna una escasa confiabilidad y credibilidad. Al respecto, por ejemplo, la Corte IDH ha señalado: "La limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un coimputado, más allá de su contenido específico, cuando es la única prueba en la que se fundamenta una decisión de condena, pues objetivamente no sería suficiente por si sola para desvirtuar la presunción de inocencia. Por lo tanto, fundar una condena sobre la base de una declaración de un coimputado sin que existan otros elementos de corroboración vulneraría la presunción de inocencia"[2706].

El TEDH destaca que las declaraciones de los coacusados deben estar sujetas a un mayor grado de control, tanto en su admisibilidad, confianza y evaluación debido a que la posición en la que los coacusados se encuentran al prestar declaración es diferente de la de los testigos ordinarios[2707]. Por ejemplo, debe tomarse en cuenta que normalmente un coacusado declara sin haber sido puesto bajo juramento; es decir, sin ningún tipo de control acerca de la verdad de sus declaraciones y que lo

2703 Casación N.º 603-2015 del 1 de setiembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

2704 Auto de calificación de la Casación N.º 603-2015 del 22 de enero del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

2705 Véase, Gascón Inchausti, Fernando, *Valoración de las declaraciones de coimputados y control en casación de la presunción de inocencia*, en *Tribunales de Justicia*, núm. 1, 2000, pp. 87 y ss.; Vega Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 161 y ss.

2706 **Ruano Torres y otros c. El Salvador**, 5 de octubre del 2015, párr. 133: "Más allá de la compatibilidad de instituciones que buscan la colaboración de ciertos implicados con la parte acusadora a cambio de determinadas contraprestaciones —como la del colaborador eficaz, el arrepentido o en este caso de prescindir de la persecución penal de uno de los partícipes cuando haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave— con la Convención Americana, lo que no fue planteado en el presente caso".

2707 Romanov c. Rusia, 24 de julio de 2008, párr. 102; Pichugin c. Rusia, 23 de octubre de 2012, párr. 199; Melnikov c. Rusia, 14 de enero del 2010, párr. 75; Aleksandr Valeryevich Kazakov c. Rusia, 4 de diciembre del 2014, párr. 35; Karpenko c. Rusia, 13 de marzo de 2012, párr. 66.

pueden exponer al peligro de persecución penal y castigo por hacer declaraciones falsas intencionalmente[2708]. Dicha circunstancia, al no activarse alguna consecuencia jurídica en su contra, puede registrar un impacto favorable en la fuerza de su testimonio. Por ello, un juez debe tener claro que la manifestación de culpabilidad por parte de los coacusados, como tal, no demuestra que el otro acusado estaba implicado en ese crimen[2709].

Asimismo, el coacusado posee un interés relevante en el resultado del caso[2710] a diferencia del testigo que normalmente es neutral e imparcial frente a los hechos. La sindicación de un cómplice o, en general, de un interviniente en el delito, no puede ser considerada como prueba válida y suficiente para sustentar una sentencia condenatoria[2711].

En tal sentido, se sienta la doctrina de que cuando una declaración puede servir en un grado importante como base para el dictado de una condena, con independencia de que dicha declaración fuera hecha por un testigo en el sentido estricto o por un coacusado, se aplican las garantías propias del proceso justo y en especial el derecho a interrogar los testigos, el cual se interpreta como un derecho amplio[2712].

64. La escasa fiabilidad de la prueba actuada en el proceso puede generar la expedición de una sentencia absolutoria al amparo de una duda razonable. Por otro lado, si hay prueba de cargo, pero la misma es de baja calidad epistemológica, la prueba se encuentra desacreditada y profundamente cuestionada (*v. gr.*, por el ofrecimiento y actuación de la prueba de segundo orden) o intrínsecamente la información aportada es de baja calidad, no es posible en dichas condiciones dictar una sentencia condenatoria.

Por ejemplo, vale tomar en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo español que absolvió a una persona condenada en primera instancia por tráfico de drogas y cuyo fallo se basó únicamente en la declaración de un coimputado, cuando además

2708 TEDH Casos: Pichugin c. Rusia, 23 de octubre de 2012, párr. 199; Trofimov c. Rusia, 4 de diciembre del 2008, párr. 37; Aleksandr Valeryevich Kazakov c. Rusia, 4 de diciembre del 2014, párr. 35; Melnikov c. Rusia, 14 de enero del 2010, párr. 75.

2709 TEDH Casos: Romanov c. Rusia, 24 de julio de 2008, párr. 102; Aleksandr Valeryevich Kazakov c. Rusia, 4 de diciembre del 2014, párr. 35.

2710 TEDH Casos: Trofimov c. Rusia, 4 de diciembre del 2008, párr. 37; Karpenko c. Rusia, 13 de marzo de 2012, párr. 69; Andandonskiy c. Rusia, 28 de septiembre 2006, párr. 52.

2711 TEDH Casos: Aleksandr Valeryevich Kazakov c. Rusia, 4 de diciembre del 2014, párr. 35; Karpenko c. Rusia, 13 de marzo de 2012, párr. 66; Romanov c. Rusia, 24 de julio de 2008, párr. 102.

2712 TEDH Casos: Kaste y Mathisen c. Noruega, 9 de noviembre del 2006, párr. 53; Craxi c. Italia, 5 de diciembre del 2002, párr. 88; Lucà c. Italia del 27 de febrero del 2001, párr. 39; VIDAL c. Bélgica, 22 de abril de 1992, párr. 33. De manera distinta: Peltonen c. Finlandia, 11 de mayo de 1999; Erdem c. Alemania, del 9 de diciembre de 1999.

había fundadas sospechas de que su actuación pudo estar movida por un deseo de obtener un trato favorable[2713]. La doctrina procesal española que comentó la sentencia respaldó su planteamiento y conclusión señalando que "con ello, se pone de relieve que cualquier género de cuestión fáctica que resulte dudosa —aunque no se refiera directamente a los hechos que integran la infracción enjuiciada, o a las causas de justificación, exoneración o atenuación alegadas por la defensa— debe recibir la aplicación del principio *in dubio pro reo*; y es que, en realidad, todo hecho discutido en un proceso penal es, en mayor o menor medida, susceptible de beneficiar o de perjudicar a la posición del acusado"[2714].

De igual forma, en el caso de la imputación por enriquecimiento ilícito por cobrar dietas sin haber asistido a las sesiones, se determinó la absolución de los cargos por considerar que no había prueba suficiente para condenar tanto más si los imputados (regidores) señalaron insistentemente que cumplieron con asistir a las sesiones del Concejo y, además, criticaron el informe del secretario del concejo alegando una manifiesta enemistad con él al haberlo cuestionado funcionalmente[2715].

2713 Sentencia de 22 de enero de 1999 (Recurso n.º 1355/1997). Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria (delitos contra la salud pública). Magistrado Ponente: Giménez García.

2714 Véase, Gascón Inchausti, *Valoración de las declaraciones de coimputados y control en casación de la presunción de inocencia*, cit., pp. 87 y ss.: "En el caso objeto de la presente sentencia concurrían en la declaración del coimputado —al menos en cuanto afectaba a una de las acusadas— todos los elementos que, a juicio de la jurisprudencia, la convertían en poco fiable y, por tanto, en imposible de ser valorada y sin capacidad para destruir la presunción de inocencia. De un lado, era el único elemento del que se podía deducir su participación en el delito, sin que estuviera corroborado por ninguna otra de las pruebas practicadas en el juicio; además, se apreciaba en él la concurrencia de una circunstancia que hacía dudar de su intencionalidad: el ánimo autoexculpatorio, ante la posible promesa por el Ministerio Fiscal de un trato favorable (que se materializó de modo efectivo). Por otra parte, resulta especialmente interesante la importante extensión que hace la sentencia comentada (al final del F.J. 2º) sobre el ámbito de aplicación del principio *in dubio pro reo*: en efecto, parece que el ánimo de autoexculparse que concurría en el coimputado ha quedado en el terreno de lo dudoso, de lo incierto, pues el presidente del Tribunal no admitió una pregunta al coimputado consistente en si había llegado a un acuerdo con el Ministerio Fiscal para que le rebajaran la pena. La pregunta, al no ser admitida, quedó sin respuesta; sin embargo, debería haber sembrado en el juzgador la duda acerca de la sinceridad del sujeto, es decir, acerca de uno de los elementos que expresamente se han declarado como invalidantes del testimonio del coimputado. Y, ante la duda, entiende el Tribunal Supremo que debe optarse por la solución que más beneficia al reo, que no es otra que considerar que concurre el ánimo autoexculpatorio, es decir, la circunstancia invalidante; consecuencia de ello será, por tanto, la no valorabilidad de la declaración incriminatoria del coimputado ('...bastando solo el juicio de sospecha en la posible existencia de tales "intereses" en el coimputado tendente —en el presente caso— a obtener una atenuación de la responsabilidad penal solicitada por el Ministerio Fiscal, para que deba rechazarse todo su testimonio... la sola apariencia de interés espurio impide que pueda ser valorado el testimonio, ni menos que se pueda extraer de él certeza alguna relevante penalmente')".

2715 Véase, el R. N. N.º 2940-2003 el 4 de octubre del 2005 de la Sala Penal Permanente.

X. LA OBLIGATORIA REFUTACIÓN DE LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA PROPUESTA POR LAS PARTES

65. En la doctrina hay acuerdo en sostener que cualquier propuesta de estándar probatorio al final del proceso penal debe cumplir con refutar la hipótesis alternativa propuesta por cualquiera de las partes a través de los medios de prueba disponibles[2716]. En buena cuenta el estándar de prueba en el proceso penal implica[2717] lo siguiente:

(i) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente; de tal modo que los medios de prueba ofrecidos y actuados en el proceso deben confirmar los elementos constitutivos del delito en su faz objetiva y subjetiva.

(ii) Debe haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia o la posición de defensa adoptada por el imputado, siendo excluidas las hipótesis *ad hoc*.

Para el análisis de la hipótesis alternativa nos remitimos al capítulo VII de la presente obra.

2716 Véase, Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 36; Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 209 y ss.; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 147 y ss.; González Lagier, Daniel, *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2020, p. 84: "La hipótesis no debe haber sido refutada ni directa (no debe quedar probado un hecho incompatible con la hipótesis) ni indirectamente (no deben quedar refutadas las hipótesis que serían verdaderas si se acepta como verdadera la hipótesis principal)", aunque luego matiza la relevancia de refutar la hipótesis alternativa (p. 95); Accatino Scagliotti, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, cit., p. 508: "Las hipótesis alternativas que es necesario refutar o eliminar son las hipótesis plausibles a la luz de los actuales conocimientos generales acerca del mundo y de los datos disponibles sobre el caso, que no se presenten como hipótesis *ad hoc*, esto es, como hipótesis diseñadas especialmente para dar cuenta de las pruebas disponibles y para no estar expuestas a eliminación o refutación (como ocurre, por ejemplo, con la hipótesis de un complot)"; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., pp. 235 y ss.; Badaró, *Processo penal*, cit., 2022, pp. 484 y ss.

2717 Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 209.

CAPÍTULO XIII

EL MODELO LEGAL DE LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA

SUMARIO: I. Racionalidad y prueba. La concepción racional de la prueba. **II.** El modelo legal de la evaluación de la prueba: la sana crítica. II.1. La sana crítica en el derecho comparado. Los modelos de regulación. II.2. La sana crítica en el CPP peruano. II.3. La sana crítica: sentido y límites. II.4. El libre convencimiento y la sana crítica. II.5. Las limitaciones legales a la sana crítica en el CPP. II.6. La sana crítica y la jurisprudencia de la Corte Suprema de la justicia. **III.** Las reglas de la sana crítica. III.1. Las reglas de la lógica. A. La importancia de la lógica en la decisión sobre los hechos. B. La lógica en el análisis de la prueba. C. Los principios lógicos más frecuentes en la argumentación de los hechos. D. Los vicios lógicos de las decisiones judiciales. III.2. Las reglas de la ciencia. A. La importancia de la prueba científica. B. Ciencia y proceso. C. La prueba científica. D. La prueba científica y el control crítico del juez. E. La Corte Suprema de Justicia y un ejemplo de control de la prueba científica. III.3. Las máximas de la experiencia. A. La regulación normativa. B. La determinación de las máximas de la experiencia. Su individualización y especificidad. C. Alcance. D. La normativización de las máximas de la experiencia. E. La elección (no arbitraria) de la máxima de la experiencia. F. Las máximas de la experiencia y la motivación de las resoluciones judiciales. G. Las máximas de la experiencia no pueden suplir la falta de prueba sin quebrantar la presunción de inocencia. H. Las máximas de la experiencia y las conjeturas. **IV.** La motivación de los "resultados obtenidos y los criterios adoptados" en la evaluación de la prueba. IV.1. Los criterios adoptados y los resultados obtenidos. IV.2. La motivación de los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

I. RACIONALIDAD Y PRUEBA. LA CONCEPCIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

1. El artículo 158.1 del CPP regula una disposición general sobre evaluación de la prueba al considerar 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". Asimismo, el artículo 393.2 del CPP prescribe lo siguiente: "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".

Todo análisis de la prueba, en cualquier etapa del proceso penal, debe cumplir con las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia. Se trata de pautas que forman parte de la infraestructura racional de la formación de la decisión judicial[2718] y, en particular, de la evaluación y decisión sobre los hechos probados.

El CPP ha impuesto la necesidad de respetar los criterios de racionalidad empírica (reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia) y los de la justificación de la evaluación de la prueba. Ambos aspectos se consideran estrechamente vinculados y pertenecen, de manera relevante, a la concepción racional de la prueba que se sostiene a nivel de la epistemología, de la filosofía del derecho y la ciencia procesal[2719].

2. La palabra *racionalidad* es polisémica. Por ejemplo, Bunge distingue doce conceptos de racionalidad[2720].

2718 Véase, Bacigalupo, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*, cit., p. 29.

2719 Cfr. Taruffo, Michele, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en *Consideraciones sobre la prueba judicial*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 17; Bayón Mohíno, *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, cit., p. 8; Igartua Salaverria, *Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, "in dubio pro reo"*, cit., p. 466: "ambos imperativos (el de respetar la racionalidad empírica y el de motivar la valoración de las pruebas) se condicionan recíprocamente; pues ¿de qué vale prescribir el respeto de cánones empíricos si luego no hay manera de verificar su seguimiento?; 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?".

2720 Cfr. Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, 3a. ed., México, Siglo XXI, 2005, p. 178; Mosterín, Jesús, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, Barcelona, Gedisa, 2013, p. 79 quien distingue por lo menos cinco sentidos de racionalidad.

La racionalidad consiste en el uso apropiado de la razón para elegir de la mejor manera posible. Ella opera cuando una persona se encuentra en una situación en que debe decidir qué hacer o cuando se enfrenta con una elección[2721]. Los problemas de la racionalidad (o de la decisión racional) solo se plantean en situaciones de alguna indeterminación e incertidumbre, en las que el agente cuenta con un margen de maniobra, en las que puede elegir cursos de acción alternativos[2722]. Las personas racionales deben ser libres y responsables a la hora de tomar decisiones[2723]. Los contextos en los que se mueve la razón, como condición de racionalidad[2724], son los de la razón cognoscitiva o de la creencia (relacionada con la aceptación o soporte de tesis o posiciones), la razón de la acción (¿qué actos se debe realizar?) y la razón de la evaluación (¿qué se debe valorar o desvalorar?[2725]. La capacidad para ser racional distingue a los hombres de los otros animales[2726].

La racionalidad supone tomar en cuenta criterios objetivos que no son otros que aquellos enunciados cuya pretensión de verdad no depende de puntos de vista personales. Los criterios objetivos se oponen a los criterios subjetivos que solo atienden a pautas de quien evalúa y que no toman en cuenta otros puntos de vista o intereses relevantes[2727].

2721 Cfr. Rescher, Nicholas, *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón* (Trad. de Susana Nuccetelli), Madrid, Tecnos, 1988, pp. 15 y 16; Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Barcelona, Debolsillo, 2000, p. 534: "la palabra *racional* suscita la idea de una gran deliberación, con más cálculo y menos pasión, pero, en el lenguaje común, una persona racional es una persona razonable".

2722 Cfr. Mosterín, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, cit., p. 81.

2723 Cfr. Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., p. 535.

2724 Cfr. Mosterín, Jesús, *Lo mejor posible: racionalidad y acción humana*, 3a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2008, p. 19: "Aquí nos interesa el uso que del adjetivo 'racional' hacemos cuando decimos de determinadas creencias, decisiones, acciones y conductas de los humanes que son racionales, y de otras, que no lo son. Es evidente que la racionalidad (en este sentido) presupone el uso de razón, que es una condición necesaria, pero no suficiente de ella".

2725 Cfr. Rescher, *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, cit., pp. 15 y 16.

2726 Cfr. Davidson, Donald, *Animales racionales*, en *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*, Madrid, Cátedra, 2003, pp. 141 y ss.; Nozick, Robert, *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 13 y 14: "La racionalidad nos dota del poder (potencial) para investigar y descubrir cualquier cosa y todas y cada una de las cosas; nos permite controlar y dirigir nuestra conducta a través de razones y de la utilización de principios. La racionalidad es, por ende, un componente crucial de la imagen que de sí propia tiene la especie humana, no simplemente una herramienta para ganar conocimiento o mejorar nuestras vidas y nuestra sociedad. Comprender nuestra racionalidad significa inteligir más profundamente nuestra naturaleza y nuestro estatus social —cualquiera que sea—. Los griegos vieron la racionalidad como algo independiente de la animalidad, no desde luego como resultado o culminación de la misma"; Rescher, *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, cit., p. 15.

2727 Cfr. Putnam, Hilary, *La importancia del conocimiento no-científico* (Trad. de Ángel García Rodríguez), en *Limbo*, 1997, N.º 2, 1997, p. 6.

Una persona actúa racionalmente cuando sus razones son buenas y convincentes. La racionalidad se vincula con la capacidad de dar cuenta, de explicar o justificar lo que uno decide o actúa[2728]; se trata de un rasgo individual y social que solamente tienen los que son capaces de comunicarse lingüísticamente[2729]. En la sociedad actual, el lenguaje común se ha especializado de distintas maneras con el fin de cubrir ciertos objetivos. Dicha especialización del lenguaje genera distintos *tipos de discurso*[2730]. La coherencia es una condición necesaria, pero no suficiente de la idea de racionalidad[2731]. Los criterios de racionalidad son un medio por el que podemos superarnos o por el cual moderamos nuestros propios deseos, esperanzas y sesgos particulares[2732]. La racionalidad requiere de buenas razones, lo cual no equivale necesariamente a tener un motivo[2733].

2728 Cfr. Rescher, *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, cit., p. 17: "la racionalidad tiene que ver con la conducción de nuestros asuntos con responsabilidad, o con el ser capaces de dar cuenta de las razones de lo que uno hace, de manera tal que permita a otros 'entender el objetivo' y hallar el sentido de nuestro proceder"; luego señala que "una creencia, una evaluación o una acción es, por tanto, racional si el agente puede presentar una narración con sentido mostrando que (y cómo) en tales circunstancias es razonable llegar a un resultado determinado, gracias a la óptima orientación hacia los fines adecuados" y que "quienes son racionales están *ex officio* en condiciones de presentar una justificación de las buenas razones por las que actúan"; finalmente señala que "en consecuencia, la racionalidad se apoya en la presentación de 'buenas razones': soy racional si lo que hago está gobernado por las correspondientes buenas razones, o en otras palabras, si en contextos cognoscitivos, prácticos y evaluativos procedo según razones convincentes para lo que hago" (p. 18); Habermas, Jürgen, *Fundamentos de la sociología según la teoría del lenguaje*, Barcelona, Paidós, 2011, p. 244 "Se comporta de forma racional con arreglo a fines el-agente que desde un horizonte de valores claramente articulado selecciona fines y, teniendo en cuenta los efectos colaterales o secundarios alternativos, organiza los medios apropiados".

2729 Cfr. Davidson, *Animales racionales*, cit., pp. 154 y ss.: "Para comprender el habla de otra persona debo ser capaz de pensar las mismas cosas que ella; debo compartir su mundo. No debo de estar de acuerdo con ella en todo, pero para estar en desacuerdo debo abrigar las mismas proposiciones, que traten de lo mismo, y tener el mismo concepto de verdad. La comunicación depende de que cada uno de quienes se comunican tengan, y piensen correctamente que el otro tiene, el concepto de un mundo compartido, un mundo intersubjetivo"; Mosterín, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, cit., p. 79, quien considera como el más débil sentido de racionalidad es el hecho de ser capaz de comunicarse mediante lenguaje.

2730 Cfr. Morris, Charles, *Signos, lenguaje y conducta* (Trad. de José Rovira Armengol), Buenos Aires, Losada, 1962, p. 135.

2731 Cfr. Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., p. 535.

2732 Cfr. Nozick, *La naturaleza de la racionalidad*, cit., p. 15; Russell, ¿Puede el hombre ser racional?, cit., p. 66: "una persona es racional en la medida que su inteligencia informa y regula sus deseos"; Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., p. 534: "en el habla cotidiana decimos que una persona es razonable si es posible razonar con ella, si sus creencias concuerdan por lo general con la realidad y sus preferencias están en consonancia con sus intereses y valores".

2733 Cfr. Rescher, *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, cit., p. 19.

Por su parte, irracional es aquello que denota impulsividad, emoción y la resistencia a los argumentos razonables[2734], así como también es irracional afirmar algo sobre lo cual no hay evidencia o negar algo que es evidente[2735].

La racionalidad importa, en buena cuenta, la capacidad de justificar las creencias respetando ciertos estándares y criterios, así como también el asumir la tolerancia y un espíritu crítico con las ideas y planteamientos discrepantes[2736]. La racionalidad no es una noción ahistórica, incondicional y permanente, pues depende en gran medida del contexto y la cultura de cada tiempo.

3. Según una extendida opinión, la racionalidad humana tiene, a grandes rasgos, dos aspectos centrales: **la racionalidad teórica y la racionalidad práctica**[2737].

La racionalidad teórica se define como el hábito de tomar en cuenta la principal y mejor evidencia para creer en algo. En caso de que no se pueda alcanzar una certidumbre, la persona racional dará más peso a la opinión más plausible y se decantará por los acontecimientos que tengan mayor probabilidad de ocurrir. Se ponderan aquí hechos, métodos, evidencias y probabilidades objetivas que, por ejemplo, pueden convencer a un grupo importante de personas. Las creencias se fundan en hechos y pruebas y no tanto en deseos, prejuicios y tradiciones. El racionalismo admite que existe un mundo objetivo en el que es posible conocer cabalmente determinados hechos y que en la predicción de ciertos acontecimientos solo es posible predicar un cierto grado de probabilidad.

La racionalidad, sin menospreciar los aspectos subjetivos, enfatiza y valora los hechos objetivos y los sucesos que ocurren el mundo. La discrepancia de criterio y opinión se resuelve de acuerdo a la evidencia disponible y en orden a los mejores argumentos; de otro modo, a las personas solo les quedaría el camino de resolver los problemas y controversias sobre la base de sofismas, propaganda, fuerza, riqueza o

2734 Cfr. Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., p. 535.

2735 Cfr. Russell, ¿Puede el hombre ser racional?, cit., p. 61.

2736 Cfr. Putnam, *La importancia del conocimiento no-científico*, cit., p. 6.

2737 Véase, Russell, ¿Puede el hombre ser racional?, cit., p. 59; Nozick, *La naturaleza de la racionalidad*, cit., pp. 183 y ss.: "la racionalidad instrumental no siempre tiene que ver con la consecución de alguna otra cosa, de alguna cosa completamente distinta. Y la racionalidad instrumental puede reconocer que el realizar una acción (o el haberla realizado) podría por sí mismo tener algún valor, un valor que (acaso con cierto esfuerzo) podría llegar a incluirse en lo que la acción misma produce"; Mosterín, *Lo mejor posible: racionalidad y acción humana*, cit., p. 20: "La racionalidad se predica, por un lado, de nuestras creencias y opiniones, es decir, de las ideas que aceptamos, y por otro, de nuestras decisiones, acciones y conducta, es decir, de las cosas que hacemos. Llamemos racionalidad teórica a la que se predica de creencias y opiniones, y racionalidad práctica, a la que se predica de decisiones, acciones y conducta. Y empecemos nuestra consideración por la primera de estas dos facetas de la racionalidad, es decir, por la teórica o creencial"; Mosterín, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, cit., pp. 85 y ss.

guerra. La contracara del racionalismo, el irracionalismo, se niega a creer que existe la razón o que hay simplemente hechos objetivos, y responde muchas veces a la necesidad de afirmar algo que no se puede apoyar en una determinada evidencia o simplemente niega algo manifiesto[2738].

Por su parte, la **racionalidad práctica** se puede definir como el hábito de recordar los principales deseos y prejuicios, y controlarlos, sin dejarse llevar por los motivos (egoístas o dañinos) que pueden primar en un determinado momento. La persona es racional en la medida que logra dirigir y canalizar sus deseos, y satisfacer las necesidades del modo más adecuado posible. Este tipo de racionalidad tiene que ver con la planificación y ejecución de ciertos comportamientos, tanto personales como sociales. Se trata de ordenar y ajustar los medios a ciertos fines y objetivos. La persona racional asumirá la prudencia y la justicia como patrones centrales de su comportamiento, así como evitará causar daños intencionales a otros[2739].

4. Las reglas de la evidencia o de la prueba pueden ser de dos clases: **reglas de la evidencia empírica** y **reglas de la evidencia jurídica**[2740]. Las reglas de la evidencia empírica son directivas, se trata de reglas aceptadas según el paradigma de las ciencias naturales (leyes científicas) o según las máximas de la experiencia. Por su parte, las reglas de la evidencia jurídica están dadas por el conjunto de prescripciones destinadas a regular la admisión de la prueba, actuación y la valoración de la prueba en un determinado proceso. En el derecho contemporáneo y, en especial, en los diversos ordenamientos jurídicos, es común encontrar reglas empíricas y reglas jurídicas.

La prueba puede y tiene que ser analizada desde distintos ángulos y perspectivas. El análisis jurídico del fenómeno probatorio es solo uno de los posibles puntos de vista. No es ni el único nivel de estudio ni es el mejor ni el que más se ajusta a la estructura de la evidencia. Para alcanzar una mejor comprensión, se debe remitir a otras áreas del pensamiento, ya que ellas se relacionan con problemas de carácter general que no pueden ser comprendidos exclusivamente por la regulación jurídica de la prueba. Una visión integral de la prueba debe salir del estricto campo del proceso y del derecho para formar parte de un nivel de análisis más amplio, propio de una perspectiva de la epistemológica[2741], lógica y filosófica que enriquece su contenido[2742].

2738 Cfr. Russell, ¿Puede el hombre ser racional?, cit., p. 61.

2739 Russell, ¿Puede el hombre ser racional?, cit., p. 65: "Mientras más irracional es uno, menos percibirá que, lo que es perjudicial para los otros, también lo es para él, porque el odio o la envidian le ciegan".

2740 Por todos, Wróblewski, Jerzy, *Los hechos en el derecho*, en *Sentido y hecho en el derecho*, 1a. reimp., México, Fontamara, 2003, p. 261.

2741 Véase, Gascón Abellán, Marina, *Concepciones de la prueba judicial*, en *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 17 y ss.

2742 Por todos, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 23 y ss.

Uno de los errores más frecuentes que se cometen en nuestro ámbito cultural es investigar los hechos y el valor de las pruebas al margen de la epistemología o de la noción general de prueba. Se parte por considerar que la noción de prueba tiene tantas particularidades que es obligatorio elaborar una definición jurídica (autónoma) de la prueba y que incluso, en ocasiones, es necesario establecer especificaciones sobre la prueba según el área del ordenamiento jurídico que corresponda, *v. gr.*, se habla de prueba penal, civil, laboral, administrativa, etc.[2743]

Se pasa por alto que, si bien la investigación de la verdad en el proceso atraviesa por un contexto de incertidumbre, dicha situación especial no es propia solo del conocimiento jurídico, sino de todo conocimiento científico, y que el marco de incertidumbre no imposibilita ni cierra la aplicación de criterios y reglas de racionalidad y menos tolera que sea legítimo construir un concepto autónomo de prueba jurídica al margen del desarrollo científico de otras especialidades[2744]. Por ello, se sostiene que la noción de prueba no es de dominio exclusivo del derecho procesal, sino que constituye un concepto común a todos los ámbitos del conocimiento[2745].

Por su parte, las reglas de la evidencia jurídica buscan garantizar los derechos fundamentales de las personas, buscan reducir la arbitrariedad de las autoridades estatales y respetar las reglas del debido procedimiento probatorio constitucionalmente fundado.

Las reglas jurídicas de la evidencia son reglas propias del derecho que reflejan determinados valores, no son necesariamente empíricamente válidas ni tampoco empíricamente significativas, tal como ocurre con las presunciones (*v. gr.*, de paternidad) o las reglas de exclusión de la prueba[2746]. Se trata de la realización de valores **extra epistémicos** que se relacionan con criterios de oportunidad, utilidad o con el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la ley (*v. gr.*, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, el derecho de defensa, el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, etc.), y en las reglas del debido proceso (*v. gr.*, el derecho a ser informado de la imputación, el de ser juzgado en un plazo razonable, el de la imparcialidad judicial, etc.)[2747].

5. La legislación procesal penal peruana ha optado por una concepción racional de la prueba al obligar a los jueces —y se entiende que también a los demás

2743 Ampliamente y de modo crítico: Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 23 y ss.
2744 Por todos, Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 26.
2745 Cfr. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., p. 28.
2746 Cfr. Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, cit., p. 261.
2747 Cfr. Haack, *Verdad y justicia, investigación y abogacía, ciencia y ley*, cit., p. 288.

operadores del sistema de justicia— a respetar las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, y a justificar las decisiones judiciales[2748].

Por ello, se debe excluir del diseño constitucional del modelo probatorio a los siguientes modelos y legislaciones:

i) Cualquier legislación procesal que no tenga como uno de sus fines la búsqueda de la verdad y la reconstrucción racional de los hechos sobre la base de la prueba que se ofrece y actúa en el proceso. El respeto a las reglas de la lógica y de la ciencia supone el reconocimiento de la verdad como condición de validez de la actividad probatoria y del proceso penal.

ii) El modelo irracional de la prueba, basado en intuiciones, corazonadas o criterios contraepistémicos, que concede al juez un poder absoluto de disponibilidad acerca de los hechos probados sin ninguna clase de límite y control, sea interno o externo.

iii) El modelo puramente retórico de la prueba que pretende influir en el convencimiento del juez de la mano de variables puramente persuasivas, ya sea acudiendo a criterios emocionales, o a planteamientos no empíricos, que no se basan en la evidencia producida en el proceso.

6. La concepción racional de la prueba no implica la negación de la libertad del juez en el análisis de la prueba. Por el contrario, se parte de la aceptación de esta premisa, pero también se reconoce que el juez debe respetar criterios de racionalidad empírica mínimos. Se plantea una discrecionalidad guiada, o sujeta a parámetros, antes de un caso de discrecionalidad libre, cuyo contenido orientativo viene dado por las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Como señala Taruffo, "el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón"[2749].

El principio de la sana crítica racional desvincula al juez de las pruebas legales, pero no lo exime de observar los criterios necesarios de racionalidad empírica (máximas de la experiencia), las pautas de carácter epistemológico y los principios

2748 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 855; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 165; Sánchez Velarde, Pablo, *El nuevo procesal penal*, Lima, Idemsa, 2009, p. 272; Neyra Flores, José Antonio, *Tratado de derecho procesal penal*, Lima, Idemsa, 2015, T. II, p. 244.

2749 Taruffo, Michele, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXVIII, núm. 114, septiembre-diciembre, 2005, p. 1297; Abel Lluch, Xavier, *La dosis de prueba: entre el Common law y el Civil law*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 35, 2012, p. 195.

de la lógica (*v. gr.*, las inferencias probatorias) que forman parte del razonamiento probatorio[2750].

La decisión judicial sobre los hechos probados no es del todo libre, sino que debe asumir como condición de legitimidad y validez ciertas pautas racionales mínimas, como respetar las reglas lógicas, de la ciencia y de la experiencia. El juez no puede hacer lo que mejor le parece y cree. Su poder discrecional tiene un límite normativo y racional que siempre ha de respetar y cumplir como condición necesaria para que cuente con valor jurídico y epistemológico[2751].

La 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 parámetros de control y de fiscalización objetivos, tanto por parte de las partes como por los órganos superiores de la administración de justicia. La valoración de la prueba es una actividad racional que implica cumplir con la obligación de motivar y justificar la decisión que se adopte sobre la base de criterios racionales y que supone el respeto a las reglas de la lógica, la ciencia y de la experiencia[2752].

La libertad razonada en la valoración de la prueba debe diferenciarse de la arbitrariedad subjetiva del juez que pondera las pruebas a su antojo[2753]. La libertad en la evaluación 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[2754].

La elección de una hipótesis fáctica será racional cuando se tome en cuenta aquella hipótesis dotada del más alto grado de confirmación probatoria; sin embargo, la elección será irracional cuando se considere como verdadera una hipótesis no sustentada en pruebas o que es refutada por los medios de prueba actuados en el proceso, o contradicha por pruebas relevantes[2755].

2750 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 273.

2751 Cfr. Bayón Mohíno, *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, cit., p. 8: "la libre valoración de la prueba no implica ausencia de sujeción a cualquier clase de regla, sino sujeción solo a las reglas o criterios epistemológicos que determinan la racionalidad del juicio de hecho; que la pertinencia de considerar un hecho como probado no debe conectarse entonces a la convicción del juzgador, sino a la racionalidad o justificabilidad de esa convicción a la luz de aquellos criterios".

2752 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 354.

2753 Por todos, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 420.

2754 Cfr. Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 87.

2755 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 203.

II. EL MODELO LEGAL DE LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA: LA SANA CRÍTICA

II.1. LA SANA CRÍTICA EN EL DERECHO COMPARADO. LOS MODELOS DE REGULACIÓN

7. El artículo 158.1 del CPP fija de una serie de criterios normativos comunes que se aplican a toda clase de pruebas (*v. gr.*, documentales, periciales o testimoniales, etc.). Una muestra de ello lo representa la obligación de que la evaluación de la prueba se sujete a las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia (artículo 158.1).

El legislador peruano ha optado expresamente en el campo del proceso penal por el sistema de la evaluación de la prueba de la **sana crítica**[2756], llamado también el modelo de la sana razón[2757], la "crítica racional de la prueba"[2758], el análisis crítico[2759] y razonado[2760], el examen crítico de los elementos introducidos en el proceso[2761], la apreciación metódica y razonada[2762], o también "el máximo rigor en la evaluación de la prueba"[2763].

2756 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, pp. 853 y 855; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 166; Sánchez Velarde, *El nuevo procesal penal*, cit., p. 272; Cubas Villanueva, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2015, p. 334; Oré Guardia, Arsenio, *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 2016, T. II, p. 387.

2757 Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 271.

2758 Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2a. ed., 3a. reimp., Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2004, T. I, p. 871; Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 3ª. ed., 2a. reimp., Córdoba, Lerner, 1986, T. I, p. 361.

2759 Cfr. Rosas Yataco, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2013, vol. II, p. 866.

2760 Cfr. Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, Santa Fe; Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 52.

2761 Cfr. Vásquez Rossi, Eduardo, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, T. II, p. 340; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 351.

2762 Cfr. Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, T. V, p. 18.

2763 De modo semejante: Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 159, quien alude al "máximo rigor en la individualización y en la adquisición de las pruebas. Rigor no significa aquí solamente rigidez formal, sino también escrúpulo; esto es, renuncia, en primer lugar, a cualquier sugestión de simplificación que, si no responde a una situación particular del proceso, puede significar ligereza o desidia"; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 365, quien señala que la libertad de apreciación de las pruebas "—muy lejos de implicar el reinado de la arbitrariedad o del despotismo judicial— debe inducir al juez a proceder con máximo celo y la mayor cautela en el análisis crítico de todos los elementos de prueba jurídicamente relevantes e

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, *sana(o)* es un adjetivo que se refiere a quien goza de perfecta salud o que se encuentra libre de error o de vicio. Estar sana o sano es lo opuesto a sufrir una enfermedad o patología. Creo que lo correcto, más allá del giro idiomático, es denominar a este método de la evaluación de la prueba como "**método crítico de examen de las pruebas**", por encima de la fórmula tradicional de la sana crítica.

8. El CPP prescribe que "la valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos" (artículo 393.2). Igual ocurre con otros códigos procesales de España y América Latina como, por ejemplo, algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881 (arts. 609 y 632, sobre la prueba pericial, y el art. 659, referido a la prueba testifical) y la LEC del 2000, el CPP de Costa Rica (artículo 142[2764] y 184[2765]), el CPP argentino (artículo 398[2766]), el CPP de Bolivia (artículo 173[2767]), entre otros.

La sana crítica fue introducida por primera vez a nivel legislativo por el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que establecía que "los jueces y tribunales apreciarían, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos"[2768].

---

incorporados al proceso, a purificarlos en la criba de la razón y de la conciencia, para que todos ellos influyan en su decisión y ésta sea verdadero exponente de justicia".

2764 "No existe fundamentación cuando se hayan inobservado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo".

2765 "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".

2766 "Los jueces emitirán su voto motivado sobre cada una de ellas en forma conjunta o en el orden que resulte de un sorteo que se hará en cada caso. 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".

2767 Artículo 173°. (Valoración). El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando educadamente las razones por las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida.

2768 Cfr. Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 88 y ss.; Abel Lluch, *La dosis de prueba: entre el Common law y el Civil law*, cit., p. 194; Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 259; Benfeld, Johann, *Una concepción no tradicional de la sana crítica*, en *Revista de Derecho*, XLV, segundo semestre, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2015, p. 156: "El concepto tradicional de 'sana crítica' comenzó a adquirir una fisonomía propia a partir del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881. Nominalmente, eso sí, la idea ya había sido recogida en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en su artículo 317 (modificado por el 659); y aún antes en el Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Ad-

Para algunos autores, se trata de un agudo principio[2769] y una fórmula tan acertada que forma parte de nuestra cultura jurídica que a nadie se le ha ocurrido la idea de modificarla[2770], y constituye el método más eficaz de la valoración de la prueba[2771].

9. El sistema de la sana crítica es un modelo que se ha difundido hace muchos años en los códigos procesales de América Latina y España[2772]. Se trata de una fórmula netamente hispánica[2773]. Cuenta con una creciente acogida no solo en los diversos códigos procesales en materia civil, penal y de otro orden, sino que se reconoce en la doctrina procesal más importante e influyente de los diversos países. La sana crítica es el modelo de valoración probatoria, que es el prevaleciente e imperante en Iberoamérica, tanto a nivel legislativo[2774] como a nivel doctrinal, salvo matices.

Se trata de un sistema intermedio entre la prueba legal y la libre convicción que evita la excesiva rigidez de la primera y la excesiva incertidumbre de la segunda[2775].

---

ministración de 1846, específicamente en su artículo 148. Sin embargo, es el artículo 659 el que por primera vez dejó en claro, en el contexto de la legislación procesal civil española, que la idea de 'sana crítica' se vinculaba a un estándar objetivo de ponderación y, por lo mismo, no podía ser reducida a las ideas de 'íntima convicción' ('*intime conviction*') o 'simple ponderación libre de la prueba' ('*freie Beweiswürdigung*')".

2769 Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 270.

2770 Cfr. Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 262; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 270, quien alude a que se trata de una feliz formula.

2771 Por todos, Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 276.

2772 Véase, sobre la noción de sana crítica como modelo probatorio de análisis de la prueba: Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, cit., pp. 88 y ss.; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 66 y ss.; Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., pp. 258 y ss.; Benfeld, Johann, *Los orígenes del concepto de "sana crítica"*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección Historia de los Dogmas Jurídicos], N.º XXXV, Valparaíso, 2013, pp. 569 y ss.; Couture, Eduardo, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, en *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 1949, T. II, pp. 181, 183 y 184, quien marca su origen histórico: "La fórmula vigente ha sido tomada, sin duda, del Proyecto argentino de Domínguez (art. 164), el que a su vez, utilizó literalmente el texto del arto 137 de la Ley española de Enjuiciamiento de 1855. Pero la Ley de Enjuiciamiento no creó el concepto, sino que se limitó a utilizar palabras usadas algún tiempo antes en una simple disposición administrativa. El Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado español utilizaba, por primera vez en la historia del derecho procesal, la idea de que la prueba de testigos sería apreciada 'según las reglas de la sana crítica' (arts. 147 y 148)".

2773 Cfr. Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 259: "fuera de nuestros países, la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, o mejor como expresión de esa valoración, no se encuentra".

2774 Véase, Abel Lluch, Xavier, *La valoración de la prueba en el proceso civil*, Madrid, La Ley-Esade, 2014, pp. 81 y ss.

2775 Por todos, Lopes Jr., Aury, *Direito processual penal*, 19a. ed., São Paulo, Saraiva, 2022, p. 439; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 270; Levene (h), Ricardo, *Manual de*

En el sistema de la sana crítica, el juez evalúa la prueba según su prudente apreciación y elige el criterio de respaldo que le permite concluir sobre la información que le proporciona la actividad probatoria actuada en el proceso. No se trata de un sistema en el que se concede plena libertad al juez para evaluar los hechos y las pruebas, sino de uno en que se le concede una libertad razonable que se sujeta a determinadas reglas y pautas racionales[2776].

En Europa, en donde, salvo en España, no impera ni rige el sistema de la sana crítica, algunos autores afirman que el juez, al momento de apreciar las pruebas presentadas, debe hacerlo empleando el método de examen crítico, lo que en buena cuenta supone la **crítica judicial de las pruebas**[2777].

10. En la regulación legal de la sana crítica que se realiza en los códigos procesales de España y América Latina, se pueden identificar dos modelos de tratamiento.

Un primer modelo solo alude a que se adopta el método de la evaluación probatoria de la sana crítica, sin mayor y ulterior referencia, y que se puede denominar el **modelo genérico de la sana crítica.** Dicho criterio es compatible con la posición de la doctrina que plantea que la sana crítica no fija criterios anticipados de apreciación[2778]. Dentro de esta postura se puede identificar, por un lado, un modelo

---

derecho procesal penal, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1993, T. I, p. 116: "El sistema de la sana crítica se halla a mitad de camino entre los dos excesos, o sea, el de las pruebas legales (el magistrado juzga *iuxta allegata et probata*), y el que lo autoriza a decidir *secundum conscientiam*, o sea, para nosotros, el de las libres convicciones".

2776 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 166.

2777 Por todos, Gorphe, *Apreciación judicial de las pruebas*, cit., pp. 113 y 114.

2778 Véase, Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 872: "Estas reglas, que rigen la libre convicción, no significan, sin embargo, atar la convicción de quien valora a estándares legales que determinan la solución fáctica del caso —como en el sistema de prueba legal—, según resulta evidente, sino, por el contrario, solo implican marcar una diferencia con el método de la íntima convicción, en tanto se exige una explicación racional de los motivos por los que se arribó a la solución expuesta"; Couture, Eduardo, *El concepto de fe pública*, en *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 1949, T. II, p. 85: "cuando la ley dice que las declaraciones de los testigos se deben valorar con arreglo a los principios de la sana crítica no fija al magistrado, a diferencia de lo que hacía el derecho clásico, criterios anticipados de apreciación. Frente a estas pruebas (testigos, confesión ficta, dictamen pericial, juramento estimatorio, etc.), el juez reacciona mediante juicios lógicos o máximas de experiencia de su propio entendimiento. Las valoraciones críticas del legislador son aquí reemplazadas por las valoraciones críticas del magistrado. Esas valoraciones son, a su vez, lógicas, y empíricas; ellas guían la decisión del juez, sin ningún anticipado criterio determinativo de la eficacia particular del medio probatorio"; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 853: "las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que se deben integrar la experiencia de vida del juez y que este debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero han de hacerse contar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá que-

amplio de la sana crítica que se extiende a todos los medios de prueba y, por el otro, un modelo limitado de la sana crítica que solo se admite "con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo" (artículo 142 del CPP de Costa Rica) o se restringe a determinados medios de prueba, *v. gr.*, la declaración de los testigos o la declaración de las partes.

Los diversos códigos y leyes de los distintos ordenamientos jurídicos nada señalan en cuanto al contenido y al modo en el que se debe desarrollar la valoración de la prueba, limitándose a utilizar expresiones genéricas como "la libre apreciación de la prueba", "la apreciación razonada o la sana crítica"[2779].

La regulación genérica de la sana crítica lleva a que se considere que su uso se debe equiparar con la lógica crítica aplicada al proceso, el buen sentido, el correcto entendimiento humano, el criterio racional, la experiencia, la observación, o a que se la identifique con la prudencia, la rectitud y la sabiduría de los jueces[2780]. Se trata de criterios de "higiene mental" que buscan asegurar el más certero y eficaz razonamiento[2781].

Un segundo modelo legal se caracteriza por fijar y establecer el contenido y la tipología de las reglas que forman parte de la sana crítica, a este se le conoce como el **modelo específico de la sana crítica**. Ya no solo se alude a una fórmula abierta, genérica, que bien se puede identificar como un concepto jurídico indeterminado, sino a un modelo con un contenido formal y material, al señalar expresamente las reglas que lo componen. Se trata de pautas y directrices objetivas[2782]. Ello ocurre, por ejemplo, con el CPP peruano, que exige el respeto obligatorio a las reglas a la lógica, la ciencia y la experiencia (artículos 158.1 y 393.2).

En el derecho peruano, como a veces se reclama en la doctrina comparada, en la evaluación de la prueba la ley establece la necesidad de respetar el uso de tres saberes, que, concretamente, se refleja en el empleo de las reglas de la ciencia, de

---

dar excluida la arbitrariedad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de los hechos probados"; JAUCHEN, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, cit., p. 53.

2779 Véase, BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 204.

2780 Véase, SENTÍS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 266; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 363; COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 270; COUTURE, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 195: "las reglas de la sana critica, son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"; ROSAS YATACO, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., vol. II, p. 857.

2781 Cfr. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 271.

2782 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 853.

la lógica y de la experiencia común[2783]. Estos tres saberes actúan como tres círculos concéntricos que se ocupan del conjunto de la actividad probatoria que se produce a nivel del proceso. De los tres saberes, el uso de las reglas de la lógica y de la ciencia ofrece la posibilidad de llegar a conclusiones más fiables y razonables que el empleo de las reglas de la experiencia. Sin embargo, en el proceso, se debe reconstruir la conducta de una persona, por ejemplo, en el aspecto interno, y para tal fin, se acude a generalizaciones que se fundan en el comportamiento humano, que no se guía precisamente por las leyes científicas o por las reglas lógicas. No existe una prueba científica, propia y específica, para el dolo, los elementos subjetivos del delito, para los celos, la envidia, la enemistad, etc. Es necesario efectuar una comprensión empática (Putnam) acerca de cómo se comporta la gente y esta se identifica simplemente con la experiencia común o corriente.

El modelo fuerte y específico de la sana crítica se extiende a toda clase de medios de prueba, sean típicos (documentos, prueba testimonial[2784], pericia[2785], etc.) o atípicos[2786]. No hay excepción alguna a que un medio probatorio sea analizado tomando en cuenta los criterios de racionalidad imperantes[2787].

2783 Cfr. Ferrua, Paolo, *Il libero convincimento del giudice penale: I limite legal*, en *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 71.

2784 Cfr. Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 25; Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., pp. 195, 196, 187 y 188, quien distingue la representación mediante cosas y la representación mediante relatos: "los hechos normalmente desaparecen y solo queda de ellos el recuerdo. Se hace necesario, en la mayoría de los casos, en ausencia de percepción, acudir a su representación. Representación o reconstrucción presente de un hecho ausente", y afirma que "Si esos relatos se obtienen por la narración de las partes interesadas, se está en presencia de las pruebas de juramento o de confesión. Si ese relato se obtiene a expensas de terceros imparciales que han presenciado los hechos, se está en presencia de una prueba de testigos"; luego señala "Que es regla de la sana crítica la que obliga al juez a examinar los testigos considerando (junto con sus otros múltiples elementos de juicio) el error que es propio e inherente a" la declaración testimonial. Frente a cada testigo deben ser examinados el origen y los medios de la declaración, para extraer de ellos los necesarios juicios de valor" y que: "Que los antiguos preceptos relativos al número, edad, sexo, raza, categoría, social o económica, de los testigos, carecen hoy de justificación científica. Pero un examen de la idiosincrasia de cada testigo, de su moralidad, de su inteligencia, de su penetración, son indispensables antes de toda valoración" (pp. 217 y 218).

2785 Cfr. Zubiri de Salinas, Fernando, *¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 50, Lima, 2004, pp. 52 y ss.

2786 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 282.

2787 Cfr. Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., pp. 219 y 220: "la sana crítica, decíamos, rebasa el ámbito de la prueba testimonial y se aplica a todos los medios de prueba, sin excepción alguna. Sólo en aquellos casos en los cuales un texto de ley prive a un medio de prueba de toda eficacia (p. ej., en el derecho uruguayo la declaración del testigo único) o le atribuye una eficacia prefijada (como el instrumento público, la confesión, la presunción legal absoluta) el juez deberá apartarse de los dictados de su experiencia y de la lógica que gobierna su acción".

El método legal de la sana crítica se extiende a todas las etapas del proceso penal en las que se realiza la actividad de la evaluación de los actos de investigación o de los medios de prueba, ya sea a nivel de las diligencias preliminares, de la investigación preparatoria, la etapa intermedia o del juicio oral. Se debe abandonar, por erróneo, el criterio que considera que las reglas de la sana crítica solo se aplican en la fase final del proceso, concretamente, en la evaluación de la prueba, previa a la decisión a la que arriba antes de concluir el proceso. En realidad, se trata de un modelo transversal cuya aplicación se extiende a todas las fases del proceso penal.

A diferencia del sistema de la libre convicción que constituye un principio metodológico negativo[2788] y que no impone algún criterio positivo de evaluación[2789], el modelo legal específico de la sana crítica sí establece de manera expresa la obligación de que el análisis de la prueba deba observar y cumplir con determinadas reglas específicas que se consagran legalmente: las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia[2790].

II.2. LA SANA CRÍTICA EN EL CPP PERUANO

11. El sistema probatorio peruano opta por una opción metodológica clara en el ámbito del proceso penal, desestimando y dejando de lado el modelo de la absoluta libertad del juez en la evaluación de la prueba y el modelo de la prueba legal o tasada, propio de la Inquisición. A diferencia del antiguo Código de Procedimientos Penales que se afiliaba al sistema de la íntima convicción o del criterio de conciencia[2791] (artículo 283[2792]), el actual CPP se afilia a un modelo probatorio distinto, que genera una serie de repercusiones y cambios en la concepción y el tratamiento de la actividad probatoria[2793].

En efecto, en la actualidad, el CPP asume de manera expresa el modelo legal de la sana crítica de la actividad probatoria. No se trata de una simple referencia legal, o de un modelo teórico cada vez más aceptado en el derecho comparado, sino de un método legal que consagra un determinado esquema y procedimiento acerca de cómo se debe evaluar la prueba en el proceso penal.

2788 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 139.

2789 Cfr. Gascón Abellán, Marina, *Razonamiento, valoración y estándares*, en *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 60.

2790 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 853.

2791 Véase, Oré Guardia, *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*, cit., T. II, p. 387.

2792 "Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia".

2793 Cfr. Sánchez Velarde, *El nuevo procesal penal*, cit., p. 272; Cubas Villanueva, *El nuevo proceso penal peruano*, cit., p. 334.

Con ello, queda claro que el CPP ya no guarda silencio y se mantiene alejado de un determinado sistema teórico o modelo de la valoración de la prueba; ahora toma partido por un determinado esquema de razonamiento que exige que "en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia" (artículo 158.1).

La adopción de la sana crítica es compatible con el sistema acusatorio que concede a las partes la iniciativa probatoria y la acreditación de sus afirmaciones e hipótesis[2794].

12. El denominado "modelo legal de la sana crítica", o de la "crítica racional de la prueba", no es un criterio meramente facultativo o de mera orientación legal que los operadores jurisdiccionales pueden o no cumplir, según el caso o su propia voluntad. Se trata de un modelo de evaluación de la prueba obligatorio para los jueces penales de todas las instancias que "deberán observar" sin excepción alguna. El análisis de las pruebas que no cumpla con las reglas de la sana crítica hace que exista una valoración defectuosa, contraria al mandato legal, que genera que haya una resolución nula[2795]. Por ello, su cumplimiento es controlable mediante el recurso de apelación o a través de la casación[2796].

La sana crítica constituye el modelo de evaluación de la prueba que otorga mayores garantías contra la arbitrariedad judicial al permitir verificar los fundamentos fácticos y probatorios de la decisión[2797]. Asimismo, favorece la determinación de la verdad y el esclarecimiento de los hechos[2798].

2794 Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 354.

2795 Cfr. Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 243.

2796 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 871; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 165; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 855; Sánchez Velarde, *El nuevo procesal penal*, cit., p. 272.

2797 Cfr. Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 244; Cubas Villanueva, *El nuevo proceso penal peruano*, cit., p. 334; Rosas Yataco, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., vol. II, p. 855.

2798 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 872.

Por ello, se debe enfatizar que el CPP establece un **método o modelo legal de evaluación de la prueba**[2799]: el de **la sana crítica**[2800], que rige de modo obligatorio para el proceso penal común, así como para los procedimientos penales especiales. Dicho método de evaluación no solo rige a nivel de la sentencia (condenatoria o absolutoria: artículo 393.2 del CPP), sino que se extiende a cualquier resolución judicial, *v. gr.*, prisión preventiva, medida limitativa de derechos, etc.

Muchas legislaciones, entre ellas, la peruana, establecen un determinado método y/o metodología en la evaluación de la prueba que condiciona los criterios a emplear y los resultados a obtener. Iacoviello tiene razón cuando señala que "variando el método, varía el resultado, pues la verdad depende del método. El juez no puede elegir el método que quiera", y que "es la ley, no el juez quien debe elegir el método de valoración de las pruebas. Esto significa que el juez está obligado a seguir un determinado método —prefigurado por la ley— en la valoración de las pruebas. Y este método, es decir, esta secuencia coordinada de operaciones, se refleja en la estructura de la motivación. El juez es libre en el modo de valorar los hechos, pero debe hacerlo en el respeto del método legal"[2801].

Si bien el destinatario final de las reglas y directivas legales que componen la sana crítica es el juez, hay acuerdo en sostener que la labor argumentativa y crítica

2799 En el derecho comparado, véase: Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 122, quien alude a un método racional de valoración probatoria; Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 98 quien distingue entre método legal de prueba y prueba legal: "Hay una estructura legal de motivación que refleja un modelo legal de método de prueba. No deben confundirse prueba legal y método legal de prueba. El principio de libre convicción choca con toda forma de prueba legal, pero no con la prescripción legal de un método de prueba, que es como decir una sucesión lógicamente ordenada de operaciones mentales. Para ejemplificar. Hay valoración legal de la prueba cuando se dice que el testimonio del rico vale más que el del pobre, que el del clérigo prevalece sobre el del laico y —para llegar a nuestros días— que el del extraño es más atendible que el del perjudicado. Es método legal de prueba decir que, si la hipótesis de la acusación es intrínsecamente coherente y está confirmada por pruebas y no desmentida por contrapruebas, entonces la sentencia debe hacer suya esa hipótesis". En la doctrina argentina: Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 361; Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 871; Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 27, quienes aluden al método de la sana crítica. También: Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 204; Igartua Salaverría, Juan, *Valoración de las pruebas: algunos tópicos a revisar en la cultura probatoria de nuestra jurisdicción contenciosa*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 122. enero-abril, 2022, p. 94: "también existe un 'método legal' de valoración. No confundamos 'prueba legal' (aquella cuya fuerza probatoria está predeterminada por la ley) y 'método legal de valoración' (que es el método a seguir en la valoración de la prueba). El juez es libre de valorar las pruebas, pero debe hacerlo respetando el método legal".

2800 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 855; Sánchez Velarde, *El nuevo procesal penal*, cit., p. 272; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 244; Cubas Villanueva, *El nuevo proceso penal peruano*, cit., p. 334.

2801 Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., pp. 99 y 100.

acerca de los medios de prueba que se incorporan en el proceso la desarrollan antes las partes que plantean argumentos y razones acerca de cómo y de qué manera los medios de prueba deben ser analizados[2802].

Pese a que un sector de la doctrina señala que le corresponde al juez y a la doctrina efectuar la identificación de las reglas lógicas y epistemológicas de la valoración de la prueba le corresponde efectuarlas al juez y a la doctrina, más allá de lo que puedan regular los códigos procesales[2803]; el CPP peruano ha optado por prescribir la obligación de que en todas las etapas del proceso penal se deben respetar las reglas de la ciencia, la lógica y las máximas de la experiencia.

La adopción de este método legal de la evaluación probatoria obedece, entre otras razones, a que el CPP se decanta expresamente a favor de una **concepción racionalista o cognoscitivista de la actividad probatoria**[2804]. En el Perú, por lo menos en el CPP, no se acepta la concepción persuasiva de la prueba o cualquier concepción irracional en la evaluación de la prueba.

El cognoscitivismo se orienta a la averiguación de la verdad procesal empíricamente controlable y controlada que tiene un determinado contexto que condiciona su obtención y que siempre se plantea en términos de probabilidad y relatividad contextual[2805].

13. El hecho de que el artículo 158.1 del CPP forme parte de los preceptos generales que rigen la actividad probatoria hace que todas las etapas del proceso penal deban respetar las reglas de evaluación racional de los elementos de prueba.

Su alcance se extiende tanto a los actos de decisión y al análisis de los actos de investigación que realiza el Ministerio Público como a las diversas decisiones que adopta el Poder judicial. La emisión de una disposición de inicio de las diligencias preliminares, de formalización de investigación preparatoria o de acusación, así como de cualquier disposición que decida no abrir diligencias preliminares, que archive o sobresea el caso, debe cumplir de manera rigurosa con las reglas formales y materiales de la sana crítica.

2802 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., pp. 284, 292 y ss.; Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, cit., p. 52.

2803 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 211.

2804 Por todos, Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 63; Taruffo, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, cit., p. 31; Gascón Abellán, Marina y Alonso J. García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2005, p. 364; Gascón Abellán, *Concepciones de la prueba judicial*, cit., p. 17; González Lagier, *Inferencia probatoria*, cit., pp. 38 y ss.

2805 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 540; Gascón Abellán, *Concepciones de la prueba judicial*, cit., p. 28.

Sería un absurdo que el CPP, que se afilia a una concepción racional de la prueba, prescriba, por un lado, la legalidad y la racionalidad empírica de las decisiones del juez y, por el otro lado, permita actos caprichosos, subjetivos, unilaterales y arbitrarios de los representantes del Ministerio Público. Los preceptos generales sobre las pruebas serían normas irracionales si es que se limitan a regular y disciplinar los actos del juez y se deja a su libre albedrío a las decisiones (disposiciones o requerimientos) del Ministerio Público.

Los alcances del modelo de la sana crítica se extienden a todo acto de evaluación probatoria y las decisiones sobre hechos y pruebas que puedan asumir los jueces y fiscales. El CPP no puede establecer un modelo de racionalidad para las resoluciones judiciales y dejar al arbitrio, al capricho y a su suerte a las decisiones y actos fiscales.

Por una interpretación conforme a la Constitución, el respeto a las reglas del debido proceso y el deber de motivar las disposiciones y los requerimientos fiscales (artículos 64.1 y 122.5), se exige que estas cumplan de manera rigurosa con las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia a la hora de procesar y analizar la evidencia en el marco de una investigación o de un proceso penal, lo cual supone respetar las reglas de la sana crítica. Por esta razón, se alude a que las disposiciones y requerimientos fiscales deben cumplir con el principio de objetividad y el análisis de "crítico" de los resultados de la investigación[2806].

Así como el alcance de la regla de exclusión de la prueba ilícita se extiende a todas las etapas de la investigación preparatoria y no se focaliza en una determinada fase del proceso penal (*v. gr.*, etapa intermedia), también el ámbito de la aplicación de las reglas de la sana crítica se extiende a todas las etapas del proceso penal y se traslada al contexto de las disposiciones y los requerimientos fiscales.

II.3. LA SANA CRÍTICA: SENTIDO Y LÍMITES

14. Los medios de prueba requieren la concurrencia de por lo menos dos operaciones o actos; por un lado, la **descripción e individualización** del contenido del elemento probatorio (*v. gr.*, lo que mencionó el testigo o el perito) y, por otro lado, la **evaluación crítica** tendiente a establecer su relación e importancia con cualquiera de las hipótesis en conflicto[2807]. Si es que no se determina ni se individualiza el contenido informativo de los medios de prueba, no es posible implementar de manera

2806 Cfr. Castillo Alva, *El derecho a la prueba en la investigación preparatoria*, cit., pp. 317 y ss.

2807 Cfr. Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 69 y 70; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 854; Cubas Villanueva, *El nuevo proceso penal peruano*, cit., p. 334.

eficaz el modelo de la sana crítica, ya que solo se puede criticar lo que previamente se conoce y se sabe del contenido.

La prueba puede y debe ser evaluada críticamente por el juez, según ciertos parámetros racionales[2808] y que, en algunos casos, la ley configura, tal como sucede en la legislación peruana. Las reglas de la sana crítica aportan criterios de solidez en la elaboración de la inferencia probatoria y en cuya concreción pueden ayudar las pautas epistemológicas, las reglas de la lógica y el criterio del sentido común[2809]. No se admite una labor pasiva o meramente receptora por parte del órgano jurisdiccional. Su función es activa. No basta que se describan de manera individual o global los actuados en el proceso, sino que debe analizarse los medios de prueba de manera crítica atendiendo a las observaciones o cuestionamientos de la parte.

En un modelo racional de la prueba, no basta que se haga un inventario de la prueba o que se clasifique y detalle de manera esquemática la prueba de cargo[2810]. Es necesario que se realice un estudio analítico y conjunto de manera exhaustiva de los diversos medios de prueba que se han recibido en el proceso.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "es necesario puntualizar que reproducir el contenido de la declaración no es valorar[2811]", y que "más allá de una mera transcripción de su declaración en el plenario, no se advierte valoración individual ni conjunta de la citada declaración, bien en sentido afirmativo o negativo respecto a la tesis de acusación fiscal"[2812]. En la apreciación de las pruebas, el juez está obligado a examinarla individualmente y, luego, de forma conjunta con el resto de material probatorio colectado, respetando las reglas de la sana crítica, es decir, conforme a los principios de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia (artículo 393.2 del Código Procesal Penal)[2813].

La Corte Suprema sostiene que la simple enumeración, enunciación o listado de la prueba a título de "información probatoria" no satisface la exigencia de motivación de la sentencia. Afirmar que la decisión de condena se encuentra respaldada con las pruebas que únicamente se han indexado o inventariado implica admitir

2808 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 166; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 245.

2809 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 853.

2810 Cfr. Nobili, Massimo, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, en *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 49.

2811 Véase la Casación N.º 581-2017 del 23 de abril del 2021 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Pacheco Huancas).

2812 Véase la Casación N.º 581-2017 del 23 de abril del 2021 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Pacheco Huancas).

2813 Véase la Casación N.º 581-2017 del 23 de abril del 2021 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Pacheco Huancas).

como motivación válida un discurso meramente ilativo, circular, tautológico, sin la profundización de análisis que compete a la decisión de fondo[2814]. En dicha línea, se anula una sentencia absolutoria debido a que la sola recapitulación o inventario individual del material probatorio en modo alguno exime al órgano jurisdiccional del deber de apreciarlo positiva o negativamente, según la información fáctica que proporcione (individual y conjuntamente)[2815].

Hay falta de motivación cuando se enumeran los medios de prueba en la sentencia sin llegar a analizarlos. La mera enunciación, en rigor, no conduce a establecer una afirmación[2816]. Se infringe la motivación si la Sala Penal Superior no evalúa, en su real dimensión, el contenido de los medios probatorios y, en lugar de ello, se limita a glosar su contenido literal, lo que no es compatible con un sistema de valoración racional de la prueba[2817]. Si es que no hay motivación individualizada, no es posible conocer cuáles han sido los elementos y las razones de juicio que fundamentan la decisión judicial en torno a esas pruebas, ni si es consecuencia o no de una aplicación arbitraria, irrazonada o errónea del criterio del juzgador. Por ello, se exige que toda sentencia debe precisar el valor que en particular se atribuye a cada una de las pruebas[2818]. En un caso concreto, el Tribunal de Mérito solo se limitó a citar dichas pruebas sin una indicación sobre el alcance y credibilidad de las mismas para formar convicción judicial[2819].

15. La sana crítica se opone a una concepción netamente descriptiva de la evaluación de la prueba en la que solo basta que el concreto medio de prueba se individualice, se determine su contenido y se precise su eventual valor probatorio. En realidad, la adopción del este modelo de evaluación probatoria exige que el juez mantenga una posición escéptica y de neutralidad metodológica que le permita fiscalizar y considerar de manera crítica el resultado que arrojan los medios de prueba que se reciben en el proceso.

2814 Véase el R. N. N.º 3641-2011 del 25 de mayo del 2012 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

2815 Véase el R. N. N.º 234-2015 del 30 de enero del 2017 expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Príncipe Trujillo).

2816 Véase la Casación N.º 858-2018 del 21 de agosto del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 833-2018 del 14 de agosto del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 1382-2017 del 10 de abril del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

2817 Véase el R. N. N.º 234-2015 del 30 de enero del 2017 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Chávez Mella).

2818 Véase el R. N. N.º 32802004 del 18 de mayo del 2005 expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Villa Stein).

2819 Véase el R. N. N.º 2877-2014 del 29 de noviembre del 2016 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

La labor crítica de la actividad probatoria debe, incluso, efectuarse de manera oficiosa por el juez, al margen de si las partes desarrollan cuestionamientos a la fiabilidad de ciertos elementos de prueba[2820].

El modelo o método legal de la evaluación de la prueba de la sana crítica se relaciona directamente con la concepción racional o cognoscitivista de la prueba que plantea una serie de criterios epistemológicos (reglas científicas), lógicos y de experiencia social que deben ser tenidos obligatoriamente en cuenta por el juez al momento de analizar la prueba.

16. El método de acreditación de los hechos en el proceso penal es de tipo inductivo. El grado de confirmación de la hipótesis deriva de los medios de prueba actuados y de las inferencias razonables que se plantean.

La prueba subdetermina y condiciona la decisión sobre los hechos y es un presupuesto necesario de la justicia de la decisión.

No se puede sostener, en cualquier método de evaluación de la prueba (*v. gr.*, la sana crítica), que la culpabilidad surge de manera directa y deductivamente de la prueba sin margen de error, ya que ello implica negar en la práctica la posibilidad de condena y que el proceso sea instrumento de pacificación racional. La prueba de culpabilidad no puede ni debe plantearse en términos de exactitud matemática ni de certeza absoluta[2821]. El hecho de que la acreditación de la culpabilidad se formule en términos de probabilidad y que se reconozca la eventualidad de un error no inválida ni la finalidad del proceso penal ni la viabilidad de la prueba como mecanismo cognoscitivo[2822].

17. El modelo de la sana crítica se opone de manera abierta a lo siguiente:

i) A que se utilicen criterios irracionales en el análisis de la prueba, como la intuición, las opiniones preconcebidas, las conclusiones probatorias a golpe de vista.

ii) A que se use como condición legitimante de la decisión judicial el mero criterio "de conciencia" o la "íntima convicción". Se debe entender que

2820 Cfr. Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 200: "ningún precepto legal excluye que el juez haga por sí mismo la fiscalización de la verdad de los testigos, sean o no tachados. No solo nada obliga al juez a aceptar ciegamente la declaración del testigo no tachado, sino que es precepto elemental de la sana crítica, el de que el magistrado pueda contraerse al examen del testigo y rechazar sus declaraciones, aun en el caso en que no haya sido tachado por el adversario, o admitirlo aun después de la tacha".

2821 Cfr. Orlandi, Renzo, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, en *La prova nel dibattimento penale*, 4a. ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 7.

2822 Cfr. Ferrua, *Il libero convincimento del giudice penale: I limite legal*, cit., p. 69.

el análisis de la prueba es una actividad racional que es susceptible de racionalización y, concretamente, de verbalización.

iii) A que se tomen en cuenta los medios de prueba que no se han incorporado de manera válida y legítima al proceso (artículo 393.1).

iv) A que se analice medios de que son producto de la violación de los derechos fundamentales de la persona o que no han sido objeto de contradicción o confrontación por las partes.

v) A que no se respete, en la evaluación de la prueba, las reglas de la sana crítica, especialmente los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (artículos 158.1 y 393.2).

vi) A que se realice una valoración conjunta del material probatorio sin que de manera previa se efectúe una valoración individual de cada medio de prueba que se incorpora al proceso (artículo 393.2).

vii) A que no existan parámetros y criterios de control (interno o externo) en la evaluación de la prueba, ya sea que se deriven de las pautas generales de racionalidad o de la fijación de ciertas reglas legales.

viii) A que las decisiones sobre los hechos se realicen de manera arbitraria y subjetiva, sin una adecuada motivación judicial que respete los parámetros constitucionales y convencionales de motivación suficiente (artículo 139.5 de la Const.).

ix) A que las decisiones del caso se adopten sin que exista prueba o que se vaya en contra del sentido la prueba actuada. En un Estado Constitucional no se puede prescindir de la prueba ni ir contra la prueba, sin violar al mismo tiempo la Constitución y la ley.

x) A que las resoluciones judiciales (o disposiciones fiscales) sean un simple discurso del caso y que no se sujeten de manera estricta a los hechos y a los medios de prueba que se han incorporado.

II.4. EL LIBRE CONVENCIMIENTO Y LA SANA CRÍTICA

18. La sana crítica se utiliza como equivalente al **libre convencimiento** del juez[2823]. Algunos consideran que la sana crítica puede ser equiparada a la "prudente

2823 Cfr. Taruffo, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, cit., p. 22: "de hecho, que el juez tenga la libertad de emplear su propia razón a la hora de valorar las pruebas es una condición indispensable para comprobar la verdad de los hechos"; Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 16; Abel Lluch, *La dosis de prueba: entre el Common law y el Civil law*, cit., p. 195; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 66: "el sistema de la libre convicción o sana crítica racional, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de con-

apreciación"[2824] (artículo 116 del CPC italiano) o a la "apreciación razonada"[2825] (artículo 197 del CPC peruano). En todo caso, son expresiones equivalentes que son portadoras de vaguedad y de una indeterminación de significado[2826].

El libre convencimiento, según Nobili, es un axioma potente, mágico, que posee muchas acepciones[2827]. Dicho principio indica el modo en el cual el órgano juzgador de un determinado ordenamiento jurídico debe evaluar los elementos útiles para resolver la cuestión probatoria sujeta a su competencia[2828]. Sin embargo, la adhesión al libre convencimiento no quiere decir que el juez para formar su criterio sea libre de la prueba[2829] o que no deba tomarla en cuenta a la hora de decidir un caso. Por el contrario, supone libertad y discrecionalidad razonada para evaluar la prueba.

El principio de libertad probatoria que rige en todas las etapas del proceso tiene su expresión al momento de adoptar cualquier decisión a través del principio de la libre apreciación o el libre convencimiento, por el cual, en el proceso penal, como regla, no se puede exigir, en el momento de analizar las pruebas, determinadas condiciones, positivas o negativas, para adoptar una determinada decisión[2830]. Si hay plena libertad de prueba a nivel del proceso penal, resulta contradictorio que se imponga determinados criterios legales a la hora de evaluar la prueba que se recoge. La libertad en el análisis de la prueba es portadora de una nueva metodología que

---

vencimiento de los jueces, pero exige a diferencia de lo que ocurre en aquel, que las conclusiones a que se llegue sean fruto razonado de las pruebas en que se las apoye"; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 361; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 853; Sánchez Velarde, *El nuevo procesal penal*, cit., p. 271.

2824 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394; Carlizzi, Gaetano, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2018, p. 521.

2825 Véase Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 243.

2826 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 204.

2827 Nobili, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, cit., p. 34; Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 93, para quien la libre convicción es "una fórmula feliz que ha sido, al mismo tiempo, una liberación y una coartada. Es el arma intelectual que abatió el sistema de las pruebas legales, pero es también el velo que ha cubierto —bajo la vigencia seductora de esta expresión— los dramáticos problemas que la valoración de las pruebas y el razonamiento decisorio planteaban cada día"; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 204. De modo crítico en relación al libre convencimiento: Streck, Lenio, *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano*, en *Revista de Informação Legislativa*, Ano 52, N.º 206, abr./jun., 2015, pp. 33 y ss.

2828 Cfr. Carlizzi, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, cit., p. 521.

2829 Cfr. Nobili, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, cit., p. 35.

2830 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 870; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 362.

deposita en la razón el ser un instrumento adecuado para la búsqueda de la verdad, lo cual requiere de una observación crítica de los hechos y de las pruebas[2831].

19. Es posible distinguir entre el libre convencimiento y el libre convencimiento motivado[2832].

El principio del libre convencimiento, en su versión original, tiene un marcado acento negativo al postular la desvinculación del juez de las reglas legales en la evaluación de las pruebas[2833]. Dicho principio concede al juez la potestad de analizar las pruebas, de determinar su eficacia y el resultado probatorio, pero no prescribe de forma alguna el modo en que el juez debe utilizar dicho criterio discrecional, así como tampoco establece la obligación de motivar su razonamiento[2834]. Se trata de un planteamiento sumamente abierto y general que no dota de contenido ni pautas racionales respecto a cómo se debe analizar la prueba admitida y actuada. Por ello, se afirma que mientras que "es claro el significado negativo del principio de la libre convicción, o sea la eliminación de las reglas de la prueba legal, no es para nada claro cuál sea su significado positivo"[2835]. Solo indica que hay libertad para evaluar la prueba, pero no fija ningún criterio (racional) que el juez deba tomar en cuenta a la hora de decidir sobre los hechos probados.

La noción tradicional del libre convencimiento ha sido considerada como "un caso límite de una noción irremediablemente confusa de la ciencia jurídica" (Giuliani), y el abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica posilustrada "se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales[2836]" y que ha terminado

2831 Cfr. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 92; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 207.

2832 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 121; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394.

2833 Cfr. Patti, *Le prove. Parte generale*, cit., p. 217; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 396; Taruffo, *La prueba*, cit., p. 272; Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 870: "libre convicción significa, entonces, en primer lugar, ausencia de reglas abstractas y generales de valoración probatoria, que transformen la decisión o el dictamen en una operación jurídica consistente en verificar las condiciones establecidas por la ley para afirmar o negar un hecho".

2834 Cfr. Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 221: "consideramos que el concepto 'libre convicción' debe ser reservado para ciertos casos en los cuales la ley permite al juez, como ocurre en el jurado criminal, juzgar los hechos sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones, sin servirse de los elementos de convicción que aparecen en el proceso, pudiendo utilizar su saber privado, sin acudir a los medios normales de valoración de la prueba, pudiendo acudir a otros de carácter excepciona".

2835 Cfr. Taruffo, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, cit., p. 1295.

2836 Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 139.

por transformarse en un supuesto "principio potestativo que es idóneo para legitimar el arbitrario del juez" (Ferrajoli). La libre convicción en puridad no necesita de los medios de prueba para arribar a una decisión sobre los hechos, ya que el juez puede consolidar su criterio sobre la base de la prueba actuada, fuera de la prueba y aun en contra de la prueba actuada en el proceso[2837].

El libre convencimiento entendido, como ausencia de límites, asume una concepción irracional de la prueba judicial que lleva a una anarquía cognitiva (de Luca). La persona no solo puede ser condenada por pruebas, sino también por la concurrencia de pasiones, emociones, antipatías, por una ideología o por factores no objetivos y que no pueden ser controlables por el juzgador[2838]. La sentencia sería un acto inescrutable desde el punto de vista lógico-racional, y arbitrario desde la perspectiva ideológica[2839]. El libre convencimiento sufre una grave mutación, ya que se transforma en un instrumento de arbitrio y opresión, pese a ser en sus inicios una garantía de la libertad[2840]. Aquí el juez no explica las razones y menos el resultado de la valoración de la prueba, con lo que da lugar a una justicia oracular, intuitiva, que obra con gracia del cielo y que cualquier Constitución democrática repudia[2841].

Por ello, un sector calificado de la doctrina comparada considera que el principio de libre convencimiento del juez no existe en el interior del sistema procesal, ya que de existir se debe reconocer al juez la facultad de valorar libremente la ausencia o la contumacia del imputado en el proceso como indicio grave de culpabilidad, así como también podría absolverlo sobre la base de su declaración o sus antecedentes. En su lugar, lo que se plantea es la racional y motivada valoración de la prueba legítimamente adquirida a fin de verificar si queda acreditada, más allá de una duda razonable, la culpabilidad del imputado. Con ello, se toma distancia de la exaltación del componente irracional del libre convencimiento y de la posibilidad de que cualquier prueba, más allá de la legítimamente adquirida, pueda fundar una decisión en el proceso[2842].

Por su parte, en el modelo del libre convencimiento motivado[2843], el juez debe indicar y precisar en la justificación de la decisión el elemento de prueba que ha

2837 Por todos, Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 273.

2838 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 209.

2839 Cfr. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 10.

2840 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 209.

2841 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394.

2842 Por todos, Ferrua, *Il libero convincimento del giudice penale: I limite legal*, cit., pp. 61 y 62.

2843 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394; Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 95: "Históricamente, la fórmula 'libre convicción' estaba dirigida a subrayar la libertad del juez a la hora de convencerse; libre convicción como libre autoconvicción. A la luz de la obligación de motivar, el contenido de la fórmula se ha visto moder-

utilizado, la clase de inferencia que ha empleado en dicha evaluación y el resultado que ha obtenido[2844]. Con ello, se permite que las partes realicen un control adecuado del razonamiento probatorio del juez, y se facilita el controlar a través del derecho al recurso si el juez ha respetado la prueba efectivamente adquirida en el proceso, si aplicó de manera correcta una inferencia plausible y si el razonamiento arroja un resultado congruente (o incompatible) con el contenido de la prueba admitida y actuada.

El libre convencimiento no puede ser entendido como un principio que permite al juez desvincularse de los preceptos legales que regulan la actividad probatoria y, en especial, la evaluación de la prueba[2845].

En la concepción racional de la prueba, la evaluación racional de los medios de prueba no puede ser entendida como una convicción íntima, libre y carente de control, sino como un acto sujeto a parámetros de racionalidad que sirven de manera útil para determinar la verdad de los hechos. El libre convencimiento debe ser entendido como una garantía del debido proceso legal que impone una racional y justificada valoración de las pruebas y que como principio general requiere de una *heterointegración* que se produce por el empleo de reglas derivadas de la teoría del conocimiento que se elaboran en el plano filosófico[2846].

El libre convencimiento razonado supone cuatro cuestiones: (i) el juez se debe sujetar y vincular a la prueba y a sus resultados; (ii) los medios de prueba deben ser analizados de manera objetiva y crítica; (iii) los criterios de valoración de los medios de prueba deben obedecer a patrones de racionalidad como es el respetar

---

namente enriquecido, pues el juez es libre de convencerse, pero tiene la obligación de convencer a la colectividad"; Ferrua (*La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, pp. 183 y 184) considera que la expresión "libre convencimiento" para referirse a la valoración del juez no es la más feliz, critica la referencia al libre convencimiento y sugiere su reemplazo por la denominación de "hechos probados"; Damaska, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 99; Igartua Salaverria, *Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, "in dubio pro reo"*, cit., p. 467, al considerar que "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. Me explico. Si bien sería insensato decir 'considero que está suficientemente probada la culpabilidad de Fulano, pero no estoy convencido de ello', en cambio a menudo sucede que uno esté convencido de algo y, sin embargo, confiese que no puede probarlo (que se lo pregunten a los creyentes). O, sin salir del recinto procesal, algo análogo pasa con pruebas concluyentes (p. ej., conversaciones telefónicas intervenidas) que, debido a su obtención ilícita, no se tienen en cuenta".

2844 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394.

2845 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 121.

2846 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., pp. 210 y 211.

las reglas lógicas, epistemológicas y de experiencia social; (iv) se debe justificar y razonar de manera adecuada.

El juez no está sometido a intereses políticos, económicos o a la voluntad de la mayoría. La legitimidad del juez no deriva del consenso, de la democracia formal, sino de su vinculación a la Constitución, a la ley, a los hechos y a las pruebas[2847].

20. Un sector calificado de la doctrina distingue entre el libre convencimiento y la sana crítica[2848].

Se considera que *sana crítica* es un concepto más técnico, preciso y exacto que el de *libre convicción*, ya que no se le puede atribuir ninguno de los defectos de los otros criterios con que puede ser apreciada la prueba, y deja al juez en libertad, siempre que funde su sentencia y razone lógicamente[2849].

Para apreciar la prueba, según la sana crítica, se requiere por parte del juez un mayor caudal de conocimiento, de preparación, de experiencia y de buen sentido que el simple hecho de sujetarse al libre convencimiento[2850].

La sana crítica exige no solo un análisis descriptivo y específico de los medios de prueba, sino que también reclama la necesidad de realizar un examen crítico y riguroso del contenido y el resultado —tanto individual como en conjunto— de los medios de prueba. No se acepta una mera lectura superficial de la prueba, tampoco cualquier tipo de análisis. Por el contrario, se requiere una evaluación razonada y crítica del material probatorio.

En cambio, el libre convencimiento motivado solo reclama un sustento justificatorio adecuado del razonamiento sobre los hechos y las pruebas, sin que se exija de manera puntual y precisa un análisis crítico y depurado de los medios de prueba.

21. El modelo de la sana crítica no autoriza la elección arbitraria de las premisas y las conclusiones probatorias, no exonera al juez de sujetarse a ciertas pautas y directrices, así como tampoco lo libera de cumplir con las normas legales que regulan la formación de la prueba[2851]. El juez no goza del poder absoluto ni de una libertad desenfrenada para valorar la prueba; por el contrario, su poder se debe vincular al

2847 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2022, p. 439.

2848 Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 273; Levene (h), *Manual de derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 115.

2849 Por todos, Levene (h), *Manual de derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 115.

2850 Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto y Ricardo Levene (h), *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1945, T. III, p. 54.

2851 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 364. En el derecho español: Bacigalupo, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*, cit., p. 28. En el derecho argentino, Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 874.

horizonte epistemológico de la época y al saber consolidado en un determinado contexto histórico[2852]. La decisión sobre el juicio de hecho sigue necesariamente ciertos parámetros racionales y es incompatible con un juicio subjetivo, ajeno a cualquier control. El juez debe cumplir con reglas mínimas de racionalidad para adoptar su decisión[2853]. La sana crítica y el razonamiento probatorio motivado del juez representan la superación del sistema probatorio basado en la íntima convicción que tenía una base exclusivamente subjetiva, alejada de toda regla de la lógica, de las pautas científicas y del sentido común en donde la decisión de los hechos probados no estaba justificada ni era sujeto de control[2854].

Se insiste en que la libertad del juez tiene una valla infranqueable: el respeto a las reglas que dirigen la corrección del razonamiento humano, es decir, las normas de la lógica, como el principio de coherencia, el principio de identidad, de no contradicción, de razón suficiente[2855]. También debe respetar las reglas de las ciencias tanto de las naturales como de las ciencias sociales o la misma psicología, que brinda una serie de pautas para analizar las percepciones, los estados emocionales, la personalidad, entre otras realidades de la mente humana. Se deben utilizar también las reglas de la experiencia humana, individual y social.

II.5. LAS LIMITACIONES LEGALES A LA SANA CRÍTICA EN EL CPP

22. Si bien el sistema probatorio en el ámbito penal se adscribe al modelo de la sana crítica, dicho sistema debe convivir y buscar un equilibrio con ciertas reglas legales del CPP, tanto generales y específicas, que regulan el uso y el análisis de ciertos medios de prueba[2856].

2852 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 184; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 246.

2853 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 183, para quien que la valoración de la prueba de manera libre no significa que esté desvinculada de toda regla; Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 257; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 246: "esa libertad no es absoluta, sino que está limitada por las reglas generales de la epistemología, o como suele denominar la jurisprudencia, de la racionalidad y la lógica".

2854 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 257; Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 185.

2855 Cfr. Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 67; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 244; Cubas Villanueva, *El nuevo proceso penal peruano*, cit., p. 336; Rosas Yataco, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., vol. II, p. 855.

2856 Cfr. Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 27.

En la doctrina peruana, se sostiene, por ejemplo, que la regla contenida en el artículo 157.2 del CPP[2857] referida a la acreditación del estado civil o de la ciudadanía de las personas constituye una excepción a la regla de la sana crítica a la hora de evaluar la prueba[2858]. Dicho artículo debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 269 del Código Civil, que establece que "para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil". El CC consagra que "la posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de ésta". El artículo 270 del CPP prescribe que, si es que se comprueba la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, es admisible cualquier otro medio de prueba.

La legislación civil prescribe una determinada prueba y formalidad para la acreditación de los efectos civiles del matrimonio, que es la presentación de la "copia certificada de la partida del registro del estado civil". Se trata de una regla legal que impone un determinado medio probatorio para la demostración de un hecho determinado, que es un documento concreto y específico como lo es la copia certificada de la partida. Algunos consideran que una norma semejante posee similares consecuencias que la de la prueba legal[2859]. Cualquier defecto formal del matrimonio se puede subsanar con la posesión constante de dicho estado.

El CC establece que si se verifica la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente solo en estos casos se admite cualquier otro medio de prueba. No es que la ley civil establezca la libertad probatoria para acreditar el acto del matrimonio; la regla formal que se establece para su acreditación es que se pruebe con la "copia certificada de la partida del registro del estado civil" y solo cuando haya la falta o la pérdida del registro o del acta se puede recién acudir a otros medios de prueba.

23. El CPP también establece una serie de reglas legales específicas que fijan un conjunto de criterios que regulan el tratamiento de ciertos medios de prueba, tal como es el caso de los siguientes artículos[2860]:

i) Artículo 158.2 del CPP, que determina que en los supuestos de la declaración de colaboradores o arrepentidos, testigos de referencia, u otras situaciones análogas (*v. gr.*, declaración de coimputado, agraviados, etc.), se deben exigir actos de corroboración objetivos y materiales para im-

2857 "En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas".

2858 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 856. De igual forma en la doctrina brasileña: Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 212.

2859 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 856.

2860 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 165; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 861; Sánchez Velarde, *El nuevo procesal penal*, cit., pp. 272 y ss.

poner una sentencia condenatoria o fijar una determinada medida. La exigencia de corroboración es una *conditio sine qua non* para el empleo de las pruebas narrativas consideradas escasamente fiables[2861]. La ley regula una presunción legal de menor credibilidad o atendibilidad de la declaración del arrepentido o del coimputado en relación a cualquier prueba testimonial[2862].

ii) Artículo 158.3, que regula la prueba de indicios en la que se fija una serie de criterios que se deben cumplir al momento de evaluar los indicios, exigiendo que el indicio esté probado, que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia y, en el caso de los indicios contingentes, que estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes. El legislador ha intervenido para establecer la **insuficiencia probatoria** de un único indicio contingente como fundamento de una sentencia condenatoria[2863]. Se trata de un límite al libre convencimiento[2864] que busca poner freno al uso arbitrario e indiscriminado de los indicios y al que, desde el plano lógico, no se le reconoce la misma eficacia que los medios de prueba tradicionales[2865].

iii) Artículo 160.2, que establece que para otorgar valor probatorio a la confesión se requiere que "esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción"[2866] y que "sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas". Así, para que esta surta pleno valor

2861 Cfr. Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 593; Grevi/Illuminati, Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 276; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 213.

2862 Cfr. Grevi/Illuminati, Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 276, quienes aluden a "una sorta di **presunzione** relativa di inattendibilita delle suddette dichiarazioni"; Ferrua, *Il libero convincimento del giudice penale: I limite legal*, cit., p. 75.

2863 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 250; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 366; Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 675; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 213.

2864 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 364; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 593.

2865 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 123.

2866 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 612: "la confesión, que en el sistema inquisitivo es arrancada por cualquier medio, pero vincula legalmente al juicio, en el sistema acusatorio y garantista está sujeta a una larga serie de reglas de formación, como la espontaneidad, la no incidentalidad, la univocidad, etc., y, sin embargo, carece de todo valor legal decisorio. Más exactamente, no puede tener ningún valor probatorio si no va acompañada de algún otro elemento de juicio, porque resulta inverosímil que, si es auténtica, el sedicente protagonista del delito no pueda aportar otras confirmaciones".

probatorio, debe cumplir con una serie de garantías constitucionales y legales[2867].

Dichas normas legales específicas deben ser interpretadas sistemáticamente con las reglas de la sana crítica (artículos 158.1 y 393.2 del CPP), que exige respetar y observar las directivas de la ciencia, la lógica y de la experiencia.

24. La legislación procesal peruana ha adoptado reglas específicas que regulan la evaluación de ciertas pruebas, tal como ocurre con los casos de la prueba indiciaria (artículo 158.3) y de la cláusula de la insuficiencia probatoria (limitada eficacia) de la declaración de los arrepentidos (o colaboradores eficaces) y de los testigos de referencia[2868] a la hora de imponer una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria (artículo 158.2).

En el derecho comparado y en las legislaciones que han ejercido una influencia directa en el tratamiento de la prueba que asume el CPP, tal como ocurre en el derecho italiano, se considera que la regulación legal de la prueba indiciaria y de la declaración del colaborador supone una excepción al principio del libre convencimiento del juez[2869]. Se trata de casos en los que cuando menos se limita la evaluación de la prueba por parte del juez[2870].

Se estima que el legislador ha normativizado unas reglas jurisprudenciales que establecen las condiciones para justificar una sentencia condenatoria sobre la base de la concurrencia de indicios plurales, unívocos y concordantes[2871]. El legislador ha pretendido poner límites a la ausencia de regulación legal y al uso indiscriminado de los indicios por parte de la jurisprudencia que, sin ningún tipo de control o parámetro, fundaba la responsabilidad penal con base en criterios empíricos o indiciarios sumamente precarios y endebles.

Algún sector de la doctrina considera que una prescripción legal como la contenida en el artículo 158.2 y 158.3 del CPP es absolutamente redundante debido a que dichos criterios vienen impuestos por la aplicación de los criterios propios de la lógica inductiva que preside la corroboración de los hechos en el proceso. Empero, se resalta que dichas disposiciones —al mismo tiempo que se las relaciona con la lógica inductiva— permiten desarrollar una función de garantía, de protección a la

2867 Cfr. Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 208.

2868 En el derecho italiano: Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., pp. 210 y ss.

2869 Cfr. Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 16; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., pp. 210, 212 y ss. Con reparos: Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 191.

2870 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 364.

2871 Cfr. Catalano, *La prova indiziaria*, cit., p. 62; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 605; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 210.

libertad individual, y, sobre todo, buscan limitar los errores judiciales en aquellos casos en los que se generan resultados discutibles y cuestionables en el sistema de justicia.

La regulación de los requisitos de la prueba indiciaria a veces no logra cubrir todas las variantes de los sucesos de la vida que el juez se encuentra en la obligación de reconstruir, y puede tener un déficit de adaptación al caso concreto[2872].

II.6. LA SANA CRÍTICA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

25. La Corte Suprema de Justicia sostiene que los artículos 158 y 393, apartado 2, del Código Procesal Penal estipularon que la valoración probatoria debe observar la sana crítica racional, es decir, las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, sin perjuicio de examinar las pruebas individualmente y, luego, en conjunto, con la exposición de los resultados obtenidos y los criterios adoptado[2873].

> La apreciación de la prueba ha de desarrollarse conforme a las reglas de la sana crítica (en concordancia de los artículos 158.1 y 393.2 del CPP), y no debe estar exenta de pautas o directrices de rango objetivo. Los elementos que componen la sana crítica son los siguientes: (*i*) la lógica, con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia) y del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes); (*ii*) las máximas de experiencia o "reglas de la vida" a las que el juzgador recurre (criterios normativos o reglas no jurídicas, producto de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos hechos productos de la vida social concreta, que sirven al juez, en una actitud prudente y objetiva, para emitir juicios de valor acerca de una realidad, con funciones heurística, epistémica y justificativa); (*iii*) los

2872 Véase Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 16; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., pp. 210, 212 y ss.

2873 Véase la Casación N.º 1425-2018 del 19 de agosto del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro); la **Casación N.º 176-2020** del 14 de julio del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez): "el inciso 2 del artículo 393 del acotado Código establece que la valoración de la prueba debe respetar las reglas de la sana crítica y, especialmente, debe ser conforme con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Esto último de conformidad con lo también dispuesto en el artículo 158 del Código Procesal Penal".

> conocimientos científicos aceptados socialmente (según exigen los cánones de la comunidad científica mundial) (Rodrigo Rivera Morales: La prueba: un análisis racional y práctico, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 254). Frente al silogismo, en cuyo mérito la premisa menor es la fuente-medio de prueba, la premisa mayor es una regla de la sana crítica y la conclusión es la afirmación en la cual el juzgador de la existencia o inexistencia de los hechos enjuiciados, debe tener presente, como explica Silvia Barona Vilar, (*i*) que en el sistema de valoración libre las reglas de la sana crítica deben determinarse por el juzgador desde parámetros objetivos —no legales—; y, (*ii*) que, ante la ausencia de la premisa menor —pruebas válidamente practicadas—, la absolución es obligada [Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, 22da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 310][2874].

El sistema procesal penal peruano no solo se adhiere al sistema de libre valoración de la prueba, sino que se inclina por una valoración racional de la prueba, en la medida en que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales, objetivas y controlables, en aras de garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En ese sentido, en un sistema de sana crítica, la valoración de la prueba no está librada a la íntima convicción del juez, pues este debe valorarla teniendo en cuenta las circunstancias cambiantes locales y temporales, así como las particularidades del caso concreto, y basándose en una valoración razonada y sobre todo con la debida motivación, mediante criterios normativos que le sirven en una actitud prudente y objetiva con la finalidad de emitir juicios de valor[2875].

> En materia de la motivación fáctica, por lo demás, el juez no está autorizado a otorgar la categoría de prueba a datos que carecen de tal "ontología" y que solo parecen ser pruebas, ni a utilizar pruebas ilícitas. La libertad del juez tiene, por lo demás, una valla infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. Desde la sana crítica racional, el juez debe explicar cómo llegó a sus conclusiones sobre los hechos respetando los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), y los principios incontrastables de las ciencias y la experiencia común

2874 Véase la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433 del 11 de octubre del 2017.

2875 Véase la Casación N.º 330-2016 del 18 de octubre del 2018 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Pacheco Huancas).

[Cfr.: Cafferata Nores, José y Hairabedián, Maximiliano: *La prueba en el proceso penal*, 6ta. Edición, Editorial LexisNexis, 2008, pp.57-58][2876].

26. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "mediante la sana crítica racional, el juez debe determinar la credibilidad y el grado de eficacia probatoria de los medios de prueba, en particular las declaraciones testimoniales"[2877]. Se trata del testimonio de víctimas menores de edad, han de estimarse con especial cuidado sus circunstancias y condiciones especiales[2878].

Los medios de prueba se examinan de manera individual y, luego, conjuntamente. Su valoración ha de respetar las reglas de la sana crítica: los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (artículo 393, apartado 2, del Código Procesal Penal)[2879]. Los tres elementos son componentes de la sana crítica racional, la que implica que la valoración la realiza el juez, no por reglas legales apriorísticas, sino en virtud de la relación entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial[2880]. Lo esencial, entonces, es advertir si existen pruebas de cargo, inculpatorias, adicionales, y si estas son suficientes, así como si, dado el conjunto del material probatorio, las inferencias probatorias son lógicas y si, como regla de juicio, se cumple con el estándar de más allá de toda duda razonable. Esta es, en buena cuenta, el criterio rector que plasma la garantía de presunción de inocencia[2881]. La valoración judicial debe realizarse sobre el íntegro de lo ocupado por la policía y, sin perjuicio de efectuarse un examen individual, debe formularse un examen conjunto de la prueba pericial y de las demás pruebas —personales y documentadas—[2882].

27. El sistema de la sana crítica actúa como un instrumento del cual se valdría el juez para determinar la fuerza de convicción que contienen las pruebas introduci-

2876 Véase la Casación N.º 552-2019 del 18 de noviembre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2877 Véase la Casación N.º 719-2019 del 15 de diciembre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 1952-2018 del 28 de octubre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

2878 Véase la Casación N.º 426-2019 del 28 de febrero del 2022 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Altabás Kajatt).

2879 Véase la Casación N.º 300-2018 del 4 de diciembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2880 Véase la Casación N.º 675-2016 del 11 de abril del 2019 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Castañeda Otsu).

2881 Véase, la Casación N.º 300-2018 del 4 de diciembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2882 Véase, Casación N.º 553-2018 del 11 de setiembre del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

das y poder establecer así la eficacia de las mismas para el logro de su contenido[2883]. La evaluación de la actividad probatoria debe desenvolverse mediante el análisis y constatación de los medios probatorios incorporados en autos, con el objeto de obtener la más acertada elaboración de la idea de cómo se desarrollaron los hechos sobre los cuales versa el proceso. El principio de unidad de la prueba, se encuentra íntimamente ligado al sistema de la sana crítica, el cual se traduce en una fusión de lógica y experiencia, es decir con arreglo a la razón y a un conocimiento experimental de las cosas. Ello no implica la libertad de razonamiento, discrecionalidad o arbitrariedad del juez en su tarea de valoración, pues allí se estaría incursionando en el sistema de la libre convicción[2884].

La inducción o inferencia debe ser razonable y ha de amoldarse a las exigencias de la sana crítica (leyes lógicas, máximas de la experiencia y conocimientos científicos) [STSE 98/2017, de veinte de febrero][2885], lo que supone acatar las leyes de la lógica —del pensamiento formal—, como identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente, la corrección de las máximas de la experiencia, y utilizar los conocimientos científicos[2886]. En el análisis de un caso, se señaló que, desde el requisito de la corrección o racionalidad de las inferencias probatorias aportadas, no se desprende que se utilizó inferencias que vulneran las reglas de la sana crítica (el respeto a la lógica, la ciencia o la experiencia), que la inferencia sea inexistente, impertinente o demasiado genérica; en suma, no se utilizó para la formación de la premisa mayor una inducción o inferencia indebida (arbitraria, absurda o infundada)[2887].

28. La argumentación de una decisión judicial debe mostrar que se valoraron, de forma individual, conjunta y razonada, todas las pruebas actuadas, observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y que los alegatos de los sujetos procesales fueron tomados en cuenta[2888]. También se resalta "como

2883 Véase, la Casación N.º 2877-2017 del 28 de febrero del 2022 de la Sala Civil Transitoria (Ponente: Cabello Matamala).

2884 Véase, la Casación N.º 2877-2017 del 28 de febrero del 2022 de la Sala Civil Transitoria (Ponente: Cabello Matamala).

2885 Véase, la Casación N.º 766-2020 del 14 de marzo del 2022 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2886 Véase, la Casación N.º 1923-2018 del 5 de octubre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2887 Véase, la Casación N.º 300-2018 del 4 de diciembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2888 Véase, la Casación N.º 1707-2019 del 30 de julio del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez); el R. N. N.º 887-2020 del 13 de abril del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez); el R. N. N.º 221-2020 del 23 de marzo del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez); el R. N. N.º 1544-2019 del 17 de marzo del 2021 de la

regla general, que en la decisión final de un caso deben analizarse, de forma individual y conjunta, todas las pruebas actuadas en el proceso, confrontándolas con los medios de defensa presentados por las partes y los argumentos planteados en sus alegatos"[2889].

Si se cuestiona la presencia de un defecto de motivación de la sentencia —en orden a la inferencia probatoria, es decir, si esta tiene debido sustento en la sana crítica judicial—, y si además se objeta una inobservancia de las reglas de prueba y la regla de juicio (*in dubio pro reo*) de la garantía de presunción de inocencia, en pureza, se afirma un error *in iudicando*, de mala apreciación de una cuestión de hecho (Conforme: Cavani, Renzo: *Teoría impugnatoria*, Palestra, Lima, 2018, p. 56). El impugnante no denunció en la apelación la violación de una norma procesal referida a la estructura interna de la sentencia de primera instancia causante de nulidad. En su recurso de apelación, afirmó la infracción de determinados preceptos que se refieren a la logicidad de la motivación y a lo que dicha sentencia debe abordar para cumplir con enervar la presunción de inocencia (específicamente —en el *sub-lite*—, la prueba inculpatoria fiable y suficiente, y la racionalidad de la inferencia probatoria). Luego, el examen impugnativo debió abordar ambos extremos, más allá de que en apelación el Tribunal Superior puede realizar, con las limitaciones derivadas del principio de inmediación, un análisis autónomo de la prueba actuada y decidir en su consecuencia. Si se exige un razonamiento explícito y suficiente acerca de un determinado fundamento jurídico, comprensivo de unos hechos —se hizo sufrir el acto sexual a una niña o no— y de un específico fundamento jurídico —se motivó o no lógicamente la sentencia y se cumplió o no con las reglas de la presunción de inocencia—, entonces, al no incorporar una respuesta judicial en orden a lo que se pidió con relación al fundamento alegado, se vulneró el derecho a la motivación,

---

Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez); el R. N. N.º 2328-2018 del 29 de octubre del 2019 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Balladares Aparicio).

2889 Véase, el **R. N. N.º 227-2020** del 12 de octubre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Castañeda Espinoza): "En el presente caso, el impugnante Rojas Maslucán indicó, durante todo el proceso, que no era el titular del teléfono celular número 978515359, desde el cual se enviaron los mensajes intimidatorios a los presuntos agraviados, lo que motivó la interposición de una denuncia de parte en su contra; además, afirmó que en septiembre y octubre de dos mil doce Ysidoro Enrique Quispe Quispe no ostentaba ningún cargo directivo en la Asociación Mutualista del Personal Subalterno de la Sanidad de la Policía Nacional del Perú, para que se configurase la ventaja de cualquier índole que alegó el Ministerio Público, a efectos de que se configure el delito de extorsión. Sobre estos extremos la Sala Superior no emitió ningún pronunciamiento, en virtud de las pruebas que ofrecieron los sujetos procesales y se actuaron en el juicio oral, a pesar de que fueron los argumentos centrales de defensa del impugnante. De modo que resulta ser un vicio insubsanable cuya consecuencia es anular la sentencia impugnada, por contravenir manifiestamente el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales de los sujetos procesales".

que integra la garantía genérica tutela jurisdiccional. La motivación fue incompleta o insuficiente[2890].

29. Con respecto a la valoración de la prueba, es menester señalar que, de conformidad con lo previsto en el inciso 1 del artículo 158 del Código Procesal Penal, esta debe realizarse observando las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Estos son componentes de la sana crítica racional, la cual aporta criterios de solidez a la inferencia[2891]. Esta norma plasma el modelo de la libre convicción con sustento en la sana crítica, cuya sujeción a reglas racionales y concretas descarta el criterio general de regulación definido e impuesto legalmente (modelo de valoración legal) y el criterio subjetivo y arbitrario de la íntima convicción del juzgador, no sujeto a motivación alguna (modelo de la íntima convicción). En ese sentido, en el modelo de libre convicción se exige lo siguiente[2892]:

> [que] la valoración crítica de los elementos de prueba sea racional, aspecto que implica demandar que respete las leyes del pensamiento (lógicas) y de la experiencia (leyes de la ciencia natural) y que sea completa, en el doble sentido de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, exigencias con las cuales se pretende lograr que la decisión se baste a sí misma, como explicación de las conclusiones del tribunal (exigencia interna)[2893].

La Corte Suprema de Justicia ha destacado lo siguiente[2894]:

> la valoración probatoria exige el respeto de las reglas de la lógica —se incluye, las máximas de la experiencia y las leyes científicas— (artículo 393, numeral 2, del citado Código). La razonabilidad del juicio del juez descansa, ya no en la interpretación (acto de traslación) de las pruebas o en su selección bajo la regla epistémica de relevancia, sino en la corrección de la inferencia aplicada. El enlace entre el elemento de prueba extraído del medio de prueba que da lugar

2890 Véase, Casación N.º 343-2018 del 13 de diciembre del 2018 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

2891 Véase, la Apelación N.º 143-2022 del 6 de junio del 2023 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Carbajal Chávez); la Casación N.º 675-2016 del 11 de abril del 2019 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Castañeda Otsu).

2892 Véase, la Casación N.º 1135-2021 del 22 de febrero del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Luján Túpez).

2893 Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 871.

2894 Véase, la Casación N.º 482-2016 del 23 de marzo del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

a la conclusión probatoria —que es el dato precisado de acreditar— debe estar conforme con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos.

Si se escoge una regla lógica, una máxima de la experiencia o una ley científica equivocada o impertinente, es decir, que no corresponde —incluso si no se incorpora una de esas reglas—; si se escoge una de estas demasiado genérica o amplia para definir el caso concreto; o si se la aplica incorrecta o equivocadamente; en estos casos, la inferencia resultante será equivocada. Se requiere que el análisis que proyecta el juicio de inferencia en función a las pruebas —datos objetivos acreditados— excluya la arbitrariedad como consecuencia de la vulneración de las reglas del criterio humano.

III. LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

III.1. LAS REGLAS DE LA LÓGICA

Las reglas de la lógica tienen implicancias no solo en la formación de conceptos jurídicos, en la interpretación de las normas y la fijación de las consecuencias jurídicas, también despliegan su eficacia en la evaluación de la prueba y la determinación de los hechos probados.

A. La importancia de la lógica en la decisión sobre los hechos

30. 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 en que han ocurrido los hechos, debido a lo cual su conocimiento no es directo, sino indirecto o mediato. La única manera de que el juez perciba el hecho que se reputa delictivo es que se encuentre en el lugar de los acontecimientos 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[2895]. Por esta razón, su conocimiento de los hechos solo se produce a través de ciertos medios que le ayudan a conocer lo que realmente ocurrió[2896]. El juez

2895 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 204.

2896 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 146; Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 301; Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 1; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 72; Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 125; Zavaleta Rodríguez, Roger, en *Razonamiento judicial*, Lima, Ara, 2005, p. 375; Frister, *La certeza personal como presupuesto de la condena penal*, cit., p. 2, quien considera que la convicción a la que puede llegar el juez o Tribunal solo puede

utiliza los medios de prueba que reflejan percepciones de terceros[2897]. El juez debe reconstruir el pasado y, para lograr su objetivo, debe utilizar los hechos del presente que de manera más o menos fiable son rastros y huellas que en el proceso reciben la denominación de "pruebas"[2898]. La justicia debe buscar la verdad de las proposiciones de hechos que han ocurrido. Sin embargo, en ocasiones el juez debe determinar la realización de hechos presentes (inspección judicial frente a una perturbación de la posesión) e, incluso, debe predecir la ocurrencia de sucesos futuros (existencia del lucro cesante como base de una indemnización de daños y perjuicios)[2899].

Las pruebas en 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 inferencias que pueden tener carácter deductivo o inductivo[2900]. El tipo de razonamiento con el que se prueban los hechos se conocen con el nombre de **inferencia probatoria**[2901]. Los datos probatorios por si solos no tienen mayor significado si es que no se utiliza determinada clase de razonamientos o inferencias[2902]. Se trata de respetar aquí las reglas de la lógica, así como los pasos que la componen; de tal manera que hay una valoración irracional y las conclusiones a las que se llega son más que dudosas si es que no existen dichas inferencias o estas no son válidas al no cumplir con ciertas reglas y principios[2903]. El control judicial 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[2904].

B. La lógica en el análisis de la prueba

31. Las reglas y principios de la lógica deben gobernar todas las operaciones referidas a la evaluación de la prueba. Tanto la ponderación de los hechos como

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, *La prueba: un análisis racional y práctico*, cit., p. 373.

2897 Cfr. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 301.

2898 Cfr. FERRUA, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., p. 223.

2899 Véase, FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 32.

2900 Por todos, GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alonso J. GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2005, p. 369.

2901 Cfr. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 349; TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 320; GONZÁLEZ LAGIER, *Inferencia probatoria*, cit., pp. 53 y 54; IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 203; ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 271; CLIMENT DURÁN, *La prueba penal*, cit., 2005, T. I, p. 50.

2902 Cfr. IGARTUA SALAVERRIA, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 125.

2903 Cfr. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 424.

2904 Cfr. GIANFORMAGGIO, *Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio*, cit., p. 490.

el análisis de la evidencia deben respetar las reglas del razonamiento humano[2905]. Sin el empleo de la lógica no puede existir una correcta evaluación de la prueba[2906]. La lógica no solo sirve como criterio rector de la interpretación jurídica y de la *questio iuris*, sino también y de manera muy especial, en la determinación de los hechos probados en el proceso. No solo las disposiciones jurídicas generales deben concretarse y aplicarse al caso concreto, sino que también los hechos que se introducen a un determinado procedimiento deben decantarse progresivamente y la evidencia que los sustente o los refute ha de ser analizada de manera escrupulosa y racional.

La lógica está presente en todos los campos de la actividad humana. La dinámica de los hechos y pruebas en el proceso penal no es la excepción. Por ello, las leyes del razonamiento práctico deben ser respetadas tanto en la fundamentación del derecho aplicable como en la fundamentación de los hechos probados.

Sin embargo, la lógica no agota el razonamiento probatorio ni solo de ella depende la corrección de la resolución judicial. La inferencia puede ser plausible desde la perspectiva lógica, pero errónea en un sentido material[2907].

32. La evaluación racional de la prueba requiere que se dé cuenta, a través de buenas razones y argumentos plausibles, del tipo y contenido de las **inferencias y razonamientos** que sustentan cada uno de los resultados probatorios que se alcanzan[2908].

Los datos probatorios por sí solos no tienen mayor significado si es que no se utiliza determinado tipo de razonamientos o inferencias[2909]. La inferencia probatoria, como toda inferencia, se basa en la relación que media entre ciertas proposiciones,

2905 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 166: "La lógica debe presidir todas las operaciones intelectuales de valoración de la prueba. Es. Por así decir, su inicio y su cierre. Tanto al valorar la prueba, como en la redacción de la prueba en general han de ser respetadas las reglas de la lógica, las cuales estructuran racionalmente el proceso de valoración —y la sentencia misma—"; Climent Durán, *La prueba penal*, cit., 2005, T. I, p. 85; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 271; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 855; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 247.

2906 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 282.

2907 Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 271.

2908 Cfr. Rivera Morales, *La prueba: un análisis racional y práctico*, cit., 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"; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 855.

2909 Cfr. Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 125; Climent Durán, *La prueba penal*, cit., 2005, T. I, p. 50.

toda vez que ninguna proposición es probable en sí misma, sino que se conecta con otros elementos de juicio a su favor[2910].

La prueba no solo tiene un componente material o físico (*v. gr.*, huella digital, ADN, documento, etc.), sino que posee una indiscutible estructura lógica y requiere una adecuada estructura argumentativa[2911]. Se trata de respetar aquí las reglas de la lógica, así como los procedimientos que la componen.

33. El juez, al momento de decidir y establecer la reconstrucción de los hechos debe analizar cada uno de los medios de prueba y realizar una ponderación global de los mismos, situación que solo se logra utilizando inferencias, razonamientos y argumentos. El hecho no se reconstruye automáticamente, de manera pasiva y solo tomando en cuenta los medios de prueba. Es necesario conectar, mediante inferencias, los enunciados fácticos, los medios de prueba, su contenido y los resultados que cada uno de ellos arroja a fin de lograr una narración global de los hechos y, con ello, la decisión.

Como se ha señalado, las pruebas, ya sea de manera individual o conjunta, 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 la justificación de las resoluciones judiciales, sobre todo en lo que atañe a la fundamentación de los hechos probados[2912]. 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[2913]. El paso hacia una determinada conclusión o resultado es válido si la premisa de la que se parte es correcta[2914]. 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[2915].

2910 Cfr. Mendonça, *Las claves del derecho*, cit., p. 197.

2911 Cfr. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., p. 6.

2912 Cfr. Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 137.

2913 Cfr. Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 369; González Lagier, *Inferencia probatoria*, cit., p. 54.

2914 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 424; Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 209.

2915 Cfr. Ferrua, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., p. 225, las inferencias probatorias: "constituyen el soporte indispensable para remontarse desde las pruebas a la imputación para reconstruir el evento específico".

34. Un enunciado fáctico (*v. gr.*, la prueba) puede servir y apoyar la justificación de otro enunciado fáctico, esto es, puede ser utilizado como un enunciado para probar (y justificar) otro enunciado. Normalmente, en la justificación de un enunciado intervienen otros enunciados ya justificados, se habla en este sentido de cadena de enunciados justificados[2916]. Así, por ejemplo, un conjunto de indicios unívocos, coherentes y del mismo signo (*v. gr.*, incriminatorios o defensivos) pueden servir para probar y justificar la prueba de determinados hechos secundarios del mismo modo en que la acreditación de los enunciados secundarios puede servir como prueba de los hechos principales.

Con todo, 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 extendida en este ámbito[2917].

35. 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 sea complejos o simples.

Las inferencias que permiten alcanzar las leyes científicas de validez universal (*v. gr.*, la 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 fundan en meras generalizaciones que no poseen un alto grado de probabilidad, sino que se basan en la normalidad o regularidad de ciertos acontecimientos o conductas que no tienen el carácter universal o cuasiuniversal. 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 *pseudoreglas* que carecen de fundamento en la realidad empírica. Se trata de conclusiones en las que se expresan, más que juicios objetivos, fiables y seguros,

2916 Cfr. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 193.
2917 Cfr. Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 126.

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 pseudoconocimientos que no tienen un asiento empírico-objetivo y que no cuentan con un grado mínimo de confianza[2918].

C. Los principios lógicos más frecuentes en la argumentación de los hechos

36. Los principios lógicos que más se vinculan con la actividad probatoria son el de razón suficiente, el principio de tercio excluido, el principio de identidad y el principio de no contradicción[2919].

i. El principio de razón suficiente

37. El principio de razón suficiente fue enunciado por Leibniz[2920] en cuya obra se encuentran formulaciones de este axioma, en el sentido de que afirma que "jamás ocurre algo sin que haya una causa o al menos una razón determinante, es decir, algo que pueda servir para dar razón *a priori* de por qué algo existe y por qué existe de esta manera más bien que de otra manera" (Teodicea, I, 44.) y que "Nuestros razonamientos están fundados sobre dos grandes principios: el de contradicción y el de la razón suficiente, en virtud del cual consideramos que ningún hecho podría ser verdadero o existente, ningún enunciado verdadero, sin que haya una razón suficiente por la que ello sea así y no de otra manera, si bien estas razones las más de las veces no nos puedan ser conocidas" (Monadología, §31-32). Posteriormente, el principio adquirió una formulación negativa, **nada existe sin una razón** (*nihil est sine ratione*) y una formulación positiva, **todo ser tiene una razón** (*omne ens habet*

2918 Por todos, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., pp. 238 y ss.

2919 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 166: "las principales infracciones a las reglas de la lógica son la existencia de contradicciones, lagunas o saltos en la argumentación, las peticiones de principio, los círculos viciosos, las omisiones, las mutaciones en el *thema decidendi*, la oscuridad"; Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 191; Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 27; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 855; Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 110.

2920 Al respecto, Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2009, p. 3004 quien, si bien atribuye a Leibniz, como hacen muchos otros autores, la formulación madura del principio de razón suficiente, sus antecedentes y su formulación se encuentra: "*varias veces en la historia de la filosofía*". En el campo de la filosofía es común reconocer su amplitud y la dificultad de formularlo con precisión, véase: Russell, *La teoría monista de la verdad*, cit., p. 174.

rationem). El alcance del principio es bastante amplio, ya que está presente en todos los acontecimientos, de tal modo que no sufre ninguna excepción[2921].

El principio aludido puede recaer en diversos objetos: i) los objetos físicos o materiales; ii) las ideas abstractas o universales; iii) los objetos de intuición pura; iv) las voluntades individuales, situación que tiene correlato con cuatro tipos o clases de saberes como son la física, la lógica, la matemática y las ciencias normativas (ética, derecho) [2922].

38. De manera general, el principio de razón suficiente (o razón determinante) enuncia que: "nada es (o acontece) sin que haya una razón para que sea (o acontezca) o sin que haya una razón que explique que sea (o acontezca)"[2923].

Desde el punto de vista lógico, el principio de razón suficiente se enuncia respecto a que todo juicio, para ser verdadero, requiere de una razón suficiente[2924], como se afirma al sostener que: "todo aquello que posee existencia o puede existir posee una razón suficiente para existir"[2925]. No es correcto admitir la verdad de un juicio que no reposa en una razón suficiente. Sin embargo, ello no quiere decir que, en la práctica, todo juicio lleve consigo explícitamente una razón suficiente, peor aún si se tiene que hay una gran cantidad de proposiciones que carecen de fundamento sin que por ello dejen de ser juicios[2926]. En el plano de la teoría del conocimiento, toda afirmación y todo conocimiento deben estar suficientemente fundados.

Pese a la importancia del principio de razón suficiente, se recuerda que el mismo no tiene la inmediata claridad ni la precisión de otros principios lógicos, como el principio de identidad, el de contradicción o el del tercio excluido[2927]. Con todo, el principio desarrolla una destacada importancia al momento de fundamentar hipótesis en todo el ámbito del conocimiento[2928].

Se está ante una razón suficiente cuando la razón se basta por sí misma para servir de apoyo completo al enunciado y no hace falta nada más para que el juicio sea

---

2921 Véase, Ortiz Ibarz, José, *La máxima libertad en la historia*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2007, p. 204.

2922 Cfr. Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, cit., p. 3005.

2923 Ampliamente, Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, cit., p. 3004.

2924 Cfr. García Maynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 130.

2925 Véase, Ghirardi, Olsen, *El razonamiento judicial*, Lima, Academia de la Magistratura, 1997, p. 102; Luján Túpez, Manuel, en *Razonamiento judicial*, Lima, Ara, 2006, p. 260.

2926 Cfr. García Maynez, *Introducción a la lógica jurídica*, cit., p. 130.

2927 Cfr. Ghirardi, *El razonamiento judicial*, cit., pp. 120 y ss.

2928 Cfr. Ghirardi, Olsen, *El control de logicidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, Córdoba, Advocatus, 2008, p. 12.

plenamente verdadero. La razón es insuficiente cuando no se basta a sí misma para justificar o abonar lo enunciado en el juicio, sino que necesita ser complementada con algo más para que este sea verdadero[2929]. Se parte de la premisa de que todo juicio, para ser verdadero necesita de una razón suficiente que justifique y sustente lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de verdad[2930].

39. 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[2931], según las reglas del debido proceso y el contradictorio. Cada conclusión o resultado probatorio debe encontrarse respaldado de manera legítima en uno o varios elementos de prueba. La afirmación o negación de un hecho debe tener sustento probatorio suficiente[2932]. Si los hechos se dan por probados 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 conjeturas 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.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de razón suficiente debe cumplir dos requisitos: **a)** consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante (basados en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos) —requisito descriptivo—: y, **b)** valo-

2929 Por todos, García Maynez, *Introducción a la lógica jurídica*, cit., p. 131.

2930 Cfr. De la Rúa, Fernando, *La casación penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 155.

2931 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 855; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 331.

2932 Cfr. De la Rúa, *La casación penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, cit., 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, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 331.

rarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo —requisito intelectivo—"[2933].

40. El principio afirmativo de razón suficiente (*omne est habet rationem*) en su formulación en el lenguaje discursivo se relaciona con el principio de demostración (*principium redandæ rationis*)[2934]. El juez, cuando motiva la decisión, rinde o da cuenta de lo que pretende explicar, realiza un acto de representación[2935], en el sentido de que plasma en la sentencia una imagen, idea o concepto que refleja (al menos teóricamente) la realidad (verdad objetiva)[2936].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "el principio de verificabilidad o de razonamiento suficiente en virtud del cual 'todo lo que es tiene su razón de ser' y 'nada hay sin razón suficiente' el cual se ve afectado cuando en la motivación no aparecen las razones extraídas del derecho y de la actividad probatoria que justifiquen la decisión tomada causando la transgresión de este principio no solo que se esté ante una motivación defectuosa sino ante la presencia de una sentencia arbitraria y absurda por carecer de las razones que justifiquen el fallo correspondiendo que sea anulada en virtud a lo previsto por los artículos 121 *in fine*, 122 numerales 3 y 4, 171 y 197 del Código Procesal Civil[2937]".

ii. El principio de no contradicción

2933 Véase, la Casación N.º 945-2017 del 30 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga); la Casación N.º 724-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); la Casación N.º 182-2012 del 15 de agosto del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Barrios Alvarado); la Casación N.º 39-2012 del 18 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); la Casación N.º 161-2010 del 16 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); la Casación N.º 19-2010 del 3 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga); la Casación N.º 9-2010 del 13 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga); la Casación N.º 03-2007 del 3 de noviembre del 2007 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.º 1313-2017 del 19 de abril del 2018 expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Castañeda Espinoza); el R. N. N.º 1397-2016 del 25 de septiembre del 2017 expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Calderón Castillo).

2934 Sauval, Michel. *El principio de razón suficiente. Lectura y comentarios de "El principio de razón suficiente" de Martín Heidegger*. 1994. https://www.sauval.com/pdf/El%20principio%20de%20razon%20suficiente.pdf

2935 Sauval (*El principio de razón suficiente*, cit.), citando a Heidegger (*Le principe de raison*, trad. de André Preau) señala que el principio de razón implica que "es necesario que el acto de representación, si es cogniciente, aporte a la representación, la razón de la cosa encontrada, es decir, rendírsela (*reddere*)".

2936 Véase, la Casación N.º 255-2019 del 9 de septiembre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

2937 Véase, la Casación N.º 1782-2013 del 28 de marzo de 2014 de la Sala Civil Transitoria.

41. Desde el punto de vista lógico, el principio se enuncia afirmando que "nada puede ser y no ser juntamente", o también en el sentido de que: "no se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto".

En el campo jurisdiccional, en particular, en el contexto de la prueba, el principio más usado y recurrido del 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 al mismo por probado y luego por no probado[2938].

En efecto, es posible que los argumentos de la resolución judicial sean contradictorios entre sí (*v. gr.*, cuando 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 (y que antes se ha negado) o que no existe (si es que antes se afirmó su existencia). En el contexto fáctico, hay una 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 comisión de un delito y la coartada) o si se emplean reglas de inferencia incompatibles entre sí[2939]. 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 al negarse hechos que luego se afirman.

No es que en la motivación los fundamentos contradictorios se destruyan entre sí y dejen el pronunciamiento sin sustento legal[2940]. En realidad, se trata de un vicio lógico que, de incidir en la parte nuclear de la sentencia, debe llevar a la

2938 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 855.

2939 Por todos, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., 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".

2940 Sin embargo, así: De la Rúa, *La casación penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, cit., pp. 114 y 157.

anulación de la misma[2941]. Un sector de la doctrina considera que la motivación contradictoria es una forma de falta de motivación[2942].

D. Los vicios lógicos de las decisiones judiciales

i. Falacias y paralogismos

42. La mayoría de las legislaciones procesales (*v. gr.*, el CPP peruano, el CPP chileno) establecen de manera general que "En la valoración 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 resolución judicial y, en particular, la determinación de los hechos probados[2943]. 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 los principios del pensamiento en deberes jurídicos de observancia obligatoria para todos los operadores, en especial, para 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 resolución judicial[2944].

Se recuerda que las reglas de la lógica suponen la buena fe de los participantes (Peirce).

2941 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.º 12, 25/6/1959, 'López'; cfr. Núñez, Ricardo C., *Código Procesal Penal anotado*, 2a. ed., Lerner, Córdoba, 1986, nota 7 al art. 417, p. 394; De la Rúa, *La casación penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, cit., 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.º 20, 9/5/1974, 'Heredia'; S. n.º 71, 20/11/1997, 'Manssur'; S. n.º 125, 26/10/1999, 'Ateca'; S. n.º 67, 7/8/2000, 'Reyna', A. n.º 226, 6/7/2004, 'Flores', S. n.º 138, 1/11/06, 'Gigena', entre otros S. n: 74; 20/04/ 2011 'Scarlatta, Rodolfo')".

2942 Por todos, De la Rúa, *La casación penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, cit., p. 114.

2943 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 110; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 331.

2944 Cfr. Castillo Alva, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Lima, Grijley, 2013, pp. 406 y 407.

43. Las **falacias** constituyen violaciones a una regla de diálogo[2945], a un código de conducta de la argumentación racional[2946] y a las reglas que presiden una discusión crítica, e incluyen mucho más que simples errores lógicos[2947]. Se trata en buena cuenta de saltos ilícitos en la argumentación[2948]. Las falacias son maniobras discursivas torpes o deliberadas que bloquean la comunicación entre los agentes deliberativos, que limitan su participación libre e igualitaria, o que sesgan de cualquier modo el curso o el desenlace de la deliberación en contra del interés común[2949].

Otro vicio lógico son los **paralogismos.** Se distinguen diversas clases de paralogismos. Por ejemplo, existe el paralogismo semántico, que se presenta cuando existe contradicción en las premisas y la conclusión no deriva de ellas; el paralogismo sintáctico, que surge por la ambigüedad, oscuridad, vaguedad, y falta de definición de las palabras que forman las premisas; el paralogismo pragmático, que no presenta incoherencia entre las premisas y la conclusión, pero que presenta una falta de credibilidad material al carecer de justificación las premisas empleadas[2950].

El cambio o desviación del tema materia de discusión puede ser accidental o deliberado. En caso de que el cambio sea accidental, se está ante un paralogismo que es un argumento o razonamiento inválido, que se plantea sin una voluntad de engaño, esto es, con buena fe. En el supuesto de que el cambio sea deliberado, se está ante un sofisma, que es un vicio del razonamiento que se sostiene con el propósito de engañar a los demás, y quien lo emite lo hace consciente de su falsedad[2951].

Se resalta que no todo mal argumento supone incurrir en una falacia y, en sentido contrario, es posible sostener que un argumento plausible puede esconder una falacia[2952]. Como señaló Aristóteles, "Que unos razonamientos, pues, lo son realmente, y otros, aunque no lo son, lo parecen, es manifiesto. En efecto, así como en otros casos sucede esto por causa de alguna semejanza, así también pasa con los

2945 Cfr. Walton, Douglas y Erik Krabe, *Argumentación y normatividad dialógica. Compromisos y razonamiento interpersonal*, Lima, Palestra, 2017, p. 50.

2946 Véase, Van Eemeren, Frans, *La teoría de la argumentación. Una perspectiva pragmadialéctica*, Lima, Palestra, 2019, pp. 103 y ss.

2947 Ampliamente, Van Eemeren, Frans, *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*, Madrid-México, P y V Editores, 2012, pp. 302 y ss.

2948 Cfr. Walton/Krabe, *Argumentación y normatividad dialógica. Compromisos y razonamiento interpersonal*, cit., p. 157.

2949 Cfr. Vega Reñón, Luis, *La fauna de las falacias*, 1a. reimp., Madrid, Trotta, 2018, p. 125.

2950 Ampliamente, Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*, 2a. reimp., Bogotá, Temis, 2004, pp. 205, 207, 218, 212, 220 a 224.

2951 Cfr. Aristóteles; *Las refutaciones sofísticas*; 169a y 169b; Klug, *Lógica jurídica*, cit., p. 205; Vega Reñón, *La fauna de las falacias*, cit., p. 27; Mixán Mass, Florencio, *Lógica jurídica*, Trujillo, Marsol, 1988, p. 353; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 71.

2952 Cfr. Vega Reñón, *La fauna de las falacias*, cit., p. 29.

argumentos. Pues también (entre los hombres) unos se hallan en buen estado y otros lo aparentan, al modo como las tribus hinchan y aprestan (las víctimas de los sacrificios), y unos son bellos a causa de su belleza, mientras que otros lo aparentan adornándolos"[2953].

44. La Corte Suprema de Justicia sostiene que, "la motivación ilógica es aquella que infringe las reglas de la sana crítica, en relación a la inferencia probatoria. Se presenta cuando la inferencia probatoria contraviene las leyes lógicas (no contradicción, razón suficiente o tercio excluido), las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos consolidados —es el denominado *error in cogitando*—"[2954].

De igual manera, "la motivación ilógica está conectada con la valoración de las pruebas lícitamente incorporadas al proceso (artículo 393, numeral 1, del Código Procesal Penal); solo estas se pueden utilizar como fundamento de la decisión. La valoración probatoria exige el respeto de las reglas de la lógica —se incluye, las máximas de la experiencia y las leyes científicas— (artículo 393, numeral 2, del citado Código). La razonabilidad del juicio del juez descansa, ya no en la interpretación (acto de traslación) de las pruebas o en su selección bajo la regla epistémica de relevancia, sino en la corrección de la inferencia aplicada. El enlace entre el elemento de prueba extraído del medio de prueba que da lugar a la conclusión probatoria —que es el dato precisado de acreditar— debe estar conforme con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos"[2955].

En función de los diversos conceptos que se han dado al término ilogicidad, podríamos señalar que la motivación ilógica es lo contrario a la lógica. La lógica es el razonamiento intelectual en el que las ideas se manifiestan o se desarrollan de forma coherente, sin que haya contradicciones entre sí. Por tanto, la ilogicidad, en el ámbito de la garantía de la motivación de las resoluciones, podría ser definida como aquella

2953 Cfr. Aristóteles; *Las refutaciones sofísticas*; 164a.

2954 Véase, la Casación N.º 1179-2017 del 10 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro); la Casación N.º 757-2016 del 19 de junio del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga).

2955 Véase la Casación N.º 255-2019 del 9 de septiembre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 1101-2018 del 3 de julio del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Coaguila Chávez); la Casación N.º 453-2018 del 5 de noviembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas); la Casación N.º 222-2018 del 16 de abril del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); la Casación N.º 1313-2017 del 29 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas); la Casación N.º 1179-2017 del 5 de julio del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Chávez Mella); la Casación N.º 181-2017 del 17 de abril del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas); la Casación N.º 924-2016 del 22 de septiembre del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Lecaros Cornejo) la Casación N.º 482-2016 del 23 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

que es contraria al razonamiento coherente o libre de contradicciones[2956]. En sentido opuesto, una motivación lógica es la que evidencia un razonamiento debidamente estructurado entre sus premisas y la conclusión. Es de considerar adicionalmente que la ilogicidad a la que alude el legislador debe tener una especial intensidad. El defecto de motivación por ilogicidad debe ser manifiesto; esto es, un vicio patente, claro, grosero, evidente[2957]. En este sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado señalando que la manifiesta ilogicidad de la motivación está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cometió algún error en su razonamiento o viola las reglas de la lógica, de modo que esta causa está directamente vinculada con la tutela del derecho y con la motivación de las resoluciones judiciales[2958].

La ilogicidad de la motivación descansa en la vulneración de las reglas lógicas —incluso de las máximas de experiencia, su precisión y correcta aplicación— vinculadas a las inferencias que sirven para relacionar la fuente-medio de prueba con los elementos del injusto penal materia de acusación[2959].

El juicio de logicidad de la motivación busca controlar la libre convicción del juez expresada en una resolución, pero no por el resultado, es decir, el propio convencimiento, sino por la manera en que ese convencimiento ha sido conseguido. La Corte Suprema puede analizar el procedimiento lógico seguido para determinarlos y, en ese sentido, controlar los argumentos esgrimidos por el juez para describir el proceso de convicción al cual llegó[2960]. El mencionado control está indefectiblemente ligado al sistema de "libre convicción" o "apreciación en conciencia", dicha elaboración ha prestado especial atención a los "componentes objetivos de la for-

2956 En el artículo 606 e) del Código de Procedimientos Penales Italiano se ha introducido una modificación que precisa como otra variante de la causal relacionada con la motivación cuando esta es contradictoria (*contraddittorietà*).

2957 Véase, la Casación N.º 858-2018 del 21 de agosto del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 833-2018 del 14 de agosto del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 1179-2017 del 5 de julio del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Chávez Mella); la Casación N.º 1382-2017 del 10 de abril del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 1382-2017 del 10 de abril del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

2958 Véase, la Casación N.º 858-2018 del 21 de agosto del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 833-2018 del 14 de agosto del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 1382-2017 del 10 de abril del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 60-2010 del 19 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein).

2959 Véase, la Casación N.º 1-2016 del 17 de mayo del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).

2960 Véase, la Casación N.º 934-2017 del 28 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); la Casación N.º 910-2015 del 10 de noviembre del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo); la Casación N.º 39-2012 del 18 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein).

mación de la convicción", partiendo de una clara distinción entre libre convicción y arbitrariedad. Estos componentes objetivos han permitido un nuevo concepto que contrasta claramente con la antigua noción puramente subjetiva de la convicción, que no permitía control alguno. De esta manera, se puede excluir del concepto de *libre convicción* aquello que solo es arbitrariedad[2961].

También se vulneran las reglas de la lógica si se escoge una regla lógica, una máxima de la experiencia o una ley científica equivocada o impertinente, es decir, que no corresponde —incluso si no se incorpora una de esas reglas—; si se escoge una de estas demasiado genérica o amplia para definir el caso concreto, o si se la aplica incorrecta o equivocadamente, en estos casos, la inferencia resultante será equivocada. Se requiere que el análisis que proyecta el juicio de inferencia en función a las pruebas —datos objetivos acreditados— excluya la arbitrariedad como consecuencia de la vulneración de las reglas del criterio humano[2962].

En todo caso, corresponde al impugnante aportar los elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio en relación con los datos objetivos acreditados (STSE de treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y nueve). Si el recurrente busca, además, la sustitución de la decisión por el propio Tribunal Supremo —en tanto que la regla es el respeto de los hechos declarados probados en la instancia—, se requerirá que el juicio de inferencia no dependa de la inmediación, sino de la pura corrección del razonamiento jurídico de los jueces sentenciadores (STSE de catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve)[2963].

ii. La violación al principio de razón suficiente

45. Una violación al principio de razón suficiente es omitir el análisis de una prueba decisiva en la explicación de los hechos. La omisión de valoración de una prueba decisiva supone en buena cuenta que el juez ha realizado una selección arbitraria del material probatorio 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

2961 Véase, la Casación N.º 39-2012 del 18 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein).

2962 Véase, la Casación N.º 1101-2018 del 3 de julio del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Coaguila Chávez); la Casación N.º 222-2018 del 16 de abril del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); la Casación N.º 179-2018 del 5 de julio del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Chávez Mella); la Casación N.º 1179-2017 del 5 de julio del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Chávez Mella); la Casación N.º 482-2016 del 23 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2963 Véase, la Casación N.º 482-2016 del 23 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

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 pudo haber cambiado el curso de la valoración probatoria[2964].

Uno de los vicios lógicos frecuentes es concluir en la responsabilidad penal de una persona por el hecho, muchas veces circunstancial y contingente, de que esta se encontraba en el lugar de la comisión del delito, sin que se aporte otro medio de prueba adicional o indicios anteriores, concomitantes o posteriores que permitan sostener dicha conclusión de modo seguro[2965]. La presencia física de una persona en el lugar del crimen o en las inmediaciones no la hace por sí misma 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[2966].

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[2967].

La Corte Suprema de Justicia sostiene que una sentencia no fue racional debido a que no se obtuvo inferencias adecuadamente deducidas de la prueba, lo que infringe el principio lógico de razón suficiente[2968]. El principio de razón suficiente implica explicar acabadamente por qué se está ante un error de tipo y con base en la prueba actuada[2969]. La logicidad del fallo deberá satisfacer ciertos requisitos, entre

2964 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, vol. 2, p. 343. En la doctrina peruana: Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 326.

2965 Cfr. Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., 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".

2966 Exp. N.º 04122-2011-PHC/TC, Caso: Ilber Meneses Alarcón.

2967 Cfr. De la Rúa, *La casación penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, cit., 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".

2968 Véase, la Casación N.º 1425-2018 del 19 de agosto del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2969 Véase, la Casación N.º 552-2019 del 18 de noviembre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

otros, respetar el principio de *razón suficiente,* constituido por inferencias razonables colegidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones[2970].

Asimismo, se afecta el principio de razón suficiente si es que la sentencia de mérito no obtuvo las respectivas conclusiones lógicas de las lesiones que presentó la agraviada, al margen de las típicas de la caída, con las que mostró el imputado[2971]. La Corte Suprema estimó que las inferencias probatorias del Tribunal Superior no tienen consistencia y, por ende, su análisis vulneró los principios lógicos de razón suficiente y de identidad[2972].

La Corte Suprema de Justicia señaló que la sentencia de segunda instancia no absolvió debidamente los motivos del recurso de apelación centrados en un error en la apreciación de la prueba de cargo, por lo que se vulneró la garantía de la motivación, en concreto, el principio de razón suficiente[2973].

46. La simple posesión de dinero no es un comportamiento que justifique por sí misma 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[2974].

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 conforme a la cual al Ministerio Público le corres-

2970 Véase, la Casación N.º 1332-2019 del 30 de junio del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Torre Muñoz); la Casación N.º 790-2019 del 26 de abril del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Torre Muñoz).

2971 Véase, la Casación N.º 1425-2018 del 19 de agosto del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2972 Véase, la Casación N.º 1174-2019 del 19 de julio del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2973 Véase, la Casación N.º 05-2007 del 11 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

2974 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., 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".

ponde probar de manera suficiente todos los extremos de la acusación, tanto los elementos objetivos y subjetivos del ilícito, *v. gr.*, en el caso referido, 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 ni 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.*, la demostración de que la transferencia es por una suma millonaria que no se corresponde con actividades habituales, de que 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 y en el que se encuentra droga no es determinante para poder sostener que el acompañante se dedica a la comercialización de estupefacientes[2975].

Asimismo, a partir del hecho de que a una persona se le encuentre en posesión de un arma de fuego no es correcto inferir su pertenencia automática a una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas. Así, la convalidación en sede constitucional de una sentencia condenatoria que afirma que "al momento de su detención se le incautó una arma de fuego [al imputado]", y postula con ello que se evidencia que el encausado Mario Fernando Ramírez Daza "formaba parte de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, pues no solo 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"[2976], viola el principio de razón suficiente. En ella, se deja de lado el razonamiento elemental de que no toda persona que porta armas pertenece a una organización y que no toda persona que no las porta deja de pertenecer a una organización delictiva.

2975 La Segunda Sala Pena Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el R. N. N.º 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 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".

2976 Véase, la STC peruano del Exp. N.º 02601-2009-PHC/TC, Caso: Mario Fernando Ramírez Daza.

iii. La violación al principio de no contradicción

47. Los casos más frecuentes de violación del principio de contradicción se presentan cuando una conducta al mismo tiempo se considera dolosa e imprudente, cuando se condena a una persona como autor material de un delito (*v. gr.*, homicidio, robo), pese a que se reconoce que no se encontraba presente en la escena del crimen, sino en otro lugar. 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.

Como ejemplo de violación del 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"[2977].

El TC encuentra una violación al deber de motivar las resoluciones judiciales debido a que en una sentencia casatoria de una Sala Civil de la Corte Suprema no existe fundamento en el que se pronuncie sobre la motivación defectuosa por vulneración del principio lógico de no contradicción en el extremo referido al lucro cesante[2978].

48. En la jurisprudencia argentina, se consideró que una sentencia viola el principio de no contradicción cuando en los considerandos se estima que no existe calefacción y en la parte dispositiva se manda pagar su importe. Es decir, en los considerandos se afirma que no existe calefacción y en la parte resolutiva indirectamente se afirma que existe calefacción (por lo que se manda a pagar su importe)[2979].

La Corte Suprema de Justicia ha destacado que la manifiesta ilogicidad en la motivación se debe entender como contradicción de los supuestos fácticos, es decir, se manifiesta cuando se emplean en la sentencia, en el extremo referido a los hechos probados, frases o términos que por ser antagónicos resultan incompatibles entre sí, de tal manera que la afirmación de uno resta eficacia al otro, porque resultan

2977 Exp. N.º 728-98-AA/TC, Caso: Pedro Augusto Espinoza Lazo.

2978 Exp. N.º 02145-2012-PA/TC, Caso: Exportaciones e Importaciones MAC E.I.R. Ltda.

2979 Véase, "Perrotta, Luis", Buenos Aires, 26 de abril de 1994. J. A. 1994-IV-235. Fayt. Belluscio. Petracchi. Levene (h). López. Moliné O'Connor.

incompatibles al excluirse mutuamente, lo que produce una laguna en la fijación de los hechos[2980].

Se incurre en contradicción si el razonamiento del Colegiado de Apelaciones sostiene que el acusado está obligado a proveer el sostenimiento, protección, educación y formación de la hija procreada con la agraviada, y se señala, además, que restringir la posibilidad de dicho cumplimiento mermaría los derechos fundamentales de la menor que depende de él; y, sin embargo, pese a ello, el Tribunal determina una pena de reclusión en un establecimiento penitenciario[2981].

Hay una motivación contradictoria en una decisión judicial cuando en un primer momento se desvincula al encausado del suceso criminal por inconsistencia de los medios de prueba de cargo, para luego invocar la existencia de duda razonable[2982].

También existe contradicción cuando un tribunal asume como causa probable de la muerte el hecho de que esta se haya producido por precipitación sobre una superficie dura y al mismo tiempo se acepta que es creíble la versión de una testigo (hermana de la menor agraviada) de que la víctima falleció, debido a que una mesa le cayó encima[2983]. Aquí se postulan dos supuestos no conciliables respecto de la causa de la muerte de la menor, que se trató de un impacto por mecanismo pasivo (caída) o activo (golpe), sin valorar, incluso, lo señalado por el perito médico legista, quien sostuvo, de manera categórica, que lo más probable era que la causa se tratara de un mecanismo activo, es decir, que un objeto contuso impactara a la menor y le produjera la lesión[2984].

En un caso, la motivación de la recurrida se estimó contradictoria en el ámbito fáctico, puesto que se afirmaba un hecho (que la obra no se hizo en setiembre u octubre) y, a continuación, en el mismo relato, se afirmaba lo contrario (que hubo pagos en exceso; de lo que se puede deducir que la obra sí se hizo), con lo que se refutó implícitamente lo que en la misma decisión se sostuvo[2985].

2980 Véase, la Casación N.º 181-2014 del 8 de septiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Rodríguez Tineo); la Casación N.º 60-2010 del 19 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein).

2981 Véase, la Casación N.º 4-2015 del 11 de julio del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria (Ponente: Pacheco Huancas).

2982 Véase el R. N. N.º 2605-2014 del 21 de noviembre del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Prado Saldarriaga).

2983 Véase el R. N. N.º 2014-2018 del 27 de mayo del 2019 del 2016 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Príncipe Trujillo).

2984 Véase el R. N. N.º 2014-2018 del 27 de mayo del 2019 del 2016 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente: Príncipe Trujillo).

2985 Véase la Casación N.º 60-2016 del 8 de mayo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Salas Arenas).

En otro caso se destaca que el tribunal de instancia en un primer momento razonó que no es necesario efectuar una valoración de la prueba biológica de ADN a fin de determinar la paternidad del neonato producto de la violación sexual. Sin embargo, en líneas posteriores, sin mediar fundamentación alguna, concluye que existe como hecho probado y cierto que la agraviada ha mantenido relaciones sexuales (con el progenitor-encausado) y, producto de ello, ha alumbrado a un neonato, con lo que se concreta la autoría directa del recurrente[2986].

vi. La falacia *ignoratio elenchi*

49. Desde el punto de vista lógico, el hecho de que en un proceso no se discuta o no se responda a los aspectos esenciales planteados por una de las partes en la solución de un caso supone incurrir en la denominada "falacia de elusión de la cuestión", denominada también "falacia *ignoratio elenchi*", de "elusión del asunto", "conclusión irrelevante o inatingente"[2987] o de "suplantación de la tesis"[2988]. Algunos consideran que se trata de una falacia informal que contraviene el criterio de relevancia[2989].

La falacia *ignoratio elenchi* consiste en no abordar el problema descrito o la cuestión planteada, ya sea porque no se responde racionalmente las cuestiones relevantes de manera expresa o porque se terminan analizando problemas distintos a los efectiva y realmente sostenidos por alguna de las partes. En buena cuenta, hay una distorsión de la discusión y de los términos del debate, debido a que la

2986 Véase la **Casación N.º 292-2014** del 17 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana): "presenta una sustancial incongruencia e inconsistencia en su justificación, pues según la propia Sala Superior se encuentra "fehacientemente probado", que producto de la violación [relaciones sexuales con el encausado] la agraviada ha alumbrado a un neonato, sin embargo descarta la valoración del resultado de la prueba de ADN que vincularía científicamente o no al recurrente como progenitor del neonato y autor de la violación. Por lo que, dicho razonamiento efectuado por el Tribunal de mérito en la sentencia de vista resulta arbitrario e incongruente, que la convierte en una motivación ilógica, pues toda sentencia condenatoria o absolutoria debe ser expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas y de la interpretación de la norma aplicable, a fin de garantizar al justiciable una resolución fundada en derecho".

2987 Cfr. Hamblin, Charles L., *Falacias*, Lima, Palestra, 2016, pp. 37 y ss.; Toulmin, Stephen / Rieke, Richard / Janik, Allan, *Una introducción al razonamiento*, Lima, Palestra, 2018, pp. 209 y ss.; Iacona, Andrea, *La argumentación* (Trad. de Karla Camila Harada Carranza), México, UAM, Unidad Cuajimalpa, 2018, pp. 163 y ss; Copi/Cohen, *Introducción a la lógica*, cit., 2010, pp. 141 y ss.; Aristóteles; *Las refutaciones sofísticas*; 168a.

2988 Cfr. Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 71.

2989 Por todos, Bordes Solanas, Montserrat, *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, Madrid, Cátedra, 2011, pp. 189 y ss.; Van Eemeren, *La teoría de la argumentación. Una perspectiva pragmadialéctica*, cit., p. 103.

respuesta que se brinda es ajena y distinta al problema que se analiza y que se ha introducido en su momento.

Se elude la cuestión cuando se fundamenta una tesis con argumentos o pruebas que no son pertinentes para las cuestiones en disputa. En algunos casos, se incluyen datos que son simplemente incorrectos; en otros casos, los datos se encuentran ligeramente vinculados con una afirmación, y, en otros casos, se soslaya y no se responde una pregunta clara que se dirige a una persona[2990]. Los argumentos que se brindan equivocan el punto que debe discutirse o resolverse.

50. Las razones que se brindan pueden ser verosímiles desde el punto de vista retórico y pueden resultar muy convincentes desde la perspectiva psicológica y emocional[2991]; sin embargo, el argumento, al no abordar la cuestión en disputa, resulta complemente fuera de foco e impertinente.

Se destaca que la mayor parte de problemas que presenta esta clase de falacia es omitir, de modo deliberado o negligente, el análisis de hechos, pruebas o argumentos referidos al tema en discusión. Por ejemplo, puede haber una omisión total y completa para abordar los temas que se debaten en la discusión racional; puede haber también una omisión parcial de algunas cuestiones relevantes y esenciales de la discusión, o también puede haber un análisis de las cuestiones debatidas con argumentos o pruebas impertinentes, o que poco o nada tienen que ver con el asunto objeto de debate.

Si en el discurso, uno de los participantes desvía la atención del punto central que debe ser respondido, y llega a una conclusión ajena que, si bien podría estar de alguna manera relacionado, no es la cuestión que debería de contestarse, se presenta esta clase de falacia. Dicha falacia se comete cuando se llega a una determinada conclusión, pero se parte de premisas irrelevantes para resolver al asunto en cuestión.

51. La falacia *ignoratio elenchi* es una falacia general que puede comprender muchos vicios en el razonamiento[2992]. Se reconoce que de ella derivan, por ejemplo, dos tipos de maniobras de distracción muy comunes: la falacia de la *pista falsa* y la falacia del *hombre de paja*[2993].

2990 Cfr. Toulmin/Rieke/Janik, *Una introducción al razonamiento*, cit., p. 210.

2991 Cfr. Copi/Cohen, *Introducción a la lógica*, cit., 2010, p. 142, quien recuerda que la falacia de la *ignoratio elenchi* puede venir asociada con la falacia *ad populum*.

2992 Cfr. Hamblin, *Falacias*, cit., p. 38; Copi/Cohen, *Introducción a la lógica*, cit., 2010, p. 142, quienes consideran que todas las falacias de atinencia (excepto la de petición de principio) son, en cierto sentido, falacias de *ignoratio elenchi*.

2993 Cfr. Toulmin/Rieke/Janik, *Una introducción al razonamiento*, cit., p. 212; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 71.

La ***pista falsa*** es un argumento que se utiliza para desviar la discusión principal sacando o respondiendo acerca de un tema que nada tiene que ver con el problema en disputa o que solo posee una relación remota o lejana. En la discusión, se introducen elementos que distraen el asunto (*v. gr.*, cortinas de humo) utilizando la táctica de cambiar de tema para evitar analizar la fuerza argumentativa del planteamiento del oponente[2994].

Por su parte, el argumento del **hombre de paja**, llamado también "falacia del espantapájaros" o "del testaferro", es una maniobra de distracción en la que alguien termina atacando o defendiendo una postura que en realidad nadie sostiene al simplificar el problema en exceso. Aquí se intenta refutar un planteamiento reformulándolo de tal forma que puede ser rechazado con facilidad por el auditorio, *v. gr.*, si se considera que el aborto es un asesinato, se pretende que todos rechacen el aborto. Un planteamiento se caricaturiza por *simplificación* (cuando se olvida presiones sutiles relevantes), por *reconstrucción distorsionada* y por *extrapolación ilícita* (cuando se realizan inferencias no implicadas por su contenido). Esta falacia supone una afectación directa al principio de caridad interpretativa[2995], que recomienda interpretar racionalmente las declaraciones y argumentos de las demás personas[2996].

2994 Por todos, Bordes Solanas, *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, cit., p. 197.

2995 Este principio exige que las declaraciones de las personas sean interpretadas como racionales y, en caso de disputa, que se considere su interpretación más sólida. La meta de este principio metodológico es evitar que se atribuya irracionalidad, falacias o falsedades a las declaraciones de los demás, cuando es posible, dentro de ciertos límites, realizar una interpretación coherente y racional de las mismas. Para Davidson, "el principio ordena al intérprete traducir o interpretar de modo tal que algunos de sus propios criterios de verdad se lean en la estructura de oraciones que el hablante considera verdaderas. El propósito del principio es hacer inteligible al hablante, puesto que las desviaciones excesivas respecto de la coherencia y de la corrección no dejan un terreno común desde el cual juzgar el acuerdo o la diferencia. Desde un punto de vista formal, el principio de caridad ayuda a resolver el problema de la interacción del significado y la creencia al restringir los grados de libertad concedidos a la creencia mientras se determina el modo de interpretar las palabras". Luego señala que el principio de caridad busca "favorecer interpretaciones que preserven la verdad todo cuanto sea posible: creo que contribuye a la comprensión mutua y, por tanto, a una mejor interpretación, interpretar como verdadero, cuando podamos, lo que el intérprete acepta como tal"; véase, Davidson, Donald, *Verdad y conocimiento: una teoría de la coherencia*, en *Mente, mundo y acción. Claves para una interpretación*, Barcelona, Paidós, 1992, pp. 90 y 91. El principio de caridad interpretativa no promueve sentir una emoción piadosa hacia un autor, sino que recomienda maximizar la racionalidad del documento que se analiza. La aplicación de este principio no es incondicional, pues cede su importancia en determinados casos, como cuando, por ejemplo, entra en conflicto con el principio de racionalidad contextual; véase, Bordes Solanas, *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, cit., pp. 116 y ss.

2996 Cfr. Bordes Solanas, *Las trampas de circe: falacias lógicas y argumentación informal*, cit., p. 191.

52. Por ejemplo, en la solución de los casos judiciales se elude la cuestión cuando en el debate[2997] ocurre alguno de los siguientes eventos:

i) Una de las partes discute como problema probatorio que el imputado no cometió el delito que se le atribuye y solo se analiza el aspecto de si el delito está probado o no, sin entrar a analizar la correspondiente autoría o participación o no en el suceso.

ii) El fiscal sostiene que el imputado se pasó un semáforo en rojo por estar bebido y, como consecuencia de ello, mató a un transeúnte que cruzaba la calle, y el abogado alega que su cliente no podía haber cometido el homicidio, ya que va a misa los domingos, es un buen padre de familia y participa en diversas obras de caridad. Aquí el fiscal trata de probar el delito cometido y el abogado repara no en el hecho que se discute, sino en los antecedentes del imputado y su condición de buena persona. Igual ocurre cuando se sostiene que el accidente se debió a la lluvia omitiendo señalar que el vehículo no tenía frenos[2998].

iii) El fiscal pide una condena y presenta como pruebas principales tanto el video como las fotos de la escena del crimen, en donde se ven las graves heridas que había sufrido la víctima, pero que no responden a las pruebas y alegaciones de la defensa referidas a que el imputado no podía cometer el crimen, debido a que el día de los hechos se encontraba de viaje fuera de la ciudad.

iv) La defensa señala que la prueba pericial es impertinente para probar el hecho imputado, pero el fiscal, cuando se le corre traslado, sostiene que se trata de una prueba que ha sido difícil de conseguir y que el perito tiene una gran fama y respeto académico.

v) Se sostienen como problema del caso cuestiones probatorias referidas a la suficiencia probatoria (*v. gr.*, el cumplimiento del estándar probatorio en materia penal) y se responde como tema central el hecho de la tipicidad de la conducta sobre la base de criterios de imputación objetiva.

vi) Se plantea como problema la ilicitud probatoria de la medida limitativa de derechos (*v. gr.*, interceptación telefónica, allanamiento domiciliario, entre otros), pero se responde que los hechos son graves, que merecen sanción y que la prueba es pertinente a los hechos materia de imputación.

2997 Véase, Castillo Alva, José Luis, *El derecho a influir en la decisión*, Lima, Iustitia, 2020, pp. 50 y 51.
2998 Cfr. Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 71.

vii) Se fija como problema el tema de la credibilidad del principal testigo de cargo y en la respuesta (judicial o fiscal) se toma en cuenta exclusivamente aspectos que se relacionan con la corroboración periférica de dicho testimonio.

53. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "como es natural, el factor humano precede y da sentido a la decisión jurisdiccional; por ello, teniendo en cuenta la falibilidad del juzgador, es posible que surjan defectos de logicidad que, a la postre, lesionarán el derecho de obtener fallos judiciales conforme a derecho. El ejemplo más común y palmario de lo anterior ocurre cuando el órgano jurisdiccional, luego de la actuación probatoria y en el momento de emitir la sentencia respectiva, aduce haber alcanzado convicción sobre la tesis defensiva propuesta (acepta como fiables las explicaciones o los alegatos enunciados y concede mérito a las pruebas de descargo) y dispone la absolución respectiva; sin embargo, previamente, no desestimó con razonabilidad el sustrato fáctico de la tesis acusatoria (fundada en pruebas de signo incriminativo, como testificales uniformes, coherentes y persistentes, consolidadas con corroboraciones periféricas, como documentos y pericias, entre otras). La simple 'convicción subjetiva' no sustenta razonablemente un fallo judicial. En estos casos, para rotular el razonamiento judicial como lógico, el juez ha de cotejar las hipótesis planteadas en contrario. Si él opta por acoger la tesis defensiva, está compelido a desechar el planteamiento acusatorio, para lo cual tiene que identificar las premisas fácticas y jurídicas que lo sustentan y, seguidamente, esgrimir razones y juicios de valor para demostrar su no acreditación"[2999].

De igual forma, se destaca que "siempre que los fundamentos de la imputación fiscal, revalidados en el debate contradictorio, sean objetivos y razonables, se requiere una motivación individual y particularizada sobre cada tema propuesto. En este punto rige el principio de exhaustividad. En cambio, si lo que se consigna son argumentos basados en meras suposiciones o conjeturas, la exigencia mencionada se relativiza y bastaría con remitirse a un hecho o circunstancia declarada probada en la propia sentencia para rechazarlos"[3000]. Por ello, desde una perspectiva constitucional, en el caso concreto se ha infringido el principio jurisdiccional de la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 139, numeral 3, de la Constitución Política del Perú. Los vicios de motivación detectados comprometen negativamente la legalidad de la decisión absolutoria del *ad quem*, que, por ende, no puede ser

2999 Véase, la Casación N.º 1797-2019 del 16 de marzo del 2022 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Coaguila Chávez).

3000 Véase, la Casación N.º 1797-2019 del 16 de marzo del 2022 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Coaguila Chávez).

subsanada o corregida. En esa línea, el artículo 150, literal d), del Código Procesal Penal autoriza a rescindirla[3001].

v. La falacia de la conclusión sin la existencia de premisas

54. Cuando la ley procesal alude a que en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica (artículos 158.1 y 393.2), se refiere a que en su discurso debe actuar con pautas racionales, coherentes y respetar de manera estricta las reglas racionales del pensar humano. Esta forma de motivación se conoce como **justificación interna de la motivación**, la cual tiene que ver con el escrupuloso respeto a los principios y reglas lógicas, *v. gr.*, la no contradicción, la razón suficiente.

En la evaluación de la prueba, uno de los vicios más comunes y frecuentes en las decisiones de los tribunales de justicia es el caso de la falacia conocida como **conclusión sin existencia de premisas**, que se presenta cuando un determinado argumento o afirmación sobre ciertos hechos carece de apoyo en determinadas premisas (fácticas o probatorias)[3002] o cuando se toma en cuenta una serie de hechos o pruebas y se dejan de lado otras evidencias para llegar a una conclusión (arbitraria). En el razonamiento probatorio, es común que se asuman determinados resultados sin que se tenga un mínimo respaldo probatorio que permita realizar una inferencia o llegar a una conclusión aceptable. Se da por probado algo sin que haya evidencia material que lo respalde de alguna forma. Por ejemplo, frente a la muerte de una persona, se asume la comisión de un homicidio sin que haya un respaldo probatorio mínimo (*v. gr.*, autopsia o pericia médico legal); se concluye en una situación de coautoría sin que se acredite de manera previa una decisión común o un acuerdo previo; se concluye que la conducta fue dolosa sin que se fije ni las premisas ni evidencia que las respalde.

Una conclusión sin premisas que la avalen es un vicio grave en el razonamiento que supone una grave violación a las reglas del pensar humano y de la lógica. De igual modo, se afecta las reglas lógicas y la justificación interna en aquellos casos en los que el juez, pese a partir de premisas aceptables y suficientemente racionales, llega a conclusiones aberrantes sin que exista algún nexo racional entre las premisas y la conclusión[3003].

55. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que si una sala superior sostiene, para absolver a un imputado de un delito contra la libertad sexual, que "la menor

3001 Véase, la Casación N.º 1797-2019 del 16 de marzo del 2022 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Coaguila Chávez).

3002 Véase, Klug, *Lógica jurídica*, cit., p. 205.

3003 Cfr. Nappi, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, 10a ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 215.

agraviada tiende a la exageración en su relato y no evidencia ningún tipo de afecto sobre los hechos, por lo que se concluye que dicha prueba ha perdido espontaneidad y eficacia", debe explicar de qué forma llegaron a esa conclusión; es decir, han de exponer el fundamento fáctico o las razones que sustentaron las afirmaciones, lo que hace surgir las siguientes preguntas: ¿cómo coligieron que la menor agraviada exageró en su relato?, ¿cómo dedujeron que la menor agraviada no tenía ningún afecto sobre los hechos?, ¿Por qué perdió espontaneidad y eficacia esa declaración? Por ello, la Corte Suprema señaló que los jueces superiores "no han expuesto las premisas correspondientes para llegar a esas inferencias y, por tanto, no se pueden identificar las razones que la sustentaron. No deben utilizarse giros cómodos ni frases contundentes que en realidad ocultan la falta de pruebas o la falta de valoración racional. Constituye un claro incumplimiento del deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales el dar por probados determinados hechos empleando fórmulas de estilo"[3004]. En buena cuenta, se vulnera el deber de motivar las decisiones judiciales por falta de justificación externa de las premisas si es que, por ejemplo, se arriba a conclusiones con base a información que no fue brindada por el testigo[3005].

Los hechos que se estiman probados deben apoyarse en medios de prueba objetivos que se incorporan al proceso, en especial, al juicio oral en la estación correspondiente.

La Corte Suprema ha señalado que en el ámbito penal hay una motivación deficiente cuando las premisas de las que parte un juez para dar por acreditado un hecho delictivo no puede ser confrontadas con elementos fácticos —por su inexistencia material— o con elementos jurídicos —por su inexistencia en el ámbito jurídico—[3006]. Por ejemplo, no se puede sostener que a un imputado se le encontró en su poder un desarmador, que a otro acusado se le halló en su poder varios celulares que no eran de su propiedad y que a un último imputado se le encontraron dos celulares si es que no es posible efectuar la corroboración de dichos datos dentro del proceso, pues no existen elementos jurídicos —medios de prueba— que hayan sido ofrecidos, admitidos y actuados válidamente en los cuales se puedan sustentar dichas afirmaciones. Ello implica una efectiva afectación a la garantía constitucional de la debida motivación, en su vertiente de justificación externa[3007].

3004 Véase, el R. N. N.º 3424-2014 del 28 de noviembre del 2016 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

3005 Véase, el R. N. N.º 1435-2019 del 31 de enero del 2020 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Aquize Díaz).

3006 Véase, la Casación N.º 618-2015 del 19 de mayo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

3007 Véase, la Casación N.º 618-2015 del 19 de mayo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

De igual forma, si una sala penal señala que la fundamentación de la reparación civil derivada del delito en una condena por hurto que según las guías de remisión, facturas y relación de bienes faltantes existe una pérdida aproximada de doscientos cuarenta y dos mil ochocientos diez punto ochenta y tres nuevos soles (entre bienes y dinero en efectivo), pero no indica en qué medios probatorios, testimonios, pericias o documentos se basan, dónde se encuentran registrados ni hacen un balance que permita con certeza entender al justiciable que efectivamente se han sustraídos tales bienes y sus montos; se está ante una falta absoluta de prueba y, por lo tanto, de motivación sobre este aspecto[3008].

En el estudio de un caso concreto, se señaló, en cuanto a la reparación civil, que se había producido una afectación grave al deber de motivación, pues se advierte una ausencia absoluta de fundamentos que respalden la determinación de la suma que se impuso por concepto de reparación civil, habiéndose consignado únicamente lo siguiente: "la comisión de delitos ha generado daños a los fondos públicos, por lo que para reparar el mismo se debe fijar un monto adecuado y proporcional, es decir, cincuenta millones de soles". Esto evidencia no insuficiencia de motivación respecto de los factores que permitirían individualizar y determinar en forma prudencial y proporcional la reparación civil —en función a la entidad del daño causado por la comisión del delito—, sino su inexistencia absoluta[3009].

III.2. LAS REGLAS DE LA CIENCIA

A. La importancia de la prueba científica

56. La progresiva influencia de la prueba científica y la consecuente marginalización de la prueba declarativa es una de las características más significativas del proceso penal actual[3010]. Mientras que hace unos años se señalaba que el testimonio

3008 Véase, la Casación N.º 694-2014 del 29 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Neyra Flores): "Además, luego suma este supuesto faltante a los cien mil nuevos soles que fijó en primera instancia el juzgado, quedando la reparación civil en la suma de trescientos cuarenta y dos mil ochocientos diez punto ochenta y tres nuevos soles, sin explicar qué monto corresponde a lucro cesante y cuál a daño emergente, lo cual también debe seguir las reglas de razonabilidad y del artículo mil trescientos treinta y dos del Código Civil que señala que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

3009 Véase, el R. N. N.º 3641-2011 del 25 de mayo del 2012 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Barrios Alvarado).

3010 Cfr. Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., pp. 189 y 190; Ferrua, *Presentazione*, cit., p. 4; Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., p. 563: "Proprio perché la voce della scienza vanta una

eran los ojos y oídos de la justicia[3011] (Bentham); ahora, con el desarrollo de la sociedad y el avance del proceso penal las principales pruebas son los audios de la interceptación telefónica, los videos, el examen de ADN (que permite un análisis cada vez más certero de las huellas dejadas en la escena del crimen y la reconstrucción virtual de la escena del delito)[3012]. Los expertos, con ellas, pueden determinar

credibilità esplicativa ben maggiore di quella offerta dal senso comune, una sorta di primazia scientista tende a spodestare oggi sia la prova dichiarativa, sia le massime di esperienza quali suoi strumenti di valutazione, dalla posizione di centralità che esse occupano nella tradizione e nell'immaginario processualpenalistico di matrice accusatoria"; Dinacci, Filippo Raffaele, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, en *Processo penale e giustizia*, n.º 2, 2016, p. 2; Igartua Salaverría, *Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica*, cit., p. 77: "En la actualidad, la prueba científica ha destronado a la prueba testifical, tenida hasta ahora como la prueba reina. Porque nos ofrece un mundo de informaciones antes inimaginables. El *bloodstain pattern analysis*, por ejemplo, nos dice mucho sobre cómo sucedieron las cosas en la escena del crimen. El ADN puede ser una prueba aplastante contra el imputado. La telecámara ha sustituido al testigo ocular, es más segura y además hay muchas. El reconocimiento facial realizado por una computadora está sustituyendo al de un testigo. Las llamadas telefónicas al teléfono celular permiten trazar todos tus movimientos. Tu posición es casi siempre identificable. También tus conversaciones: telefonazos, sms, e-mails. Según te mueves, dejas rastros inexorables: huellas, cabellos, saliva. Si por precaución no escribes a mano sino en el ordenador y piensas haber burlado la pericia caligráfica, allá está la estilometría para pillarte. Y así sucesivamente"; Gascón Abellán, Marina, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 39, 2016, p. 348: "También hay otras pruebas científicas, como las provistas por la balística, la odontología forense, la acústica forense, el análisis de pintura, de drogas y otras sustancias, de fibras y materiales, de fluidos, de restos de fuego o de disparo, el análisis microscópico de cabellos, el examen de huellas dactilares, de escritura manuscrita, de marcas de herramientas o de mordeduras, de impresiones de calzado o de neumáticos, que juegan un papel protagonista en muchos procesos".

3011 Cfr. Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 218: "Bentham decía elegantemente, que la verdad venía a posarse con naturalidad sobre los labios del testigo: *nemo presumitur gratuito malus*. Abundante doctrina confirma este aserto. Normalmente, el testigo no excluido por tacha legal dice la verdad. El error inevitable debe ser tenido en cuenta, pero no en grado de eliminación del testigo.".

3012 Cfr. Ferrua, *Presentazione*, cit., p. 4; Ubertis, Giulio, *Prova scientifica e giustizia penale*, en *Argomenti di Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, 2021, vol. V, p. 11; Dinacci, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, cit., p. 1; Conti, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il "discorso sul metodo"*, cit., p. 848; Canzio, *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, cit., p. 56: "Occorre dunque ammettere che il fine di 'verità' delle investigazioni e della ricostruzione probatoria dei fatti, nonostante l'ostracismo anche lessicale della parola, messa al bando dalla grammatica delle leggi e delle sentenze, risulta perseguito facendo ricorso in numerosi casi alle 'nuove' prove scientifiche, quali: i tests genetici del DNA, gli esami biologici, le analisi chimiche e tossicologiche, gli esami psicologici, le informazioni desumibili da studi epidemiologici, da sperimentazioni su animali, da calcoli statistici e biostatistici, la ricostruzione della dinamica dell'evento mediante il computer, il metodo spettrografico di riconoscimento vocale (voiceprint), la stilometria avente ad oggetto l'individuazione qualitativa dello stile letterario di una persona per l'attribuzione ad essa di un atto o una dichiarazione".

el nexo de causalidad, la función mnésica referida a las distintas etapas evolutivas de la persona, la imputabilidad, la capacidad para estar en el juicio, la fiabilidad y veracidad de las respuestas proporcionadas por el acusado o el testigo[3013], entre otros aspectos.

En el proceso penal moderno, el uso de la ciencia y la técnica es el instrumento principal e imprescindible para la reconstrucción de los hechos, y posee un alto grado de confianza y credibilidad en los resultados[3014]. Las pruebas científicas se han convertido en la clave para probar algunos hechos que, de otro modo, difícilmente podrían haberse probado empleando otros medios[3015], *v. gr.*, desastres ecológicos, o los casos de responsabilidad por el producto o en el trabajo[3016].

57. Las pruebas científicas y tecnológicas son medios valiosos y a veces decisivos de investigación, pues contribuyen de manera adecuada a la determinación de los hechos, y son portadores de una mayor fiabilidad que la declaración testimonial. Buscan ayudar al juez en la reconstrucción histórica de un hecho concreto y específico, y permiten llegar a una decisión justa con un alto grado de credibilidad[3017]. El conocimiento producido en una investigación científica, que es neutral respecto

3013 Cfr. Calò, *Il contraddittorio scientifico*, cit., p. 2.

3014 Cfr. Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., p. 190; Tonini, *Diritto di defesa e prova scientifica*, cit., p. 265; Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di minerva*, cit., p. 197; Dinacci, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, cit., p. 1; Auletta, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, cit., p. 468; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 182; Gascón Abellán, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, cit., p. 348: "Hay expertos en ingeniería, en reconstrucción de accidentes, en contabilidad, en seguros, en paleontología, en medicina (en todas las especialidades médicas que seamos capaces de identificar), en bioquímica, en caligrafía, en marcas de mordeduras, en violencia doméstica, en arquitectura, en sociología, en informática, en diseño industrial, en balística, en análisis de la conducta, en ADN, en autenticidad de obras de arte, en religiones, en epidemiología, en síndrome post-traumático, en toxicología, en abuso sexual infantil, en huellas digitales, etc."; Gascón Abellán, Marina, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44, 2010, p. 82; Gascón Abellán, Marina, *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*, s/f, p. 2 [https://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf]: "En los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba. La dactiloscopia, la balística, la documentoscopia, etc., son ejemplos de esta proyección de los conocimientos científicos en el campo policial y judicial. Los avances han sido particularmente espectaculares en el ámbito de la Biología Molecular. En concreto, lo que se denomina Genética Forense, consistente en el análisis genético de la diversidad humana, ha marcado un antes y un después en la resolución de ciertos problemas judiciales".

3015 Cfr. Gascón Abellán, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, cit., p. 348.

3016 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 196.

3017 Cfr. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 124; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 182.

a cuestiones éticas y políticas, puede ser útil en la acreditación de los hechos, tanto para el juez como para las partes en el proceso[3018].

El uso del conocimiento experto en el proceso aumenta la legitimidad epistémica y social de la decisión judicial, así como también ayuda a la correcta aplicación de la ley que en muchos casos requiere del conocimiento especializado[3019]. Hay una indiscutible interacción entre la actividad científica, la actividad investigativa y el éxito del proceso penal[3020]. En la época de la alta especialización y la miniaturización del conocimiento, el rol de los expertos en las distintas áreas desempeña un papel clave y central[3021].

58. En una sociedad como la actual, sin la información de las investigaciones y pruebas científicas no es posible tomar una decisión adecuada sobre determinadas cuestiones o hechos controvertidos[3022].

La ciencia ha alcanzado un alto grado de sofisticación al ampliar su campo de análisis a diversos sectores en los que su uso se hace muy frecuente, e irradia su influencia a todos los planos de la vida humana. Tal es su efecto expansivo que no hay un solo intersticio de la sociedad ni de la actividad humana en donde la ciencia en cualquiera de sus manifestaciones deje de estar presente[3023]. La ciencia y la tecnología exhiben cambios vertiginosos a lo largo de los años: algunos descubrimientos científicos llevan a otros, nuevas técnicas de investigación hacen que se generen otras nuevas, mejores y más depuradas; determinados instrumentos tecnológicos logran una mayor precisión y una mejor cobertura[3024].

3018 Cfr. Pulitanò, *Difesa penale e saperi sul mondo*, cit., p. 51.

3019 Cfr. Auletta, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, cit., p. 465.

3020 Cfr. Ubertis, *Prova scientifica e giustizia penale*, cit., p. 4.

3021 Cfr. Cecchi, Marco, *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, en *Archivio Penale*, n.º 1, 2022, p. 1: "Questo graduale intensificarsi delle connessioni tra gli uomini e questa tendenza alla "miniaturizzazione" del livello di analisi conoscitiva delle cose si ripercuotono anche all'interno dell'ordinamento giuridico".

3022 Cfr. Toulmin/Rieke/Janik, *Una introducción al razonamiento*, cit., p. 162.

3023 Cfr. Russell, Bertrand, *¿Es supersticiosa la ciencia?* (Trad. de Miguel Pereyra), en *Ensayos escépticos*, Madrid, RBA, 2013, p. 49: "la vida moderna está fundada en la ciencia por dos conceptos: primero, porque todos dependemos de los inventos y descubrimientos científicos para nuestro pan cotidiano, nuestras comodidades y nuestras diversiones; segundo: porque algunos hábitos mentales, unidos a una visión científica, se han extendido durante los últimos tres siglos desde los hombres de genio a grandes sectores del pueblo. Estas dos actividades de las ciencias están ligadas entre sí, pero cualquiera de ellas puede existir sin la otra durante siglos enteros".

3024 Cfr. Haack, Susan, *Lo mismo, solo que diferente*, en *Ciencia, Sociedad y Cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2008, p. 41: "Los astrónomos crean telescopios aún más sofisticados, los químicos crean técnicas de análisis aún más sofisticadas, los científicos médicos crean aún métodos más sofisticados de tratamiento de los estados y procesos internos".

B. Ciencia y proceso

59. El juez en la decisión de los hechos probados no debe ignorar las leyes científicas y tampoco es correcto que falle en contra de los resultados técnicamente demostrados. Por el contrario, se afirma que el órgano jurisdiccional debe dar por probado un hecho, o circunstancia, cuando este ha sido determinado por los métodos reconocidos de una ciencia específica, a pesar de que este hecho le parezca al juez ciertamente dudoso o de difícil aceptación[3025]. Como ha señalado el Tribunal Supremo español, "si las leyes causales naturales están aseguradas científicamente, constituyen principios de experiencia obligatoria"[3026].

El Tribunal Constitucional español en la sentencia 7/1994 ha señalado sobre la prueba biológica que "los resultados de los distintos análisis que pueden llevarse a cabo con esas muestras (de ADN), junto con las suministradas por los restantes interesados, son de una elevada fiabilidad. La ciencia biológica y la jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y, cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99 por 100 (Sentencias del T.S. de 30 de junio de 1989, 5 de abril de 1990, 2 de enero y 11 julio 1991)".

Tal es la importancia que adquiere la prueba científica en el proceso penal que por sí sola, y sin necesidad de otras pruebas complementarias, puede servir para resolver un caso. Por ejemplo, la prueba de ADN es el instrumento idóneo, por encima de cualquier otro medio de prueba, para establecer la identificación de una persona, con un grado de probabilidad de 98 a 99%.

60. El admitir el ingreso al proceso de los conocimientos especializados (científicos o técnicos) permite a la ciencia y a la tecnología el dotar a los fallos judiciales de racionalidad, al operar como factor integrador y complemento al principio de legalidad, con el que comparte la función de límite externo y de contención del arbitrio del juez[3027]. Se está ante un punto central de la teoría del conocimiento judicial[3028]. El empleo del conocimiento técnico y científico en el proceso penal posibilita obtener una reconstrucción más segura y precisa de los hechos materia

3025 Véase, Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 107.

3026 Véase, Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 370.

3027 Por todos, Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., p. 564.

3028 Véase, Tonini, *Diritto di defesa e prova scientifica*, cit., p. 265.

de indagación, por encima de un saber medio o fundado solo en el sentido común y en la cultura media del juez[3029].

Sin embargo, el uso en el proceso de las diversas pruebas científicas y tecnológicas no las convierte en pruebas infalibles, seguras y sin margen de error[3030]. Tampoco se trata de pruebas tasadas[3031], autoconclusivas[3032] o que tienen un valor indiscutible. Si bien existe un nexo indisoluble entre ciencia, tecnología y proceso, no se debe exagerar ni sobreestimar su relación, ya que, por el contrario, se debe admitir la posibilidad de error[3033] y que no todos los problemas fácticos y probatorios se logran solucionar a través de la ciencia y la tecnología.

Se recuerda acerca de la "relatividad" de la ciencia que lejos de ser infalible, por el contrario, es un "cementerio de teorías erróneas" (Popper). Basta pensar que la historia de la ciencia "es una disputa permanente que ha hecho añicos una serie interminable de teorías"[3034]. La historia es el recuento y el desencanto de las teorías científicas en el que destacan sus aciertos, pero también, y en especial, sus errores. Los hombres y la sociedad siguen asignando a la ciencia el rol de encontrar certezas y el juez hace reposar en ella el poder decidir con confianza el drama de juzgar[3035].

61. En el derecho, los tribunales de justicia acuden a los expertos y, cuando lo hacen deben, someter a un riguroso interrogatorio a la ciencia[3036].

3029 Cfr. Rivello, *La prova scientifica*, cit., pp. 57 y 58; Tonini, *Diritto di defesa e prova scientifica*, cit., p. 265; Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di minerva*, cit., p. 197.

3030 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 363; Del Pino, Stefano, *La prova scientifica nel proceso penale*, en *Rivista de Polizia*, Anno LXXI, Fasc. IX y X, settembre-ottubre, 2018, p. 927; Gascón Abellán, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, cit., p. 88: "Desde luego es muy probable que el mito de la infalibilidad de las pruebas científicas tenga mucho que ver con la prueba del ADN, cuya metodología científica está ya tan perfeccionada y el grado de probabilidad que arroja es tan alto que en la práctica puede 'actuarse como si' fuese infalible".

3031 Cfr. Dinacci, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, cit., 2016, p. 2; Sánchez Rubio, *El sistema contradictorio como método de investigación importado de la ciencia*, cit., p. 15: "La prueba científica no debe devenir una nueva versión de prueba legal o tasada, porque, la prueba científica, en cuanto producida por seres humanos, no está exenta de errores y, consecuentemente, tampoco está exenta de ser desmentida".

3032 Cfr. Daniele, Marcello, *Prova scientifica e regole di esclusione*, en *Prova scientifica e processo penale* (a cura di: Giovanni Canzio e Luca Lupária Donati), 2a. ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 447.

3033 Cfr. Caianiello, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, cit., p. 191.

3034 Cfr. Stella, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 445.

3035 Cfr. Calò, *Il contraddittorio scientifico*, cit., pp. 1 y 2.

3036 Cfr. Cecchi, *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, cit., p. 9; Pulitanò, Domenico, *Populismi e penale sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, en *Criminalia*, 2013, p. 141.

El uso de la ciencia en el proceso (y, en particular, el de la prueba científica) se ha acrecentado en los últimos años. Su papel es de tal magnitud que tiene un rol descollante en la determinación de los hechos en el proceso. Cada vez es más frecuente que se acuda a test, experimentos o a investigaciones científicas[3037]. Los datos biológicos, físicos, químicos, antropológicos, matemáticos, psicológicos, etc., son estructuras lógico-objetivas que no pueden ser ignoradas, modificadas o interpretadas arbitrariamente por el juez[3038].

Con razón, se indica que no es posible, hoy en día, prescindir de la ciencia en el proceso como si este y aquella se tratara de dos culturas y de dos prácticas inconciliables entre sí[3039]. Por ejemplo, resulta emblemático el caso de la prueba de ADN, que desde 1986 es utilizada en los procesos para determinar la identidad genética de la persona. Esta prueba es utilizada no solo en el campo del derecho de familia para desentrañar complicados problemas de filiación, sino también en otras áreas del derecho civil y del derecho penal. La prueba de ADN es sumamente útil en la determinación de la paternidad o en el análisis de rastros biológicos que se dejan en el cuerpo de la víctima o en la escena del crimen, luego de producirse un caso de violación, abuso sexual o un hecho violento. Si bien las pruebas de ADN tienen un valor estadístico referencial (superior al 98 %), están en condiciones de asegurar un resultado probatorio confiable[3040].

En un inicio, cuando la prueba de ADN se introdujo en los tribunales, tuvo muchos críticos y voces que establecían la necesidad de tener prevenciones y cuidado en sus resultados. Hoy en día hay un uso masivo de la prueba de ADN, dada la confianza de sus resultados y el rigor que inspira. Su empleo en el campo criminal no solo ayuda a fundamentar sentencias condenatorias en grado sumamente fiable, sino que también sirve para lograr absoluciones, incluso de personas que han sido condenadas hace mucho tiempo a penas altas o a la pena de muerte. Por ejemplo, en un caso famoso (el de Kerry Kotler), la prueba de ADN posibilitó que se revise la condena por violación de una persona y que sea absuelta a los 11 años, pese a que se encontraba cumpliendo una condena de 25 años, y, posteriormente, se logró su

3037 Cfr. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 240.

3038 Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en el derecho penal español*, en *Derecho & Sociedad*, N.º 10, Lima, 1995, p. 266.

3039 Cfr. Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 132.

3040 Cfr. Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., p. 372, para quien esta clase de pruebas pertenece a aquellas que: "si se han realizado bien y se han usado métodos científicamente válidos sus resultados pueden considerarse dignos de toda confianza, razón por la cual se suele asimilar, desde el punto de vista de su grado de certeza, a las pruebas deductivas".

condena luego de tres años de obtenida su libertad, en otro proceso por violación, también gracias a otra prueba de ADN[3041].

C. La prueba científica

62. De manera general, se señala que la prueba científica es aquella que requiere el uso y aplicación de conocimientos científicos o técnicos. Aquí el resultado probatorio es consecuencia de la aplicación de conocimientos científicos en el objeto de análisis. Se distingue entre el conocimiento científico y las técnicas especializadas que no requieren de dicho saber[3042].

Por prueba científica se entiende el empleo de una ley científica (prueba científica en sentido estricto) o de un procedimiento tecnológico (*v. gr.*, la prueba tecnológica o informática) con el fin de acreditar un hecho con relevancia jurídica en el ámbito del proceso[3043]. Se entiende como científica aquella prueba que, partiendo de un hecho demostrado, utiliza una ley científica para acreditar la existencia de un hecho a probar[3044]. Se entiende por ley científica aquella que expresa una relación cierta o estadísticamente significativa entre dos hechos de la naturaleza.

63. Las pruebas científicas son aquellas en las que se utiliza un instrumento científico-técnico que requiere conocimientos especializados y, por tanto, la intervención de un perito. Por lo general, la actividad probatoria en este ámbito utiliza aparatos e instrumentos que se denominan "técnico-científicos" y cuyo manejo requiere una alta especialización[3045]. Se trata de una actividad u operación probatoria en la que en los momentos de su actuación se utilizan herramientas de conocimiento extraídas de la ciencia y la tecnología, es decir, supone el uso de principios, reglas y metodologías científicas o tecnológicas, o el empleo de aparatos técnicos cuyo uso requiere de un conocimiento experto[3046].

3041 Véase, Haack, *Verdad y justicia, investigación y abogacía, ciencia y ley*, cit., p. 282.

3042 Cfr. Gómez Colomer, Juan-Luis, *Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis de ADN*, en *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 27; Garzón Flores, José María, *La prueba de ADN en el proceso penal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 162.

3043 Cfr. Del Pino, *La prova scientifica nel proceso penale*, cit., p. 909.

3044 Por todos, Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 363.

3045 Cfr. Ubertis, *Prova scientifica e giustizia penale*, cit., p. 12; Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di minerva*, cit., p. 198; Ubertis, *I criteri di ammissibilità probatoria*, cit., p. 202.

3046 Cfr. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 12; Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 58; Bartoli, Roberto, *Diritto penale e prova scientifica*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 2, 2018, p. 2 para quien la noción técnica de la prueba científica: "in cui il carattere della scientificità è riferito all'impiego di conoscenze scientifiche al fine di affermare l'esistenza o l'inesistenza del factum probandum: in questa prospettiva il concetto di prova scientifica è quindi riferi-

Si bien, por lo general, la prueba científica se asocia a la idea de laboratorio, dicha referencia no constituye un dato constante e infalible. En realidad, lo que caracteriza a la prueba científica no es el lugar donde se realiza (laboratorio), sino la naturaleza del conocimiento que subyace tras ella. Científico es el conocimiento que tiene bases epistemológicas precisas, que es producto de un método racional y está sujeto al control de la comunidad científica[3047].

64. Se distingue entre las **pruebas científicas tradicionales** y las **pruebas científicas nuevas**[3048].

Las pruebas científicas tradicionales son aquellos métodos o procedimientos cuyos aportes y conocimientos se encuentran compartidos y consolidados en la práctica judicial sin mayor oposición y cuestionamiento, *v. gr.*, la autopsia o el análisis de las huellas digitales[3049].

Por su parte, las pruebas científicas nuevas se caracterizan por el empleo de instrumentos y/o aparatos que implican una elevada especialización y el aporte de nuevos y muchas veces controvertidos conocimientos[3050], cuya confianza no debe darse por descontada en el contexto cultural, *v. gr.*, la reconstrucción de los hechos en una computadora, el método espectográfico para la identificación de las voces o la estilometría, que trata de establecer el estilo de escritura de una persona a fin de poder determinar si una declaración oral o escrita le pertenece[3051]. Se considera nueva la prueba que adopta criterios o metodologías innovadores en un determi-

---

to alle molteplici operazioni valutative che il giudice compie nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione allorquando vengono in gioco conoscenze scientifiche e tecniche e, come accennato, si tratta di tema che riguarda il diritto penale processuale". Para una concepción amplia de prueba científica: GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., pp. 562 y 563: "la prova scientifica viene a comprendere in definitiva tutti gli accertamenti condotti sulla base di un sapere specialistico, ancorché non tecnologico, comunque estraneo alla formazione professionale del giurista".

3047 Cfr. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., p. 563.

3048 Cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 112; UBERTIS, *Prova scientifica e giustizia penale*, cit., p. 13; UBERTIS, *I criteri di ammissibilità probatoria*, cit., p. 202; DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 13; RIVELLO, *La prova scientifica*, cit., p. 109; IGARTUA SALAVERRÍA, *Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica*, cit., p. 78; BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 182.

3049 Cfr. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 13; UBERTIS, *I criteri di ammissibilità probatoria*, cit., p. 206.

3050 Cfr. UBERTIS, *Prova scientifica e giustizia penale*, cit., p. 13; DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 13.

3051 Cfr. DOMINIONI, Oreste, *In tema di nuova prova scientifica*, en *Diritto penale e proceso*, Anno VII, settembre, 2001, p. 1063; DEL PINO, *La prova scientifica nel proceso penale*, cit., p. 912; BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 184.

nado campo científico y que puede generar debate y controversia en el conjunto de conocimientos de un sector de la ciencia. La novedad no solo surge del empleo de cualquier metodología o procedimiento original en la generación de conocimientos, sino por el hecho de que los estudios sobre los problemas que se presentan no se encuentran consolidados en la comunidad académica, lo que hace difícil que ingresen con éxito a la experiencia judicial[3052]. Los nuevos conocimientos científicos difícilmente pueden ser previstos y regulados por el legislador a través de un catálogo legal e, incluso, difícilmente pueden ser agrupados por tipologías o clases[3053].

Los reparos y la desconfianza no solo se plantean a nivel de las nuevas pruebas científicas, sino también a nivel de las pruebas tradicionales. La Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos el 2009 nombró una comisión compuesta por expertos provenientes de distintos campos que hizo público un reporte, "Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward", en el que analizaba a las disciplinas de uso corriente en los tribunales, este arrojó resultados sumamente graves y delicados, pues la única prueba que pasó el examen fue la prueba genética, el resto de disciplinas mereció un juicio muy negativo[3054]. Por ejemplo, en la dactiloscopia, la confiabilidad de los resultados depende de la calidad, la extensión y la nitidez de la huella, que están sujetas a factores como la angulación con la que se ha dejado la huella, la presión mayor o menor, la naturaleza de la superficie, la presencia o no de eventuales residuos, la condición de la piel, el uso de un determinado producto para resaltar la huella, entre otros factores[3055].

3052 Cfr. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 110.

3053 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 183.

3054 Cfr. Igartua Salaverría, *Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica*, cit., p. 78, el juicio negativo descansaba "uno, por escasez de investigaciones para confirmar la validez y fiabilidad de las ciencias forenses; dos, por escasez de datos para evidenciar la incidencia del error humano; tres, por falta de autonomía de los laboratorios forenses; cuatro, por falta de programas de acreditación para laboratorios y personal experto; cinco, por falta de formación inicial y continuada de los expertos; seis, por falta de procedimientos estandarizados, etcétera".

3055 Cfr. Vásquez Rojas, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 202; Igartua Salaverría, *Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica*, cit., p. 79: "Quizás extrañe la inclusión del análisis dactiloscópico entre las prácticas forenses tan denostadas. Todo hacía suponer que las huellas dactilares no daban pie a la equivocación. Creencia que tuvo el desmentido más clamoroso (por su resonancia mundial) en 2004, con ocasión de las explosiones provocadas por el terrorismo yihadista destrozando cuatro trenes en las cercanías de Madrid. La policía española halló una huella parcial en la bolsa de plástico que había contenido los detonadores. Solicitó la colaboración de otras policías para comparar la impronta hallada con las registradas en sus respectivos archivos policiales. El FBI, en una búsqueda automatizada, identificó a 20 sospechosos potenciales; lista que puso en manos de tres expertos de carne y hueso. Examinadas, una por una las 20 huellas, afirmaron un *match* entre la huella encontrada en Madrid y la del abogado de Portland Brandon Mayfield (casado y con dos hijos, antiguo oficial del ejército, pero muy vinculado a la comunidad islámica de su ciudad). El 6 de mayo de 2004 fue arrestado porque el FBI afirmaba en su *affidavit* que la identificación era posi-

65. La prueba científica puede ser considerada como una prueba típica en la medida que se encuentre prevista en la ley (necropsia, en el artículo 196; examen de lesiones y de agresión sexual, en el artículo 199; pericia de preexistencia y valorización, en el artículo 201), pero los casos de prueba científica nueva o de innovación tecnológica son normalmente casos de prueba pericial y, en determinados casos, pueden catalogarse como pruebas atípicas (artículo 157.1[3056]). Con razón, se destaca que no toda prueba atípica es una prueba científica[3057].

El carácter científico de una actividad no determina una categoría normativa autónoma y adicional respecto de los medios probatorios reconocidos como tales en la ley procesal[3058]. La prueba científica no puede escapar de las normas ni de garantías procesales que se establecen en el CPP, ni puede exonerarse del cumplimiento de las reglas y normas comunes de la actividad probatoria[3059]. La prueba científica o técnica, por lo tanto, debe cumplir con todas las reglas y garantías del

---

tiva 'al cien por cien'. Durante la audiencia, en la que debía decidirse si se mantenía la detención, el tribunal nombró a un experto independiente para ver si confirmaba la identificación del FBI. Y el experto la confirmó el 19 de mayo. Curiosamente, ese mismo día los españoles comunicaron al FBI haber identificado en la persona de Ouhane Daoud al propietario de la huella. Y Brandon Mayfield tuvo que ser indemnizado con un dineral". Luego recuerda un experimento en el que se "somete un par de huellas al examen de varios expertos, que ya las habían valorado en el pasado. Y éstos, en un porcentaje nada irrisorio, llegaron a una conclusión opuesta a la que mantuvieron la primera vez. Y de todo ello poco saben los principales protagonistas del proceso. Y no por haraganería, sino porque una obsoleta concepción de la ciencia sigue incrustada no solo en la cultura jurídica sino hasta en la normativa procesal".

3056 "Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible".

3057 Cfr. Del Pino, *La prova scientifica nel proceso penale*, cit., p. 909.

3058 Cfr. Auletta, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, cit., p. 468: "la scientificità non determina una categoria normativa autonoma e additiva rispetto ai mezzi probatori classificati nel catalogo legale, ma sono semmai questi ultimi a qualificarsi come scientifici quando impieghino risorse tecnico-scientifiche".

3059 Véase, Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 364; Tonini, *Diritto di defesa e prova scientifica*, cit., p. 265; Dinacci, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, cit., p. 2; Conti, Carlotta, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, en *Medicina e diritto penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2009, p. 337; Auletta, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, cit., p. 468: "la c.d. prova scientifica non può sottrarsi alle regole processuali e alle garanzie che sono fissate nel codice di procedura. Il problema della prova scientifica o tecnica, quindi, resta nient'altro che un problema di prova giudiziale, con tutte le regole e le garanzie che il contributo probatorio deve rispettare per essere posto a fondamento di una decisione. Ecco allora che, preliminarmente, bisogna intendersi sul significato dell'espressione 'prova scientifica'. Tale formula, infatti, viene evocata spesso per sottintendere una categoria a sé stante, ontologicamente autonoma, e quindi bisognosa di un'apposita regolamentazione. Ma un simile approccio presuppone che il processo non sia attrezzato per recepire al suo interno il sapere e le metodologie tecnico-scientifiche. In

debido procedimiento probatorio como condición para utilizarse como base para una decisión. La ciencia entra en el proceso encauzándose normalmente dentro de la regulación legal y los esquemas procedimentales ya fijados en la legislación procesal[3060]. La reconstrucción de los hechos se funda sobre bases epistemológicas y en la regulación jurídica de la actividad probatoria[3061].

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la progresiva expansión del saber científico en el proceso penal pone en evidencia la dificultad del legislador para seguir el paso del avance científico y la de la adaptación de las reglas procesales para seguir los avances de la ciencia[3062].

66. Las pruebas científicas no solo son las pruebas que tienen que ver con la medicina, la genética forense, el suministro de instrumentos técnicos de avanzada (*v. gr.*, el uso de rayos láser para penetrar estructuras sólidas y no permeables al ojo humano), sino también las que se vinculan con las ciencias sociales como la psicología, la psiquiatría o la antropología[3063], entre otras disciplinas.

En la investigación del delito, en especial, en el análisis de la escena del crimen, se acude a diversas pruebas científicas, entre las que destacan[3064] las siguientes:

i) El test genético de ADN.

ii) El test de luminol, que es una técnica de bioquímica forense que sirve para detectar la presencia de sangre en cantidades incluso bajas o diluidas.

iii) La utilización de lámparas *crime scope,* que recoge diversas huellas que se dejan en la escena del crimen.

iv) El *bloodstain pattern análisis,* que es el análisis e interpretación de las manchas de sangre (BPA) en la escena del crimen para recrear las acciones que causaron el derramamiento de sangre. En él los analistas examinan el tamaño, la forma, la distribución y la ubicación de las manchas de sangre para tener una idea clara sobre lo que sucedió.

v) El método espectográfico de reconocimiento de voz.

---

realtà, invece, la scienza entra nel processo incanalandosi normalmente entro schemi procedimentali già fissati nel codice di rito".

3060 Cfr. Dinacci, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, cit., p. 2; Auletta, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, cit., p. 468.

3061 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 111.

3062 Cfr. Dinacci, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, cit., p. 1; Cecchi, *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, cit., p. 1.

3063 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 184; Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 15.

3064 Cfr. Del Pino, *La prova scientifica nel proceso penale*, cit., p. 912.

67. La importancia de la prueba científica se manifiesta tanto a nivel del Derecho penal sustantivo como en el proceso penal[3065].

En el ámbito del derecho penal, sirve para acreditar (o descartar) la concurrencia de los elementos normativos o descriptivos del injusto penal o de la culpabilidad. Por ejemplo, el saber científico ayuda a probar el nexo causal entre la conducta y el resultado (de peligro o material), la concreta situación de riesgo que se crea o aumenta (*v. gr.*, el nivel, la intensidad, etc.), la infracción al deber objetivo de cuidado, la grave anomalía psíquica, la enfermedad mental o la alteración de la conciencia.

En el campo del proceso penal, el conocimiento experto sirve para reconstruir de manera adecuada los hechos que son materia de imputación o la hipótesis alternativa que formula la defensa. Solo basta pensar en la importancia de la huella digital en el arma utilizada, en el vehículo empleado para la fuga, en el bien hurtado o los rastros genéticos que se encuentran en el cuerpo de la víctima. La prueba dactiloscópica puede llegar a acreditar que Juan tocó el arma, la cosa hurtada y la prueba de ADN puede probar razonablemente una relación sexual, un forcejeo o el empleo de la fuerza en contra de una persona.

D. La prueba científica y el control crítico del juez

68. El proceso en una sociedad multicultural debe posibilitar llegar a resultados plausibles que las partes y la sociedad estén dispuestas a aceptar. Sin embargo, ello no debe suponer llegar acoger mecánicamente determinadas posturas filosóficas o gnoseológicas que están al interno de la colectividad.

El principal problema en la evaluación de las denominadas "pruebas científicas" es la falta de cautelas y controles sobre esta clase de pruebas y por la acrítica confianza en la infalibilidad de los resultados que se pueden obtener. Se considera que la prueba científica, por estar basada en leyes universales o en leyes probabilísticas que gozan de aceptación en la comunidad científica, aparece en muchas ocasiones rodeada de una corona de infalibilidad que proporciona a la decisión sobre los hechos probados un carácter concluyente o determinante[3066]. Las pruebas científicas, como señala Gascón Abellán, "han ido acompañadas de un aura de objetividad y prestigio que ha frenado la reflexión crítica sobre las mismas, con el resultado de que su fiabilidad y su valor probatorio se asumen con frecuencia como dogmas de fe"[3067].

3065 Cfr. Ubertis, *Prova scientifica e giustizia penale*, cit., p. 13.

3066 Cfr. Del Pino, *La prova scientifica nel proceso penale*, cit., p. 916.

3067 Cfr. Gascón Abellán, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, cit., p. 348; Gascón Abellán, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, cit., p. 83.

El hecho de que una prueba sea científica muchas veces lleva a que exista una sobrevaloración de la importancia de las pruebas periciales tanto en la judicatura como en la cultura jurídica[3068] de América Latina. Hay, de parte de la comunidad, una actitud deferencial con en este tipo de pruebas que se conoce como un "efecto CSI"[3069], en el que solo la existencia de evidencia científica o tecnológica legitima el proceso y la posibilidad de una condena.

69. Uno de los riesgos mayores en el uso de la prueba científica es caer en la difundida creencia de que las decisiones probatorias que se basan en esta clase de pruebas son incuestionables e irrefutables, que facilitan de modo radical la tarea de establecer los hechos y que liberan a los jueces del peso de fundar racionalmente la decisión. Hay una suerte de economía de la argumentación[3070]. De igual modo, se corre el riesgo de incurrir en la evaluación de la pericia en un **autoritarismo procesal de tipo tecnocrático**[3071].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "desde ya, es de tener presente que la prueba pericial, la labor del perito, ayuda a decidir, pero no decide, así que debe excluirse toda actividad tendiente a consagrar al perito como juez"[3072]. Por

3068 Cfr. Del Pino, *La prova scientifica nel proceso penale*, cit., p. 919; Gascón Abellán, *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*, cit., pp. 11 y 12: "El problema que plantea la tendencia a la sobrevaloración de la prueba no es un riesgo exclusivo de la prueba de ADN sino que, por lo general, se presenta con todas las pruebas 'científicas'. No obstante, el problema se minimiza cuando: 1) el valor estadístico de la prueba es muy alto (como sucede por lo general en una prueba de ADN cuando se utilizan muchos marcadores); y 2) entre el resultado de la prueba y el *thema probandum* hay una relación directa (por ejemplo, cuando se pretende probar una violación mediante la prueba de ADN del semen encontrado en la vagina), pues en este caso cabe decir que la prueba tiene un peso casi absoluto en la valoración de los hechos principales; y 3) existen otros indicios incriminatorios".

3069 Cfr. Gascón Abellán, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, cit., p. 348: "Diversos estudios cuestionan que estas series televisivas hayan potenciado la sobrevaloración de las pericias forenses, y algunos de ellos sugieren incluso que los espectadores habituales de estas series suelen ser más críticos con este tipo de pruebas. En todo caso, y sean cuáles sean las causas principales del fenómeno, de lo que no cabe duda es de la gran confianza que en general se deposita en los informes que provienen de los 'expertos de bata blanca'. La sobrevaloración de las pruebas científicas alimenta una actitud deferencial del juez hacia las declaraciones de los expertos".

3070 Cfr. Gascón Abellán, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, cit., p. 349: "El alto prestigio del que gozan hace que el informe pericial se asuma sin mayor cuestionamiento y, de paso, el juez queda descargado de hacer un especial esfuerzo por fundar racionalmente la decisión: basta con alegar que hubo prueba científica y que esta apuntaba justamente en la dirección de la decisión probatoria final"; Gascón Abellán, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, cit., p. 83.

3071 Cfr. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 20.

3072 Véase, el R. N. N.º 1190-2019 del 30 de diciembre de 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

ejemplo, en el caso de la pericia contable se destaca que "en este sentido no es quien para determinar si un determinado activo es maculado o no, o si un acto determinado, plasmado o no en documentos contables. No es correcto exigirle al perito que realice valoraciones jurídicas, pues son consideraciones que escapan a la científica, tecnológica o artística, y son propias del órgano jurisdiccional [conforme: Chaia, Rubén A.: *La prueba en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, 2da. Reimpresión, Buenos Aires, 2000, p. 794]"[3073].

70. En el proceso, cualquiera que sea su clase, el juez y las partes deben responder en qué medida una prueba justifica una creencia o la inferencia de que un hecho realmente ocurrió. Se parte por considerar que una cosa es contar con una prueba de que un evento ocurrió y otra muy distinta es sostener que el suceso efectivamente ocurrió[3074]. Tener prueba de un hecho es distinto a tener por probado dicho acontecimiento[3075]. La existencia de una prueba y su actuación en el proceso no siempre permite afirmar que un hecho efectivamente ocurrió, ya sea porque la prueba, siendo relevante, no es suficiente, o porque tiene problemas serios de fiabilidad y no supera el umbral exigido por el estándar probatorio para dar por probada, y tener como verdadera, una determinada proposición fáctica. De igual forma, no tener una prueba sobre un evento no es lo mismo que tener una prueba que este evento no ocurrió[3076].

Toda prueba —al margen de su clase y naturaleza— puede ser objeto de cuestionamiento en cuanto a su credibilidad y atendibilidad a nivel de la investigación y del proceso penal[3077]. Como señala Iacoviello, "no hay que olvidar que cada prueba, antes de probar, debe ser probada, es decir, se convierte en una hipótesis a probar"[3078]. No hay un conocimiento "indudablemente cierto" y que pueda escapar al **control intersubjetivo**[3079]. Se puede objetar y cuestionar a la prueba testimonial,

3073 Véase, el R. N. N.º 1190-2019 del 30 de diciembre de 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

3074 Al respecto, Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 99.

3075 Cfr. Ferrer Beltrán, *La prueba y verdad en el derecho*, cit., pp. 96 y ss.

3076 Al respecto, Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 112, quienes recuerdan que no siempre se hace la distinción entre la prueba negativa y la prueba faltante, recordando el refrán de que "la prueba de ausencia no es lo mismo que la ausencia de prueba".

3077 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 72; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 46; Furgiuele, Alfonso, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 68; Vásquez Rojas, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit., p. 197, quien recuerda que la fiabilidad es un término vago y que también se le atribuyen sentidos muy diversos en función del contexto en que es empleado.

3078 Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 203.

3079 Cfr. Calò, *Il contraddittorio scientifico*, cit., p. 67.

a la prueba pericial, a los documentos o a cualquier clase de medio de prueba. Se distingue entre la fiabilidad y la fuerza probatoria de un medio de prueba[3080].

71. Una prueba científica puede aportar resultados seguros o confiables (*v. gr.*, como lo hace el ADN) en la medida que se sigan los protocolos científicos pertinentes en la obtención de las muestras, en su conservación, o que se realice empleando las técnicas y procedimientos adecuados[3081]. La fiabilidad de una prueba depende de que pueda garantizarse la calidad de la misma[3082] y, en el caso de la prueba pericial, ella debe ser ofrecida por el informe pericial y por el propio experto[3083]. Las pruebas científicas también pasan por el examen de confiabilidad[3084] o por un control de su veracidad[3085]. Si el método, el procedimiento y las técnicas usadas, o las condiciones de realización, no son las apropiadas, el grado de fiabilidad de la prueba disminuye hasta, incluso, perder su eficacia. En definitiva, la validez de una prueba científica y la fiabilidad de sus resultados no es algo que se deba presumir o que se deba dar por descontado, sino que depende de la **validez científica del método usado**, de que se haya utilizado la **tecnología apropiada** y de que se hayan seguido **rigurosos controles de calidad**[3086].

La credibilidad de una prueba científica depende del cumplimiento de ciertos protocolos y procedimientos, del recojo adecuado de la evidencia y de la conservación de las muestras en una cadena de custodia, del empleo de técnicas pertinentes

3080 Cfr. Vásquez Rojas, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit., p. 197, quien en relación a la prueba pericial destaca lo siguiente "si ésta no es fiable, entonces no tiene fuerza probatoria alguna; sin embargo, si es fiable su fuerza probatoria dependerá de los hechos del caso".

3081 Cfr. Gómez Colomer, *Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis de ADN*, en *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., pp. 25 y 30.

3082 Cfr. Gascón Abellán, *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*, cit., p. 10.

3083 Cfr. Vásquez Rojas, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit., p. 197.

3084 Cfr. Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 67; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 193; Vásquez Rojas, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit., pp. 197 y 203: "la valoración del grado de fiabilidad es a su vez el resultado de inferencias (de distinta naturaleza) fundadas en premisas constituidas por las más diversas circunstancias o características referidas a su reproducción en condiciones adecuadas y los resultados consistentes y la comprobación sólida de que tiene la capacidad de establecer lo que pretende. Es decir, el grado de fiabilidad de la prueba está siempre determinado por una o más inferencias que deben estar fundamentadas en circunstancias precisas y en criterios reconocibles".

3085 Cfr. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 9.

3086 Por todos, Gascón Abellán, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, cit., pp. 88 y 90: "la validez de una prueba científica (y por consiguiente la fiabilidad de sus resultados) no es algo que haya que dar por descontado, sino que depende de la validez científica del método usado, de que se haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos controles de calidad"; Gascón Abellán, *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*, cit., p. 3.

de extracción, del uso de instrumentos y del personal calificado e idóneo[3087]. La fiabilidad y el valor probatorio de la prueba científica depende, entre otros factores, de su calidad técnica. Se distingue entre la calidad técnico-científica y la calidad técnico-procedimental de la pericia[3088].

72. En el caso de las pruebas científicas, es el juez quien tiene la responsabilidad y obligación de otorgar un mayor o menor valor a la prueba dependiendo de su calidad y significado, lo que se supedita en el caso de las pruebas biológicas o genéticas, a la correcta recogida de muestras, a la conservación y mantenimiento de la cadena de custodia, al uso de los métodos y técnicas adecuadas, a la calidad de los laboratorios y de la realización de la prueba[3089], entre otros aspectos.

El juez debe comprobar si la técnica o la metodología usada por el perito tiene o no validez científica a fin de establecer si los resultados a los que llega cuentan o no con fuerza probatoria suficiente para sustentar las conclusiones. Por ejemplo, se destaca que, con excepción del análisis de ADN nuclear, no existe base científica para expresar las conclusiones de los informes periciales en términos individualizadores. Se enfatiza en el hecho de que los científicos y los estadísticos sostienen que el único modo riguroso de interpretar los resultados de estas pruebas es hacerlo no en términos de individualización (o de identificación de un vestigio con una fuen-

3087 Cfr. Igartua Salaverría, *Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica*, cit., p. 84; Vásquez Rojas, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit., p. 198; Gascón Abellán, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, cit., p. 358: "La fiabilidad depende de (y por consiguiente exige evaluar) varios factores. Depende en primer término —esto es obvio— de la calidad técnica de la prueba; o sea, de que se haya realizado bien. Es importante asegurar que los exámenes y análisis se han realizado correctamente: por personal cualificado, siguiendo los protocolos apropiados y rigurosos controles de calidad. Y es importante también que los vestigios analizados hayan sido obtenidos y conservados adecuadamente. Si una huella dactilar está emborronada o difuminada cuando es recogida su examen difícilmente puede ser útil. Y en relación a una prueba de ADN, si los vestigios biológicos analizados no han sido bien recogidos o conservados (por ejemplo, porque han sido contaminados por un ADN extraño) la posibilidad y el rendimiento del análisis se reduce. Por eso la recogida de vestigios ha de hacerse con sumo cuidado, y el mantenimiento de la cadena de custodia es crucial para que no pierdan su valor probatorio. Por lo demás, no hay que olvidar que las pruebas las realizan personas de carne y hueso y, por tanto, pueden cometer errores".

3088 Cfr. Gascón Abellán, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, cit., p. 89: "Por ejemplo, a efectos de atribuir fiabilidad al resultado de una prueba dactilar, el problema no es tanto o no solo la validez científica de la prueba, sino, en primer lugar, saber quién tomó la huella, por orden de quién, en qué objeto estaba depositada, en qué punto concreto, cómo fue la cadena de custodia, etc. (corrección técnico-procedimental)".

3089 Cfr. Del Pino, *La prova scientifica nel proceso penale*, cit., p. 928; Gascón Abellán, *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*, cit., p. 10.

te), sino en términos de verosimilitud. La verosimilitud expresa la probabilidad de observar un dato encontrado si se considera que es cierta una hipótesis[3090].

73. El juez, en sede del análisis probatorio, debe realizar un **examen de control** de los medios de prueba, entre los que se cuenta la pericia. El juez, como representante de la comunidad, debe efectuar una serie de filtros y controles para garantizar la confianza de los resultados[3091]. Debe actuar como *gatekeeper*, es decir, como controlador, guardián o garante de los resultados y procedimientos empleados[3092], y ha de fiscalizar el grado de aceptación de los métodos y conclusiones de la actividad pericial tomando en cuenta[3093] lo siguiente:

i) la determinación del método y el procedimiento empleado para incorporar al proceso los conocimientos científicos;

3090 Por todos, Gascón Abellán, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, cit., p. 354: "Por dejarlo más claro: lo que el perito puede (o debe) hacer cuando interpreta y comunica los resultados de las pruebas realizadas es expresar una ratio de verosimilitud (una *likelihood ratio*), o sea la probabilidad de observar los datos analíticos y técnicos obtenidos en los test si se considera cierta una hipótesis frente a la probabilidad de observar esos mismos datos si se considera cierta la hipótesis contraria; y no al revés, es decir no puede hablar de la probabilidad de las hipótesis judiciales a la luz de esos datos. O aún más claramente: la probabilidad de una hipótesis a la luz de los datos obtenidos en las pruebas practicadas (que es lo que el juez desea saber) mide la incertidumbre de esa hipótesis; la ratio de verosimilitud (que es lo que el experto puede aportarle al juez) mide la fuerza con que los datos apoyan una hipótesis frente a la otra" Luego señala lo siguiente: "La consecuencia de lo anterior es clara: no existe fundamento racional para que el perito sostenga categóricamente en su informe que ha sido capaz de identificar a una persona o un objeto a partir de los análisis de un vestigio llevados a cabo en el laboratorio; como tampoco existe fundamento para que realice una valoración probabilística sobre la posibilidad de atribuir ese vestigio a esa persona u objeto. El resultado de un análisis de voz, por ejemplo, no dice, ni categórica ni probabilísticamente, que la voz analizada pertenezca a tal o a cuál persona, sino que solo aporta datos que, una vez interpretados con las adecuadas herramientas estadísticas, expresan una *ratio* de verosimilitud y dicen cosas del siguiente tipo: 'es x veces más probable que se observen los datos encontrados en el análisis si la voz pertenece al acusado que si no pertenece a él'. Por eso, la extendida costumbre (particularmente arraigada en las técnicas forenses tradicionales) de declarar en términos de identificación categórica o simplemente probabilística, estableciendo así lo que debe creerse sobre la hipótesis judicial en examen, debe ser abandonada".

3091 Cfr. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 20.

3092 Cfr. Cecchi, *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, cit., p. 8; Del Pino, *La prova scientifica nel proceso penale*, cit., p. 926; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 190; Igartua Salaverría, *Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica*, cit., p. 82 recuerda la figura del juez guardián quien: "Es el que tomando en consideración los diversos pareceres expresados por los expertos en el contradictorio, decide si aceptar alguno y cuál de ellos, tras someter críticamente a un examen epistemológico los diferentes criterios expuestos y su adecuada aplicación"; Gascón Abellán, *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*, cit., p. 10.

3093 Cfr. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 20.

ii) la coherencia lógica de la argumentación, el examen y las conclusiones a las que se arriba;

iii) la valoración de la autoridad científica del perito.

Se reclama que el juez no debe hacer cualquier tipo de control (*v. gr.*, formal) o seguir ciertos parámetros de deferencia con la prueba. El control que se debe realizar es un **control crítico**[3094] o **racional**[3095] sobre la fiabilidad de las técnicas forenses, y demanda actuar de manera rigurosa, seria y responsable analizando el trabajo del experto. Se destaca que, más que hablar de la tradicional fiabilidad del perito, se debe trabajar sobre la fiabilidad de los métodos, instrumentos, técnicas y aparatos[3096].

La actividad del juez no debe ser la de un mero receptor de conocimientos que provienen de terceros, sino que ha de ser una figura activa que identifica el problema, la información que se le presenta y que, luego de comprenderla en su verdadera dimensión pide las precisiones y aclaraciones pertinentes[3097]. El control de que los conocimientos expertos admitidos al proceso tengan un sólido fundamento es una garantía de racionalidad e incide también en la vigencia de los derechos humanos y las garantías mínimas del debido proceso, pues dicho control aspira a dejar a la pseudociencia fuera del ámbito de las decisiones judiciales (Gascón Abellán). De igual manera, se destaca que no hay nada más contrario a la ciencia que adoptar un conocimiento de manera acrítica como si se tratara de una verdad revelada y absoluta[3098].

3094 Cfr. Calò, *Il contraddittorio scientifico*, cit., p. 8; Cecchi, *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, cit., p. 5; Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 389; Auletta, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, cit., p. 466; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 193; Gascón Abellán, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, cit., p. 360.

3095 Cfr. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 340; Del Pino, *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 910.

3096 Cfr. Vásquez Rojas, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit., p. 200.

3097 Cfr. Igartua Salaverría, *Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica*, cit., p. 82 quien alude a un juez receptor al señalar lo siguiente: "Es el que acoge de manera formularia y acrítica las conclusiones de alguno de los expertos expuestas en el juicio, sin preguntarse si los criterios empleados por este gozan o no de crédito en la comunidad científica, ni si han sido aplicados correctamente. Ejemplo: el imputado ha matado a un empleado municipal, convencido de que este había urdido un complot contra él. El experto de la defensa alega que el homicida sufría un trastorno psicótico que comporta un vicio total de mente. Pero el tribunal rechaza ese informe y acepta el de la acusación, en el que se reconoce un trastorno paranoide que implica un vicio solo parcial. ¿Con qué razón nos sale el tribunal? Con una insípida y genérica referencia al 'extremo esmero y completitud' del informe del experto de la acusación tras un 'atento y minucioso examen' sobre la personalidad del acusado; que lo mismo cabría decir del otro perito".

3098 Cfr. Gascón Abellán, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, cit., p. 83: "nada es menos "científico" que asumir como válido un conocimiento sin un previo control de sus postulados ajustado a una metodología científica".

La Corte Suprema de Justicia destaca en relación con la evaluación de la prueba pericial que, "si bien las opiniones periciales no obligan al Juez y pueden ser valoradas de acuerdo a la sana crítica racional, también lo es, que el hecho que el juez no pueda descalificar *a priori* el dictamen pericial, desde el punto de vista científico, técnico, artístico, ni modificar las conclusiones del mismo, fundamentándose en sus propios conocimientos personales. Lo cierto es que sí tiene el poder—deber de practicar sobre el informe de los expertos, una atenta labor crítica, observando y considerando detenidamente, las operaciones y prácticas que para ello se hubiese efectuado, los fundamentos y razones con las que se sustenta aquellas"[3099].

74. En una democracia, el control del poder (en este caso del experto) es crucial para establecer un uso racional del conocimiento especializado y llegar a adoptar una decisión justa. El principio del control se extiende al caso del uso de los conocimientos científicos, sobre todo, a nivel del proceso[3100]. El control riguroso de la prueba científica es un control semejante al que se aplica a otros medios de prueba[3101].

La materialización del control del trabajo de los expertos por parte del juez no quiere decir, bajo ninguna forma, que el juez tenga la misma formación o el mismo nivel de conocimiento que los peritos[3102], sino más bien que realiza dicha tarea bajo ciertos parámetros y criterios ampliamente consolidados en la doctrina y en la jurisprudencia[3103].

El control judicial de los medios de prueba debe expresarse en una adecuada justificación de la decisión, en la que se debe cumplir con los parámetros constitucionales, convencionales y legales. La motivación de las resoluciones judiciales debe dar cuenta de la evaluación racional de la pericia (o de las pericias) que se ha incorporado, a fin de establecer sus conclusiones, procedimiento y metodología realizando un análisis crítico de la validez y corrección de los resultados en relación a los demás medios de prueba[3104]. La existencia de una pericia no quiere decir que los demás medios de prueba deban ser dejados de lado, sino más bien todo lo contrario: la pericia debe ser analizada de manera conjunta y de modo crítico con los demás medios de prueba. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "en rigor toda pericia, es indiciaria y, por tanto, no puede analizarse aisladamente sino debe ser valorada conjuntamente con otros medios de prueba para consolidar su información,

3099 Véase, la Casación N.º 296-2011 del 10 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Rodríguez Tineo).

3100 Cfr. Auletta, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, cit., p. 466.

3101 Véase, Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 374.

3102 Cfr. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 387.

3103 Cfr. Del Pino, *La prova scientifica nel proceso penale*, cit., p. 924.

3104 Cfr. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 20.

como es el caso de la declaración incriminatoria de la víctima, el testimonio de su madre y denunciante, y la pericia psicológica forense"[3105].

75. La doctrina comparada alude a una **motivación reforzada en el análisis de la prueba científica**[3106] y de la confianza metodológica que puede desplegar el experto en su trabajo pericial[3107]. La evaluación de la prueba debe seguir el modelo de la motivación legal y racional[3108], de tal manera que se debe analizar la atendibilidad del concreto medio de prueba de tipo científico, así como también se ha de contrastarla con otros medios de prueba. El juez debe observar las reglas de la ciencia y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados (artículo 158.1 del CPP).

El órgano jurisdiccional puede acoger o rechazar el examen pericial y las conclusiones del experto, pero, para que ello ocurra, ha de motivar de manera rigurosa su decisión y dar cuenta de las razones que tiene para llegar a asumir una determinada postura. Solo así la decisión judicial estará libre de arbitrariedad y dejará de ser un puro acto de poder[3109] al justificar por qué acepta y le parece más atendible las conclusiones y la metodología de un experto en relación a las conclusiones adoptadas por otro experto[3110]. Se debe evitar las decisiones del juez gratuitas y caprichosas que dejan de lado el material probatorio pericial[3111].

Es necesario que la judicatura tome en cuenta las diferentes reconstrucciones técnicas de los hechos y debe motivar aquella hipótesis que acepta, así como también debe aportar razones, de manera especial, de aquella hipótesis

3105 Véase, la Casación N.º 1536-2021 del 9 de agosto del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

3106 Cfr. Cecchi, *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, cit., pp. 7 y 10: "la valutazione giudiziale circa l'affidabilità (metodologica) della scienza si interseca perfettamente con un metodo di giudizio e di giustificazione, elaborato dalla giurisprudenza e raffinato dalla dottrina, che scompone il ragionamento deliberativo in plurime tappe argomentative obbligate: ossia, l'obbligo di motivazione rafforzata"; luego señala lo siguiente: "Nel caso della 'motivazione rafforzata scientifica', gli argomenti —orientati da parametri e criteri condivisi e/o consolidati, nonché intersoggettivamente verificabili— da apprezzare necessariamente sono quelli utili a scandagliare l'affidabilità della scienza nuova o controversa, i quali —come si è detto— possono e anzi devono essere estesi e sviluppati in relazione alle specificità della disciplina in esame"; Cecchi, Marco, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 437; Conti, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il "discorso sul metodo"*, cit., p. 849; Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 389, quien alude a una motivación lo más adecuada y completa posible.

3107 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 375.

3108 Véase, Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 374.

3109 Cfr. Del Pino, *La prova scientifica nel proceso penale*, cit., p. 924.

3110 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 375.

3111 Cfr. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 385.

que descarta, desde el punto de vista del método científico y del patrimonio cognoscitivo de una determinada época[3112].

E. La Corte Suprema de Justicia y un ejemplo de control de la prueba científica

76. La Corte Suprema de Justicia sostiene que la embriaguez —o la intoxicación alcohólica— como elemento del tipo penal —básico o agravado— debe ser probado mediante prueba suficiente.

La determinación de la intoxicación alcohólica, sin duda, desde su utilidad o relevancia, es de carácter pericial. Esta exigencia responde a la idea de necesidad de la prueba, en cuya virtud el medio de prueba debe tener la aptitud ineludible para alcanzar el fin que con él se persigue. La acreditación de la intoxicación alcohólica requiere de actos de prueba específicos conforme lo estipula el artículo 213, apartado 2, del Código Procesal Penal. La prueba testifical, en los supuestos de intoxicación alcohólica, es, siempre, un complemento indiciario de la prueba pericial o, en todo caso, un sucedáneo de ella ante la falta de prueba pericial[3113].

En sede de apelación, la prueba personal, en la medida que depende del principio de inmediación —que solo es importante para garantizar una mejor calidad de información sobre el suceso histórico acusado, no para la valoración de la prueba—, no puede ser apreciada independientemente ni se le puede otorgar a esta, en su consecuencia, diferente mérito probatorio (artículo 425, apartado 2, del Código Procesal Penal). Sin embargo, ello no impide examinar la racionalidad de su análisis y la corrección de las inferencias probatorias aplicadas para determinar si un hecho está probado o no[3114].

En un caso concreto en la audiencia de apelación, se incorporó como prueba, sin objeción de parte, la oralización de los dosajes etílicos del imputado. Uno de los motivos del recurso de apelación, precisamente, incidió en el mérito de esa prueba pericial en relación con la prueba testifical[3115]. Los dosajes etílicos, antes citados, llegaron a la conclusión de que el imputado no se encontraba bajo el influjo de

3112 Véase, Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 375; Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 68.

3113 Véase, Casación N.º 1331-2017 del 18 de julio del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

3114 Véase, Casación N.º 1331-2017 del 18 de julio del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

3115 Véase, Casación N.º 1331-2017 del 18 de julio del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

alcohol en sangre[3116]. Siendo así, el resultado que arroja la prueba técnica, de cuya ejecución no existe cuestionamiento alguno —ni irregularidades en la toma de muestras o en la conducta de los peritos—, en tanto determina la realidad de un suceso, establece inconcusamente que el encausado no estaba embriagado cuando conducía el vehículo que se volcó y ocasionó la muerte de su pasajera.

El Tribunal Superior omitió pronunciarse sobre los dos dosajes etílicos y solo se basó en prueba testimonial para afirmar que el imputado estaba embriagado al momento del accidente de tránsito. Pero la existencia de esas pericias es innegable; además, los conocimientos científicos consolidados en la materia apuntan a determinar que, si el examen de intoxicación en sangre es negativo, entonces, tal resultado no puede ser descartado con solo el recurso a la información de carácter testifical. Al procederse de forma contraria, el Tribunal Superior incurrió en un supuesto de motivación ilógica. La inferencia probatoria vulneró los conocimientos científicos, lo que hace arbitraria, desde este punto de vista, la sentencia impugnada. La arbitrariedad de la sentencia no importa su anulación ni el respectivo juicio de reenvío, pues en sede casacional cabe una sentencia de mérito (decidir por sí el caso), y porque para la declaración de la inexistencia de la circunstancia agravante específica de "utilización del agente de vehículo motorizado con presencia de alcohol en la sangre" no es necesario un nuevo debate (artículo 433, apartado 1, del Código Procesal Penal)[3117].

III.3. LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

A. La regulación normativa

77. Dos de las exigencias del sistema probatorio peruano basado en la "sana crítica" son que "en la valoración de la prueba el **Juez deberá observar** (las reglas de la lógica, la ciencia y) **las máximas de la experiencia**" (artículo 158.1 del CPP) y que "la valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, **especialmente conforme las máximas de la experiencia**" (artículo 393.2 del CPP).

Por su parte, en el caso de las pruebas de indicios, se exige "que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o **la experiencia**" (artículo 158.3.b).

3116 Véase, Casación N.º 1331-2017 del 18 de julio del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "El primero, número 0025-002828, está referido a una muestra tomada a las seis horas con cuarenta minutos del día dieciséis de julio de dos mil diez —el mismo día de los hechos—; y, el segundo, número 0025-002824, está referido a una muestra tomada a las diecinueve horas con quince minutos de ese mismo día (resultado: 0.00 gramos)".

3117 Véase, Casación N.º 1331-2017 del 18 de julio del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

Dentro de las disposiciones generales sobre la prueba, se establece que "**no son objeto de prueba las máximas de la experiencia**" (artículo 156.2 del CPP).

B. La determinación de las máximas de la experiencia. Su individualización y especificidad

78. La evaluación racional de la prueba exige que se recurra a las **máximas de la experiencia**, las cuales deben estar explicitadas de manera precisa, y se las debe identificar, fijando su contenido y la inferencia correspondiente[3118]. El empleo 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, no puede ser utilizada para justificar una inferencia, una conclusión o un determinado resultado probatorio en el proceso. Si la base y el fundamento cognoscitivo de la máxima de la experiencia es inexistente, 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[3119].

La máxima de la experiencia es una regla de comportamiento que busca expresar y sintetizar lo que ocurre en la mayor parte de casos, es decir, se trata de una regla que se obtiene de casos similares al hecho que se analiza. La experiencia puede permitir elaborar un juicio en relación a otro hecho, sobre todo, cuando se trata de sucesos similares o que poseen una tipología semejante. Se razona bajo la premisa de que, en casos semejantes, se puede advertir un mismo comportamiento o un mismo patrón de conducta.

La máxima de la experiencia se caracteriza por la generalidad e independencia respecto a la controversia a la que puede aplicarse, y está dotada de autonomía en relación con los casos de cuya observación se ha deducido y más allá de los cuáles está destinada a operar[3120]. Es una regla que da lugar siempre a un juicio de proba-

3118 **Exp. N.º 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 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".

3119 Por todos, TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 272.

3120 Cfr. PAPAGNO, Claudio, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, Giuffré, 2009, p. 440.

bilidad, nunca de certeza[3121]. Ella indica que es probable que otra persona, en una situación similar, se puede comportar de manera idéntica.

Las máximas de la experiencia no son válidas universalmente, debido a que se trata de reglas del comportamiento humano que pueden sufrir excepciones y matices, según el caso. Se alude a criterios de probabilidad lógica más o menos fuerte[3122]. En la reconstrucción de los hechos se utiliza el método inductivo y en la aplicación de la inferencia probatoria derivada de la máxima de la experiencia se parte de la observación del normal orden de desarrollo de la vida humana, que posee una elevada tasa de probabilidad y de frecuencia estadística, según las cuales, dadas ciertas condiciones, se produce un hecho con determinadas consecuencias[3123].

Las reglas de la experiencia —a diferencia de las leyes científicas— no tienen carácter universal[3124] ni generan juicios deductivos que llevan de manera inevitable a determinadas conclusiones.

Pese a que las máximas de la experiencia no son siempre verificables, muchas veces se las pretende sustituir, equivocadamente, por una lógica del caso concreto vale decir por una experiencia no normatizada que se presenta con el condicionamiento de todos los elementos del caso. Si bien dicha regla debe resolver un caso no puede limitarse ni reducirse al análisis de la controversia, ya que su alcance es mucho más amplio.

79. Se distingue entre máximas de la experiencia comunes, generales y máximas de la experiencia especializadas[3125] o sectoriales[3126]. Las primeras forman parte del saber cognoscitivo amplio de la sociedad en sus distintas capas y estratos, mientras que las segundas están formadas por un conjunto de pautas y reglas que provienen de conocimientos complejos y especializados, que son suministrados por una actividad científica, técnica, por un oficio, profesión o por determinado sector del tráfico económico, *v. gr.*, las costumbres comerciales o determinadas prácticas empresariales.

3121 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 49; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 272; Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 192, para quien es: "el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio.".

3122 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 59.

3123 Cfr. Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 441.

3124 En sentido distinto, Gianturco, *Los indicios en el proceso penal*, cit., p. 39.

3125 Cfr. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 225.

3126 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/29, p. 303.

Muchas reglas de la experiencia se obtienen de la observación del comportamiento de las personas y pertenecen, por tanto, a sectores y ámbitos de la sociedad[3127], mientras que otras máximas se fundamentan en la investigación científica, técnica, o en una actividad procesal, un oficio o arte.

80. Una máxima de la experiencia genérica debe ceder ante una máxima más específica, que se aplica de modo pertinente a los hechos o la situación que se pretende enjuiciar[3128]. Debe quedar claro 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[3129]. 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.

En el proceso penal, se debe buscar aplicar las máximas de experiencia específicas que surgen también de situaciones o contextos determinados, tomando en cuenta las particularidades de cada sector del tráfico y de la sociedad, así como la serie de hechos que se valoran.

Sin embargo, como anota la doctrina, 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[3130]. 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". Se trata de pseudoconocimientos 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"[3131].

3127 Cfr. Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 192: "Las máximas de experiencia son normas de valor general, independientes del caso específico; pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie"

3128 Cfr. Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 153.

3129 Cfr. Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 287; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 272.

3130 Cfr. González Lagier, *Inferencia probatoria,* cit., p. 86.

3131 Por todos, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., pp. 238 y ss.

Se ha de tener precauciones y sumo cuidado de arribar a conclusiones que se basan en supuestas leyes de la experiencia que no encuentren sustento en criterios objetivos y racionales. Por ejemplo, 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[3132]. El que una persona tenga un automóvil con el cual se ha causado un accidente no quiere decir que ella precisamente manejaba el vehículo al momento del hecho.

C. Alcance

81. 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[3133]. En efecto, la experiencia denota aquello que comúnmente ocurre en casos semejantes y en situaciones análogas, salvo circunstancias especiales o particulares[3134]. No hay campo de la actividad social, económica o de otra área de la actividad humana que escape de la posibilidad de construir máximas de la experiencia[3135].

El empleo de las máximas de la experiencia debe partir de un amplio consenso cultural y social en un contexto histórico determinado en donde se lleva a cabo la decisión. Dichas máximas se obtienen normalmente de la 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[3136].

82. Las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el

3132 Véase, Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 104.

3133 Por todos, Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Bogotá, Temis, 1988, p. 107.

3134 Cfr. Gianturco, *Los indicios en el proceso penal*, cit., p. 33.

3135 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 111; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 339.

3136 Cfr. Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 288.

proceso[3137]. Se trata de juicios empíricos de la vida, el tráfico, de la industria o el arte que sirven de premisa mayor para la comprobación y la apreciación de los hechos[3138]. Por ella se puede afirmar que un determinado acontecimiento es verosímil y que responde a la normalidad de una situación abstractamente considerada. 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 en la sociedad. Se trata de razonamientos típicos de carácter abductivo indiciario.

Tienen un contenido vastísimo y muchas veces indeterminado que alberga el más amplio *status* de conocimiento. La máxima de la experiencia se trata de una generalización de carácter inductivo que sirve como criterio para la formulación y aplicación de una inferencia dotada de un elevado grado de confianza y atendibilidad, y ayuda a concluir de manera razonable acerca de un hecho[3139]. Su formulación es independiente de los casos particulares de cuya observación se ha inducido. Por esta razón es que pretenden tener validez para otros casos nuevos. No hay campo de la actividad social, económica y, en general, humana que escape de la posibilidad de construir máximas de la experiencia. Ellas tienen una importancia relevante en la determinación de la causalidad, la negligencia[3140], el dolo, etc.

83. La configuración de las máximas de la experiencia se produce a partir de la inducción ampliativa y, como en toda inducción, sus resultados o conclusiones no son verdaderos, solo probables[3141]. Sobre la base del análisis de un conjunto de casos, se procede a establecer sus elementos comunes y a efectuar una generalización[3142]. Hay que valorar la naturaleza específica de las máximas de la experiencia[3143]. No es correcto emplear máximas no generales o de contenido ciertamente dudoso.

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

3137 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/29, p. 303: "las máximas de la experiencia son conclusiones asumidas generalmente que se derivan de la experiencia en una serie de casos similares, sea de la experiencia vital general o de una experiencia de carácter específico o sectorial".

3138 Cfr. Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., p. 257.

3139 Cfr. Taruffo, en Comoglio/Ferri/Taruffo, *Lezioni sul proceso civile. Il proceso ordinario di cognizione*, cit., t. I, p. 461; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 88.

3140 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/29, p. 303.

3141 Cfr. González Lagier, *Inferencia probatoria*, cit., p. 86; Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 287; Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 125.

3142 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 111.

3143 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 424.

de la experiencia social cotidiana[3144], y, para algunos casos, incluso, se pueden obtener de los libros jurídicos[3145], de la lectura de folletos y de otras publicaciones[3146].

Se trata de generalizaciones empíricas que se refieren a la conducta humana en su dimensión individual y social[3147]. Sin embargo, tras este conjunto de reglas se aglomeran muchas veces una serie de valoraciones morales, prejuicios, refranes de sabiduría popular e ideas propias de la *mass media,* por lo que recurrir a dichas generalizaciones es abiertamente riesgoso.

No es necesario que el juez conozca las máximas de experiencia en todos los ámbitos de la vida social. En algunos casos, las máximas de la experiencia pueden ser transmitidas por los propios órganos de prueba, como, por ejemplo, un perito[3148] o un testigo calificado. El juez, de manera libre, puede procurarse el conocimiento de las máximas de la experiencia de distinto modo, siempre que se trate de una vía apropiada[3149], *v. gr.,* el empleo de libros o revistas especializadas en economía, contabilidad, medicina, enfermería. También puede utilizar los repertorios jurisprudenciales de los tribunales.

El establecimiento, uso y aplicación de las reglas de la experiencia no están sujetos, como los enunciados fácticos que se introducen en el proceso, al principio dispositivo y al principio de iniciativa probatoria. No es necesario que las partes aleguen una concreta regla de la experiencia para que el Tribunal la pueda tener en cuenta[3150]. El juez puede hacer uso de su formación profesional y el conocimiento privado de las reglas de la experiencia para aplicarlas en el caso concreto. Sin embargo, ello no impide que pueda ser materia de discusión, crítica y cuestionamiento en todos los niveles del proceso, *v. gr.,* en la impugnación.

3144 Véase, Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 210; Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, cit., 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, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 111; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 339.

3145 Cfr. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 283.

3146 Cfr. Gianturco, *Los indicios en el proceso penal*, cit., p. 36.

3147 Cfr. Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 148.

3148 Cfr. Palacio, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 21; Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., p. 257; Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 226; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 88.

3149 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/31, p. 303.

3150 Cfr. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 226; Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, cit., p. 257.

84. 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[3151]. No se trata de reglas fijas, pétreas e inalterables. 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"[3152].

Las máximas de la experiencia muchas veces están circunscritas a determinadas zonas geográficas, a un determinado contexto, a una realidad local, a ciertos parámetros culturales, a un específico ambiente criminal o a un determinado código de comportamiento, tal como ocurre en los casos vinculados a algunas culturas mafiosas, como la *yakuza*, la mafia siciliana, etc. Aquí es necesario acudir a la prueba por indicios y al empleo de inferencias rigurosas que se aplican a una realidad concreta y a ciertos sectores de la sociedad. Por ejemplo, un crimen cometido con el fin de controlar la organización legitima muchas veces la inferencia de que ha sido autorizado por las cabezas y los dirigentes de la organización; igual ocurre con el delito que tiene una importancia estratégica dentro de la estructura de la organización, lo que lleva a considerar que fue aprobado por el vértice de la misma[3153].

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.*, en la tendencia interna trascendente). No existen aún pruebas científicas, de carácter psicológico o de otra índole, que permitan acreditar de manera razonable y convincente la prueba de los elementos subjetivos y que sustituyan el valor de las máximas de la experiencia[3154].

85. En la medida que las máximas de la experiencia permiten resolver los casos sometidos a conocimiento de los tribunales de justicia concediendo regularidad y

3151 Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 363; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 272; Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 192: "La sana crítica no puede desentenderse de los principios lógicos, ni de las reglas de experiencia. Los primeros son verdades inmutables, anteriores a toda experiencia; las segundas son contingentes, variables con relación al tiempo y al espacio. La sana crítica será, pues, permanente e inmutable en un aspecto y variable y contingente en otro"; Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 111.

3152 Cfr. Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 149.

3153 Cfr. Gironi, *La prova indiziaria*, cit., p. 129.

3154 Cfr. Ferrua, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., 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".

continuidad a la jurisprudencia su papel es semejante al de las normas jurídicas; sin embargo, no son en puridad normas jurídicas porque carecen de la obligatoriedad y del respaldo de la *coertio* estatal[3155].

Las reglas de la experiencia no forman parte de los supuestos de hecho de las normas jurídicas, sino que son criterios de conocimiento empírico que se fundan en comportamientos frecuentes que se repiten en la sociedad.

D. La normativización de las máximas de la experiencia

86. En la doctrina y en la jurisprudencia comparada, se viene exigiendo una normativización de las máximas de la experiencia al destacar como un sistema de este tipo posibilita una garantía de certeza y uniformidad de juicio que permite una elevada cuota de predictibilidad en las decisiones judiciales y en la aplicación del derecho, lo que se traduce en la uniformidad del tratamiento legal de los casos, en la realización del principio de igualdad y en la salvaguarda de los derechos del imputado[3156].

La esquematización legal de las máximas de la experiencia favorece el método probatorio del juez y de las partes al permitir emplear un conjunto de máximas consolidadas y aceptadas por la jurisprudencia que posibilitan no solo un mayor control de los criterios de racionalidad, sino también un mayor grado de previsibilidad en la aplicación de los criterios racionales a los casos concretos.

También se plantea la generación de un sistema de máximas de la experiencia mínimas que tienen una vocación general y que dotan de racionalidad y de un control objetivo la libertad de apreciación del juez. En el caso del procedimiento indiciario, se requiere no solo una evaluación del indicio en sentido positivo, sino también el excluir de manera radical cualquier hipótesis alternativa en la reconstrucción de los hechos.

Se propone una estandarización de las máximas de la experiencia, según el sector del tráfico jurídico y de la actividad humana en el que se desarrolle el problema a resolver.

87. La interpretación de las máximas de la experiencia se inicia sobre la base de percepciones y a partir de 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 debido a que no existe ni una regulación

3155 Cfr. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 283.

3156 Cfr. Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 440.

de los criterios de la experiencia ni un repertorio que recoja las máximas, además, el contexto sociocultural 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 su alcance—, las máximas de la experiencia no están sometidas a esquemas de refutación rigurosos ni se predica de ellas un consenso total y pleno.

E. La elección (no arbitraria) de la máxima de la experiencia

88. El juez debe elegir y depurar la máxima de experiencia aplicable al caso concreto tomando en cuenta la mejor experiencia y no debe decantarse por una elección arbitraria o por la mera opinión de un hombre medio. Asimismo, el juez debe elegir de forma correcta cuál es la máxima de la experiencia aplicable al caso concreto, tomando en cuenta sus particularidades. Ha de aplicar la máxima de la experiencia que más se adapta al caso y no la que aparece la más idónea y razonable en abstracto. El juez, en ese sentido, debe cumplir con el mandato legal de que en la valoración de la prueba se debe exponer "los resultados obtenidos y los criterios adoptados"[3157] (artículo 158.1 del CPP). Dentro de los criterios adoptados ha de explicitar y justificar la máxima de la experiencia a la que se acude y se aplica al caso.

El trabajo del juez consiste en elegir e individualizar, entre las diversas máximas de la experiencia existentes, a la máxima que más se ajusta y es compatible con el caso concreto[3158]. Para ello, una máxima general cede su aplicación frente a una regla especial y una máxima sectorial, o del concreto ámbito del tráfico jurídico, tiene mayor peso que una máxima social que se aplica a todos los sectores.

En la medida que las máximas de la experiencia no son reglas técnicas, mensurables cuantitativamente y son muy abiertas en cuanto a su generalidad se recomienda que su aplicación por parte del juez en el caso concreto deba ser prudente y muy cauta. Se debe distinguir entre una genuina regla de la experiencia de lo que constituye un prejuicio común y extendido en la sociedad[3159].

89. Los requisitos que se exigen en las máximas de la experiencia son los siguientes:

3157 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 51.

3158 Cfr. Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 441.

3159 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 52 y 53.

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[3160].

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 experiencia mejor fundadas o que ofrezcan una mejor explicación a ciertos hechos[3161].

F. Las máximas de la experiencia y la motivación de las resoluciones judiciales

90. Hay acuerdo que debe haber un control necesario y riguroso de las máximas de la experiencia que han de estar correctamente individualizadas, determinadas y justificadas de modo suficiente en la resolución judicial a fin de evitar el enorme riesgo a error como consecuencia de su uso abusivo y sin ningún tamiz previo. El sistema de recursos, tanto ordinarios y extraordinarios, ejercen un importante control respecto al empleo de las máximas de la experiencia en el terreno procesal sobre todo en los casos en los que la regla no se explicita, se la da por supuesta o simplemente se encuentra mal formulada.

Por el principio de libre convencimiento del juez se le reconoce la facultad de elegir y escoger la máxima de la experiencia que mejor se adapte a resolver el supuesto de hecho que es sometido a su examen. Sin embargo, la libertad de elegir la(s) máxima(s) de la experiencia en la reconstrucción de los hechos no puede ser arbitraria ni puede tener cualquier contenido. Debe tratarse de una máxima de la experiencia pertinente y adecuada para resolver la problemática que se presenta. Por tanto, es posible que el control probatorio repare en la pertinencia, en el contenido o el peso de la elección de la concreta máxima de la experiencia que se utilizó.

3160 Cfr. Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 150.
3161 Cfr. González Lagier, *Inferencia probatoria,* cit., p. 86.

Asimismo, no basta elegir correctamente la máxima de la experiencia, ya que es necesario reparar en el discurso justificativo del caso concreto y la razonabilidad en el empleo de las máximas empleadas como, por ejemplo, se debe verificar que sus conclusiones sean plausibles, razonables y suficientes en la solución del caso. La elección de una máxima de la experiencia no garantiza la corrección de su uso ni menos la calidad de las conclusiones que se asumen.

91. Las máximas de la experiencia no solo deben estar en la mente del juez ni darse por sobreentendidas. Por el deber de motivación las resoluciones judiciales (artículo 139.5 de la Const.), las máximas de la experiencia o las reglas de la vida cotidiana deben estar expresamente fijadas en la resolución judicial y han de ser objeto de un razonamiento judicial adecuado.

Se recuerda que el deber de motivar las resoluciones judiciales (y fiscales) no consiste en escribir palabras, en llenar párrafos enteros de argumentos de distinto tipo, sino —especialmente en materia probatoria— en explicitar razonamientos, inferencias y conclusiones sobre la base de la prueba actuada.

El control de la motivación en un sentido amplio —el que realizan las partes, los órganos superiores y la sociedad democrática— debe incidir especialmente en la comprobación de que las máximas de la experiencia se encuentren correcta y suficientemente fundamentadas. Para ello, 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 (artículo 158.1 del CPP).

92. En el razonamiento judicial se debe exigir de las máximas de la experiencia lo siguiente:

i) Que se encuentren debidamente individualizadas en el discurso judicial concreto. No basta con señalar, de manera genérica, que "de acuerdo a las máximas de la experiencia", al "conocimiento socialmente extendido", entre otras frases de estilo.

ii) Que debe haber un control de que efectivamente se haya utilizado una máxima de la experiencia y no se empleen simples conjeturas y generalizaciones espurias.

iii) Que debe haber un análisis y un control de la pertinencia y utilidad en la elección de la máxima de la experiencia en el que se funda el discurso judicial.

iv) Que se establezca que el uso de la máxima corresponda con el sector y el ámbito del tráfico jurídico al que efectivamente se aplica.

v) Que el contenido y alcance de las máximas de la experiencia deben justificarse adecuadamente en el caso concreto, sin que baste referencias genéricas o frases de estilo.

Las máximas de experiencia no autorizan una construcción *ad hoc* para resolver un caso concreto y no pueden sustituir la ausencia de prueba de determinados hechos relevantes, sean principales o secundarios. Ellas deben derivar de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados. En el proceso se deben utilizar conocimientos científicos y no los criterios que brinda la pseudociencia; así como han de utilizar máximas de la experiencia fiables y no generalizaciones espurias sin ningún sustento empírico o siquiera lógico.

93. En el control de la motivación de las resoluciones judiciales en el ámbito de las máximas de la experiencia hay dos posturas. Por un lado, hay quienes sostienen que el control de la logicidad de la motivación se debe limitar a la confrontación puramente formal de la máxima de la experiencia y las inferencias utilizadas a fin de verificar que dicha máxima no sea irrazonable o arbitraria desde el punto de vista objetivo.

Por otro lado, hay quienes sostienen que los órganos judiciales superiores no solo deben controlar el juicio de derecho y la correcta aplicación de la ley, sino también la falsa o incorrecta aplicación de una máxima de la experiencia. Para ello, se requiere individualizar la máxima de la experiencia, establecer su contenido material, determinar su alcance y la aplicación al caso concreto. Los jueces deben fiscalizar si un hecho se ha acreditado sin tomar en cuenta las máximas de la experiencia reconocidas o se han empleado unas máximas espurias o falaces[3162].

94. Tanto la justicia constitucional como la máxima instancia de la justicia ordinaria pueden controlar la correcta aplicación de las máximas de la experiencia y del razonamiento inferencial que se desprende de ella, que puede viciar de nulidad cualquier resolución judicial en la medida que suponga una motivación aparente o una motivación arbitraria de los hechos probados.

Por tanto, es posible que se controle la construcción y aplicación de las máximas de la experiencia como de las inferencias y las conclusiones que se pueden desprender de ellas. En ese sentido, por ejemplo, la prueba indiciaria no puede ser objeto de meras conjeturas, sospechas, de meras hipótesis, de preconceptos y razonamientos arbitrarios al resolver un caso.

95. Dicho control de la motivación se puede producir cuando[3163]:

3162 Cfr. Gianturco, *Los indicios en el proceso penal*, cit., p. 35.

3163 Cfr. Gianturco, *Los indicios en el proceso penal*, cit., pp. 40 y ss.

i) Se omite la aplicación de una regla de la experiencia pertinente a un caso concreto o a la materia controvertida, ya sea por desconocimiento o por una decisión deliberada. La falta de aplicación de una regla de la experiencia conlleva de manera irremediable a una falta de motivación de la resolución judicial.

ii) Se viola una máxima de la experiencia reconocida, ya sea por extender su aplicación más allá de su sentido o por alterar su contenido genuino.

iii) La máxima de la experiencia empleada es contradicha por los conocimientos científicos vigentes y que son aceptados por la comunidad.

iv) La regla de la experiencia utilizada se opone a otras máximas de semejante valor que son más específicas, pertinentes y que se apoyan en el sentido común o en la observación.

96. Como se trata de razonamientos complejos que poseen particularidades propias su empleo debe ser evaluado en cada caso concreto. No se debe partir de la idea que su uso siempre garantiza resultados confiables[3164]. 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 que a veces 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"[3165].

G. Las máximas de la experiencia no pueden suplir la falta de prueba sin quebrantar la presunción de inocencia

97. Si bien las máximas de la experiencia juegan un papel muy importante en toda clase de procesos, en especial en el proceso penal como, por ejemplo, al dotar de sentido a un comportamiento queda claro que el empleo de dichas máximas no

3164 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 146; Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 211.

3165 Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 240.

puede ser utilizado para suplir o cubrir la falta de prueba de un hecho principal o secundario en un determinado proceso[3166].

Las máximas de la experiencia no pueden ser empleadas para cubrir lagunas probatorias dentro del proceso penal en el que sobre determinados hechos no hay prueba alguna que sustente una determinada conclusión[3167]. Las reglas de la experiencia no pueden sustituir a la actividad y práctica probatoria: no pueden decir algo que el testigo no dijo, sostener algo que la pericia no sustenta o que el documento no refiere.

En algún sector de la jurisprudencia penal es posible constatar que en la acreditación de determinados delitos (delitos de corrupción o demás delitos clandestinos) se pretende cubrir determinados hechos o hipótesis que forman parte de la imputación con el uso de las máximas de la experiencia.

98. En el derecho como un criterio mínimo, pero necesario de racionalidad, se requiere que toda afirmación sobre un hecho con relevancia jurídica se encuentre apoyado en prueba objetiva. Una imputación y una conclusión probatoria es arbitraria cuando carece de sustento empírico o evidencia material.

Por ejemplo, no es correcto sostener que "frente a delitos de corrupción, donde los mecanismos de acción para cometer estos ilícitos generalmente se mantienen en la clandestinidad, no se puede pretender solicitarle al Ministerio Público que adjunte, por ejemplo, una imagen donde el funcionario público este recibiendo el dinero o beneficio ilícito para verificar que si concurren graves y fundados elementos de convicción"[3168]. Por el contrario, se debe resaltar que en los delitos de corrupción no es posible relajar el estándar probatorio que es un contenido esencial de la presunción de inocencia. Esta clase de delitos —como todo delito que se comete en la clandestinidad— debe cumplir con respetar los principios constitucionales y convencionales del sistema penal, tanto sustantivo como procesal. En la investigación de la comisión de los delitos de corrupción se puede emplear técnicas especiales de investigación.

3166 Cfr. Gianturco, *Los indicios en el proceso penal*, cit., p. 20.

3167 Ampliamente: Ferrer Beltrán, Jordi, *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia*, en *Actualidad Penal*, N.º 34, abril, Lima, 2017, pp. 185 y 200: "La deficiente y manifiesta laguna probatoria no puede ser descargada en perjuicio del imputado (v. gr., accionista de la empresa), sin quebrantar las bases y exigencias mínimas del principio de presunción de inocencia. Si el Ministerio Público no prueba una hipótesis, ni se practica prueba de oficio sobre dicha hipótesis, en el juicio oral no se cumple con el deber de la carga de la prueba en el proceso penal; de tal modo que la absolución se impone por una manifiesta ausencia de prueba de cargo".

3168 Sin embargo, así: la resolución del 12 de febrero del 2021 del Exp. N.º 0023-2018-4-5001-JS-PE-01 del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria.

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" o que "no es posible que el pago de la coima sea desconocido por los accionistas de la empresa o los miembros del directorio") que sirve de premisa mayor de la conclusión probatoria que el homicidio fue ordenado por el jefe o que los accionistas o miembros del directorio son cómplices del acto de corrupción no solo debe plantearse racionalmente como un requisito del concreto razonamiento probatorio, sino que se reclama también la justificación de cuáles son los elementos objetivos (pruebas o indicios) de los que se 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. El hecho de que en una organización haya jefes, accionistas o miembros del directorio no quiere decir que por esa sola condición se pueda imputar y fundar la responsabilidad penal sin que se haya desplegado actividad probatoria alguna y se quiera imponer una pena por una supuesta responsabilidad por la posición jerárquica o el estatus que se detenta.

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 aceptadas, toda máxima de la experiencia debe encontrar un adecuado sustento material y una necesaria fundamentación.

H. Las máximas de la experiencia y las conjeturas

99. Uno de los problemas más delicados que enfrenta el empleo de las máximas de la experiencia en el terreno judicial es el peligro de que sobre la base de determinados hechos o circunstancias se pretenda generalizar ciertas conclusiones claramente incorrectas; o que se pueda obtener resultados probatorios de lo que son meras conjeturas y no hechos efectivamente probados[3169].

Las máximas de la experiencia se distinguen de las meras conjeturas[3170]. La primera existe de manera previa al juicio y no viene formulada para el caso en concreto, esto es, luego del evento a reconstruir, sino que su sentido ha sido materia de comprobación y de elaboración lógica, tomando en cuenta ciertos hechos y tendencias regulares que se manifiestan en un determinado contexto. Las conjeturas, llamadas también máximas de la experiencia espurias, son meros recursos retóricos

3169 Cfr. Rafaraci, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, cit., p. 85.

3170 Cfr. Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 594; Costanzo, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, cit., p. 74.

e hipótesis ligeras que no se encuentran sujetas a una verificación empírica, ya que se fundan en una posibilidad contingente y no en la regularidad de ciertos eventos.

Igualmente, las máximas de la experiencia se distinguen de las generalizaciones espurias que se denominan así debido a que responden a prejuicios, estereotipos y no se basan en conocimientos fiables y suficientemente consolidados. Esta clase de generalizaciones pueden tener un buen impacto y obedecer a un "saber popular", pero no están dotadas de un respaldo cognoscitivo suficiente para formular una inferencia aceptable y una conclusión probatoria fiable. Por el contrario, sus resultados son absolutamente discutibles y no tienen el mérito probatorio para cumplir con el estándar de una decisión racional[3171].

Las máximas de la experiencia deben diferenciarse de los meros prejuicios e ideas preconcebidas que a veces se instalan en ciertos jueces y hombres de derecho[3172]. Por ejemplo, Jerome Frank advertía: "Así, oímos de un juez que todo testigo que tiene orejas anormalmente grandes miente; otros jueces consideran embustero a un testigo que echa su cabeza hacia atrás, o que se frota las manos, o que desvía la mirada rápidamente, o que se ruboriza, o que se muerde los labios, o que tamborilea constantemente en su silla. Si ese juez deja constancia en el expediente de que para decidir el caso ha usado una regla empírica tan absurda es probable que su fallo sea revocado. Pero es raro que un juez deje semejante constancia en el expediente. En verdad, la mayoría de esos prejuicios se encuentran subyacentes, desconocidos (como hemos dicho) para el propio juez[3173]".

Se considera contrario a las reglas de la lógica y la sana crítica un razonamiento judicial que no se basa en una auténtica máxima de la experiencia y en su lugar emplea una generalización espuria o una máxima de la experiencia falsa[3174]. En estos casos se invalida por completo el discurso justificatorio.

100. Es correcta la distinción entre las máximas de la experiencia en sentido estricto y las simples conjeturas explicativas de un determinado suceso que se discute

3171 Cfr. Taruffo, Michele, *Observaciones sobre la prueba por indicios*, en Cruz Tejada, Horacio (coordinador), *Nuevas tendencias del derecho probatorio*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, p. 112: "la cultura general y las reglas de la experiencia contienen muchas generalizaciones espurias cuyo conocimiento se ha basado en unos supuestos indicios que en realidad no tienen ningún valor probatorio. Ello implica que en los numerosos casos en que no haya un consenso claro y generalizado sobre el criterio con base en el cual se debe interpretar el indicio, se debe justificar la adopción de este criterio a través de otros criterios que ofrezcan un fundamento cognoscitivo".

3172 Cfr. Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 594.

3173 Frank, *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 58.

3174 Cfr. Costanzo, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, cit., p. 75.

en el proceso. Las exigencias del sistema de la sana crítica y la apreciación razonada obligan al juez a actuar con mucha cautela y prudencia en este ámbito.

El libre convencimiento del juez no autoriza a que se pueda entender el empleo de las máximas de la experiencia como marcado por un inaceptable subjetivismo[3175] y el uso, sin criterio alguno de control, de una serie de consideraciones cargadas de arbitrariedad y apreciaciones personales del juez. El libre convencimiento debe respetar las pautas racionales de evaluación de los hechos y las pruebas y no dar pie a cuestiones emotivas.

Pese a la importancia de las reglas de la experiencia se reconoce y afirma las objeciones acerca de la validez gnoseológica de la inducción que solo se funda en la experiencia[3176] y descarta, por ejemplo, otros ámbitos de actuación como el lógico y el científico. Las máximas de la experiencia representan un caudal gnoseológico irrenunciable y de gran importancia en el proceso penal, pero que debe necesariamente complementarse con los criterios lógicos y científicos a fin de fundar una decisión razonable.

IV. LA MOTIVACIÓN DE LOS "RESULTADOS OBTENIDOS Y LOS CRITERIOS ADOPTADOS" EN LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA

IV.1. LOS CRITERIOS ADOPTADOS Y LOS RESULTADOS OBTENIDOS

101. El artículo 158.1 del CPP es la clave de la bóveda de la evaluación de la prueba en el sistema probatorio penal peruano. Por un lado, exige 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, por el otro lado, obliga a que se exponga "**los resultados obtenidos y los criterios adoptados**".

La regla que se impone es que, en el análisis de todo instrumento gnoseológico, ya sea la prueba indiciaria, los medios de prueba típicos o atípicos, se debe cumplir con justificar los resultados probatorios y los criterios adoptados[3177]. El legislador peruano ha establecido algunas disposiciones legales (artículos 158.1 y 393.2) que cumplen la función de guía a través del cual se forma la decisión judicial[3178]. Dicha regulación responde a la necesidad de maximizar la vigencia y la efectividad del

3175 Cfr. Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 442.

3176 Cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 153.

3177 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 124.

3178 Cfr. Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 67.

derecho fundamental a la prueba que tienen todas las partes a nivel del proceso[3179] y a la necesidad de afianzar la obligación de control (horizontal y vertical) del razonamiento acerca de los hechos probados que se concreta en la resolución judicial.

102. El CPP exige que se respeten las leyes del pensamiento (de la lógica), de la ciencia y las reglas de la experiencia o del actuar social[3180], y que de manera fundamentada se expongan los resultados probatorios obtenidos y los criterios empleados en el análisis de la actividad probatoria, individual y globalmente considerada[3181].

La reconstrucción "racional" de los hechos debe cumplir, a nivel del proceso penal, con ciertas reglas tanto jurídicas y epistemológicas mínimas como:

i) La decisión acerca de la reconstrucción de los hechos dentro del proceso debe ser una decisión motivada y fundada en derecho (artículo 139.5 de la Constitución). No basta una simple y pura decisión despojada de argumentos fácticos, probatorios o jurídicos.

ii) La decisión motivada que se adopta sobre los hechos debe exponer "**los resultados obtenidos y los criterios adoptados**" (artículo 158.1 del CPP) de acuerdo a las pautas legales y constitucionales básicas.

iii) Dicha decisión justificada debe tomar en cuenta las pruebas legítimamente adquiridas e ingresadas de manera válida en el proceso (artículo 393.1). Las pruebas que existen, pero que no se ingresan de modo oportuno y válido al proceso no pueden ser tomadas en cuenta en la reconstrucción de los hechos.

3179 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 260.

3180 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 871; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 361; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 271. En la doctrina nacional: San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, pp. 853 y 855; Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 166; Sánchez Velarde, *El nuevo procesal penal*, cit., p. 272; Cubas Villanueva, *El nuevo proceso penal peruano*, cit., p. 334; Oré Guardia, *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*, cit., T. II, p. 387.

3181 En el derecho italiano: Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 204; Grevi/Illuminati, Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 276; Chiavario, *Diritto processuale penale*, cit., 2022, p. 447; Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 260 y 809; Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 121; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 359; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394; Garofoli, *Diritto processuale penale*, cit., p. 197; Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 256; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 210; Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., pp. 673 y 675; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 593; Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 67; Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 213; Fassone, *Dalla "certezza" all' "ipotesi preferibile": un metodo per la valutazione*, cit., p. 5.

iv) El juez en la apreciación de las pruebas debe proceder primero a examinar individualmente las pruebas y luego analizarlas conjuntamente con las demás (artículo 393.2).

v) En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia (artículo 158.1) o, de manera semejante, que la valoración probatoria respete las reglas de la sana crítica (artículo 393.2).

Las reglas legales que establecen la reconstrucción de los hechos y la evaluación de la prueba son normas obligatorias (no facultativas) que deben ser cumplidas por el juez y las partes en el proceso.

No se cumple con los criterios legales en la evaluación de la prueba si únicamente se hace referencia a la existencia de una determinada prueba de cargo, *v. gr.*, solo se alude a una confesión o a un testimonio que sindica al imputado como interviniente en un hecho; y no se expone los criterios adoptados ni se detalla los resultados probatorios obtenidos[3182]. De igual forma, constituye una motivación insuficiente si solo se alude a un listado de la prueba de cargo o se menciona genéricamente a la declaración de un testigo, a la realización de una pericia o a un allanamiento domiciliario, pero no se sustenta el contenido explícito de la declaración testimonial, de las conclusiones y la metodología de la pericia o el resultado del allanamiento judicial[3183].

103. La ley prescribe que el juez ha de exponer (obligatoriamente) los resultados de la prueba que se examina. No basta con ceñirse formalmente a las reglas de la lógica, la ciencia y de la experiencia. Es necesario que se justifique los resultados logrados en el análisis individual y general de la prueba[3184]. El cumplimiento de las aludidas reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia solo se puede verificar a través de la justificación que el juez brinde de los resultados (probatorios) obtenidos.

Le ley procesal distingue entre la motivación de los resultados probatorios que se obtienen y los criterios de análisis que se adoptan. Dichos criterios a los que se alude no son otra cosa que la metodología empleada y el procedimiento que permite acceder a determinados resultados[3185]. Con ello, se resalta que la evaluación racional de la prueba debe cumplir con lo siguiente:

i) observar las reglas de la lógica, la ciencia y de la experiencia;

3182 Cfr. Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 67.

3183 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 809.

3184 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 675.

3185 Cfr. Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 68.

ii) establecer y explicitar los criterios y la metodología adoptada; y

iii) la justificación y exposición de los resultados obtenidos.

El CPP establece una racionalización estricta del modelo y del método de cómo se adquiere la información relevante para el proceso a través de los medios de prueba y obliga a que el razonamiento probatorio cumpla ciertas reglas y pautas estrictas.

104. La obligación legal de que el juez exponga "los resultados obtenidos y los criterios adoptados" (artículo 158.1 del CPP) debe ser interpretado sistemáticamente con la disposición legal de que "el Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás" (artículo 393.2 del CPP). Ambas disposiciones se sintetizan en el mandato legal de "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**".

El CPP establece un método racional de valoración de la prueba que comprende el análisis individual y conjunto de todo medio de prueba que sirve para la reconstrucción de los hechos[3186].

Por un lado, la ley procesal peruana se decanta de manera clara y palmaria por el **modelo analítico** de valoración de la prueba[3187], tal como ocurre con otras legislaciones procesales[3188]. 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

3186 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 809; Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 202; Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 122; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 593; Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 67.

3187 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 115.

3188 Véase, en el caso italiano: Taruffo, Michele, *Ermeneutica, prova e decisione*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, n.° 1, jan.-abr., Porto Alegre, 2018, p. 136; en el caso chileno: Accatino Scagliotti, Daniela, *La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico*, en *Revista de Derecho*, vol. XIX, n.º 2, diciembre, Valdivia, 2006, p. 13; Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 122; Barrientos Pardo, Ignacio, *Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos*, en *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N.º 1, 2010, 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".

de la prueba como al momento de justificar la decisión pondere individualmente cada medio de prueba[3189].

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[3190]; 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 del examen conjunto o global de la prueba actuada y consiste en la evaluación de cada una de los medios probatorios incorporados al proceso[3191] [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 medio de prueba considerado en sí mismo[3192].

El análisis de cada medio de prueba requiere que se determine de manera obligatoria el peso o el valor probatorio de cada uno de ellos. La fijación del resultado probatorio implica también la determinación de la fuerza del concreto medio de prueba.

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 reflejada en la resolución judicial de manera obligatoria[3193], formando parte de la motivación de los hechos o del aspecto fácti-

3189 Cfr. Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 302.

3190 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 313; Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 256; Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 115.

3191 Cfr. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 201; Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., 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".

3192 Cfr. Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 115.

3193 Cfr. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 201.

co de la misma a modo de uso de un esquema de argumentación adecuado[3194]. El análisis individual de los medios de prueba se compone de las siguientes fases[3195]:

i) el juicio de fiabilidad probatoria;

ii) la determinación del contenido e interpretación del significado del medio de prueba;

iii) el resultado probatorio (eficacia) del concreto medio de prueba respecto a la hipótesis planteada; y

iv) la fijación del peso o la fuerza probatoria de dicho medio de prueba.

Por otro lado, la valoración conjunta se postula luego de que se cumple de manera suficiente con el análisis particularizado de los medios de prueba y el resultado probatorio que arrojen cada uno de ellos[3196]. 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 hipótesis fáctica[3197] y subraya la importancia de la consideración conjunta de los hechos y las pruebas[3198]. La doctrina viene insistiendo en rescatar la importancia de la valoración conjunta de la prueba y la función que desempeña en el razonamiento probatorio[3199]. 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

3194 Cfr. Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 132: "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 Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 113.

3195 Véase, Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., pp. 308, 316 y 321.

3196 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 56 y 125; Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 196: "La valoración conjunta no viene en lugar sino después de los medios de prueba tomados de uno en uno"; Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., 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, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 120.

3197 Cfr. Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 115.

3198 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 319.

3199 Por todos, Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, pp. 113 y 161.

[máxime si son de signo contrario]"[3200], 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 la acumulación de datos probatorios como la coordinación y la coherencia de los mismos, aunque se remarca la idea que la acumulación de pruebas permite una mejor coherencia de la narración[3201]. 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.

105. La reconstrucción de los hechos que se realiza a través de los medios de prueba, como mecanismo racional y jurídico, no es una actividad libre, sino que se produce dentro del contexto de un procedimiento que posee una serie de reglas preestablecidas[3202]. Dicha reconstrucción trata de recrear en el proceso, y con sus pautas normativas, cómo y de qué manera supuestamente un suceso ocurrió en la realidad tomando como base la imagen (supuesto de hecho) de una determinada figura legal[3203]. El conocimiento de los sucesos del pasado en el terreno de las posibilidades puede seguir distintas vías y caminos, por ejemplo, puede basarse en las ordalías, en la fe religiosa, en algunas creencias mágicas o en otras creencias irracionales. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la única manera válida de acceder al conocimiento de los hechos del pasado es a través del empleo de los medios de prueba, de indicios y de pistas que permiten arribar de manera fiable a dicho conocimiento.

La única reconstrucción legítima de los hechos que se admite en un Estado de derecho es una de carácter racional que debe seguir ciertos parámetros, tanto legales como constitucionales. Bajo ninguna forma se reconoce la posibilidad de reconstruir los hechos de manera irracional, intuitiva y con determinados sesgos. Estas modalidades de razonamiento no tienen acogida ni reconocimiento en el plano procesal como en el ámbito de los principios y los valores del sistema constitucional que sustentan un debido proceso con todas las garantías.

106. La exposición de los resultados obtenidos como mandato legal obligatorio en materia probatoria supone:

i) Solo se admite la evaluación de las pruebas adquiridas de manera legítima en el juicio. El CPP prescribe que no se podrá utilizar para la deliberación

3200 Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 114.

3201 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, cit., p. 120; Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., 2009, p. 169.

3202 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 122.

3203 Cfr. Garofoli, *Diritto processuale penale*, cit., p. 197.

(y en el análisis) pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio (artículo 393.1). Se establece límites lógicos cognoscitivos al juez en el procesamiento del material probatorio que puede evaluar. Lo que no se ha introducido de manera válida en el juicio —por más que sea relevante y necesario para resolver la controversia— no puede ser tomada en cuenta.

ii) Cumplir a cabalidad con las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. No hay evaluación racional de la prueba ni resultados probatorios racionales si es que no se respetan dichas reglas.

iii) En la apreciación de las pruebas el juez debe proceder primero a examinar las pruebas individualmente y luego conjuntamente con las demás (artículo 393.2). Tanto la evaluación individual de las pruebas como la evaluación conjunta son pasos obligatorios de los que depende la validez del razonamiento probatorio. En ambos casos es posible establecer resultados probatorios de los medios de prueba individuales como del conjunto de los medios de prueba.

La referencia legal a la exposición y justificación de los "**los resultados obtenidos**" no debe entenderse como que se alude a la decisión final de condena o de absolución, sino a la evaluación de la actividad probatoria que precede lógicamente a dicha decisión y que constituye su elemento condicionador.

107. El CPP prescribe que el juez en la evaluación de la prueba no solo debe exponer los resultados obtenidos, sino también "**los criterios adoptados**". Según el DRAE, el criterio es un "juicio o discernimiento" y también una "norma para conocer la verdad". Por criterios adoptados en la evaluación de la prueba se puede comprender:

i) La exposición y la justificación de la metodología utilizada en la reconstrucción de los hechos, *v. gr.*, metodología racionalista, el criterio de conciencia, etc.

ii) Los criterios científicos y/o técnicos que se han empleado para evaluar un determinado medio de prueba, *v. gr.*, una pericia o informe a nivel del proceso penal[3204]. El respeto y la observancia de las reglas de la ciencia a nivel del proceso penal y, en concreto, de la evaluación de la prueba supone exponer y precisar los criterios científicos y técnicos que presiden el análisis de esta clase de pruebas en el caso específico. Una cosa es que se deba respetar, de manera general, las reglas de la ciencia y otra muy

3204 Cfr. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 68.

distinta es que se expongan y se precisen los criterios que se emplean en la evaluación de la prueba pericial en el caso concreto.

iii) También debe explicitarse de manera adecuada las reglas de la experiencia que se utiliza en el análisis de la prueba, sobre todo si sirven para la construcción de inferencias probatorias que vinculan ciertas premisas externas con determinadas conclusiones sobre las hipótesis en conflicto.

iv) Las pautas que se utilizan y aplican en el caso concreto para cumplir con la condición de fiabilidad en el análisis de la prueba en el proceso, sobre todo, cuando una de las partes cuestiona y observa la calidad del medio de prueba, *v. gr.,* se cuestiona la animadversión de un testigo, la capacidad técnica o la experiencia de un perito. El deber de justificación es mucho mayor cuando, además de presentar observaciones, se actúa prueba que rebate la credibilidad de un órgano de prueba de manera significativa.

La sustentación de los resultados obtenidos tiene como su presupuesto lógico la exposición y justificación de los criterios adoptados que, finalmente, son los que constituyen la columna vertebral del razonamiento probatorio.

108. La justificación racional de los "criterios adoptados" implica que para cada clase de prueba (testimonial, pericial, etc.) se motive cada una de las pautas adoptadas; así como que el análisis probatorio debe pasar por un intento de refutación que resista a las falsificaciones del método empleado[3205].

Una de las tareas más importantes que debe cumplir el juez o fiscal que usa el método en la evaluación de la prueba es explicitar y señalar cuál y en qué consiste el criterio utilizado. No basta darlo por supuesto o sobreentendido. Es necesario que haya una justificación expresa del procedimiento y el método al que se acude.

La decisión judicial que resuelve la controversia debe pronunciarse atendiendo las diversas incidencias planteadas y los medios de defensa presentados, como también se ha de resolver los distintos objetos de prueba que se suscitan por los planteamientos de las partes. El centro de gravedad del proceso gira alrededor tanto del objeto del proceso y los concretos objetos de prueba que aparecen en el caso concreto, *v. gr.,* la imputación, la hipótesis alternativa (*v. gr.,* coartada, causa de justificación), las cuestiones de credibilidad del testigo, la calidad del peritaje, la autenticidad del documento, de la prueba videográfica, del audio, etc.

109. Por el limitado poder de conocimiento que tiene el juez y los medios con los que cuenta, en la sentencia final no se puede alcanzar el nivel de certeza, en el

3205 Cfr. Dinacci, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, cit., p. 9.

sentido de conocimiento absolutamente seguro e incontrovertible; sin embargo, por una cuestión de racionalidad y de imperativos constitucionales y convencionales es necesario que la decisión judicial sea justificada y se debe abrir al escrutinio público, tanto de las partes como de la sociedad a fin de legitimarse y recibir la aceptación racional[3206].

El hecho de que las conclusiones sean solo altamente probables, pero no seguras ni definitivas, abre la necesidad de garantizar un discurso justificativo completo y que concurra la exigencia de control a través de los recursos y los canales institucionales (*v. gr.*, tribunales superiores) como de los canales no institucionales.

110. Como en todo razonamiento, el paso de la afirmación de un hecho conocido (prueba) a la afirmación de una conclusión solo es posible si se garantiza la fiabilidad del medio de prueba y la correspondiente regla de inferencia que puede ser una ley científica, una ley lógica o una máxima de la experiencia[3207]. Toda decisión racional requiere aportar razones de por qué se adopta una determinada conclusión y no otra, lo que implica utilizar todos los medios de prueba recogidos en el proceso y que se han admitido y actuado de manera adecuada[3208]. Por ejemplo, en el caso de la evaluación de una declaración testimonial que afirma que un suceso ha ocurrido en el paso de un hecho conocido (la declaración) al hecho objeto de prueba —que es aquello descrito en el testimonio—, se debe tomar en cuenta el contenido de lo manifestado y la credibilidad del declarante. La atendibilidad de un testimonio y su grado de fiabilidad también puede ser puesto en discusión y someterse a la actuación probatoria y a la crítica argumentativa.

La prueba testimonial forma parte de la llamada prueba narrativa, la cual es aquella prueba que se caracteriza por la confianza, por el crédito o la "fe" que despierta el declarante y que representa un criterio de inferencia que se muestra como garantía de la afirmación que se brinda respecto a un hecho incierto (objeto de prueba)[3209]. Por otro lado, la prueba narrativa puede ser incluida junto a la prueba documental (escritura, audio, fotografía, video, etc.) como parte de la llamada prueba representativa que se caracteriza por registrar una comunicación efectuada por la persona; dicha prueba es distinta a la denominada prueba crítica o indiciaria como, por ejemplo, la denominada prueba dactiloscópica, llamada también prueba

3206 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 809; Fassone, *Dalla "certezza" all' "ipotesi preferibile": un metodo per la valutazione*, cit., p. 5.

3207 Cfr. Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 213; Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 67.

3208 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 871.

3209 Cfr. Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, pp. 14 y 15 quien considera a los testigos y a los documentos como medios de prueba que cumplen una función narrativa; el testigo es un narrador por excelencia cuyo valor reside en la fe y confianza que pueda despertar en las personas.

de huella papilar, de la que se puede inferir determinados hechos significativos, pero que no constituyen una comunicación verbalizada.

IV.2. LA MOTIVACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS Y LOS CRITERIOS ADOPTADOS

111. El artículo 158.1 del CPP prescribe que el juez en su decisión "*expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados*" lo que obliga a aportar no solo razones, sino buenas razones que justifiquen la decisión adoptada[3210]. Por una regulación legal expresa se prescribe que el juez debe exponer y justificar: (i) los resultados probatorios obtenidos de cada medio de prueba respetando para ello las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia; (ii) los criterios adoptados que supone explicitar la metodología empleada, las inferencias utilizadas y, en general, el razonamiento probatorio que permite arribar a las conclusiones sobre los hechos. Si es que no se indica los criterios adoptados se incurre en una **seudomotivación**[3211].

El uso y la evaluación de la prueba no pasa por el empleo de criterios demostrativos a manera de una necesidad lógica o matemática, sino de criterios, métodos y argumentos que solo permiten alcanzar resultados con un alto grado de probabilidad[3212].

112. La regulación normativa que exige la exposición de los resultados obtenidos y los criterios adoptados supone asumir en nuestro sistema procesal penal un **modelo normativo de la motivación de los hechos probados**[3213] por el cual se establece que el paso de una premisa probatoria (fuente de prueba) al hecho a probar (*v. gr.*, la comisión de un determinado delito) se justifique de modo adecuado, siempre que se explicite los criterios y métodos de la evaluación que se utilizan. No basta que los criterios, métodos y conclusiones sean sustancialmente correctos o que sean óptimos; es necesario que haya una debida individualización y explicitación de los parámetros empleados.

La motivación es un "**componente estructural**" indispensable de la resolución judicial y un requisito que condiciona su validez constitucional y convencional[3214].

3210 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 204: "En la valoración de cada prueba los 'criterios adoptados' pueden ser múltiples, como múltiples pueden ser los 'resultados alcanzados'".

3211 Cfr. Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, p. 38.

3212 Cfr. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 216.

3213 Cfr. Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 213; Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 675.

3214 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 808.

Según las reglas constitucionales (artículo 139.5) y convencionales (artículo 8.1 de la CADH) el razonamiento judicial —entre los que se cuenta la evaluación de los hechos y pruebas— es un razonamiento eminentemente ***racional-discursivo***[3215] y que exige una justificación de la decisión. La única decisión que encuentra respaldo normativo es la decisión que se apoya en argumentos, en hechos, en pruebas y en razones jurídicas. Una resolución judicial puramente intuitiva que responda a corazonadas o a buenas intenciones es claramente incompatible con el modelo constitucional de proceso penal y es contraria a las reglas convencionales que fijan las garantías mínimas del debido proceso.

El control de las resoluciones judiciales, en especial las que tiene que ver con la evaluación de los hechos y las pruebas solo puede practicarse a la decisión que posee condiciones mínimas de racionalidad y se aleja de una base puramente intuitiva, irracional o puramente subjetiva[3216].

113. En un Estado constitucional y en una democracia deliberativa el juez debe dar razones sobre el ejercicio de su actividad y el poder que desarrolla en la aplicación del derecho en un caso concreto a fin de que pueda someter su decisión a los controles tanto de las partes como de los tribunales superiores; así como de la sociedad. Justificar y razonar las decisiones judiciales significa dar cuenta pública del poder que se tiene para decidir 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[3217]. Como señala Bergholtz: "Los jueces tienen que justificar su uso de poder, y la obligación de declarar las razones limita ese poder[3218]", ya que la justificación racional de la acción del Estado es necesaria para evitar que el Estado sea la máscara de una tiranía[3219].

La *exposición* del contenido de los medios de prueba no equivale a que se cumpla con la **motivación fáctica** de los hechos probados. Se puede exponer exhaustivamente los medios de prueba, pero puede que no haya un análisis probatorio ni individual

3215 Cfr. Pérez del Valle, *Teoría de la prueba y derecho penal*, cit., p. 10.

3216 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 809; Pérez del Valle, *Teoría de la prueba y derecho penal*, cit., p. 10.

3217 Cfr. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 170, para quien la motivación "constituye una exigencia del Estado de Derecho en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad".

3218 Cfr. Bergholtz, Gunnar, *Ratio et autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*, en *Doxa*, N.º 8, 1990, 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, 2007, p. 240.

3219 Véase, MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de derecho*, en *Isegoría*, N.º 21, 1999, p. 8.

ni conjunto[3220]. De igual modo, *describir* la prueba no es igual a *valorarla* conforme a las reglas de la sana crítica.

La utilización de métodos reconocidos y la justificación de los resultados obtenidos no elimina la posibilidad de error en la sentencia judicial y, en general, en toda clase de decisión judicial[3221]. El hecho que se facilite el control de la decisión judicial no quiere decir que se logre eliminar el riesgo de error y que las decisiones judiciales injustas que se levantan sobre una reconstrucción errada de los hechos desaparezcan automáticamente.

114. En un Estado constitucional resulta un deber inexcusable del Poder Judicial, como parte de su legitimidad democrática, que efectúe una pormenorizada motivación del juicio de hecho. El juez está en la obligación jurídico-constitucional —y no solo moral o ética— de justificar su decisión sobre los hechos probados empleando argumentos idóneos y pertinentes a fin de que su justificación sea controlada intersubjetivamente tanto por las partes, la sociedad y los tribunales superiores[3222].

Lo racional y razonable de la evaluación 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 análisis 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[3223]. 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 se torna inaccesible, incontrolable y, por tanto, irracional[3224].

La valoración de la prueba ya no es más una función soberana del juez, una tarea inatacable que carece de límites y de control o que no se encuentra sujeta a

3220 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 809.

3221 Cfr. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 216: "nunca es eliminable un error, siempre es posible suponer que el proceso se ha desarrollado de otro modo".

3222 Cfr. Taruffo, *La prueba*, cit., p. 273; Bayón Mohíno, *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, cit., p. 8.

3223 Cfr. Nobili, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, cit., p. 49.

3224 Cfr. Gascón Abellán en Gascón Abellán/García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, cit., 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**"; Igartua Salaverría, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998, p. 81.

las reglas de la lógica o de 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, se propone acudir a los modelos de las ciencias empíricas, de la metodología general de la ciencia y de las leyes de la lógica[3225].

La motivación adecuada (o suficiente) de los hechos supone la determinación de que concurre una justificación de cada enunciado relativo a las circunstancias que constituyen los hechos principales y secundarios de la hipótesis. 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) 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. 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 deriva de las mismas[3226].

115. Desde una *concepción racional-argumentativa de la valoración de la prueba*[3227] se exige que concurra en la motivación de la decisión sobre los hechos una estructura "dialógica reforzada" que impone la obligación al juez de explicar las razones por las que acepta o asume la confirmación de una determinada hipótesis y se excluye una reconstrucción de los hechos; alternativa formulada por una de las partes[3228].

El método constitucional de motivación tiene un **carácter dialógico**, en especial en el ámbito de los hechos y las pruebas, en atención de que exige el dar cuenta

3225 Véase, Asencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, cit., p. 38; Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 155.

3226 Ampliamente, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 271; Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., p. 218; Igartua Salaverría, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 141.

3227 Cfr. González Lagier, Daniel, *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*, Lima, Palestra, 2023, p. 11.

3228 Cfr. Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., pp. 208 y ss.; Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 260; Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 159.

del conflicto y el enfrentamiento de hipótesis y pruebas como reclama que se debe analizar de manera suficiente tanto los medios de prueba a favor de una hipótesis como los medios de prueba que la refutan o, de ser el caso, validan otra hipótesis (alternativa)[3229]. Dentro de esta perspectiva, resulta inconstitucional la motivación unilateral o no dialógica que solo toma en cuenta la hipótesis y los medios de prueba que la confirman y deja de lado los medios de prueba que dialécticamente la contravienen.

El juez en la motivación de cualquier decisión (sentencia, auto, etc.) debe precisar las razones por las que no considera atendible la prueba que puede haber conducido a la decisión contraria[3230].

La estructura dialógica de la resolución judicial lleva a exigir, por ejemplo, que en una sentencia de condena el juez deba motivar, de un lado, las razones de porqué la prueba de la acusación cumple con estándar probatorio y, de otro, que no es posible admitir la duda razonable o la eventual reconstrucción alternativa de los hechos propuesta por la defensa; de igual modo, en el caso de una sentencia absolutoria el juez debe aportar razones por las que considera que hay insuficiencia probatoria o duda razonable y por qué es infundada la reconstrucción de los hechos planteada por la acusación[3231].

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[3232]. En este ámbito no se deben escoger únicamente los elementos útiles para justificar una determinada decisión, se debe ponderar de manera adecuada todos los elementos sin dirigir, ni manipular tendenciosamente la valoración de las pruebas[3233].

El juez no puede limitarse a elegir una determinada hipótesis reconstructiva de los hechos y a establecer los medios de prueba que la confirman; por el contrario, es necesario que deba indicar las razones por las que excluye la hipótesis alternativa y debe justificar por qué no se considera atendible la prueba contraria que se incorpora al proceso[3234].

3229 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 811.

3230 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394.

3231 Por todos, Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 260, 261 y 809.

3232 Por todos, Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 425; Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 199.

3233 Cfr. Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 210.

3234 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 811.

El TC peruano exige el respeto del derecho de defensa de las partes y el principio de congruencia, en el sentido de que las razones expuestas en la decisión judicial deben responder a los argumentos relevantes que han planteado por las partes[3235].

116. La obligación de la motivación cumple una **función preventiva** que busca evitar la posibilidad de abuso y arbitrariedad, reduciendo el riesgo frecuente en la práctica de caer en la intuición *a priori* y de la racionalidad a posteriori[3236]. La evaluación de la prueba debe plantearse en términos de racionalidad y de justificación de las razones que llevan a una determinada conclusión y no a otra[3237].

La motivación cumple una función de control del juicio (interno y externo) y de la decisión adoptada por el juez sobre los hechos objeto del proceso[3238]. La justificación no solo permite verificar el cumplimiento de las reglas lógicas, científicas y las máximas de la experiencia en la evaluación de la prueba que se relaciona de manera clara con criterios de racionalidad, sino que su infracción representa una violación a la ley y a la Constitución.

117. 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*).

A ello se agrega que el juez en el análisis de la prueba debe determinar y sujetarse al peso y la fuerza probatoria de los medios de prueba. La prueba no solo se describe y fija en contenido, también se establece su mérito o peso probatorio.

Todo proceso para que sea compatible con la Constitución debe cumplir con las garantías mínimas del proceso justo, entre las que se cuenta la motivación de las decisiones judiciales (artículo 139.5 de la Const.). En lo que atañe a la evaluación

3235 Exp. N.º 03877-2019-PHC/TC, Caso: Karina Huamán Mujica, en representación de José María Huamán Ruiz; Exp. N.º 03418-2017-PA/TC, Caso: Eduardo Polo Bueno; Exp. N.º 04982-2015-PA/TC, Caso: Amir Wahbe; Exp. N º 08506 2013-PA/TC, Caso: Import y Export Goldsun S.A.C. Representado(a) por Graciela Gilceria Alarcón Marroquín; Exp. N.º 02521-2012-PA/TC, Caso: Pedro Pascual Eche Ramírez; Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC, Caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares.

3236 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 365. En el derecho español: Igartua Salaverria, *Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, "in dubio pro reo"*, cit., p. 465.

3237 Cfr. Dominioni, *Procedura penale*, cit., p. 258.

3238 Cfr. Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p.2.

de la prueba supone que dicho análisis debe ser *legal* y *racional*. Legal debido a que solo se puede evaluar la prueba legítimamente adquirida y racional en atención a que la obligación de justificar toda decisión sobre los hechos y las pruebas debe cumplir con respetar las reglas mínimas de la racionalidad científica, lógica y de sentido común[3239].

118. El TC peruano destaca que "el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no solo del ordenamiento, jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso"[3240].

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no

3239 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 185.

3240 Exp. N.º 00340-2020-PHC/TC, Caso: Jair Ely Díaz Guevara, representado por Antonio Jesús Méndez Vega; Exp. N.º 01990-2017-HC, Caso: Rogger Gustavo Guerrero Godos; Exp. N.º 00491-2016-HC, Caso: Simona Rómula Maíz León Representado (a) por Jerónimo Villogas Baylón; Exp. N.º 01422-2017-HC, Caso: Honorato Huaypar Condor; Exp. N.º 04081-2015-PHC/TC, Caso: José Aurelio Matamoros Balcázar; Exp. N.º 01858-2014-PA/TC, Caso: Compañía Industrial Textil Credisa Trutex S.A.A. representado (a) por Rodrigo Eduardo Valdivia Navarro; Exp. N.º 06741-2013-AA, Caso: Martín Arturo Rivera Caballero; Exp. N.º 03651-2010-HC; demandante: Casely José Fernández Huamán; Exp. N.º 03722-2006-AA, Caso: Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador; Exp. N.º 00938-2007-AA, Caso: Defilia Otilia Tinoco Aguirre de Rodriguez; Exp. N.º 05554-2009-HC, Caso: Nelly Mariela Wilcox Calle; Exp. N.º 00896-2009-HC, Caso: Luz María Capuñay Chavez y otras; Exp. N.º 04341-2009-HC Sentencia, Caso: Alejandro Pavel Bustos Sevilla; Exp. N.º 04031-2011-AA Sentencia, Caso: Gladys Ideli Flores Alcázar; Exp. N.º 00214-2010-HC, Caso: Luis Eduardo Cavero Ciudad; Exp. N.º 04826-2011-AA, Caso: Miami Ludeña Saldarriaga viuda de Alcas; Exp. N.º 04415-2013-HC, Caso: Marco Antonio Figueroa Falcón representado (a) por Alexander Javier Falcón Pérez; Exp. N.º 01202-2012-HC, Caso: Ruth Maribel Maron Yanapa; Exp. N.º 04702-2011-AA; Caso: César Augusto Paco Sánchez; Exp. N.º 04789-2009-HC, Caso: Marcel Karl Witte; Exp. N.º 07042-2015-HC; Segundo Humberto Tello Guerrero; Exp. N.º 02546-2012-HC, Caso: Diego Eduardo Villalobos Sandoval; Exp. N.º 03186-2014-AA, Caso: Nación Proclo Felipe Rondón; Exp. N.º 00536-2013-AA; Caso: Omar David Serín Gaytán; Exp. N.º 03465-2012-AA; Caso: Ministerio del Interior representado (a) por procurador público a cargo de los asuntos judiciales del ministerio del interior; Exp. N.º 01514-2011-HC, Caso: Luis Abel Arcos Lazo; Exp. N.º 03471-2010-HC, Caso: Nelly Valeria Navarrete Mena de Menacho; Exp. N.º 03459-2016-HC, Caso: Felipe Aquino Lloclla; Exp. N.º 03083-2012-AA, Caso: Jorge Ramón Santillán Monteza y otras; Exp. N.º 04493-2008-AA, Caso: Leny de la Cruz Flores; Exp. N.º 01077-2014-AA, Caso: Asociacion Bureau Veritas - Bivac representado (a) por Bivac del Perú S. A. C. - María Fe de Fátima Aguinaga Mesones; Exp. N.º 04081-2015-HC, Caso: José Aurelio Matamoros Balcázar; Exp. N.º 01480-2006-AA Sentencia, Caso: Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador representado por Walter Torrichelli López. Demandado: Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso[3241].

Una resolución en la que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del porqué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva[3242].

La motivación de las decisiones administrativas debe encontrarse sustentada en los hechos y pruebas del proceso[3243]. La aplicación del derecho y la tarea de

3241 Exp. N.º 04772-2019-PHC/TC, Caso: Edwin Javier Gavilán Montesinos; Exp. N.º 00121-2018-PHC/TC, Caso: Julio César Ordinola Olaya, representado por Judit Josefina Olaya Rodríguez; Exp. N.º 03322-2017-PHC/TC, Caso: Mabel Marlene Temoche Bernal, representada por Walter Saavedra Ibarra; Exp. N.º 00349-2017-PHC/TC, Caso: César Fuentes Parraguez, representado por César Fernando Fuentes Montenegro; Exp. N.º 04765-2016-PHC/TC, Caso: Rolando Carlos Starke Cabrera; Exp. N.º 05670-2016-PHC/TC, Caso: Fredy Walter Quispe Huamán; Exp. N.º 04897-2016-PHC/TC, Caso: Ángel Calderón Quispe; Exp. N.º 04357-2016-PHC/TC, Caso: José Guillermo Giovanny Ucañay Morante; Exp. N.º 03228-2016-PHC/TC, Caso: Efraín Huanca Gutiérrez; Exp. N.º 06074-2015-PHC/TC, Caso: Michael César Castillo Mendoza representado por Javier Saúl Figueroa Mejía; Exp. N.º 06062-2015-PHC/TC, Caso: Ricardo Fernando Falero Rodríguez; Exp. N.º 03010-2015-PHC/TC, Caso: Erwing Iván Amaya Martínez, representado por Jan Karlo Caycho Mendoza; Exp. N.º 01958-2015-PHC/TC, Caso: Víctor Marcial Molina Tapia; Exp. N.º 07285-2013-AA, Caso: Ernesto Mendoza Padilla; Exp. N.º 00561-2014-AA, Caso: Ana María Poblete Gallardo y otra; Exp. N.º 08332-2013-AA, Caso: Walter Demetrio Fernández Palomino; Exp. N.º 00006-2008-AA, Caso: Edmundo Seas Pérez; Exp. N.º 03382-2012-PHC/TC, Caso: Marilú Dula Huanca Isidro; Exp. N.º 00749-2011-AA, Caso: Martín Arturo Rivera Caballero; Exp. N.º 02597-2010-AA, Caso: Miguel Angel Uriburu Sosa; 03573-2012-AA; Caso: Emma Rosa Reto Ramírez y otro representado (a) por Sergio Danilo Ambulay Atoche; Exp. N.º 00979-2014-AA, Caso: José Jesús Saldaña Portocarrero; Exp. N.º 04904-2011-AA, Caso: Consuelo Simona Cornejo de Luque; Exp. N.º 00633-2012-AA, Caso: Teodolo García Ayala; Exp. N.º 04508-2012-AA, Caso: Gilberto Beteta y Alvarado; Exp. N.º 04010-2011-AA; Félix Julián Olivares Valle; Exp. N.º 00443-2010-AA, Caso: Antero Javier Flores Verástegui; Exp. N.º 02423-2012-AA, Caso: Salomón Carlos Manzur Salgado; Exp. N.º 01367-2011-AA, Caso: Victoriano Esteban Palomino Sánchez; Exp. N.º 01281-2011-AA, Caso: Margarita Huamaní Ccahuana; Exp. N.º 04376-2012-AA, Caso: Juan Huayta Halanoca y otros; Exp. N.º 07949-2013-AA, Caso: Petramás S.A.C. representado (a) por Carlos Italo Diego Soria; Exp. N.º 03388-2011-AA, Caso: Alberto Olórtegui Castro; Exp. N.º 03910-2009-AA, Caso: Fanny Mercedes Vilcahuamán Cajacuri; Exp. N.º 02618-2011-AA, Caso: Víctor Raúl Martínez Candela; Exp. N.º 03551-2012-AA, Caso: Inmobiliaria e Inversiones Chosico S. A.; Exp. N.º 05412-2011-AA, Caso: Pedro Pablo Gonzales Barahona; Exp. N.º 05267-2008-HC, Caso: Orestes Peralta Gonzales; Exp. N.º 04614-2011-AA, Caso: RAUL CASTRO CERRON; Exp. N.º 02388-2013-AA; Caso: Juan Antonio Lezcano Fernández - Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Tumbes; Exp. N.º 03392-2012-AA, Caso: Liliana Susan Begazo Herrera; Exp. N.º 04712-2011-AA, Caso: Nolberto Díaz Cueva; Exp. N.º 03271-2011-AA, Caso: José Carlos Reyner Morales; Exp. N.º 05177-2011-AA, Caso: Sandra Paola Carbajal Carbajal.

3242 Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

3243 En las STC véanse los Exp. N.º 4289-2004-AA/TC, Caso: Blethyn Oliver Pinto; Exp. N.º 01646-2011-PA/TC, Caso: Eduardo Erasmo Granda Monroy; Exp. N.º 5514-2005-PA/TC,

justificación debe seguir a la delimitación de los hechos y los medios de prueba en el procedimiento correspondiente. Representa una motivación aparente el utilizar frases sin ningún sustento fáctico[3244] o mencionar como probados supuestos de hecho inexistentes. La administración o el juez no puede fallar en contra del ciudadano en ausencia de pruebas objetivas, más si estas no existen, no han sido acompañadas al proceso como tampoco pueden presumirse su existencia[3245].

119. La Corte Suprema de Justicia ha destacado que "el sentido acabado de la fundamentación de la decisión se expresa en la exigencia al juez de que explique los resultados obtenidos, conforme a las reglas de la lógica, en particular la del principio de razón suficiente, pero que, igualmente, desarrolle los criterios aplicados al caso concreto, esto es, los criterios de verdad probados, provenientes de la ciencia (reglas de la ciencia), o las reglas, los principios o las proposiciones, naturales o sociales, generalmente admitidos, provenientes de la experiencia de vida (máximas de la experiencia). En este sentido, el control casacional descansa ya no en la interpretación de los medios de prueba o en su selección bajo la regla epistémica de relevancia, sino en la corrección de la inferencia aplicada[3246]. El enlace entre el elemento de prueba extraído del medio de prueba que da lugar a la conclusión probatoria debe

---

Caso: Edras Boel Orihuela Romero; Exp. N.º 01981-2011-PA/TC, Caso: Saulo Gallo Portocarrero; Exp. N.º 2192-2004-AA /TC, Caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses.

3244 **Exp. N.º 03891-2011-PA/TC**, Caso: César José Hinostroza Pariachi: "Si bien es cierto la mayoría de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, así como expresan al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sin embargo, solo intentan dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico. En efecto si bien la mayoría de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura motivan y expresan las razones que los condujeron a tomar una determinada decisión, esto es, la de no nombrar al actor debido a los cuestionamientos de parte de determinados medios de comunicación, sin embargo se advierte que el acuerdo cuestionado, si bien ha sido emitido al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida, resulta arbitrario por cuanto carece de justificaciones objetivas que, por lo demás, debió provenir de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso de evaluación materia del concurso público al que postuló el actor"; Exp. N.º 04944-2011-PA/TC, Caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia.

3245 Exp. N.º 2472-2002-AA, Caso: Gilma Herlinda Pérez Camacho viuda de Andrade (Voto singular del magistrado Gonzales Ojeda).

3246 Véase, la Casación N.º 1135-2021 del 22 de febrero del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Luján Túpez); la Casación N.º 858-2018 del 21 de agosto del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 833-2018 del 14 de agosto del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 1382-2017 del 10 de abril del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 482-2016 del 23 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

estar conforme con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos"[3247].

El sentido acabado de la fundamentación de la decisión se expresa en la exigencia al juez de que explique los resultados obtenidos, conforme a las reglas de la lógica, en particular la del principio de razón suficiente, pero que, igualmente, desarrolle los criterios aplicados al caso concreto; esto es, los criterios de verdad probados, provenientes de la ciencia (reglas de la ciencia), o las reglas, principios o proposiciones, naturales o sociales, generalmente admitidas, de la experiencia de vida (máximas de la experiencia)[3248].

La motivación fáctica al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia exige un especial esfuerzo recapitulador y de síntesis del material probatorio; así como un razonamiento del proceso de persuasión del tribunal acerca de la culpabilidad del acusado[3249].

El deber de motivar incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena y reparación civil finalmente impuestas. Los órganos jurisdiccionales deben hacer explícitos los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción constitucional de inocencia, y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores jurídicamente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción en la norma penal aplicable[3250].

3247 Véase, la Casación N.º 1135-2021 del 22 de febrero del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Luján Túpez); la Casación N.º 255-2019 del 9 de septiembre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro); la Casación N.º 1101-2018 del 3 de julio del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Coaguila Chávez); la Casación N.º 453-2018 del 5 de noviembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas); la Casación N.º 222-2018 del 16 de abril del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Príncipe Trujillo); la Casación N.º 1313-2017 del 29 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas); la Casación N.º 1179-2017 del 5 de julio del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Chávez Mella); la Casación N.º 181-2017 del 17 de abril del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas); la Casación N.º 924-2016 del 22 de septiembre del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Lecaros Cornejo) la Casación N.º 482-2016 del 23 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

3248 Véase, la Casación N.º 255-2019 del 9 de septiembre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

3249 Véase, la Casación N.º 129-2017 del 4 de octubre del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga); la Casación N.º 628-2015 del 5 de mayo del 2016 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro); la Casación N.º 131-2016 del 21 de marzo del 2017 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

3250 Véase, Casación N.º 05-2007 del 11 de octubre del 2007 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro); la Casación N.º 49-2009 del 23 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Calderón Castillo).

La garantía procesal genérica de tutela jurisdiccional está integrada por la garantía procesal específica de motivación. Esta garantía se concreta, a su vez, en la exigencia al órgano jurisdiccional de que exprese o explique las razones jurídicas en que se apoyó para adoptar su decisión: no solo debe recoger una descripción clara y completa de los hechos, sino que debe fundamentar de manera rigurosa el razonamiento probatorio. Sobre tal premisa se afirma que la valoración de la prueba y la justificación o fundamentación de las resoluciones judiciales son actividades judiciales notablemente conectadas entre sí y en las que no es posible entender una sin la otra[3251]. Ello es así porque la actividad adquisitiva y valorativa de la prueba se retrata en la sentencia; de ahí que sea una exigencia constitucional que al resolverse las causas se expresen las razones o justificaciones objetivas que llevaron a tomar una determinada decisión, pues solo así podrá controlarse si en ella medió una apreciación razonada de la prueba o, por el contrario, se incurrió en arbitrariedades en la interpretación y aplicación del derecho, o en subjetividades e inconsistencias en la valoración de los hechos[3252].

Desde la garantía específica de motivación y de la garantía genérica de tutela jurisdiccional corresponde, tratándose de la motivación fáctica o *quaestio facti*, examinar si la motivación no presenta defectos constitucionales relevantes; esto es, si se está ante una motivación omitida, motivación incompleta, motivación insuficiente, motivación impertinente, motivación genérica o vaga, motivación hipotética o motivación irracional —esta última en función a la inferencia probatoria y al respeto de las leyes de la lógica, máximas de la experiencia y/o conocimientos científicos—[3253].

3251 Castillo Alva, *La motivación de la valoración materia penal*, cit., p. 31.

3252 Véase, la Casación N.º 910-2015 del 10 de noviembre del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo).

3253 Véase, la Casación N.º 1425-2018 del 19 de agosto del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

CAPÍTULO XIV

LA MOTIVACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA

SUMARIO: I. La función epistémica del proceso. **II.** La evaluación de la prueba como actividad legal y racional. **III.** Las reglas jurídicas y la libertad del juez en la evaluación de la prueba. **IV.** La evaluación de la prueba. Su significado en el procedimiento probatorio. **V.** La motivación de las resoluciones judiciales y la evaluación racional de la prueba. Las dos caras de una misma moneda. **VI.** La evaluación de la prueba es una tarea de todas las partes procesales. Se trata de una actividad transversal que se extiende a todas las etapas del proceso. **VII.** ¿La evaluación de la prueba es un acto emotivo o un acto cognoscitivo? La prueba no se valora, se evalúa. **VIII.** Las reglas positivas y negativas de valoración de la prueba. **IX.** El derecho fundamental a la prueba y su incidencia en la evaluación racional de la prueba. IX.1. El derecho a la prueba y sus exigencias constitucionales y convencionales en la evaluación racional de la prueba. A. El derecho a la prueba. B. El derecho a la prueba, la evaluación racional de la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales. C. La faceta positiva del derecho fundamental a la prueba en la motivación de la evaluación de la prueba. D. La faceta negativa del derecho fundamental a la prueba en la motivación de la evaluación de la prueba. IX.2. El distinto alcance del derecho a una evaluación racional de la prueba en el ámbito civil y en el ámbito penal. A. La regulación y el tratamiento de la evaluación de la prueba en el Código Procesal Civil. La motivación de la valoración de las pruebas esenciales. B. La regulación y el tratamiento de la evaluación de la prueba en el Código Procesal Penal. El principio de exhaustividad de la motivación de la valoración de la prueba. **X.** Los límites de la evaluación racional de la prueba. La prueba legítimamente adquirida. **XI.** La prohibición de uso automático en el juicio oral de los actos de investigación el artículo 325 del CPP. XI.1. La regulación legal. XI.2. El carácter bifásico del proceso penal peruano. XI.3. La finalidad de los actos de investigación. XI.4. El fundamento del artículo 325. XI.5. La sentencia se debe basar en medios de prueba, no en actos de investigación.

I. LA FUNCIÓN EPISTÉMICA DEL PROCESO

1. El juez en todo proceso debe formarse un concreto y específico "saber" o "conocimiento" en orden a comprobar un determinado hecho o una determinada situación prevista en la ley (o en el ordenamiento jurídico) a fin de fijar ciertas consecuencias jurídicas. En un proceso, propio de un Estado constitucional que se precia de ser justo, no cualquier saber judicial puede ser aceptable, pues requiere que se cumpla con ciertas exigencias, tanto normativas como empíricas[3254]. El conocimiento que se adquiere en el proceso debe respetar criterios de racionalidad mínimos, los principios constitucionales y las reglas legales, ya que no puede ser construido de manera subjetiva, arbitraria o como al juez o al fiscal le parece en cada caso concreto.

La exigencia de verdad como valor legítimo de la justicia penal reclama que el conocimiento en el proceso se construya sobre bases racionales y en atención al material disponible, respetando los derechos de la persona y los criterios lógicos y científicos. Pese a que el juicio humano es falible, el proceso tiene una serie de controles epistémicos y jurídicos que buscan obtener el mayor conocimiento posible en la reconstrucción de los hechos.

2. La prueba de los hechos en materia jurídica constituye el paradigma de la prueba empírica en general[3255] y un caso judicial supone una disputa racional en el que las reglas procesales y las pautas de argumentación se insertan en el plano institucional del proceso[3256].

3254 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale*, cit., 2022, p. 443.

3255 Cfr. Ubertis, *Prova scientifica e giustizia penale*, cit., p. 4.

3256 Cfr. Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Ediciones Península, 2003, p. 25: "Los procesos judiciales son solo una clase especial de debates racionales en los que los procedimientos y reglas de la argumentación se han fosilizado al convertirse en instituciones".

En la doctrina cada vez más se reconoce la **función epistémica**[3257] **o cognoscitiva**[3258] **del proceso,** por el que se lo concibe como un instrumento eficaz para la determinación de la verdad a través de la adecuada reconstrucción de los hechos. También se resalta la **dimensión cognoscitiva de la jurisdicción,** que constituye su rasgo más característico y la específica fuente de legitimación[3259]. Es el juez quien debe garantizar que el proceso cumpla con dicha dimensión epistémica[3260].

El modelo normativo del proceso penal, fundado en la Constitución y los tratados de derechos humanos, es un proceso de cognición o de comprobación de una determinada hipótesis en el que la acreditación de un supuesto de hecho previsto en la ley supone la configuración de un procedimiento probatorio de tipo inductivo en el que se excluyen las valoraciones y subjetividades y solo se admite las afirmaciones o negaciones sobre los hechos de las que se predica la verdad o falsedad procesal[3261] y se logra comprobar a través de los medios de prueba.

El proceso refleja y regula los mecanismos sociales y culturales de solución de conflictos a través de las normas y los dispositivos procedimentales, lo que significa

3257 Por todos, Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 155: "Parece sensato discutir acerca de una función epistémica del proceso, considerándolo como un conjunto estructurado de las actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia"; luego señala: "Está emergiendo, por tanto, una perspectiva metodológica muy interesante, que concentra el análisis en lo que puede definirse como la dimensión epistémica del proceso, o bien como el "modelo epistemológico" del conocimiento de los hechos sobre la base de las pruebas. Por otra parte, los métodos en general, los métodos son objeto de evaluación epistémica con el fin de comprobar si son o no válidos para el descubrimiento de la verdad: también el proceso, si es entendido como un método para la determinación de la verdad de los hechos, puede ser, por tanto, objeto de evaluación epistémica" (p. 156). La dimensión epistémica del proceso no toma en cuenta los aspectos económicos del fenómeno probatorio a partir de que los valores de un modo u otro pueden estar en conflicto con la búsqueda de la verdad resultan ajenos a esta dimensión (p. 162); Calamandrei, Piero, *Proceso y justicia*, Lima, 2014, p. 19: "Si nosotros queremos volver a considerar el proceso como instrumento de razón y no como estéril y árido juego de fuerza y de destreza, hace falta estar convencidos de que el proceso es ante todo un *método de cognición*, esto es, de conocimiento de la verdad, y de que los medios probatorios que nosotros estudiamos están verdaderamente dirigidos y pueden verdaderamente servir para alcanzar y para fijar la verdad"; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 154; Di Donato, Flora y Francesca Scamardella, *Epistemologia e processo: un approccio di socio-clinical law per l'analisi narrativa di casi giudiziari*, en *Sociologia del Diritto*, n.º 3, 2013, pp. 85; 154 y 164.

3258 Cfr. Ferrua, *Il libero convincimento del giudice penale: I limite legal*, cit., p. 74; Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., p. 67.

3259 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 37; Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, cit., p. 44.

3260 Cfr. Auletta, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, cit., p. 462; Di Donato/Scamardella, *Epistemologia e processo: un approccio di socio-clinical law per l'analisi narrativa di casi giudiziari*, cit., p. 86.

3261 Por todos, Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 37.

influir en la sociedad, transformarla y orientar la conducta individual y social en una determinada dirección. La sociedad influye en el proceso y el proceso influye en la sociedad en una suerte de doble vía o de una "doble reflexividad", ya que al mismo tiempo que el proceso refleja la sociedad y la cultura también incide en su configuración y afecta su curso y progreso[3262].

II. LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA COMO ACTIVIDAD LEGAL Y RACIONAL

3. La evaluación de la prueba es una actividad **legal** y **racional**[3263] que constituye el núcleo del razonamiento probatorio[3264].

Legal, debido a que solo se puede utilizar y valorar la prueba legítimamente adquirida; únicamente la información que ingresa jurídicamente al proceso, desde la perspectiva constitucional y legal, puede ser analizada para decidir un caso[3265]. Las facultades en materia probatoria de las partes y del juez se encuentran reguladas en la ley con el fin de evitar el abuso y el caos en el procedimiento. Como dice Iacoviello, "la convicción del juez, antes de ser libre, debe ser legal. Mas bien, es libre en la medida que es legal. La libertad de la convicción no es libertad de reglas, sino libertad según las reglas"[3266]. No es coherente constitucionalizar y reconocer el valor de un proceso justo con las garantías mínimas prescritas en los tratados de derechos humanos y abandonar al mero arbitrio del juez la evaluación de la prueba y la etapa decisoria[3267], sin ninguna directiva rectora. Por ello, se puede afirmar que existe un verdadero y propio "principio de legalidad procesal en materia probatoria"[3268]. Se tutela en este ámbito la legalidad de la actividad probatoria en la que solo se toma en cuenta la prueba legítimamente admitida y adquirida en el proceso[3269].

3262 Cfr. Di Donato/Scamardella, *Epistemologia e processo: un approccio di socio-clinical law per l'analisi narrativa di casi giudiziari*, cit., p. 87.

3263 Por todos, Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 809; Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 354; Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 185; Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 347; Saponaro, *Dall'indizio alla prova indiziaria: Il rapporto tra probabilità e certezza*, cit., p. 146.

3264 Cfr. Gascón Abellán, *Razonamiento, valoración y estándares*, cit., p. 58.

3265 Cfr. Grevi/Illuminati, conso/grevi/bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 275; Chiavario, *Diritto processuale penale*, cit., 2022, p. 444; Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 255; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 67; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394.

3266 Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 98.

3267 Cfr. Saponaro, *Dall'indizio alla prova indiziaria: Il rapporto tra probabilità e certezza*, cit., p. 145.

3268 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 255.

3269 Cfr. Grevi/Illuminati, Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 275; Ferrua, *Il libero convincimento del giudice penale: I limite legal*, cit., pp. 61 y 62; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 67; Gomes Filho, *Princípios gerais da prova no Projeto de*

Racional, en atención a que toda la evaluación de la prueba debe estar debidamente justificada, ha de sustentarse en los hechos y en las pruebas recogidas y ha de haber una motivación[3270], según los parámetros constitucionales y convencionales de suficiencia, completitud y razonabilidad (artículo 139.5 de la Const.; el artículo 8.1 de la CADH). La evaluación racional de la prueba supone que sea lógicamente controlable por las partes y los órganos superiores del sistema de justicia a través de la motivación de las resoluciones judiciales[3271]. Se debe cumplir con las tres reglas básicas y/o mínimas de la evaluación racional de la prueba como es el respetar las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia (artículo 158.1 del CPP).

4. La adopción de un determinado modelo de la evaluación de la prueba supone por parte del legislador el asumir una opción ideológica, una posición política, o cuando menos de política procesal[3272], como también implica tomar partido por una determinada epistemología.

La finalidad de los distintos modelos de valoración probatoria que se plantean, ya sea a nivel de la doctrina y por las diversas legislaciones, buscan proveer diversos criterios y esquemas racionales para determinar el grado de confirmación en términos de probabilidad de una hipótesis[3273]. Es posible identificar al menos dos grandes modelos de evaluación racional de las pruebas: un modelo basado en la aplicación de métodos e instrumentos matemáticos al análisis de la prueba y otro modelo basado en esquemas lógicos de confirmación de una hipótesis de acuerdo a la prueba disponible[3274].

En la legislación peruana, el CPP prescribe: "En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia,

---

Código de Processo Penal. Projeto no 156/2009 do Senado Federal, cit., p. 42: "Sem que isso possa significar um retorno ao superado sistema da prova legal, o livre convencimento deve conviver com o indispensável respeito à legalidade probatória, que importa não só a disciplina da admissão e produção do material probatório, mas também deve incluir o estabelecimento de certos parâmetros legais à própria valoração, de forma a evitar julgamentos subjetivos e arbitrários sobre os fatos".

3270 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 809; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 67; Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 354; Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 185; Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 152; Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 347; Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 443.

3271 Cfr. Taruffo, *Ermeneutica, prova e decisione*, cit., p. 136; Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 152.

3272 Cfr. Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, cit., p. 53.

3273 Cfr. Gascón Abellán, *Razonamiento, valoración y estándares*, cit., p. 61, "Muy simplemente, los modelos de valoración racional son necesariamente modelos probabilísticos".

3274 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 167 y ss.; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 144 y ss.; Gascón Abellán, *Razonamiento, valoración y estándares*, cit., p. 62.

y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados" (artículo 158.1). La ley procesal penal peruana descarta el empleo de instrumentos matemáticos en la evaluación de la prueba.

Los criterios de racionalidad empírica establecen la necesidad de que el juez asuma un método típico de la epistemología contemporánea de conjugar el momento de confirmación de la hipótesis reconstructiva y la necesidad de contrastarla con la respectiva hipótesis alternativa a fin de verificar su capacidad de resistencia ante los intentos de refutación[3275].

III. LAS REGLAS JURÍDICAS Y LA LIBERTAD DEL JUEZ EN LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA

5. El CPP (*v. gr.*, artículo 158) peruano fija determinadas pautas legales para el análisis y evaluación de la prueba, tanto de manera general como específica[3276]. Hay quienes consideran que se trata de reglas particulares previstas para la valoración de la prueba[3277].

La legislación peruana no tiene un modelo probatorio en el campo procesal basado exclusivamente en el principio de la libertad de prueba, pues se establecen una serie de criterios y pautas legales que influyen en la admisión procesal de la prueba, en la actuación de los diversos medios de prueba y en la evaluación de la prueba.

Sin embargo, muchas veces se critica la opción legislativa de regular determinadas etapas del procedimiento probatorio debido a que se considera que una vez fijada la prueba (legítimamente adquirida) solo el juez puede analizarla; de la misma manera que solo compete al juez efectuar la correcta interpretación de la ley[3278]. Se sostiene que la regulación legal de la evaluación de la prueba supone regresar al proceso inquisitorio y a la aritmética de la prueba legal. Se estima que el único criterio que el legislador puede fijar, sin perjuicio del principio del libre convencimiento del juez —pese a ser conceptualmente obvio, pero pedagógicamente útil—, es la regla de decisión más allá de la duda razonable.

Dichos cuestionamientos se responden señalando que no hay un solo sistema legal en el mundo desprovisto de reglas probatorias o que deposite su confianza en

3275 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 136; Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 141.

3276 Cfr. Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 165.

3277 Semejante en el derecho italiano: Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 364.

3278 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, pp. 183 y 186, para quien cuando legislador pretende regular el sector de la valoración de la prueba ocurre lo mismo cuando una persona armada con un pico pretende acceder a un delicado mecanismo electrónico.

la actuación de los operadores jurídicos (*v. gr.*, jueces, fiscales y abogados). Ningún modelo procesal contemporáneo se rige por el principio de la prueba libre por el cual se le concede al juez una absoluta libertad en la recepción, en la actuación y evaluación de la prueba. El fenómeno probatorio en el campo jurídico está sujeto a una serie de principios y reglas que forman el llamado derecho probatorio. Se trata de actos regulados por el derecho en el que se establecen las condiciones de admisión y formación de la prueba[3279]. La legislación peruana no es la excepción.

6. La adopción del sistema probatorio de valoración de la sana crítica (artículos 393.2 y 158.1 del CPP) no se resiente con el hecho de que la ley pueda brindar determinados parámetros orientadores en la evaluación general o específica de la prueba y el que se pueda indicar la importancia de determinadas pruebas o el cuidado que debe haber en el análisis de cierta clase de pruebas[3280], *v. gr.*, declaración del coimputado, del arrepentido, del testigo de referencia (artículo 158.2 del CPP), de la prueba por indicios (artículo 158.3 del CPP).

La competencia del juez de valorar libremente la prueba no autoriza a que se la considere como "una facultad ilimitada" que conduce a la anarquía en la evaluación de la prueba o que se permita a los jueces emitir juicios arbitrarios o caprichosos[3281]. La regulación normativa del fenómeno probatorio posibilita conciliar la exigencia de libertad del juez con la necesidad de proteger al inocente y de asegurar la racionalidad del procedimiento cognoscitivo del juez mediante reglas que protegen los derechos fundamentales con vocación de generalidad[3282].

7. La libertad del juez en el proceso penal y, en particular, en la evaluación de la prueba supone básicamente:

i) la independencia y autonomía que exige sustraer al juez de cualquier influencia externa[3283] (*v. gr.*, medios de comunicación, poderes fácticos, factores extraprocesales).

3279 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 364.

3280 Cfr. Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, p. 365; Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, cit., 2004, p. 91.

3281 Cfr. Amodio, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, cit., p. 15; Daniele, Marcello, *Le regole di valutazione della prova nei principali sistemi penali europei*, en *Rivista di Diritto Processuale*, novembre-dicembre, 2008, p. 1535: "In tutti questi sistemi 'libero' convincimento non viene inteso come 'intimo' convincimento: ossia come convincimento arbitrario, assoluta libertà del giudice di ricostruire i fatti anche sulla base di criteri emotivi o, comunque, irrazionali. Esso viene concepito come convincimento 'razionale': convincimento, in altri termini, basato su un metodo razionale di accertamento dei fatti".

3282 Por todos, Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 189; Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 351.

3283 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 185.

ii) La ausencia de una jerarquía entre las pruebas que se admiten, actúan y se valoran en el proceso penal[3284]. No existe una preeminencia abstracta de un medio de prueba sobre otro, lo cual no debe entenderse como anarquía o caos en el proceso racional de evaluación de la prueba.

iii) El compromiso en un Estado constitucional de dar cuenta de las razones y argumentos acerca de por qué se le asigna a determinado medio de prueba un determinado peso o valor (artículo 139.5 de la Const). La libertad para evaluar la prueba por parte del juez genera la obligación de justificar y motivar dicho acto como condición constitucional, convencional y legal para su validez.

IV. LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA. SU SIGNIFICADO EN EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

8. El requisito para que haya una decisión sobre los hechos que se discuten en el proceso es que previamente haya una evaluación racional y razonada sobre los medios de prueba admitidos y actuados en el proceso[3285].

Se entiende por evaluación de la prueba la actividad cognoscitiva, racional y/o intelectual[3286] mediante la cual el juez determina la eficacia y la credibilidad de cada uno y de todos los medios de prueba válidos y relevantes que se adquieren en un proceso determinado, asignándole el valor y el peso correspondiente para considerar acreditado o no un determinado enunciado fáctico[3287]. Es un acto complejo

3284 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 208; Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 185; Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 152; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 598; Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2022, p. 439.

3285 Cfr. Taruffo, *Ermeneutica, prova e decisione*, cit., p. 135: "Il fondamento della decisione sugli enunciati fattuali è costituito dalla valutazione delle prove che sono state acquisite al processo".

3286 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394; Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 66, quien señala que se trata de una actividad de pura inteligencia; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 273, quien entiende: "La operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido"; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 852: "La valoración de la prueba puede definirse, entonces, como la operación intelectual que realiza el juzgador para determinar si se considera probado el dato (generalmente de hecho) que se intentó probar"; Sánchez Velarde, *El nuevo procesal penal*, cit., p. 268; Rosas Yataco, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., vol. II, p. 850; Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Manual de derecho procesal penal*, 5a. ed., Lima, Idemsa, 2019, p. 628.

3287 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394. Para una visión histórica: Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 50 y ss. Se estima que en la evaluación de la prueba concurren también elementos emotivos: Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., pp. 1 y ss.: "La

y variable en cada caso que no siempre es uniforme[3288]. Por esta actividad el juez reconstruye un suceso de la vida real con relevancia jurídica a través del desarrollo lógico-cognoscitivo que lo lleva apreciar de manera razonable la prueba disponible, legítimamente adquirida y a obtener las conclusiones que derivan de ella[3289].

El juez, al terminar la actividad probatoria, debe analizar de manera rigurosa todas las pruebas admitidas y actuadas a fin de verificar si la hipótesis acusatoria es o no probada. También debe comprobar si la hipótesis alternativas o contrarias que alega cualquiera de las partes encuentran soporte en las pruebas legítimamente adquiridas[3290]. Se trata de una operación racional que consiste en evaluar si una determinada hipótesis cuenta con apoyo empírico en las pruebas recogidas[3291]. La prueba se examina y/o se evalúa no en sí misma, sino en función de un determinado enunciado sobre los hechos o en relación con una determinada hipótesis[3292], y representa una fase esencial para decidir los hechos del caso.

El órgano jurisdiccional en la tarea de la apreciación de la prueba compara y toma en cuenta el resultado de los medios de prueba con las hipótesis objeto de proceso y de prueba[3293].

El análisis de la prueba busca establecer si una hipótesis se encuentra o no confirmada a través de los medios de prueba incorporados al proceso de manera válida, tanto desde la perspectiva constitucional como legal. Para ello es necesario que se esclarezca si la prueba recogida y que se evalúa cumple o no con un determinado umbral o parámetro mínimo fijado en la ley o en la Constitución (estándar probatorio) que permite sostener si una hipótesis se da por probada o se puede aceptar

---

considerazione deriva dalla consapevolezza che non esiste una sfera conoscitiva separata da una sfera emozionale".

3288 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 275.

3289 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 275.

3290 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 201: "Es la hipótesis la que caracteriza el contexto y pone orden a las pruebas. Sin la hipótesis no hay contexto, es decir, no hay un punto de vista unificador" y luego señala "Es la hipótesis la que funda y delimita la relevancia de la prueba. En efecto, pues, prueba relevante es la que tiene una aptitud directa o indirecta para probar la hipótesis. En cambio, cosa distinta es el peso de la prueba, es decir, el grado de sustento que la prueba proporciona a la hipótesis. Esto implica que la fuerza probatoria admite gradaciones, mientras que la relevancia no, pues es o no es" (p. 202).

3291 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 200.

3292 Cfr. Gascón Abellán, *Razonamiento, valoración y estándares*, cit., p. 57: "Valorar consiste en evaluar el apoyo que el conjunto de pruebas presta a las hipótesis fácticas en consideración y decidir en consecuencias si tales hipótesis pueden aceptarse como verdaderas".

3293 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/16, p. 300.

como verdadera. Con dicha labor se trata de medir la probabilidad de una hipótesis y el grado de respaldo o de soporte probatorio con el que cuenta[3294].

9. La evaluación de la prueba supone que se haya percibido, observado e interpretado cada uno de los medios de prueba. Desde el punto de vista lógico, resulta imposible que se aprecie la prueba sin que se determine el contenido informativo de los medios de prueba[3295] y se asigne su peso y fuerza probatoria. Por ello, el mero listado de medios de prueba sin la precisión de su contenido y menos su interpretación no cumple con la obligación constitucional de evaluar los medios de prueba, como contenido esencial del derecho a la prueba, e infringe el deber de motivar las resoluciones judiciales.

Es posible que el juez perciba correctamente un medio de prueba y precise su contenido de manera adecuada, pero incurra en un error al momento de fijar su resultado o yerre cuando asigna un determinado peso o grado a la prueba que evalúa[3296].

El juez, o las partes, pueden ser pulcros y precisos al momento de adquirir y obtener la información de un medio de prueba, pero pueden fracasar al instante de atribuir el valor probatorio a uno o varios medios de prueba. Con ello, debe quedar claro que una adecuada percepción y fijación del contenido del medio de prueba no garantiza una adecuada evaluación.

10. Hay tres aspectos medulares de un medio de prueba que deben quedar en claro en relación con una determinada hipótesis: la **relevancia o pertinencia**; la **credibilidad** y la **fuerza o el peso probatorio**[3297].

La apreciación de la prueba busca determinar el resultado probatorio de los medios de prueba admitidos y actuados en el proceso, el cual puede ser positivo, negativo o neutral. Dicha actividad es tanto un trabajo que incide en cada medio de prueba como en el análisis del conjunto del material probatorio.

3294 Cfr. Gascón Abellán, *Razonamiento, valoración y estándares*, cit., p. 59: "Entenderé, en suma, por valoración el *juicio de aceptabilidad de (la verdad de) una hipótesis sobre hechos controvertidos*".

3295 Cfr. Gorphe, *Apreciación judicial de las pruebas*, cit., p. 112; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 276; Couture, *El concepto de fe pública*, cit., p. 55: "En la percepción el juez actúa por sus propios sentidos. La prueba de percepción por excelencia, es la inspección judicial. Si se litiga sobre el carácter vetusto de la pared medianera, la prueba más directa es que el juez vaya a mirarla. En la representación, el juez conoce los hechos controvertidos a través de relatos (representaciones). Ese relato puede ser oral como cuando el accidente de tránsito que da lugar al litigio es referido por un testigo; o puede ser escrito, como cuando se describe en el parte policial"; Carnelutti, *La prueba civil*, cit., pp. 56 y ss.

3296 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 276.

3297 Por todos, Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 93; Muffato, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, cit., p. 63.

La evaluación racional de la prueba tiene por objeto determinar el valor informativo de cada medio de prueba en específico, ya que solo cumpliendo esta condición es posible establecer el concreto resultado cognoscitivo que deriva de la prueba que se dispone y se ha incorporado al proceso[3298]. El análisis racional de la prueba tiene que ver no tanto con la descripción de la prueba sino con la asignación de valor y peso a los medios de prueba que se han incorporado al proceso[3299]. La decisión sobre los hechos se construye no tanto sobre los medios de prueba, sino sobre el valor y el peso de los medios de prueba.

No todo medio probatorio incorporado al proceso puede contar con un resultado probatorio concreto. Es posible, por ejemplo, que el testigo afirme no conocer los hechos sobre los que declara o que el documento admitido no guarde relación directa con los hechos del proceso. Si el resultado de la evaluación de la declaración del testigo o del documento es neutral, es decir, ni corrobora ni desmiente una hipótesis o no sirve para el esclarecimiento de los hechos, así debe ser declarado en el proceso (evaluación individual de la prueba).

El hecho de que un medio probatorio sea pertinente no quiere decir que de manera real y efectiva arroje un determinado resultado probatorio a favor o en contra de una determinada hipótesis.

Hay un resultado probatorio positivo cuando del análisis de la prueba se confirma una determinada hipótesis. Por su parte, hay un resultado probatorio negativo cuando de la evaluación de la prueba se refuta una hipótesis o un enunciado probatorio.

El resultado de la prueba (positivo o negativo) en la evaluación de la prueba permite establecer **la fuerza, el peso o el valor probatorio** de un medio de prueba en el caso concreto. Incluso, hay quienes sostienen que la apreciación de la prueba es una actividad que se lleva a cabo para medir o establecer la fuerza probatoria de un medio de prueba[3300].

El aspecto estelar de la evaluación de la prueba reside en fijar el concreto peso probatorio de un medio de prueba para luego pasar a un análisis integral de todos los medios de prueba. Se trata de una operación que busca determinar el peso (o la fuerza) que tiene cada medio de prueba en el caso concreto[3301]. Si en el análisis de un caso el juez no asigna un determinado peso o fuerza probatoria a los medios de prueba que se han incorporado, sencillamente no se habrá cumplido con la

3298 Cfr. Taruffo, *Ermeneutica, prova e decisione*, cit., p. 137.
3299 Cfr Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 221.
3300 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 297.
3301 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale*, cit., 2022, p. 559.

exigencia de una evaluación racional de la prueba y menos se puede afirmar que se cumple con el deber de motivar (artículo 139.5 de la Const.) la decisión de los hechos probados.

Por fuerza probatoria se debe entender la capacidad que posee un medio de prueba para acreditar un enunciado fáctico[3302]. Un medio de prueba puede tener un peso o fuerza probatoria insignificante, una fuerza de mediana intensidad o la mayor capacidad probatoria. Por ejemplo, la máxima fuerza probatoria de un medio de prueba se obtiene cuando dicho medio tiene por sí mismo la capacidad de acreditar una hipótesis, sin necesidad de acudir a otros medios de prueba, *v. gr.*, la prueba de ADN, un video que registra con total nitidez un asesinato cometido por una persona.

La fuerza probatoria responde a la pregunta: ¿Cuán fuerte resulta un medio de prueba para corroborar o no corroborar un determinado enunciado fáctico o una hipótesis en el caso concreto[3303]?

La determinación del valor probatorio de los medios de prueba condiciona y supedita que se cumpla o no con el estándar de prueba que se requiere para adoptar una decisión sobre los hechos. Sin la fuerza probatoria de los elementos de juicio no puede haber, por ejemplo, un estándar probatorio para condenar.

En la fuerza o el peso de la prueba influye de manera directa la credibilidad o fiabilidad de los medios de prueba, *v. gr.*, las facultades cognoscitivas intactas del testigo; la autenticidad del documento, la capacidad y la especialización del perito.

11. La evaluación de la prueba es una etapa **crucial, culminante**[3304] y **fundamental**[3305] que se encuentra luego de la fase de recolección de la evidencia y/o del

3302 Cfr. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., T. II, p. 219; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 297.

3303 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., p. 107: "Aunque es universalmente reconocido que la fuerza probatoria de las pruebas admite graduaciones en términos probabilísticos hay un desacuerdo considerable entre los juristas y los expertos en cálculo de probabilidades acerca de cómo debería plantearse esta clasificación".

3304 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 255; Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 66; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 200; Resende Salgado, Daniel de, *Fundamentos à admissibilidade da metaprova no processo penal*, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N.º 5, Madrid, 2023, p. 102; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 273; Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, cit., p. 52; Sánchez Velarde, *El nuevo procesal penal*, cit., p. 268.

3305 Cfr. Rosas Yataco, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., vol. II, p. 850; Peña Cabrera Freyre, *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 629: "Es uno de los temas más trascedentes y propios de la ciencia procesal".

material probatorio y es una etapa previa a la adopción de la decisión sobre los hechos[3306]. Constituye la más importantes de las actividades probatorias y uno de los principales actos del proceso; tiene una trascendencia indiscutible, ya que de ella depende la suerte del proceso y que se alcance una decisión justa[3307]. Es el momento conclusivo del procedimiento probatorio y que tiene como protagonista al juez[3308]. Se trata de una fase emitentemente crítica[3309] y de un principio fundamental ético-jurídico del proceso penal moderno[3310] que es indispensable a la hora de adoptar una decisión sobre los hechos probados[3311]. El juez evalúa la prueba "con" el proceso y "en" el proceso[3312].

La etapa de la apreciación de la prueba exige mucha responsabilidad, cuidado, diligencia y cautela por parte del juez (y las partes) a la hora de explicitar las elecciones de las premisas y justificarlas adecuadamente[3313].

En esta etapa se toma en cuenta y revisa críticamente las decisiones probatorias adoptadas con anterioridad, ya que al momento de decidir la causa el juez se puede separar de las decisiones probatorias asumidas y, por ejemplo, negar el valor probatorio a un medio de prueba admitido y actuado en el proceso debido a que no arroja ninguna conexión con los hechos del caso o puede excluir el análisis de una prueba debido a que no se cumplió con las reglas legales de su actuación o porque se comprueba que viola derechos fundamentales de la persona[3314].

3306 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 91; Gascón Abellán, *Razonamiento, valoración y estándares*, cit., p. 58; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 852.

3307 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, pp. 253 y 274: "La vida, la libertad, el honor y la dignidad, el patrimonio y el estado civil, la familia y el hogar de las personas dependen del buen éxito o del fracaso de la prueba judicial, y esto, a su vez, principalmente (depende) de la apreciación correcta o incorrecta que el juez haga de la prueba aportada en el proceso".

3308 Cfr. Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 66.

3309 Cfr. Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 24.

3310 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 200.

3311 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 253.

3312 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 359.

3313 Cfr. Hess/Jauernig, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., 49/17, p. 300: "Con frecuencia el resultado y la resolución de un proceso dependen de un correcto tratamiento de los medios de prueba"; Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 443; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 273: "Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria; define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero o el tiempo invertidos en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso, han sido o no provechosos o perdidos o inútiles; si esa prueba cumple o no el fin procesal a que estaba destinada, esto es, llevarle convicción al juez".

3314 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 273.

En un Estado constitucional, la evaluación de la prueba no es un acto privado, íntimo, intransferible o una vivencia anímica del juez. Se trata de un acto racional que debe ser comunicado y justificado —en sus resultados, metodología empleada y las inferencias que la sustenta— a la sociedad y a los usuarios de la administración de justicia. En nuestro ordenamiento jurídico el análisis de la prueba que no se encuentre debidamente justificado no cuenta con reconocimiento constitucional y legal. La motivación racional de la evaluación de la prueba constituye una condición necesaria para la validez del acto.

12. El legislador democrático fija las reglas de selección del material probatorio, previo a la evaluación racional, es decir, establece lo que puede —regla de inclusión— y lo que no puede —regla de exclusión— entrar a tallar en el cuadro decisorio[3315]. Para ello debe tomar en cuenta los principios y reglas constitucionales (artículo 139.3 de la Const.) y convencionales (artículo 8 de la CADH y el artículo 14 del PIDCP) como el derecho de defensa, el contradictorio, la admisión motivada de cada uno de medios de prueba y su actuación oportuna.

La Corte Suprema de Justicia ha destacado que "valorar la prueba implica realizar un trabajo cognitivo, racional, inductivo y deductivo por parte del juez respecto de los hechos del proceso, con ella se determina el resultado de toda actividad probatoria realizada por las partes, llegando a conclusiones que le sirven para resolver la litis. Con el trabajo de valoración de la prueba se llega a determinar la verdad o falsedad de los hechos importantes del proceso a partir de la actividad de las partes"[3316]. En la valoración de la prueba el razonamiento debe ser fundado, ha de explicar sólidamente la atendibilidad o credibilidad, rigor y coherencia de la prueba de cargo o hipótesis acusatoria, así como la falta de precisión o rigurosidad de la prueba de descargo o hipótesis defensiva. Una motivación es suficiente cuando realmente cimenta la conclusión en función de una inferencia adecuada[3317].

3315 Cfr. Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 183; Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., pp. 1, 5 y 13.

3316 Véase la Casación N.º 676-2019 del 14 de julio del 2022 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Cunya Celi); la Casación N.º 2694-2018 del 11 de agosto del 2022 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Cunya Celi); la Casación N.º 367-2018 del 13 de noviembre del 2018 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Hurtado Reyes).

3317 Véase la Casación N.º 170-2022 del 20 de febrero del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

V. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y LA EVALUACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA. LAS DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

13. La evaluación de la prueba en un sistema procesal abierto a la confrontación dialéctica entre las partes se aplica al interno del universo de comunicaciones intersubjetivas que se producen en el proceso y que requiere de una decisión final debidamente fundamentada. Desde la perspectiva constitucional, la evaluación de la prueba se manifiesta en la motivación de la decisión judicial respecto a las pretensiones, argumentos y la evidencia aportada por las partes[3318], las cuales deben ser analizadas y respondidas adecuadamente. Tanto las partes como la sociedad en su conjunto pueden y deben acceder a las razones que tuvo el juez para fallar de una determinada manera y no de otra, ya que solo así se respeta el fundamento de la legitimidad democrática del Poder judicial.

La motivación de las decisiones judiciales debe cumplir con un determinado esquema y parámetro legal establecido por la legislación pertinente, de acuerdo al tipo de resolución que se dicta (*v. gr.*, son distintos los requisitos para una sentencia que para un auto judicial) o el grado de afectación de los derechos fundamentales que se realiza[3319]. El deber de motivar las resoluciones judiciales (artículo 139.5 de la Const.) posee un efecto directo sobre el proceso de la evaluación de la prueba[3320] al establecer determinados parámetros y criterios mínimos.

14. La evaluación racional de la prueba exige que todo dato probatorio y toda información que se produce a nivel del proceso sea examinada dentro de un contexto, tomando en cuenta los elementos de confirmación como los elementos de refutación de la hipótesis y sobre todo que se ensaye una operación de resistencia de la prueba incriminatoria y de la hipótesis contra toda posible falsificación[3321]. La libertad del juez de evaluar la prueba no se conculca ni se vulnera cuando se exige el cumplimiento del deber de motivar las decisiones judiciales que aparece como

3318 Véase, Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 203.

3319 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., pp. 97 y 98: "La obligación de motivar y el control sobre la motivación no pueden, pues, realizarse, si no existen esquemas legales de motivación prefijados. El respeto de estos hace la motivación inatacable, aunque no sea persuasiva; y su violación equivale a la ausencia de motivación, aunque la producida pudiera ser convincente. Esto quiere decir que la motivación es libre en los contenidos, no en su estructura. Para usar una metáfora empresarial, pueden variar la calidad y las características de la materia prima, pero la secuencia de operaciones que constituyen el ciclo productivo debe permanecer siempre la misma".

3320 Por todos, Velten, Pietra, *La libre valoración de la prueba*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p. 23.

3321 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 364; Santoriello, *La prova penale e la sua valutazione*, cit., p. 102.

una garantía a favor de la libertad y contra la arbitrariedad de los actos estatales[3322]. Frente a dicha libertad del juez que se reconoce y protege se exige el cumplimiento de un principio constitucional fundamental en un Estado constitucional que pretende controlar el poder y las facultades de los funcionarios: la motivación de las decisiones judiciales[3323] (artículo 139.5 de la Const.).

La libertad en la evaluación de la prueba indica la no conveniencia de formular *a priori* diversas directivas que limiten la capacidad de evaluar la prueba de modo forzoso llegando a determinados resultados probatorios; sin embargo, no supone de modo alguno que el análisis de las pruebas se sustraiga a una metodología y a criterios adecuados de racionalidad como a las obligaciones constitucionales y convencionales de justificación de los hechos probados[3324]. En buena cuenta no significa que la evaluación que realiza el juez sea libre, en el sentido de que está desvinculada de toda clase de reglas[3325].

El mandato de la justificación de las decisiones judiciales sirve para impedir que el juez capitule y se base en la impresión, la intuición o las meras emociones. Como señala Iacoviello: "Una intuición no es racionalizable, una emoción no es un argumento, una percepción no es una buena razón"[3326]. Las reglas de la evaluación de la prueba se aplican a todas las decisiones judiciales que tienen que ver con el análisis de los hechos, la prueba y la aplicación de la ley; y no solo a la sentencia (condenatoria o absolutoria). Su cumplimiento no solo posee fundamento legal, sino constitucional y convencional.

15. Por mandato constitucional y convencional todas las decisiones judiciales deben ser motivadas y razonadas tanto en los hechos, en las pruebas y el derecho aplicable al caso. La justificación de las decisiones judiciales (autos y sentencias) es el fundamento democrático de la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138) y constituye la condición de validez y legitimidad de los actos estatales[3327].

El juez decide dentro de los límites de lo que puede justificar. La posibilidad y la capacidad de motivar circunscribe la alternativa de la decisión a adoptar[3328]. No todo lo que es conocido y que ingresa al proceso en la forma de prueba es racional-

3322 Cfr. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 190.
3323 Cfr. Castillo Alva, *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*, cit., pp. 42 y ss.
3324 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 354.
3325 Véase, Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 183.
3326 Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 541.
3327 Cfr. Castillo Alva, *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*, cit., pp. 91 y ss.
3328 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 275.

mente decible o se puede expresar en palabras. La verdad en el proceso se obtiene a través de argumentos no por medio de intuiciones o corazonadas[3329].

La motivación de las decisiones judiciales **busca prevenir y evitar la arbitrariedad de los jueces**[3330] generada por el riesgo al error en la evaluación de las pruebas en el proceso[3331]. Se establece una garantía constitucional específica contra el arbitrio estatal, el decisionismo, rechazándose cualquier acto irracional o todo aquello que no se puede comunicar en la actividad jurisdiccional[3332]. Con ella se pretende también combatir el intuicionismo y la irracionalidad en el análisis de las pruebas. Asimismo, la motivación de las decisiones estatales logra prevenir y limitar el inmenso poder que tienen los medios de comunicación y la opinión pública en determinados procesos que concitan el interés, cumpliendo, además, una función pedagógica que limita el ejercicio del poder mediático.

Muchas veces en los tribunales de justicia se despliega una disputa entre el poder de persecución y la vigencia de los derechos fundamentales; de tal manera que la motivación permite conocer si los jueces han sucumbido a la tentación de la presión de los medios y del poder antes que a la protección de los derechos fundamentales y la libertad; o a la inversa: permite conocer si los jueces han preferido la tutela de la libertad y los derechos por encima de las exigencias de los poderes fácticos.

16. En un Estado constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales cumple las siguientes funciones:

i) La motivación es un elemento indispensable para la impugnación de las decisiones judiciales.

ii) La motivación es un factor de racionalidad de las resoluciones judiciales.

iii) La motivación es un factor de aceptación de las decisiones judiciales.

iv) La motivación es un presupuesto para el ejercicio del derecho a la crítica de las resoluciones judiciales.

La motivación permite controlar el uso y la evaluación de la prueba, así como también posibilita el control de la decisión[3333]. Permite juzgar al juez que juzga. El límite del poder de juzgar viene fijado por el límite del poder de motivar. Por

3329 Por todos, Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 298.

3330 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 365; Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 675.

3331 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 298.

3332 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 121.

3333 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 675.

ello, se sostiene que la motivación cumple una doble garantía epistemológica: una garantía para el juez y una garantía que puede ser usada contra el juez[3334].

17. Se afirma que la motivación es una condición esencial para que la decisión sea racional, mas no existe una conexión indiscutible entre ambos términos, es decir, entre motivación y racionalidad. Se puede sostener de manera general que el cumplimiento de la obligación de motivar las decisiones judiciales aumenta la probabilidad de la corrección de la decisión. Sin embargo, no toda reconstrucción de los hechos que se fundamenta y explícita puede ser necesariamente racional (motivación insuficiente, motivación aparente, etc.). Es posible llegar a una decisión justa y a la misma conclusión aplicando de manera rigurosa las reglas del razonamiento inductivo sin la necesidad de explicitar en la sentencia las razones y los argumentos de la decisión[3335]. Es posible que exista una decisión correcta, sin necesidad de que se motive el fallo, *v. gr.*, las decisiones de los jurados americanos no son motivadas, pero se considera que en la inmensa mayoría de casos se dictan veredictos justos.

Con todo, la obligación de motivación si bien no garantiza del todo la corrección del juicio sobre los hechos y la corrección en términos jurídicos y materiales de la decisión, posibilita el control interno y externo de los actos judiciales y estimula al juez a cuidarse a la hora de brindar razones públicas de sus fallos[3336].

18. La Corte IDH ha señalado que la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado[3337].

El TEDH observa que, a pesar de que un tribunal nacional tiene un cierto margen de apreciación para elegir los argumentos en un caso particular y admitir las pruebas en apoyo de las pretensiones de las partes, la autoridad está obligada a justificar sus actos, brindando razones de sus decisiones. Se afecta el proceso justo si se rechazan, por ejemplo, algunas pruebas ofrecidas por un litigante sin aportar razones de dicha decisión, lo que impide también recurrir la decisión[3338]. Los órganos de la administración deben pronunciarse no solo acerca de las pretensiones de las

3334 Cfr. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 298.

3335 Véase, Daniele, *Le regole di valutazione della prova nei principali sistemi penali europei*, cit., p. 1538.

3336 Cfr. Carlizzi, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, cit., p. 4.

3337 Ramírez Escobar y otros c. Guatemala, 9 de marzo de 2018, párr. 187; San Miguel Sosa y otras c. Venezuela, 8 de febrero del 2018, párr. 189; Trabajadores cesados de Petroperú y otros c. Perú, 23 de noviembre de 2017, párr. 168; Chinchilla Sandoval c. Guatemala, 29 de febrero del 2016, párr. 248; Flor Freire c. Ecuador, 31 de agosto de 2016, párr. 182; García Ibarra y otros c. Ecuador, 17 de noviembre de 2015, párr. 151; López Mendoza c. Venezuela, 1 de septiembre de 2011, párr. 141; J. c. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 224.

3338 Suominen c. Finlandia, 1 de julio de 2003, párr. 36 y 38.

partes, sino también sobre las pruebas en las que se sustentan como una manifestación de un juicio justo. Por ejemplo, si una persona sostiene su pedido (*v. gr.*, subsidio por enfermedad) en diversos certificados en los que sus médicos tratantes informan su incapacidad para el trabajo, el órgano competente, más que señalar las pruebas ofrecidas por las partes, debe proporcionar un razonamiento adecuado acerca de por qué esas pruebas se estimaron insuficientes[3339].

El TEDH razona que una sentencia penal, más aún si es condenatoria, debe dar cuenta y justificar por qué no se otorga valor probatorio a las declaraciones testimoniales que favorecen al imputado, sea que hayan ofrecido por la propia defensa o por la acusación[3340]. Cuando la confiabilidad de la evidencia está en discusión, la existencia de un procedimiento justo para examinar la admisibilidad o credibilidad de la prueba adquiere una importancia mayor[3341]. En un proceso penal se debe examinar si el imputado y su defensa han podido impugnar la prueba incriminatoria a lo largo del proceso, tanto ante el tribunal de primera instancia como ante el tribunal de apelación[3342].

El Comité de DH determinó la violación al artículo 14, párrafos 3 e) y g), en atención de que el Tribunal no comprobó la credibilidad de la declaración del testigo principal, por lo que consideró que se había dado una ventaja injusta a la acusación[3343], como también no se había examinado de manera adecuada las con-

3339 H.A.L. c. Finlandia, 27 de enero del 2004, párr. 5.

3340 Caka c. Albania del 8 de diciembre del 2009; párr. 110.

3341 Huseyn y otros c. Azerbaiyán, 26 de julio del 2001; párr. 200; Bykov c. Rusia, 10 de marzo de 2009; párr. 95; Nikolitsas c. Grecia, 7 de marzo del 2014; párr. 37; Allan c. Reino Unido del 11 de mayo del 2002; párr. 47; Oyston c. el Reino Unido, 22 de enero del 2002.

3342 Bykov c. Rusia, 10 de marzo de 2009; párr. 95; Oyston c. el Reino Unido, 22 de enero del 2002.

3343 Comunicación N.º 1535/2006, Shchetka c. Ucrania del 19 de julio de 2011, párr. 10.5: "La autora afirma que se han vulnerado los derechos que asisten a su hijo en virtud del artículo 14, párrafo 1, porque el tribunal no ha tenido en cuenta pruebas y hechos exculpatorios, no ha abordado la cuestión de la falsificación y alteración de las pruebas por el instructor y no ha comprobado la credibilidad de la declaración del testigo principal, por lo que ha dado una ventaja injusta a la acusación. Asimismo, se consideró a su hijo culpable en varios documentos de la investigación. El Comité observa que las alegaciones de la autora se refieren principalmente a la evaluación de los hechos y las pruebas y recuerda su jurisprudencia en el sentido de que en general no le corresponde a él, sino a los tribunales de los Estados partes, examinar o evaluar los hechos y las pruebas, a menos que pueda demostrarse que el desarrollo del juicio o la evaluación de los hechos y las pruebas fueron manifiestamente arbitrarios o equivalieron a una denegación de justicia. En el presente caso, el Comité observa que el Estado parte no ha examinado el fondo de las reclamaciones de la autora, sino que se ha limitado a afirmar, en términos generales, que la culpabilidad de su hijo se determinó debidamente sobre la base de declaraciones y otras pruebas corroborativas. En vista de la documentación que obra en el expediente y teniendo en cuenta la conclusión del Comité de que hubo una violación del artículo 7 y el artículo 14, párrafos 3 e) y g), del Pacto, el Comité considera que, al examinar el caso del Sr. Shchetka, los tribunales no observaron las debidas garantías, violando con ello el artículo 14, párrafo 1, del Pacto".

tradicciones de los testigos ni la relación, entre los hallazgos, de unos explosivos en una ciudad y la perpetración de un atentado en otra[3344].

VI. LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA ES UNA TAREA DE TODAS LAS PARTES PROCESALES. SE TRATA DE UNA ACTIVIDAD TRANSVERSAL QUE SE EXTIENDE A TODAS LAS ETAPAS DEL PROCESO

19. La evaluación de la prueba no es una tarea absolutamente libre y que dependa de la voluntad de quien realiza dicha actividad. Por el contrario, se encuentra condicionada a los criterios normativos vigentes y a los estándares de prueba que se utilizan, sea en las leyes o en la jurisprudencia, y está sujeto a ciertas concepciones legales que se fundan en principios y valores constitucionales[3345].

La inclinación por un determinado rango o estándar de prueba no es una tarea únicamente jurídica, pues se enlaza con criterios político-valorativos de una determinada cultura. De igual manera, la regulación de la evaluación de las pruebas está marcada e influida por criterios ideológicos y políticos que imperan en una determinada sociedad y que se materializan en un marco normativo (constitucional o leyes).

La regulación jurídica que se realiza del procedimiento probatorio y, en especial, de la evaluación de la prueba no solo obedece a criterios jurídicos, sino a una determinada epistemología judicial y a los valores y principios constitucionales que rigen en una sociedad.

20. La evaluación de la prueba en el proceso penal no solo lo realizan los jueces a través de las decisiones judiciales[3346], sino también es una tarea que incumbe a los abogados[3347], a los fiscales y al actor civil; los que antes de tomar una determinada decisión o formular una pretensión han de valorar la evidencia con la que cuentan para adoptar una determinada postura en cumplimiento de su labor. Como el juez no tiene un conocimiento directo de los hechos que se postulan en el proceso y por ello acude a los medios de prueba, resulta lógico que las partes que proponen dichos medios le asignen a su contenido determinada relevancia y conexión con su

3344 Comunicación N.º 1545/2007, Gunan c. Kirguistán, 25 de julio de 2011, párr. 6.3.

3345 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 47; Accatino Scagliotti, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, cit., p. 124.

3346 Considera que la valoración de la prueba es una actividad de estricta pertenencia judicial: Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 183.

3347 Cfr. Anderson/Schum/Twining, *Análisis de la prueba*, cit., pp. 284, 292 y ss.; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 344; Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, cit., p. 52.

pretensión como también un determinado peso probatorio[3348]. El hecho de que el principal destinatario de la actividad probatoria sea el juez[3349] no quiere decir que las demás partes no se encuentren involucradas y no tengan interés en su mérito probatorio[3350].

El acto de probar —y la actividad probatoria, en general— contiene un componente argumentativo por parte de los sujetos procesales que es semejante y homogéneo al acto de juzgar que realiza el órgano jurisdiccional, con la particular diferencia que cuando se juzga se decide sobre los hechos del caso[3351].

Como parte integrante del derecho a la prueba se reconoce a los intervinientes en el proceso el derecho a ofrecer al juez la propia y la personal evaluación de los elementos de prueba. Se trata de la facultad de **poder argumentar** sobre la base de los resultados probatorios que son adquiridos en el proceso[3352].

El juez no produce prueba, sino que es el principal destinatario (aunque no el único) de la actividad probatoria de las partes[3353]. Su misión constitucional es evaluar la prueba sobre los hechos luego de un debate contradictorio a fin de tomar una decisión sobre la pretensión planteada. La relación entre el derecho a la prueba y el contradictorio dentro del modelo procesal peruano debe ser realizada por las partes. El juez solo tiene iniciativa probatoria de manera excepcional[3354].

En un proceso penal de base democrática, propio de un Estado de derecho, la admisión, actuación y evaluación de la prueba es una tarea que corresponde intervenir y controlar a los sujetos procesales. Se trata de una **actividad conjunta y de cooperación** que requiere la participación de todas las partes en una efectiva igualdad de armas y con el debido respeto del contradictorio. Las partes a través de su intervención democrática, la argumentación probatoria y su particular perspectiva en el análisis de la prueba influyen de manera directa y decisiva en la evaluación de la

3348 Cfr. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., p. 6.

3349 Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 341.

3350 En contra: Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, pp. 287 y 273, para quien la valoración probatoria "es una actividad procesal exclusiva del juez, pues las partes o sus apoderados tienen únicamente una función de colaboradores, cuando presentan sus puntos de vistas en alegaciones o memoriales".

3351 Cfr. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., p. 3.

3352 Cfr. Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 66.

3353 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 41.

3354 Cfr. Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 183, para quien la lógica del proceso de partes dentro del contradictorio supone cumplir el triple perfil de la introducción del tema de prueba, la elección del concreto medio de prueba y la adquisición de la información probatoria; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 41.

prueba que realiza el órgano jurisdiccional. El juez no evalúa en solitario los medios de prueba, sino con la plena participación e influencia de las partes acreditadas[3355].

La percepción de los hechos y de las pruebas no es una actividad neutral y que se realiza en solitario por el juez. Por el contrario, requiere la intervención activa de las partes que no se limitan a presentar prueba y a ejercer el contradictorio, sino que despliegan una labor también argumentativa y de la máxima discusión posible sobre los hechos y los medios de prueba. Un sistema procesal democrático permite a las partes controlar la "actividad cognoscitiva del juez"[3356], tanto a través de las pruebas como por medio de los argumentos probatorios.

Tan importante como presentar, ofrecer y actuar prueba en el proceso es poder argumentar sobre ella a fin de establecer su relevancia en relación con los hechos y otorgar el correspondiente peso y valor probatorio. A veces una prueba que no se le presta mucha atención por la capacidad argumentativa de las partes puede llegar a adquirir un enorme valor y capacidad explicativa de los hechos; de igual manera, una prueba, aparentemente decisiva, puede solo cumplir un papel marginal y de segundo orden debido a que una de las partes logra cuestionar eficazmente su credibilidad.

Las partes, en sus alegatos finales o en su discurso de cierre, pueden dotar de un especial significado a los medios de prueba que se han debatido a lo largo del juicio oral. Como parte esencial y material del derecho de defensa los, sujetos procesales, con la argumentación probatoria que plantean, tienen el derecho legítimo de influir en la decisión[3357]. La dimensión argumentativa de la actividad probatoria hace que las partes puedan influir de manera directa en el éxito o no de su pretensión en el proceso y se pueda obtener una decisión del caso[3358].

La habilidad de las partes, la adecuada comprensión y capacidad argumentativa puede hacer que las pruebas posean un mayor o menor valor en la decisión del caso. Las pruebas no valen por sí mismas, sino por lo que se dice y habla de ellas. A veces más importantes que las pruebas en sí, es la percepción y la imagen que se hace y trasmite de ellas.

3355 Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 344: "La evaluación de la prueba no es obra exclusiva del juzgador. Ella importa un examen crítico que el Ministerio Público y las partes deben estar en condiciones de efectuar. Los destinatarios de la prueba son todos los sujetos de la relación procesal, aunque el principal sea, desde luego, el juez. Todos deben tener la posibilidad de valorarlos, aunque la discusión no sea perfecta o exhaustiva. Por eso se habla del ánimo de todos, aludiéndose así a un aspecto de la comunidad de la prueba".

3356 Cfr. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., p. 10.

3357 Cfr. Castillo Alva, *El derecho a influir en la decisión*, cit., p. 141.

3358 Cfr. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., p. 3.

Cada parte estima relevantes algunas circunstancias y nos muestra lo más favorable a su posición, tanto en lo que respecta al contenido como a los límites de aplicación de los hechos, las pruebas y las reglas[3359]. Se recuerda que la argumentación jurídica es un saber teórico-práctico que presenta múltiples puntos de contacto y de relación con otras ramas del derecho y que constituye una disciplina transversal, entre lo que destaca el derecho procesal y el derecho probatorio[3360].

La forma como se presentan los medios de prueba, la precisión de su contenido, el énfasis con el que se expone determinado aspecto (*v. gr.,* de la pericia, de una declaración, etc.) puede resultar convincente o decisivo en la solución de un caso o puede llevar a quien decide a que se incline por una determinada hipótesis.

Hay medios de prueba que no transmiten por sí solo y de manera autónoma determinada información probatoria (vestigios, huellas, rastros de sangre, etc.), pero es a través de la argumentación de las partes que se puede acceder a su mejor comprensión y alcance. Incluso, las pruebas personales o narrativas requieren que se destaque las partes y aspectos pertinentes por los sujetos procesales a fin de precisar, por ejemplo, una sindicación, una exoneración o para resaltar contradicciones e incongruencias en una declaración, sin dejar de contar la presencia de cualquier móvil espurio.

Todos los medios de prueba pueden ser objeto de una adecuada y precisa argumentación probatoria a fin de hacer hincapié en su importancia para el caso o también para cuestionar la escasa fiabilidad de las pruebas presentadas por la parte contraria.

21. El aspecto argumentativo de la actividad probatoria acentúa su importancia a través del contradictorio entre las partes[3361]. La acreditación de los hechos no puede ser el resultado de un cálculo algebraico o matemático en solitario llevado a cabo por uno de los actores en el proceso. Por el contrario, el juez debe acceder a la búsqueda de la verdad por medio del método dialéctico que asegura la intervención de las partes en condiciones de igualdad en la formación de la prueba.

La verdad es un fin del proceso y el contradictorio es un medio que la potencia y afianza como meta axiológica. El contradictorio es uno de los instrumentos más eficaces que potencian la adquisición dialógica del conocimiento a nivel del proceso y que fortalece la búsqueda de la verdad en cuanto permite adquirir pública

3359 Cfr. Giuliani, Alessandro, *La filosofía retórica de vico y la nueva retórica*, en *Cuadernos sobre Vico* 11-12 (1999-2000), pp. 39 y 40.

3360 Cfr. Negri, Nicolás Jorge, *Giuliani: proceso y racionalidad. La relación jurídica procesal "dialéctica"*, en *Doxa*, N.º 44, 2021, p. 500.

3361 Cfr. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., p. 8.

y críticamente los elementos de prueba que se utilizan en la decisión final. No es posible hablar de verdad en el proceso penal si es que no se somete a control, de manera crítica y severa, a las hipótesis que plantean las partes y las pruebas que las sustentan[3362].

La argumentación racional en materia probatoria puede ser concebida como la consecuencia de la adopción de un modelo dialéctico de acreditación de los hechos en la que el principio del contradictorio cumple un papel central, tanto como garantía constitucional y convencional del debido proceso como un instrumento epistemológicamente superior en la reconstrucción de los hechos objeto del proceso[3363], dado que otorga a las partes en condiciones de igualdad la posibilidad de plantear hechos, hipótesis, ingresar evidencia, discutirla, refutarla o afianzar su credibilidad con el fin de obtener una decisión razonable. En un Estado constitucional, el contradictorio representa de manera especialmente significativa un valor **heurístico epistemológico**, en razón de que como método dialéctico constituye en mejor mecanismo para acreditar la verdad de un enunciado fáctico formulado por alguna de las partes en un proceso[3364]. El contradictorio resulta el mejor método

3362 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 320.

3363 Cfr. Ferrua, Paolo, *Il 'giusto processo'*, 3a. ed., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 129; Cassibba, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 13; Galantini, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, cit., pp. 1 y 2: "Superando quella che si può definire una deriva del diritto delle prove, viene costruito il 'giusto processo' con formule sostanzialmente ricavate dalle fonti pattizie sui diritti umani, ma già peraltro utilizzate in sede di elaborazione del progetto di riforma costituzionale della Commissione bicamerale. Consacrati principi e garanzie quali parità delle parti, terzietà e imparzialità del giudice e contraddittorio, l'art. 111 Cost. viene a rappresentare il giusto processo nel ruolo di condizione di legittimità della funzione giurisdizionale"; Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, cit., p. 93; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 153; Andrés Ibáñez, *La función de las garantías en la actividad probatoria*, cit., p. 174.

3364 Cfr. Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso* judicial, cit., p. 58; Pastore, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso de filosofia del diritto*, cit., p. 77; Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 129; Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, cit., p. 232; Dinacci, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., p. 4; Trocker, Nicolo, *Corso di teoria generale del processo. Profili del giusto processo. Il processo come giudizio*, p. 162; Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., p. 329; Calamandrei, *Proceso y democracia*, cit., p. 109: "El contradictorio es indispensable en el proceso, no para exacerbar la litigiosidad de las partes o para dar oportunidad a los abogados para hacer ostentación de su elocuencia, sino en interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las defensas contrarias encuentra fácilmente el medio más adecuado para descubrir toda la verdad, iluminada bajo sus más diversos aspectos"; Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 153; Badaró, *Processo penal*, cit., p. 17; Badaró, *Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha*, cit., p. 346.

en la averiguación de la verdad[3365] al posibilitar el funcionamiento de una estructura dialéctica en el que la formulación de una tesis y la recepción de actos que lo confirmen lleva a que se formule hipótesis alternativas y que se proponga y actúe prueba contraria[3366].

En la averiguación de la verdad, el método más adecuado y fiable es el método dialéctico y dialógico, que se refleja en el adagio popular de que "de la discusión sale la luz" y que desde antiguo se sintetiza en: "La verdad es como la luz, que brota de la colisión de dos cuerpos, al ser golpeados uno contra el otro"[3367] (Pagano).

22. A lo largo del proceso penal, se adoptan una serie de medidas (*v. gr.*, intervención de las comunicaciones, levantamiento del secreto bancario, comparecencia con restricciones, prisión preventiva, etc.) que requieren una necesaria evaluación de los elementos de prueba y del correspondiente estándar legal[3368]. Se debe evitar el error de creer que solo al final del proceso, cuando se dicta sentencia, se evalúan los medios de prueba[3369].

Las partes tienen el derecho a discutir de manera pormenorizada y suficiente mediante una argumentación adecuada sus puntos de vista acerca de contenido de los medios de prueba y el particular peso probatorio que se les asigna[3370] antes de que se adopte una decisión judicial o fiscal. Antes de que el juez haga el análisis probatorio que corresponda del material que se incorpora al proceso, los sujetos procesales deben pronunciarse dentro del debate en el que participan acerca del valor y peso probatorio que les asignan a los distintos medios de prueba, ya sea de cargo o de descargo.

Tal como lo establece la normatividad procesal, no solo al momento de decidir un caso (sentenciar) se analizan las pruebas[3371]. Hay una serie de decisiones en

3365 Cfr. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., pp. 320 y 322; Ferrua, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, cit., pp. 221 y 249: "El contradictorio supera, trasciende, los intereses de las partes; es el mejor medio para descubrir, respecto a cada tema, todo aquello que pueda confirmar o confutar la hipótesis del acusador".

3366 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 153.

3367 Cfr. Andrés Ibáñez, *Las garantías del imputado en el proceso penal*, cit., 2005, p. 11.

3368 Cfr. Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, cit., p. 32.

3369 Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 344 y 351; Rosas Yataco, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., vol. II, pp. 850 y 866; Peña Cabrera Freyre, *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 629. Sin embargo, Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, cit., T. III, p. 301, sostiene: "El juez aprecia la prueba en la sentencia definitiva, porque es recién entonces cuando puede darse cuenta exacta, por la consideración en conjunto de las diligencias acumuladas, de su pertinencia y eficacia en relación a los hechos alegados".

3370 Cfr. Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 24.

3371 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 288: "Como regla general, puede decirse que la valoración o apreciación de la prueba corresponde al momento procesal

el proceso penal que requieren también una evaluación probatoria para justificar determinados actos y medidas[3372] (*v. gr.*, prisión provisional, el allanamiento, interceptación de las comunicaciones, etc.).

VII. ¿LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA ES UN ACTO EMOTIVO O UN ACTO COGNOSCITIVO? LA PRUEBA NO SE VALORA, SE EVALÚA

23. Uno de los temas más interesantes que se relacionan con la evaluación de los medios de prueba es determinar si se trata de un acto puramente cognoscitivo o de un acto emotivo. En la vida y en el proceso no es infrecuente que haya una inclinación emocional del juez, o del fiscal, que puede dirigir su razonamiento y la manera de enfrentar el caso en una determinada dirección. Aquí es común que se manifiesten sesgos, prejuicios y condicionamientos como la decisión de confirmar a toda costa la hipótesis inicial tratando de encajar la información que se va recogiendo y se desecha injustificadamente la información de signo contrario.

Por ejemplo, en el examen a los testigos no solo están involucrados aspectos verbales centrados en la declaración del testigo, sino también elementos gestuales que mejoran o atenúan el mensaje comunicativo; asimismo, los testigos trasmiten tanto información como impresiones e, incluso, sentimientos.

24. Un primer criterio, muy próximo a los problemas humanos que se resuelven en el proceso, en especial en el proceso penal, considera que el acto de la valoración de la prueba es un acto emotivo o sentimental en el que —sobre la base de los hechos y las pruebas actuadas— se decide un caso.

Un planteamiento semejante ha de rechazarse y se debe considerar como irracional al contravenir los principios que inspiran la actividad probatoria, ya que el puro emotivismo con el que se resuelve un caso se vincula más con el sistema de la íntima convicción que con las disposiciones legales vigentes (artículos 158.1 y 393.2 del CPP). Bajo esta premisa se corre el riesgo que los casos se decidan con base a la gravedad (o nimiedad) de los hechos, al despliegue y cobertura que realicen los medios de comunicación, al impacto que pueden tener determinadas pruebas en las partes, en el público y, en especial, en los jueces, *v. gr.*, las fotografías de un accidente de tránsito, el vídeo de una agresión, etc. Asimismo, un criterio semejante es absolutamente incompatible con la obligación constitucional de justificar las decisiones judiciales que se asienta en parámetros normativos y racionales que

en que debe adoptarse alguna decisión sobre los hechos de la causa o de ciertos problemas incidentales".

3372 Cfr. ANDERSON/SCHUM/TWINING, *Análisis de la prueba*, cit., p. 284.

descarta la presencia de cualquier factor emotivo que pueda perturbar la actividad decisoria del juez.

25. Un segundo planteamiento estima que la valoración de las pruebas no es un acto puramente racional, aséptico y libre de emociones. Por el contrario, se trata de un acto complejo en el que concurren tanto factores cognoscitivos como factores emotivos que forman una unidad inescindible[3373].

La valoración de las pruebas es tanto un acto de conocimiento como un acto emocional que forman una unidad y que no se puede escindir.

26. Un tercer punto de vista considera que el acto de evaluar la prueba debe ser un acto eminentemente racional, reflexivo en la medida que se analiza el material probatorio recogido en el proceso a fin de llegar a una determinada decisión sobre los hechos. Se trata de un acto racional, objetivo que requiere de una especial prudencia y capacidad de estudio y síntesis a fin de que la aplicación del derecho permita acceder a una decisión justa y a una reconstrucción racional de los hechos fundada en la evidencia empírica. Con razón, se sostiene que la evaluación de la prueba es un **acto legal** y **racional**[3374] (*ut infra*). La exigencia de racionalidad se predica en atención de que:

(i) se debe respetar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia en la construcción de las inferencias probatorias y la determinación del resultado probatorio.

(ii) Se debe cumplir con la obligación constitucional y convencional de justificar de manera adecuada y suficiente el razonamiento probatorio tanto en lo que tiene que ver con la acreditación o no de la hipótesis acusatoria, o la hipótesis alternativa de la defensa, como el análisis de las pruebas de cargo y de descargo.

27. El juicio sobre los hechos y la evaluación de la prueba exige una necesaria **distancia emotiva** tanto de los enunciados fácticos, objeto del proceso, como de los

3373 Ampliamente, Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., pp. 1 y 2: "La considerazione deriva dalla consapevolezza che non esiste una sfera conoscitiva separata da una sfera emozionale. Pertanto, una presa di coscienza rispetto al dato implica l'influenza in misura maggiore a volte del momento conoscitivo a volte di quello emozionale, senza che nessuno dei due possa mai venire isolato dall'altro, in un'operazione densa di rapporti scambievoli il cui rispettivo peso dà l'impressione di potere essere colto soltanto rispetto a 'quei casi in cui l'usualità ricorrente dell'atteggiarsi in un senso determinato della coscienza emozionale della percezione del dato, sembra annullare il momento valutativo e lasciare in rilievo quello meramente conoscitivo', con la conseguente impossibilità di distinguere i giudizi di fatto da quelli di valore"; Lanza, Luigi, *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, en *Criminalia*, 2011, pp. 365 y ss.

3374 Véase, Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 185.

protagonistas[3375] (imputado, víctima, tercero civil, etc.). No puede haber empatía ni alguna emoción (positiva o negativa) que distorsione el análisis de los hechos y de las pruebas. La neutralidad metodológica del juez no solo supone una necesaria conducta imparcial y distancia de los hechos y de los actores del proceso, sino una conducta de juzgar alejada de los sentimientos y las emociones. La neutralidad metodológica no solo es una neutralidad cognoscitiva, sino también una neutralidad emotiva.

Como señala Iacoviello[3376]:

> La motivación es, pues, el eje del juicio. Pero ¿qué se entiende por motivación? Un álgido discurso racional resistente a los reclamos del corazón, encierra ciertamente una motivación. Pero una motivación también puede encontrarse en un discurso desbordante de pasión, o bien cálido y alusivo; un discurso, pues, que arrebata los ánimos o que sutilmente se insinúa en ellos y los enreda. También la oración de Antonio ante el cuerpo de César es un discurso motivado.
>
> Simplificando, la alternativa está entre la motivación como discurso racional y la motivación como discurso emocional. Ahora bien, si se consideran las razones por las que la ley impone al juez la obligación de motivar, el modelo racional de motivación se presenta como el más coherente. Y es cierto, pues si la motivación se entendiera como discurso emocional —como psicagogia o técnica de dirección de las almas[3377]— incumpliría su función de tutelar, al mismo tiempo y recíprocamente, al juez y a la colectividad. El juez podría convertirse en el megáfono de las variables humores de la multitud o podría arengar a la gente atizando deliberadamente en sus ánimos sentimientos y resentimientos.
>
> No es este, ciertamente, el escenario prefigurado en el Código al prever la obligación de motivar. El juicio es racionalidad y distanciamiento emotivo. Es la racionalidad la que hace al juez libre de las pasiones colectivas y de las propias. Y es siempre la racionalidad la que funda democráticamente la decisión del juez, porque son las buenas razones y los buenos argumentos la fuerza cohesiva que, en una sociedad evolucionada, pluralista y tolerante, mantiene unida a la colectividad y hace del juez profesional un representante de ella. Es la motivación la que une y acorta la distancias entre el juez profesional y la colectividad.

3375 Cfr. Gomes Filho, *Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto no 156/2009 do Senado Federal*, cit., p. 42.

3376 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 96.

3377 Platón, "Fedro", en *Diálogos*, 261b, p. 814.

28. El juez, en el análisis de la prueba, debe cumplir con dos filtros: la verbalización de la prueba y la verbalización de la decisión sobre los hechos[3378]. El testigo puede expresarse como quiera: con palabras, con gestos, con llanto o con silencio; pero en cualquier caso el juez debe evaluar la declaración con palabras y argumentos, es decir, debe verbalizar dicho testimonio. La verbalización no solo sirve como pista para los partes y para los demás jueces para saber qué es lo que ha pensado el juez de la prueba, en concreto, de un determinado testimonio, sino que sirve para objetivar la prueba en un texto y en una justificación. De este modo, al analizar una prueba, por ejemplo, un testimonio, el llanto del testigo; la impresión del juez se depura emocionalmente, desligándola de su fuente para adquirir un sentido racional. Un testimonio cargado de sentimientos y de emociones se convierte en testimonio racional cuando es analizado por el juez a través de la justificación de la prueba[3379].

La motivación de la prueba —sobre todo cuando se la analiza individualmente— permite obtener una alta cuota de racionalidad al sustraer al juez de los elementos emotivos, de las impresiones y de los factores inconscientes que surgen cuando escucha y examina al testigo, al perito o lee los documentos. La justificación de las decisiones judiciales cumple un papel liberador de los elementos irracionales y de factores emotivos que concurren en la percepción de la prueba. Como señala Iacoviello: "La motivación es el más potente instrumento de racionalización del juicio que ha sido concebido, porque obliga a traducir el juicio de los hechos en un texto lingüístico. Todo lo que no es decible (en un texto) no es prueba, no es juicio no es motivación"[3380].

La motivación de las resoluciones judiciales opera no solo *ex post*, sino también *ex ante* exigiendo que el juez —o cualquier funcionario en su lugar— actúe bajo un autocontrol racional dentro del proceso cognoscitivo que asume en el análisis de los hechos y pruebas. Solo aquello que resulta verbalizable puede formar parte del fundamento de la decisión: lo que se escribe o puede escribir es un control de calidad previo de la decisión que se adopta[3381].

29. La decisión judicial constitucionalmente fundada debe bastarse a sí misma para justificar de manera adecuada las premisas y las conclusiones a las que arriba el órgano jurisdiccional[3382]; de tal modo que no debe remitirse a otras decisiones

3378 Cfr. Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, cit., p. 71.

3379 Por todos, Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 299.

3380 Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 299.

3381 Cfr. Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, cit., pp. 57 y 70.

3382 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 871.

judiciales para integrar su sentido. Una resolución judicial efectivamente motivada debe ser autoexplicativa de lo que deriva su legitimidad social y jurídica[3383].

La racionalidad que asume el juez en el proceso, en especial, en el proceso penal, es una racionalidad libre de pasiones, prejuicios o de cualquier condicionamiento. Las pasiones que bullen en la colectividad y en los medios de comunicación no pueden afectar su equilibrio, imparcialidad y su objetividad. El discurso justificatorio de un juez cuando decide sobre los hechos se basa en el aporte de buenas razones, de buenos argumentos, tanto legales como constitucionales; no es ni debe ser un discurso emotivo y sentimental.

Si bien el juez es un ser humano, de carne y hueso, la ley procesal le obliga a fijar y mantener un discurso básicamente racional que desarrolle y dote de contenido la obligación constitucional y convencional en cuanto a la justificación de los hechos y las pruebas. El juez debe estar prevenido para neutralizar de manera oportuna cualquier sesgo cognitivo (propio o ajeno) que puede tener un efecto directo en la decisión judicial a la que puede llegar a distorsionar por completo.

30. La única fundamentación sobre los hechos compatible con la Constitución y la ley es una argumentación racional de base empírica y legal. El discurso sobre los hechos probados cumple una **función eminentemente cognoscitiva**[3384] y no persuasiva —en el que se utilizan argumentos impactantes, efectistas, grandilocuentes—; de tal manera que, si se censuran razones persuasivas del discurso probatorio, con mayor razón se han de excluir cualquier elemento emotivo o sentimental.

La motivación racional impide la capitulación y la rendición del juez a sus propias impresiones, a la simple intuición que es provocada por sus prejuicios y condicionamiento interior[3385] y que a veces es consecuencia de una lectura e interpretación superficial de la prueba.

El discurso probatorio judicial debe buscar convencer a las partes y a la colectividad empleando razones fácticas y probatorias de base legal y constitucional; no empleando frases o argumentos puramente retóricos o de base sofística. Se distingue entre convencer y persuadir[3386]. El argumento que convence es el argumento que

3383 Cfr. Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, cit., pp. 57 y 70.

3384 Ampliamente, Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., p. 67.

3385 Véase, Gomes Filho, *Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto no 156/2009 do Senado Federal*, cit., p. 42.

3386 Por todos, Perelman, Chaim y Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 2006, pp. 65 y ss.; Aarnio, Aulis, *La respuesta correcta única y el principio de la mayoría*, en *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre la filosofía del derecho*, 2a. reimp., México, Fontamara, 2008, p. 58.

posee una validez objetiva, que se impone a todos, el argumento persuasivo es el argumento que es válido para un grupo de sujetos que puede ser aceptado por un auditorio particular y rechazado por otro.

31. Creemos que uno de los tantos factores que influyen en considerar a la evaluación de la prueba como un acto emotivo y no una operación puramente racional, de carácter cognoscitivo, se debe a que en la literatura jurídica se emplea el término valoración (o valorización[3387]) de la prueba en vez de "evaluación" de la prueba, término último que posee un sentido más aséptico, neutral y desprovisto de cualquier carga valorativa-emotiva.

La "evaluación" es una palabra que capta en su integridad el sentido del análisis de la prueba en sus distintas etapas, especialmente, en la decisoria. La valoración alude implícitamente a un aspecto emotivo, personal y no necesariamente racional; mientras que la evaluación alude una actividad racional, objetiva y neutral en el análisis de hechos y prueba.

La prueba más que ser valorada por el juez (o los demás actores del proceso) requiere ser evaluada sobre parámetros objetivos y racionales.

32. La evaluación racional de la prueba incluye:

i) El análisis del contexto de la prueba (situación de incertidumbre, posibilidades de alcanzar solo una aproximación a la verdad, instrumentos de conocimiento falibles).

ii) La determinación del contenido informativo de cada medio de prueba incorporado al proceso.

iii) El examen global del resultado probatorio.

La evaluación de la prueba como actividad racional no es una tarea que solo realizan los jueces y, en general, los abogados, sino también es una actividad que se extiende a otros ámbitos sociales y profesionales. Por ejemplo, la evidencia es una actividad que compromete y es objeto de estudio por los médicos, científicos, historiadores y políticos.

33. Uno de los problemas que se conectan con el carácter emotivo o no de la evaluación de la prueba es que en muchos delitos y respecto a algunos sospechosos de la comisión de un delito hay un determinado tratamiento cargado de prejuicios, sesgos y condicionamientos en relación con el procesamiento y análisis de la evidencia que se presenta[3388].

3387 Véase, Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 275.

3388 Cfr. Costanzo, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, cit., pp. 78 y ss.

Por ejemplo, en alguna tipología de delitos se tiende a elaborar una serie de estereotipos y sesgos respecto a los autores o la clase de infracciones que se investigan, procesan o sobre las que se tiene que adoptar una determinada decisión. En algunos casos se trata de corroborar a toda costa la hipótesis inicial de culpabilidad sobre la base de criterios intuitivos o irracionales, *v. gr.*, se tiende a creer que toda persona que ha sido condenada por la comisión de un delito es sospechosa y culpable de cometer otro delito semejante por el cual se le acusa. Los antecedentes delictivos son un criterio de selectividad a la hora de investigar, perseguir y sancionar a una persona.

Así como se tiende a exagerar la importancia de determinados factores de algunos delitos o de sus autores, también concurre la tendencia inversa por la que se termina negando o subestimando la gravedad de algunos delitos o de ciertos autores. Ello pasa, por ejemplo, en algunos delitos sexuales en el que la víctima es una mujer y que al momento de los hechos se encontraba ebria, drogada o consintió ingresar a una habitación; así como es el caso de ciertos delitos económicos, o de cuello blanco, en el que la imagen de un hombre de negocios o de empresario exitoso hace que difícilmente se lo considere como culpable de un delito empresarial.

En el caso de la violencia contra la mujer, la Corte IDH reconoce y rechaza el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de los procesos judiciales[3389]. Al respecto, la Corte ha aseverado que valoraciones de esta naturaleza muestran "un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres [...]"[3390]. Se resalta que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas[3391]. El incumplimiento del deber de no discriminación se ve agravado por el hecho de que algunos funcionarios a cargo de la investigación del caso efectúan declaraciones que denotan la existencia de prejuicios y estereotipos sobre el rol social de las mujeres, *v. gr.*, en algunos informes de la investigación se hizo referencia explícita a la forma de vestir de la víctima, a su vida social y nocturna, a sus creencias religiosas, así como a la falta de preocupación o vigilancia por parte de su familia[3392].

De manera general, la Corte IDH considera que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son

3389 Espinoza Gonzáles c. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 272.

3390 J. c. Perú, 27 de noviembre de 2013, párr. 352; Espinoza Gonzáles c. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 272.

3391 Espinoza Gonzáles c. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 278.

3392 Veliz Franco y otros c. Guatemala, 19 de mayo del 2014, párr. 212.

o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres, respectivamente[3393]. Es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades[3394]. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer[3395].

No es posible negar que en el sistema de justicia penal existan determinados estereotipos y perfiles, muchas veces cargados de perjuicios, de determinados autores, víctimas y delitos que condicionan no solo la investigación y el procesamiento de delitos, sino también el manejo y la evaluación de la prueba.

VIII. LAS REGLAS POSITIVAS Y NEGATIVAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

34. La prueba legal excluye o limita la evaluación de la prueba por parte del juez a fin de determinar y dar por acreditado un hecho. Las reglas de la prueba legal reducen el uso de otros medios de prueba que no están dotados de las condiciones y características fijadas en la ley[3396]. Desde el punto de vista histórico, la prueba legal es el instrumento más eficaz para limitar la libertad del juez y por el cual la ley fija en abstracto la jerarquía de los medios de prueba y el peso probatorio de un medio de prueba; de tal manera que aquí el juez solo debe hacer un cálculo o debe seguir las pautas legales. Por ejemplo, se establece que un testimonio tiene menos valor que una confesión[3397]; que la declaración de un hombre tiene mayor peso que el de una mujer, o que la declaración de un hacendado tiene mayor valor que el de un simple peón. Por ejemplo, en el Fuero Real de España estaba excluido, por regla, el testimonio de la mujer. Sin embargo, eran admitidos sus dichos para atestiguar cosas que fueron oídas o hechas "en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa"[3398]. De igual modo, el Espéculo graduaba el valor de los testigos imponiendo al juez sobrios criterios

3393 González y otras ("Campo algodonero") c. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 401; Velásquez Paiz y otros c. Guatemala, 19 de noviembre del 2015, párr. 180; Espinoza Gonzáles c. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 268.

3394 Velásquez Paiz y otros c. Guatemala, 19 de noviembre del 2015, párr. 180.

3395 González y otras ("Campo algodonero") c. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

3396 Cfr. Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 347; Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 137; Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 185; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 67.

3397 Véase, Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 307.

3398 El Fuero Real de España, Lib. II, tít. VII, ley VIII. Véase, Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 197.

de estimación. Los ancianos deben ser más creídos que los mancebos, "porque vieron más y pasaron más las cosas". El hidalgo debe ser creído más que el villano, "pues parece que guardara más de caer en vergüenza por sí, y por su linaje". El rico debe ser más creído que el pobre, "pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa". Y más creído debe ser el varón que la mujer, "porque tiene el seso más cierto y más firme"[3399].

En la problemática de la prueba legal, en cualquiera de sus formas, no solo se encuentran involucradas cuestiones cognoscitivas o epistemológicas, sino aspectos sociales y políticos[3400] que no pueden dejarse de lado como también las variables históricas, culturales e ideológicas. Por ello, es que se requiere que el fenómeno y la actividad probatoria en el proceso se encuentre vinculado a una serie de reglas epistemológicas, sociales, éticas y jurídicas como reflejo del contexto en el que se desempeña la actividad judicial; de tal manera que el incumplimiento de dichas reglas supondría una fractura de lo juzgado y lo que la sociedad y el ordenamiento jurídico quieren realizar[3401].

Una de las críticas que se formula al sistema de la prueba legal es que el objetivo de dichas reglas no es la comprobación racional de la verdad de los enunciados fácticos, ya que las reglas de prueba legal se dirigen a encontrar una certeza puramente formal, situación que nada tiene que ver con la búsqueda de la verdad[3402].

35. En la doctrina se distingue entre la **regla legal de la valoración negativa** y la **regla legal de la valoración positiva de la prueba**[3403].

La **regla de la valoración negativa de la prueba** exige una operación material y lógica de corroboración: se prohíbe al juez condenar, el afectar un derecho funda-

3399 Especulum, Lib. VI, t. VII, ley XXXII. Véase, Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 198.

3400 Véase, Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., p. 37; Denti, *Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, cit., pp. 546, 555 y 583, quien recuerda que en el proceso no existe actividad alguna que, como la del derecho probatorio, refleje el afán político, social cultural del mundo contemporáneo; Gomes Filho, *Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto no 156/2009 do Senado Federal*, cit., p. 35.

3401 Cfr. Gomes Filho, *Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto no 156/2009 do Senado Federal*, cit., p. 36.

3402 Cfr. Taruffo, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, cit., p. 21.

3403 Cfr. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 121; Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., p. 132; Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., pp. 137 y ss.; Santoriello, *La prova penale e la sua valutazione*, cit., p. 97; Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, p. 361, quien alude a la teoría de la prueba legal positiva y a la teoría de la prueba legal negativa. Acerca de la atenuación progresiva del régimen de prueba legal en el proceso civil: Denti, *Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, cit., p. 555.

mental (*v. gr.*, imponer una determinada medida coercitiva) o de dar por acreditado un hecho si es que no concurre un elemento cognoscitivo (medio de prueba) que confirma el valor de una prueba degradada por el legislador[3404]. Con ello se busca limitar de manera drástica, pero en términos racionales y de protección al inocente, la posibilidad de condena[3405] o de afectación de un derecho fundamental. La exigencia de corroboración no indica al juez cómo se puede verificar la afirmación de un hecho, ni cuál es el estándar que se debe cumplir para dar por acreditado un suceso ni sustituye el libre convencimiento del juez[3406] al confiar en la capacidad axiológica-pragmática del magistrado para decidir qué medio o qué fuente de prueba se introduce y se evalúa en el proceso, cumpliendo con la categoría prevista en la ley[3407]. Corresponde al juez el analizar el elemento cognoscitivo que ingresa al proceso y a la esfera de su decisión a fin de determinar si encaja o no dentro de los alcances y el ámbito de la regulación prevista en la ley como condición para la aplicación de la norma[3408].

Se trata de una regulación legal que consagra una **cláusula de insuficiencia** de la prueba y que busca reforzar la vigencia de la presunción de inocencia[3409].

La **regla de la valoración positiva de la prueba** establece que una vez que se verifica ciertos presupuestos, fijados en la norma, el hecho debe ser considerado como verdadero (o como probado) por el juez, aunque no se encuentre convencido[3410]. El juez debe cumplir con constatar dos operaciones que le privan de la necesaria discrecionalidad: por un lado, controlar si cualquier elemento recogido se corresponde a un tipo de prueba legal (*v. gr.*, confesión) y, por el otro, verificar el peso que el legislador atribuye a este tipo de prueba (*v. gr.*, la confesión era prueba plena de la culpabilidad)[3411]. En la actualidad, las reglas legales positivas de la prueba son muy raras en el campo del proceso penal debido a su dudosa constitucionalidad al afectar

3404 Cfr. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 137; Santoriello, *La prova penale e la sua valutazione*, cit., p. 99; Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 121; Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, cit., 2004, pp. 86 y 91.

3405 Cfr. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 189.

3406 Cfr. Santoriello, *La prova penale e la sua valutazione*, cit., p. 99.

3407 Cfr. Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 138.

3408 Cfr. Santoriello, *La prova penale e la sua valutazione*, cit., p. 101.

3409 Cfr. Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 214.

3410 Véase, Florian, *De las pruebas penales*, cit., T. I, p. 361; Carlizzi, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, cit., p. 3: "La particolarità di tale regime consisteva nel fatto che il legislatore, dopo aver prestabilito i tipi di elementi in presenza dei quali il giudice avrebbe dovuto ritenere l'accusato responsabile della vicenda ascrittagli, graduava anche il peso probatorio posseduto da tali tipi"; Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 121.

3411 Cfr. Carlizzi, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, cit., p. 3.

de manera directa a la presunción de inocencia al dar por probado un hecho una vez que se verifica el cumplimiento de ciertos requisitos descritos en la ley, sin que se pueda discutir la credibilidad de la prueba o se pueda cuestionar presentando, por ejemplo, una hipótesis alternativa.

36. En el derecho peruano una disposición como la contenida en el artículo 158.2 del CPP (cláusula legal de insuficiencia de la declaración del colaborador, testigo de referencia y otros) constituye una regla de **valoración negativa de la prueba**[3412] o que se denominada también como una **prueba legal negativa**[3413].

Se parte por considerar que la legislación procesal reconoce como medio de prueba típico a la declaración del testigo de referencia, del arrepentido o colaborador, sobre todo la que posee un signo incriminatorio, pero al mismo tiempo la ley condiciona su eficacia a que se logre corroborar las afirmaciones con el empleo de otros medios de prueba[3414]. Se admite que en el plano jurídico las llamadas pruebas legales negativas equivalen a una garantía contra la convicción errónea o arbitraria de la culpabilidad, asegurando la necesidad de la corroboración con otra clase de pruebas como manifestación de la vigencia del principio de presunción de inocencia[3415]. Supone una especie de contrapeso al poder decisorio del juez[3416] en la evaluación de las pruebas.

La distinción entre la regla de la valoración positiva y la regla de la valoración negativa de la prueba no tiene solo una importancia puramente teórica, sino que deriva de una particular lectura e interpretación de los distintos artículos de diversas leyes procesales penales del derecho comparado que se inician desde el siglo XVII hasta nuestros días[3417]. La regla de la valoración negativa de la prueba supone que la acreditación de un hecho se supedita a la existencia de corroboración o a la presencia de un medio de prueba.

3412 Cfr. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., pp. 119 y ss.; Casiraghi, Roberta, *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, p. 2.

3413 Véase, Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 45/42, p. 565; Beling, *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*, cit., p. 6; Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 189 y ss.; Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 147; Iacoviello, Francesco, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, en *Cassazione penale*, vol. 44, fasc. 10, 2004, p. 9; Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, cit., pp. 34 y 36.

3414 Cfr. Ruggiero, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, cit., p. 44.

3415 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 148.

3416 Cfr. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 108.

3417 Ampliamente, Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 122; Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 95, 10, 105, 108, 137 y ss.

Por lo general, gran parte de los códigos procesales poseen disposiciones legales referidas a las reglas de valoración negativa de la prueba, *v. gr.*, se exige corroboración de la declaración de los testigos de referencia o de los coimputados.

37. En el derecho probatorio comparado se discute acerca de la conveniencia o no de postular reglas legales que regulen la valoración de la prueba, sea que se trate de reglas generales o reglas específicas. Por ejemplo, en Italia se identifican dos grandes corrientes y planteamientos sobre el tema.

Por un lado, se encuentran quienes se muestran a favor de que la ley pueda regular la evaluación de la prueba en casos específicos, sobre todo cuando se trata de medios de prueba sospechosos y de escasa confiabilidad y que pueden influir de manera errónea y equivocada en la valoración de los hechos por parte del juez. Se busca con ello proteger al imputado de una condena injusta y de prevenir los riesgos y abusos que puede haber respecto al empleo de ciertos medios de prueba[3418], *v. gr.*, declaración del coimputado, el uso de la prueba por indicios, etc.

El legislador democrático, a fin de evitar subjetivismos, excesos y perversiones en la evaluación de determinados medios y procedimientos de prueba y por la debilidad de las inferencias que pueden generarse en el razonamiento probatorio, configura determinadas directivas legales de evaluación, sobre todo en los casos en que se reconoce que hay una intrínseca falta de credibilidad de la prueba, *v. gr.*, normalmente el dato probatorio se produce en ausencia de contradictorio. Todo ello obliga a establecer regulaciones objetivas y generales en la evaluación de la prueba.

Por otro lado, se encuentran quienes consideran que el legislador debe abstenerse de regular el ámbito de la valoración racional de la prueba, ya sea brindando reglas generales o reglas específicas. Al legislador le compete fijar las reglas de selección del material probatorio y establecer qué cosa puede —regla de inclusión— y qué cosa no puede —regla de exclusión— ingresar en el juicio decisorio, pero lo que no puede ni debe es fijar criterios legales de valoración[3419]. Se sostiene que muchas veces las reglas de la prueba legal terminan fijando el éxito probatorio de un concreto medio de prueba lo que puede contrastar con los planteamientos y los resultados que puede arribarse con la aplicación de las reglas de la lógica inductiva a la vez

3418 Véase, Grevi, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., pp. 321 y ss.; Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, cit., pp. 106 y ss.; Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., pp. 347 y ss.; Verde, *Prova legale e formalismo*, cit., p. 465; Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonanza*, cit., pp. 322 y ss.; Nobili, Massimo, *Storie d'una illustre formula: il 'libero convincimento' negli ultimi trent'anni*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2003, pp. 89 y ss.

3419 Véase, Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 183, para quien los criterios legales de valoración son propios del proceso inquisitorio y de la aritmética de las pruebas.

que supone una grave contradicción con el principio del libre convencimiento del juez, llamado también principio de la libre evaluación de la prueba, por el cual el juez debe estar libre de toda regla legal, salvo los criterios racionales para analizar y llegar a determinadas conclusiones y resultados probatorios[3420]. Asimismo, puede que la prueba considerada como sospechosa por la ley, en el caso concreto, sea portadora de la mayor capacidad demostrativa y fuerza explicativa, pues todo depende de la característica del hecho que forma parte de la imputación, de la complejidad del evento que deba ser probado y de las particularidades probatorias que se presentan. Las reglas probatorias de carácter legal no son instrumentos cognoscitivos adecuados debido a que estimulan al juez a su elusión y no aplicación sobre la base de los problemas interpretativos que presentan y la laxitud de su regulación[3421]. Se considera que el único criterio que el legislador puede establecer sin afectación del libre convencimiento del juez de manera pedagógicamente útil es el de la decisión de condena más allá de la duda razonable[3422].

38. En los diversos países —al margen de la existencia o no de las denominadas reglas legales de valoración de la prueba— la jurisprudencia ha desarrollado diversos criterios que de manera material y concreta suponen **auténticas reglas vinculantes** y de cumplimiento obligatorio[3423] que se deben utilizar a la hora de evaluar cierta clase de pruebas, tal como ocurre con el caso de la declaración de la víctima, de los testigos, de los coimputados como también de la prueba pericial. En el caso peruano solo basta tomar en cuenta la expedición por parte de la Corte Suprema del Acuerdo

3420 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, pp. 148 y ss; Cordero, *Procedimiento penal*, cit., T. II, pp. 51 y 52; Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 333; Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, p. 183, para quien la valoración de la prueba es una actividad de estricta pertenencia judicial; Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 67; Daniele, *Le regole di valutazione della prova nei principali sistemi penali europei*, cit., p. 1540: "Dall'analisi comparatistica emergono ulteriori ragioni a favore della tesi secondo cui la legge dovrebbe evitare di prescrivere regole di valutazione: volgendo lo sguardo agli altri sistemi europei le regole legali di valutazione della prova assomigliano a relitti galleggianti nell'oceano del libero convincimento"; Ruggiero, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, cit., p. 47; Dinacci, *Regole di giudizio*, cit., p. 16.

3421 Véase, Daniele, *Le regole di valutazione della prova nei principali sistemi penali europei*, cit., p. 1540.

3422 Véase, Ferrua, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, cit., vol. I, pp. 183 y 185.

3423 Ampliamente en el derecho español: Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, cit., pp. 120 y ss.; González Lagier, *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*, cit., p. 18; Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 578, quien alude que se trata de auténticas reglas o criterios —jurisprudenciales— de valoración de la prueba, a los que se le concede una validez general más allá del caso concreto examinado; Fernández López, Mercedes, *La valoración de las pruebas declarativas*, en *Jueces para la democracia*, N.º 64, marzo, 2009, p. 98 y ss.

Plenario N.º 2-2005, de 30 de septiembre del 2005, que regula la declaración de los testigos, peritos y agraviados.

Incluso, la jurisprudencia internacional de los tribunales de derechos humanos, a lo largo de su desarrollo, ha emitido reglas aplicables a la evaluación de ciertas clases de prueba cuya infracción es considerada como una violación directa a las garantías mínimas del debido proceso y de la sana crítica racional. Ello ocurre, por ejemplo, con el caso de la declaración del coimputado en el que hay un acuerdo en considerarla como una prueba altamente sospechosa e insuficiente para condenar[3424] y también cuando se estima como una vulneración a las garantías mínimas del proceso justo las condenas que se basan en la declaración de los testigos ausentes o los testigos anónimos. Se plantea la necesidad de examinar acerca de si las condenas se han expedido sobre la base de pruebas determinantes o decisivas y que se consideran poco confiables[3425].

IX. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA Y SU INCIDENCIA EN LA EVALUACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

IX.1. EL DERECHO A LA PRUEBA Y SUS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES EN LA EVALUACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

A. El derecho a la prueba

39. El derecho a la prueba constituye un derecho fundamental que comprende la facultad constitucional de las partes en el proceso (o en la investigación) para que puedan[3426]:

i) Buscar las fuentes de prueba necesarias para acreditar su pretensión.

ii) Ofrecer o proponer los medios de prueba en su oportunidad y en la etapa procesal correspondiente.

iii) La admisión motivada del concreto medio de prueba, siempre que guarde pertinencia y relevancia con el objeto del proceso.

3424 Véase las sentencias de la Corte IDH en los casos: Ruano Torres y otros c. El Salvador, 05 de octubre del 2015; Zegarra Marín c. Perú, 15 de febrero del 2017.

3425 Véase, Daniele, *Le regole di valutazione della prova nei principali sistemi penali europei*, cit., p. 1542.

3426 Ampliamente, Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 255; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 61; Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 264. En el derecho peruano: Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., pp. 103 y ss.

iv) Participar en la actuación procesal del medio de prueba admitido con la garantía del contradictorio y la igualdad de armas.

v) El poder argumentar y ofrecer razones de cómo se puede o debe interpretar un determinado medio probatorio como también establecer cuál es el peso y/o valor que se le debe asignar en la evaluación de la prueba.

vi) Lograr una valoración racional de cada medio de prueba admitido y actuado en el proceso y obtener una ponderación individual y global de los mismos, determinando su contenido, razonamiento (inferencias), resultado, peso y justificación adecuada al momento de decidir.

vii) Exigir que se respete el estándar probatorio requerido para dictar una resolución judicial, v. gr., prisión provisional, sentencia condenatoria, levantamiento del secreto de las comunicaciones.

viii) Controlar, y exigir el control, de la evaluación racional efectuada por el juez verificando que no se haya omitido el análisis de un medio de prueba relevante, que no se haya alterado su contenido, que se precise su resultado y su relación con el objeto del proceso y la hipótesis de las partes.

40. Según el TC peruano, el derecho a la prueba constituye un derecho básico de los justiciables que se manifiesta en el derecho a producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa[3427]. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de proponer la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que forman parte de su defensa[3428]. El derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen,

3427 Exp. N.º 02684-2011-PA/TC, Caso: Pershing Julio del Carpio Castañeda; Exp. N.º 05291-2009-PA/TC, Caso: Luijomar S.A.; Exp. N.º 9598-2005-PHC/TC, Caso: Jaime Mur Campoverde; Exp. N.º 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana; Exp. N.º 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro; Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz; Exp. N.º 02684-2011-PA/TC, Caso: Pershing Julio del Carpio Castañeda; Exp. N.º 01536-2008-PA/TC, Caso: Waldimir Leder Ibazeta Valdiviezgo.

3428 Exp. N.º 00624-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Gómez Quenta; Exp. N.º 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.º 05291-2009-PA/TC, Caso: Luijomar S.A.; Exp. N.º 9598-2005-PHC/TC, Caso: Jaime Mur Campoverde; Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, Caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana; Exp. N.º 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro; Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz; Exp. N.º 02684-2011-PA/TC, Caso: Pershing Julio del Carpio Castañeda; Exp. N.º 01536-2008-PA/TC, Caso: Waldimir Leder Ibazeta Valdiviezgo.

los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor[3429].

B. El derecho a la prueba, la evaluación racional de la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales

41. Se reconoce que hay una estrecha e indisoluble conexión entre el derecho a la prueba, la etapa de la evaluación racional de la prueba actuada y la obligación constitucional de motivar las resoluciones judiciales[3430].

La doctrina, cuando alude al derecho a la prueba y, en particular, al derecho a la valoración de la prueba, plantea tres consecuencias importantes. La primera se refiere a que todas las pruebas admitidas y actuadas en el proceso deben ser valoradas a efectos de justificar una determinada decisión. La segunda supone que la valoración

3429 Exp. N.º 04717-2018-PHC/TC, Caso: Daniel Maximilian da Costa, representado por Howard Ántero Zacarías Torrealva; Exp. N.º 03119-2018-PHC/TC, Caso: Milagros Giuliana Roque Nole; Exp. N.º 1152-2018-PHC/TC, Caso: Nelva Soledad Rubín Alejandro; Exp. N.º 00778-2018-PHC/TC, Caso: Sur Jhon Paul Torres Castillo representado por Betsabe Rosa Castillo Rodríguez; Exp. N.º 04588-2017-PH/TC, Caso: Julio Hernán Medrano Chaparro, representado por Luis Alberto Mena Núñez (abogado); Exp. N.º 04208-2017-PHC/TC, Caso: César Augusto Monasterio More; Exp. N.º 02550-2017-PHC/TC, Caso: José Antonio Villegas Melgarejo; Exp. N.º 05195-2016-PHC/TC, Caso: Moisés Ernesto Astorga Ramos, representado por Leonardo Dalí Zumaeta Huasasquiche; Exp. N.º 01361-2016-PHC/TC, Caso: Percy Quispe Misaico; Exp. N.º 01773-2016-PHC/TC, Caso: Emilio David Vidal Domínguez; Exp. N.º 00498-2016-PHC/TC, Caso: Edwin Humberto Zárate Martínez, representado por Luis Humberto Zárate Martínez (abogado); Exp. N.º 06254-2013-PHC/TC, Caso: Leonidas Arcaya Aquino; Exp. N.º 01735-2016-PHC/TC, Caso: Julio Alberto Pisconte Ramos; Exp. N.º 01032-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Medina Becerra; Exp. N.º 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.º 02914-2012-HC/TC, Caso: Percy Fertoni Icurima Díaz; Exp. N.º 00624-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Gómez Quenta; Exp. N.º 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.º 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.º 01412-2012-PHC/TC, Caso: Yue Song Zhu; Exp. N.º 03500-2008-PHC/TC, Caso: D.D.S.T; Exp. N.º 01536-2008-PA/TC, Caso: Waldimir Leder Ibazeta Valdiviezgo; Exp. N.º 01634-2009-PHC/TC, Caso: Magno Nicanor Laura Delgado.

3430 Ampliamente, Taruffo, Michele, *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. 430; Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 260; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 54 y ss.; Ferrer Beltrán, *El derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, cit., pp. 28 y ss.; Tuzet, *Filosofía de la prueba jurídica*, cit., pp. 229 y ss.; Igartua Salaverría, *Dos usos desviados de la "presunción de inocencia"*, cit., p. 422; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 69. En el derecho peruano: Talavera Elguera, *La prueba penal*, cit., p. 53; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., pp. 289 y ss.; Rosas Yataco, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., vol. II, p. 850: "Uno de los derechos de todo sujeto procesal es que los medios actuados sean debidamente valorados por el juzgador, ya que de lo contrario se le estaría quitando toda su virtualidad y eficacia".

que se realice de las pruebas deba ser racional[3431], es decir, que la ponderación sea compatible con las reglas de racionalidad imperantes. La tercera es que el juez debe justificar y motivar (artículo 139.5 de la Const.) de manera adecuada las pruebas actuadas en el proceso y que se relacionan, de manera directa o indirecta, con los hechos materia de controversia[3432]. Por ello, se puede 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[3433]. 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 aquellas han sido tenidas en cuenta convenientemente)"[3434].

El derecho a la prueba tiene como una de sus manifestaciones más importantes la facultad de que las partes puedan ofrecer al juez su propia evaluación de los medios de prueba y/o los elementos de juicio. Se trata del poder argumentar sobre la base de los resultados probatorios de cada uno de los medios de prueba y de una evaluación conjunta acerca de la plausibilidad y confirmación de una hipótesis o la refutación de la hipótesis contraria[3435]. De este modo, pueden ejercer el derecho a influir en la decisión final en lo que concierne a los hechos que se deben probar o dar por improbados[3436].

El principio de la libertad probatoria en la evaluación racional no puede significar que el juez se encuentre por encima de la prueba, que pueda sustituir a los medios de prueba actuados o que las conjeturas por más honestas que sean puedan fundar la decisión sobre los hechos[3437]. El ejercicio del derecho a la prueba por una de las partes supone la activación inmediata del deber del juez de brindar una

3431 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 56.

3432 Cfr. Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 159; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 69.

3433 Por todos, Taruffo, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, cit., 1999, p. 430.

3434 Igartua Salaverría, *Dos usos desviados de la "presunción de inocencia"*, p. 422.

3435 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 260.

3436 Cfr. Castillo Alva, *El derecho a influir en la decisión*, cit., p. 141 y ss.

3437 Cfr. Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 157: "El principio de la libre convicción puede transformarse —naturalmente, hablamos aquí de la transformación de buena fe, incluso a base de la más honesta disposición a la justicia— en arbitrariedad: es decir, la confusión de la certeza que debería ser conquistada por el juez *sub especie universalis*, es decir, de la certeza de que deben ser partícipes todos (o por lo menos la mayor parte de los coasociados), con la certeza subjetiva del juez"; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 69.

evaluación lógica, racional y coherente de los resultados de los medios de prueba que se plantea[3438].

42. 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 deba tener un sentido determinado. Las partes, bajo el amparo de este derecho fundamental, no pueden exigir un determinado resultado probatorio o que los medios de prueba se analicen como ellos plantean[3439]. El derecho a la prueba no supone que se asuma el valor probatorio que una parte pretende asignarle a un concreto medio de prueba (o un acto de investigación) ni tampoco implica la evaluación favorable de las pruebas presentadas, por una de las partes. Los sujetos procesales no pueden imponer al juez, como camisa de fuerza, un determinado valor probatorio de sus pruebas o de los medios de prueba que se incorporan al proceso[3440].

El derecho a que se evalúe racionalmente la prueba solo implica que la prueba actuada se tome en cuenta y no importa que dicha prueba posea un determinado sentido, condicione el resultado probatorio o 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 débil o porque se encuentra desvirtuada por otras pruebas actuadas en el proceso que terminan por enervarla o desmentirla.

El TC peruano ha señalado que "valorar los medios probatorios como es obvio no implica necesariamente admitir que lo que pretende el litigante sea tenido por cierto. El mero hecho de que el recurrente no comparta tales razones no enerva que tales consideraciones resulten suficientes para respaldar lo finalmente decidido"[3441]. La Corte Suprema de Justicia ha destacado que "una cosa es no valorar una prueba y otra es hacerlo de modo distinto a la pretensión de una de las partes procesales[3442]"; "las discrepancias de opiniones sobre la valoración probatoria, no puede ser alegada como falta de ilogicidad en la motivación"[3443] y que los argumentos del recurso

3438 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 260.

3439 Cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 56 y ss.; Ferrer Beltrán, *El derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, cit., p. 28.

3440 Cfr. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 28.

3441 Exp. N.º 02714-2012-PA/TC, Caso: Teodoro Yovera Ipanaqué.

3442 Véase la Casación N.º 1142-2021 del 26 de julio del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

3443 Véase la Casación N.º 431-2014 del 25 de febrero del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana).

solo evidencian "una simple discrepancia de la valoración probatoria efectuada por el Tribunal"[3444].

La jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia establece un criterio acorde con la regulación del artículo 197 del CPC al sostener que "conforme el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil, que recoge el principio de la libre valoración de las pruebas, el juez se encuentra facultado a apreciarlas de acuerdo a su sana crítica, sin que se encuentre por ello obligado a calificarlas en el sentido que deseen las partes, puesto que, ello implicaría limitar su facultad discrecional en materia probatoria[3445]" y "que del análisis de los autos fluye que los juzgadores han valorado debida y ampliamente todos los medios probatorios actuados, siendo muy distinto que lo hayan sido en forma diferente a la deseada por el recurrente"[3446]. También destaca "la tutela del derecho a la prueba, de acuerdo con el contenido descrito en el párrafo precedente no garantiza de modo alguno a las partes que la valoración de los medios probatorios, llevada a cabo por el órgano jurisdiccional, deba ser favorable a sus intereses o tener un resultado específico"[3447].

De igual forma, 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[3448]. 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[3449]. 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

3444 Véase la Casación N.º 73-2011 del 19 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Morales Parraguez).

3445 Véase la Casación N.º 1122-2003, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de diciembre de 2003.

3446 Véase la Casación N.º 210-2004, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de agosto de 2004.

3447 Véase la Casación N.º 1336-2017 del 18 de septiembre de 2018 de la Sala Civil Permanente.

3448 Cfr. Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., 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".

3449 Véase la Casación N.º 48-2010 de 17 de septiembre del 2010 donde 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—".

de las resoluciones judiciales también puede ejercerse contra las resoluciones bien fundamentadas[3450].

C. La faceta *positiva* del derecho fundamental a la prueba en la motivación de la evaluación de la prueba

43. La **faceta positiva** del derecho fundamental a la prueba en la evaluación de la prueba irradia y expande sus efectos exigiendo que:

i). Se debe valorar todos y cada uno de los medios probatorios admitidos y actuados en el proceso, sin excepción alguna y tomando en cuenta el resultado probatorio que se obtenga[3451].

ii) El juez penal no podrá utilizar para la deliberación y evaluación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio (artículo 393.1). Los medios probatorios que no se admitieron o no se actuaron no puede ser analizados dentro de esta etapa.

iii) El juez debe proceder a examinar los medios de prueba individualmente y luego los analizará conjuntamente con los demás elementos (artículo 393.2). La evaluación individual de los medios de prueba es una condición y un presupuesto de la evaluación conjunta de la prueba. La evaluación conjunta no puede ser utilizada como pretexto para evitar el análisis individual de la prueba.

iv) El juez debe valorar la prueba según criterios de racionalidad empírica, esto es, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, respetando los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (artículos 158.1 y 393.2 del CPP). Los criterios de evaluación deben ser objetivos y razonables y han de cumplir con el método legal de evaluación probatoria previsto en la ley.

v) Se debe cumplir con las reglas probatorias específicas o especiales que se regula en el CPP como es el caso de las declaraciones altamente sospechosas y que requieren corroboración (declaración de testigos de referencia, colaboradores eficaces, coimputados: artículo 158.2); la prueba de indicios (artículo 158.3) y la confesión (artículo 160.2.a).

44. El derecho a la prueba se entiende como un derecho a obtener una evaluación racional de la prueba debida o suficientemente motivada que alcanza tanto a

3450 Cfr. Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 350.

3451 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 293.

los hechos que se dan por probados como también a los hechos que no se dan por probados[3452] (artículo 394.3 del CPP). Los medios de prueba deben analizarse de manera razonable y adecuada tanto los que se incorporan al proceso a iniciativa de parte como los que ingresan de manera oficiosa. La fundamentación judicial de las resoluciones judiciales es una condición constitucional de la validez de cualquier sentencia o auto[3453] (artículo 139.5 de la Const.).

El CPP establece de manera precisa la obligación de motivar la evaluación de la prueba[3454] al prescribir la justificación de "la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique" (artículo 394.3 del CPP). El juez no puede dejar de justificar y razonar los resultados probatorios adquiridos en el proceso que son pertinentes y relevantes en la solución de la controversia[3455].

45. En la fase de la evaluación probatoria, la garantía de la motivación de las decisiones judiciales (artículo 139.5 de la Const.) desempeña un rol protagónico al permitir racionalizar las percepciones que requieren ser verbalizadas y exteriorizadas para establecer conclusiones razonables y la justificación de la decisión[3456]. El cumplimiento de la obligación de motivar las resoluciones judiciales representa,

3452 Cfr. Andrés Ibáñez, *Los hechos en la sentencia penal*, cit., pp. 114 y 139; Taruffo, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, cit., p. 378; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 57; Ferrer Beltrán, *El derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, cit., p. 29; Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 871; Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, cit., p. 54; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 69; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 363; Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 158; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 854; Sánchez Velarde, *El nuevo procesal penal*, cit., p. 270; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 246; Cubas Villanueva, *El nuevo proceso penal peruano*, cit., p. 334; Rosas Yataco, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., vol. II, p. 855; Peña Cabrera Freyre, *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 627.

3453 Cfr. Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 593.

3454 En el derecho italiano: Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 365; Scaparone, *Procedura penale*, cit., vol. I, p. 394; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 593; Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 675.

3455 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 260.

3456 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 95: "La motivación tiene que ver con un itinerario racional, no con una experiencia psíquica; un proceso psíquico se explica, no se motiva. Libre convicción y motivación tienen que verse en una interacción recíproca. De otro modo, la libre convicción deviene una entidad indescifrable y la motivación un oropel inútil. El proceso corre un doble riesgo: de implosión, si pruebas legales, prejuicios culturales y persuasiones ocultas comprimen la autodeterminación del juez; de explosión, si la libertad decisoria del juez no halla ninguna barrera a su expansión. El deber de motivar sirve para conjurar estos dos riesgos. La motivación es un tiempo protección y prisión del juez. Sirve para tutelar la integridad del juicio frente a la intrusión de fuerzas extrañas y, al mismo tiempo, para impedir que el juez pueda evadirse de su propia racionalidad"; Ferrua, *Il libero convincimento del giudice penale: I limite legal*, cit., p. 72.

por un lado, un límite intrínseco a la libertad y la discrecionalidad del juez a la hora de evaluar los hechos y las pruebas y, por el otro lado, aparece como una premisa lógica imprescindible para el control del juicio de los hechos probados[3457]. Las buenas razones que deben formar parte del discurso justificativo sobre los hechos no solo deben respetar las reglas de la lógica (coherencia, no contradicción, razón suficiente, etc.), sino las reglas y leyes de la ciencia en el análisis de los diversos medios de prueba.

Los resultados probatorios o las conclusiones sobre los hechos deben basarse en el análisis de los medios de prueba incorporados al proceso; de tal manera que se debe sustentar por qué se concluye y se decide de una determinada manera y no de otra. La motivación debe ser razonable, comprensible y se debe transmitir a las partes y a la sociedad[3458]. Ella desempeña el papel de un control preventivo que busca evitar la arbitrariedad judicial en el análisis de los hechos[3459].

46. En una República, como el Perú (artículo 43 de la Const.), los jueces son representantes del pueblo y como tales deben responder y dar cuenta de sus actos, lo que exige que sus fallos deben ser públicos y motivados a fin de que informen acerca de las razones y fundamentos de sus decisiones que es la única forma de justificar su proceder[3460]. Se recuerda que por mandato constitucional "la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes" (artículo 138). La actividad del Poder judicial, en todas sus instancias, posee una necesaria base democrática. La motivación de las resoluciones judiciales confiere mayor racionalidad democrática al ejercicio de las facultades de los jueces[3461]. El destinatario de la actividad judicial, en especial de las decisiones jurisdiccionales, es la colectividad de ciudadanos y el pueblo —como titulares del poder original—, quienes están llamados a ejercer un control democrático al ejercicio del poder jurisdiccional[3462].

3457 Cfr. Grevi/Illuminati, en Conso/Grevi/Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 275; Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 675; Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 152.

3458 Cfr. Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 70; Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, cit., p. 54; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 854.

3459 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 365.

3460 Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 356

3461 Cfr. Arocena, Gustavo Alberto, en Arocena, Gustavo A. / Balcarce, Fabián I. / Cesano, José Daniel, *Prueba en materia penal*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 77.

3462 Cfr. Triggiani, Nicola, *"In nome del popolo italiano"? Spunti di riflessione sul linguaggio della sentenza penale*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, pp. 1 y ss.; Gironi, *La prova indiziaria*, cit., pp. 147 y 165.

La motivación sirve para controlar la decisión del juez, lo que lleva a exigir que la motivación también deba ser controlada, tanto interna como externamente por el juez, las partes y la sociedad[3463].

El proceso sirve como mecanismo de control de las decisiones judiciales por dos razones. En primer lugar, porque todo ciudadano tiene derechos fundamentales que deben ser garantizados por los tribunales de justicia a través del proceso en el que intervienen y al que llevan sus pretensiones con el fin de que sean amparadas. En segundo lugar, por el hecho de que el proceso es una manifestación de la democracia en la que todo ciudadano que interviene en él debe poder participar en la construcción de las decisiones que directamente le interesan o pueden afectar sus derechos[3464].

47. El derecho a la prueba tiene una incidencia directa en la fase de la evaluación racional de la prueba.

El TC peruano ha señalado que los medios de prueba deben ser valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia[3465]. La valoración de la prueba debe estar debidamente

3463 Cfr. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, cit., p. 97: "Si la motivación controla la decisión, la motivación debe ser, a su vez, controlable. El Código no dice a los jueces: 'motivad como os parezca, con tal que motivéis'. La motivación no es un lugar vacío de la sentencia que deba llenarse; la motivación ocupa un espacio lógico no topográfico. No debe hacer volumen, sino que debe ser suficiente. Y la suficiencia no se juzga *secundum eventum*, es decir, según el consenso que suscita en quien la lee. La suficiencia de la motivación es legal y lógica, no psicológica".

3464 Cfr. Streck, *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas*, cit., p. 37; Silva Andrade, Flávio da, *A construção participada da decisão penal no Estado democrático de direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n.° 3, Porto Alegre, 2017, pp. 1007 y ss.

3465 Véanse, las sentencias de los Exp. N.° 04717-2018-PHC/TC, Caso: Daniel Maximilian da Costa, representado por Howard Ántero Zacarías Torrealva; Exp. N.° 1152-2018-PHC/TC, Caso: Nelva Soledad Rubín Alejandro; Exp. N.° 00778-2018-PHC/TC, Caso: Sur Jhon Paul Torres Castillo representado por Betsabe Rosa Castillo Rodríguez; Exp. N.° 01137-2017-PA/TC, Caso: Oficina de Normalización Previsional ONP; Exp. N ° 00506-2017-PHC/TC, Caso: Ricardo Jorge Paico Ramírez; Exp. N.° 04208-2017-PHC/TC, Caso: César Augusto Monasterio More; Exp. N.° 00417-2017-PA/TC, Caso: Seguro Social de Salud, Essalud representado por Julia Alejandrina Soria de Febres, Abogada; Exp. N.° 05195-2016-PHC/TC, Caso: Moisés Ernesto Astorga Ramos, representado por Leonardo Dalí Zumaeta Huasasquiche; Exp. N.° 03912-2016-PHC/TC, Caso: Luis Abel Arcos Lazo, representado por Ever Benildo Ruiz Vargas; Exp. N.° 02676-2016-PHC/TC, Caso: Ronny Martín Coral Macedo, representado por María Elena Castillo Fernández (abogada); Exp. N.° 02045-2016-PHC/TC, Caso: Dionicio Martínez Marín; Exp. N.° 01361-2016-PHC/TC, Caso: Percy Quispe Misaico; Exp. N.° 06336-2015-PHC/TC, Caso: Jorge Isaacs Acurio Tito, representado por Rosa Eliana Adrianzén Guerrero (representante); Exp. N.° 00498-2016-PHC/TC, Caso: Edwin Humberto Zárate Martínez, representado por Luis Humberto Zárate Martínez (abogado); Exp. N.° 04982-2015-PA/TC, Caso: Amir Wahbe; Exp. N.°

motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado[3466].

04081-2015-PHC/TC, Caso: José Aurelio Matamoros Balcázar; Exp. N.º 02046-2014-PAC/TC, Caso: Jorge Adolfo Languasco Fonseca; Exp. N.º 06254-2013-PHC/TC, Caso: Leonidas Arcaya Aquino; Exp. N.º 05530-2013-PA/TC, Caso: Juan Pablo Guzmán Dongo y otro; Exp. N.º 03997-2013-PH/TC, Caso: Noemi Bessy Landázuri Abanto; Exp. N.º 003545-2013-PHC/TC, Caso: Víctor Hugo Huamán Díaz; Exp. N.º 01793-2013-PHC/TC, Caso: Richard Estrada Mestanza; Exp. N.º 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.º 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.º 01735-2016-PHC/TC, Caso: Julio Alberto Pisconte Ramos; Exp. N.º 03801-2012-PHC/TC, Caso: Edmundo Darío Rosales Alvarado; Exp. N.º 01601-2013-PHC/TC, Caso: Giuseppe Balleta Bustamante; Exp. N.º 01032-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Medina Becerra; Exp. N.º 02914-2012-HC/TC, Caso: Percy Fertoni Lcurima Díaz; Exp. N.º 00624-2013-PHC/TC, Caso: Francisco Gómez Quenta; Exp. N.º 02952-2012-HC/TC, Caso: Mario Miguel Chávez Ángeles; Exp. N.º 0195-2012-PA/TC, Caso: Nerea Consuelo Aguirre Gutiérrez; Exp. N.º 01412-2012-PHC/TC, Caso: Yue Song Zhu; Exp. N.º 01669-2012-PHC/TC, Caso: David Rafael Palomino Aquije; Exp. N.º 04027-2012-PHC/TC, Caso: José Ignacio de la Puente Mc Farlane; Exp. N.º 03072-2014-PHC/TC, Caso: Rodolfo Rafael Tirado Rivera representado(a) por Alberto Barreda Vizcarra Abogado; Exp. N.º 03158-2012-HC/TC, Caso: Leonidas Torres Fermín; Exp. N.º 02684-2011-PA/TC, Caso: Pershing Julio del Carpio Castañeda; Exp. N.º 03898-2012-PHC/TC, Caso: Jorge Ricardo Muñoz Salinas; Exp. N.º 01025-2012-PA-TC, Caso: Asociación Educacional Williamson del Perú; Exp. N.º 00268-2012-PHC/TC, Caso: José Arecio Calle Llontop; Exp. N.º 03562-2009-PHC/TC, Caso: Gerardo Raúl Widauski Kleimberg; Exp. N.º 04657-2007-PA/TC, Caso: Samuel Espinoza Granados.

3466 Exp. N.º 04717-2018-PHC/TC, Caso: Daniel Maximilian da Costa, representado por Howard Ántero Zacarías Torrealva; Exp. N.º 00778-2018-PHC/TC, Caso: Sur Jhon Paul Torres Castillo representado por Betsabe Rosa Castillo Rodríguez; Exp. N.º 01137-2017-PA/TC, Caso: Oficina de Normalización Previsional ONP; Exp. N.º 00506-2017-PHC/TC, Caso: Ricardo Jorge Paico Ramírez; Exp. N.º 00417-2017-PA/TC, Caso: Seguro Social de Salud, Essalud representado por Julia Alejandrina Soria de Febres, Abogada; Exp. N.º 05195-2016-PHC/TC, Caso: Moisés Ernesto Astorga Ramos, representado por Leonardo Dalí Zumaeta Huasasquiche; Exp. N.º 03912-2016-PHC/TC, Caso: Luis Abel Arcos Lazo, representado por Ever Benildo Ruiz Vargas; Exp. N.º 06336-2015-PHC/TC, Caso: Jorge Isaacs Acurio Tito, representado por Rosa Eliana Adrianzén Guerrero (representante); Exp. N.º 02045-2016-PHC/TC, Caso: Dionicio Martínez Marín; Exp. N.º 02676-2016-PHC/TC, Caso: Ronny Martín Coral Macedo, representado por María Elena Castillo Fernández (abogada); Exp. N.º 01361-2016-PHC/TC, Caso: Percy Quispe Misaico; Exp. N.º 00498-2016-PHC/TC, Caso: Edwin Humberto Zárate Martínez, representado por Luis Humberto Zárate Martínez (abogado); Exp. N.º 04982-2015-PA/TC, Caso: Amir Wahbe; Exp. N.º 02046-2014-PAC/TC, Caso: Jorge Adolfo Languasco Fonseca; Exp. N.º 03072-2014-PHC/TC, Caso: Rodolfo Rafael Tirado Rivera Representado(a) por Alberto Barreda Vizcarra Abogado; Exp. N.º 06254-2013-PHC/TC, Caso: Leonidas Arcaya Aquino; Exp. N.º 05530-2013-PA/TC, Caso: Juan Pablo Guzmán Dongo y otro; Exp. N.º 003545-2013-PHC/TC, Caso: Víctor Hugo Huamán Díaz; Exp. N.º 03898-2012-PHC/TC, Caso: Jorge Ricardo Muñoz Salinas; Exp. N.º 04284-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Vicente Suazo Campos; Exp. N.º 03801-2012-PHC/TC, Caso: Edmundo Darío Rosales Alvarado; Exp. N.º 04081-2015-PHC/TC, Caso: José Aurelio Matamoros Balcázar; Exp. N.º 03997-2013-PH/TC, Caso: Noemi Bessy Landázuri Abanto; Exp. N.º 01793-2013-PHC/TC, Caso: Richard Estrada Mestanza; Exp. N.º 04027-2012-PHC/TC, Caso: José Ignacio de la Puente Mc Farlane; Exp. N.º 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.º 03158-2012-HC/TC, Caso: Leonidas Torres Fermín; Exp. N.º 02952-2012-HC/TC, Caso: Mario Miguel Chávez Ángeles; Exp. N.º 0195-2012-PA/TC, Caso: Nerea Consuelo Aguirre Gutiérrez; Exp. N.º 02914-2012-HC/TC, Caso: Percy Fertoni Lcurima Díaz; Exp. N.º

El TC peruano señala lo siguiente: "de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De 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"[3467]. 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, de debido proceso[3468]. Igual posición ha sido reiterada al sostener que 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[3469].

El TC peruano tomando en cuenta algunas sentencias de la Corte IDH, ha señalado lo siguiente:

> "puede apreciarse que el derecho a la prueba mantiene una íntima conexión con el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación protege el derecho de los

---

01025-2012-PA-TC, Caso: Asociación Educacional Williamson del Perú; Exp. N.º 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro; Exp. N.º 01412-2012-PHC/TC, Caso: Yue Song Zhu; Exp. N.º 05291-2009-PA/TC, Caso: Luijomar S.A.; Exp. N.º 01536-2008-PA/TC, Caso: Waldimir Leder Ibazeta Valdiviezgo; Exp. N.º 03500-2008-PHC/TC, Caso: D.D.S.T.; Exp. N.º 01207-2011-PA/TC, Caso: Centro Comercial Señor de los Milagros S.A.; Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz; Exp. N.º 01634-2009-PHC/TC, Caso: Magno Nicanor Laura Delgado; Exp. N.º 02601-2009-PHC/TC, Caso: Mario Fernando Ramírez Daz; Exp. N.º 01557-2012-PHC/TC, Caso: Hugo Enrique Ninahuanca Sosa y otros; Exp. N.º 00862-2008-PHC/TC, Caso: Freddy Fernando Salas Valenzuela; Exp. N.º 03651-2010-PHC/TC, Caso: Paulina Fernández Huamán a favor de Casely José Fernández Huamán; Exp. N.º 05066-2009-PHC/TC, Caso: Erminio Vega Mendoza; Exp. N. º 06065-2009-PHC/TC, Caso: Pablo Contreras Calderón; Exp. N.º 03875-2008-PHC/TC, Caso: Giovanni Michele Messina; Exp. N.º 00288-2012-PHC/TC, Caso: Edmundo Wilfredo Milla Uceda.

3467 Véase el Exp. N.º 02126-2013-PA/TC, Caso: Federico Alarco Suárez; Exp. N.º OI860-2012-PA/TC, Caso: Lucio Huallparimachi Quispe; Exp. N.º 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.º 01025-2012-PA-TC, Caso: Asociación Educacional Williamson del Perú; Exp. N.º 03562-2009-PHC/TC, Caso: Gerardo Raúl Widauski Kleimberg; Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz; Exp. N.º 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro.

3468 Exp. N.º 03271-2012-PA/TC, Caso: Gobierno Regional de Tacna; Exp. N.º 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro; Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC, Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz.

3469 Exp. N.º 03736-2010-PA/TC, Caso: César Augusto Elías García.

> ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, en tanto que 'es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión', por ello 'la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado' (Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela y Apitz Barbera y otros [Corte Primera del Contencioso Administrativo] vs. Venezuela)"[3470].

El TC señala que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, así, queda circunscrito a asegurar que los medios de prueba admitidos sean *valorados* por el juez bajo criterios objetivos, en tanto que la *corrección* de dicha valoración queda sujeta, *prima facie*, a control a través de los medios impugnatorios que la ley procesal específica pueda establecer. Corrección, a estos efectos, no significa que la valoración no esté libre de errores, pues al fin y al cabo se trata de un acto de la justicia humana; solo que ella no sea patentemente extravagante o manifiestamente inconstitucional. Por ello, en el ámbito de la justicia constitucional de la libertad, un control sobre la corrección de la valoración de un medio de prueba solo ha de realizarse cuando, pese a haberse cuestionado mediante el empleo de todos los medios impugnatorios, la valoración efectuada se presente contraria a las exigencias de una sana y recta motivación o, como antes se ha especificado, en los casos en que este sea manifiestamente extravagante o fundado en criterios incompatibles con la Constitución[3471].

48. La máxima instancia de la justicia ordinaria peruana ha reconocido la enorme conexión e importancia entre el derecho a la prueba y la obligación de motivar las decisiones judiciales.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el derecho a probar "se convertiría en una garantía únicamente declarativa o ilusoria si el juzgador no apreciara adecuada y razonablemente el material probatorio, dando lugar a una sentencia irregular o arbitraria[3472]", y que "las pruebas que sustentan la pretensión y la oposición de las partes tienen su correlativo en el deber del juez de merituar de manera conjunta el

3470 Exp. N.º 01025-2012-PA-TC, Caso: Asociación Educacional Williamson del Perú.

3471 Véase el Exp. N.º 02126-2013-PA/TC, Caso: Federico Alarco Suárez; Exp. N.º 01860-2012-PA/TC, Caso: Lucio Huallparimachi Quispe.

3472 Véase la Casación N.º 1542-2020 del 17 de marzo de 2022 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.º 392-2018 del 28 de marzo de 2019 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.º 250-2018 del 19 de marzo de 2019 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.º 61-2018 del 11 de agosto de 2020 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente; la Casación N.º 1238-2017 del 14 de marzo de 2019 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.º 133-2017 del 11 de septiembre de 2018 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.º 8543-2016 del 12 de abril de 2018 de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

caudal probatorio aportado, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 197° del Código Adjetivo[3473]. Esta actividad, valoradora en los aspectos de *prueba-valoración-motivación*, no debe ser entendida en la forma de meros agregados mecánicos, sino como la expresión del juicio racional empleado por el juzgador para establecer la conexión entre los medios de prueba presentados por las partes y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio"[3474]. También se ha destacado que "la falta de percepción o la omisión de valorar la prueba para el esclarecimiento de los hechos puede generar errores en la logicidad que repercuten en la garantía del debido proceso. Constituye, además, un atentado contra el principio de igualdad de las partes, por vulnerar el derecho subjetivo de probar, al apartar del proceso el material probatorio de una de las partes intervinientes ocasionando un perjuicio; incurriendo así en arbitrariedad, por expedir una sentencia irregular, con errores *in cogitando*"[3475].

El derecho a la prueba se encuentra íntimamente conectado con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que entre sus vertientes engloba el derecho a obtener una resolución razonable, motivada y fundada en derecho, además de congruente con las pretensiones deducidas por las partes en el interior del proceso; como también con el derecho de defensa del que es realmente inseparable. Como refiere Taruffo, "el fenómeno de la prueba de los hechos y el de la motivación de la sentencia mantienen una relación muy estrecha, casi de implicación recíproca, en el marco de una concepción racionalista de la decisión judicial[3476]." Así, el contenido esencial de este derecho se respeta siempre que, una vez admitidas las pruebas declaradas pertinentes, sean valoradas por los órganos judiciales conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado; y acorde a la naturaleza de la pretensión materia del proceso[3477].

3473 Véase la Casación N.° 1542-2020 del 17 de marzo de 2022 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.° 392-2018 del 28 de marzo de 2019 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.° 61-2018 del 11 de agosto de 2020 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente; la Casación N.° 1238-2017 del 14 de marzo de 2019 de la Sala Civil Permanente.

3474 Véase la Casación N.° 392-2018 del 28 de marzo de 2019 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.° 250-2018 del 19 de marzo de 2019 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.° 1238-2017 del 14 de marzo de 2019 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.° 133-2017 del 11 de septiembre de 2018 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.° 8543-2016 del 12 de abril de 2018 de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

3475 Véase la Casación N.° 133-2017 del 11 de septiembre de 2018 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.° 8543-2016 del 12 de abril de 2018 de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

3476 Taruffo Michele, Ibáñez Perfecto y Candau Alfonso. Consideraciones sobre la prueba judicial. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, N.° 6, p. 17.

3477 Véase la Casación N.° 6316-2019 del 19 de mayo de 2022 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.° 1736-2020 del 9 de junio de 2022 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.° 11-2017

La motivación o justificación es el mecanismo —normalmente escrito— del que se vale el juez para hacer saber el resultado del trabajo de valoración de la prueba. Con la motivación se hacen evidentes —se hacen saber— las razones que llevaron al juez a emitir las conclusiones probatorias objetivas (las racionales y objetivas, dejando de lado las subjetivas) realizadas en la valoración de la prueba a partir de la actividad de las partes[3478]. La valoración de los medios de prueba se encuentra relacionada con la motivación de las resoluciones judiciales, esta constituye un principio y derecho de la función jurisdiccional. La motivación es esencial en los fallos, ya que los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima una demanda, pues a través de su aplicación efectiva se llega a una recta impartición de justicia, evitándose con ello arbitrariedades y permitiendo a las partes ejercer adecuadamente su derecho de impugnación, planteando al superior jerárquico las razones jurídicas que sean capaces de poner de manifiesto los errores que pueda haber cometido el juzgador. La verificación de una debida motivación solo es posible si de las consideraciones de la sentencia se expresan las razones suficientes que sustentan la decisión, razones que justifiquen suficientemente el fallo, las cuales deben ser objetivas y completas[3479]. Por consiguiente, una buena decisión judicial no solo requiere de una valoración adecuada del material probatorio, sino que además para complementar este trabajo valorativo se exige que esta sea traducida correctamente en la parte argumentativa —escrita— de la sentencia. La motivación debe ser coherente con la valoración de la prueba, no se debe sostener ni menos ni más de lo que arroja el trabajo probatorio, de lo contrario encontraremos supuestos de motivación con defectos[3480].

La exigencia de la motivación suficiente, prevista en el numeral 5) del referido artículo, garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso y no de una arbitrariedad por parte del juez; de allí que una

---

del 31 de julio de 2018 de la Sala Civil Permanente.

3478 Véase la Casación N.º 676-2019 del 14 de julio del 2022 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Cunya Celi); la Casación N.º 2694-2018 del 11 de agosto del 2022 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Cunya Celi); la Casación N.º 367-2018 del 13 de noviembre del 2018 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Hurtado Reyes).

3479 Véase la Casación N.º 676-2019 del 14 de julio del 2022 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Cunya Celi); la Casación N.º 2694-2018 del 11 de agosto del 2022 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Cunya Celi); la Casación N.º 367-2018 del 13 de noviembre del 2018 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Hurtado Reyes).

3480 Véase la Casación N.º 676-2019 del 14 de julio del 2022 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Cunya Celi); la Casación N.º 2694-2018 del 11 de agosto del 2022 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Cunya Celi); la Casación N.º 367-2018 del 13 de noviembre del 2018 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Hurtado Reyes).

resolución que carezca de motivación suficiente no solo vulnera las normas legales citadas, sino también principios de rango constitucional[3481].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "la no valoración de determinada prueba o elemento de convicción, que podría ser esencial para la definición de la controversia no integra la garantía genérica del debido proceso sino la específica de motivación contemplado en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal"[3482]. Por ejemplo, en el ámbito del recurso de casación "se controla el juicio de valoración en la apreciación de la prueba, es decir si está expresada la motivación y se corresponde con criterios racionales"[3483].

Se destaca que la motivación aparente se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos[3484].

D. La faceta *negativa* del derecho fundamental a la prueba en la motivación de la evaluación de la prueba

49. Por su parte, la **faceta negativa** del derecho a la prueba en el ámbito de la evaluación de la prueba exige que las decisiones judiciales (o fiscales) no deben ser arbitrarias o absurdas en el análisis de los hechos y de las pruebas[3485]. No pueden

3481 Véase la Casación N.º 11-2017 del 31 de julio de 2018 de la Sala Civil Permanente; la Casación N.º 4678-2015 del 31 de julio de 2018 de la Sala Civil Permanente.

3482 Véase la Casación N.º 08-2007 del 13 de febrero del 2008 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Zecenarro Mateus).

3483 Véase la Casación N.º 06-2009 del 4 de diciembre del 2009 de la Sala Penal Permanente.

3484 Véase la Casación N.º 2694-2018 del 11 de agosto del 2022 de la Sala Civil Permanente (Ponente: Cunya Celi).

3485 Cfr. Taruffo, *Ermeneutica, prova e decisione*, cit., p. 136: "Il principio generale del libero convincimento del giudice, che si traduce nella discrezionalità del medesimo nella valutazione delle prove, non implica affatto che si accolga una concezione irrazionalistica e assolutamente soggettivistica di tale valutazione"; Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 152; Proto Pisani, *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 448: "prueba libre no equivale a arbitraria"; Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, cit., núm. 171, p. 288: "Valoración libre de la prueba no significa en absoluto facultad para el juez de formar su convicción de modo subjetivamente arbitrario; libertad quiere decir uso razonado de la lógica y del buen sentido, guiados y apoyados por la experiencia de vida"; Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 157: "Libre convicción no equivale, pues, a arbitrariedad: libre, en el sentido de que el juez no tenga otro límite, en la valoración de las pruebas, que la conciencia de la responsabilidad de su función. Es decir, no se trata de libertad de juzgar, en lo cual está el arbitrio; sino de libertad de comprobación, o más concretamente, de libertad en la adopción de los instrumentos de comprobación, lo cual presupone siempre el deber de proceder a una comprobación"; Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2022, p. 440; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 271; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 363; Cafferata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 69 y 73, quien alude a la fundamentación absurda, "cuya arbitrariedad es consecuencia de ser contraria a toda lógica, o contener errores burdos de apreciación probatoria"; Cafferata

ser producto del mero decisionismo, capricho o del voluntarismo de las autoridades estatales[3486]. Se alude aquí a una arbitrariedad fáctica por subjetivismo judicial que corresponde entenderla como un caso de arbitrariedad en el análisis y ponderación de los hechos y pruebas[3487].

Una valoración unilateral o faccionada de los medios de prueba genera de manera irremediable que estemos ante una sentencia arbitraria[3488]. Solo la motivación de las resoluciones judiciales puede establecer y advertir si es que nos encontramos ante un razonamiento sesgado, absurdo o arbitrario[3489]; de otra manera habrá una absoluta falta de justificación o inexistencia de la motivación de las resoluciones judiciales.

50. Se debe distinguir entre **discrecionalidad** y **arbitrariedad**[3490]. Mientras la segunda se encuentra proscrita en un Estado de derecho, la primera goza de reco-

---

Nores, José y Aída Tarditti, *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba*, 3a. ed., Córdoba, Mediterránea, 2003, T. II, p. 439: "La valoración de la prueba será absurda no solo cuando sea contraria y opuesta a la razón, contradictoria o irracional; también será absurda cuando sea disparatada, extravagante, hecha fuera del orden o modo común de obrar, desacostumbrada, excesivamente peculiar u original, no tenga sentido, por no ser expresión de la facultad de la generalidad de las personas de juzgar razonablemente las cosas conforme a su 'buen juicio natural'"; Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., pp. 269 y 283: "La prueba cae en el absurdo cuando se aparta de la lógica; cuando la operación intelectual lejos de ser coherente, lleva a premisas o conclusiones abiertamente contradictorias entre sí; no existiendo absurda valoración de la prueba cuando el fallo evidencia una apreciación razonada, lógica coherente, sin llevar a premisas o conclusiones contradictorias entre sí: En el absurdo se incurre cuando el fallo da por acreditado un hecho sobre la base de una constancia inexistente o que no tiene fuerza probatoria, al no habérselo ponderado en el veredicto o bien cuando se le otorga categoría de prueba a lo que no lo es"; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 244: "Hay que tener en cuenta que este sistema no es una libertad para el absurdo o la arbitrariedad"; Peña Cabrera Freyre, *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 634.

3486 Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 363; Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, cit., p. 54; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., pp. 64, 323 y ss.; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 247; Rosas Yataco, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., vol. II, p. 855; Peña Cabrera Freyre, *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 634.

3487 Por todos, Sagüés, Néstor Pedro, *Sentencia arbitraria por subjetividad judicial*, en *Ius et Veritas*, Año V, N.° 10, Lima, 1995, p. 205

3488 Cfr. Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, cit., p. 54; Caffe-rata Nores/Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 68.

3489 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 329.

3490 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*, N.° 35, julio-diciembre, 2006, p. 152; Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 15a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 217; Fernández, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima, Palestra, 2006, pp. 95 y 97, para quien el poder discrecional es "un poder funcional,

nocimiento y protección constitucional y legal. La discrecionalidad que encuentra legitimidad constitucional es la que se realiza sin vulnerar las reglas del ordenamiento jurídico[3491]. Se trata de una discrecionalidad jurídicamente vinculada o sujeta a la ley y a la Constitución[3492]. El problema de la discrecionalidad no es su existencia[3493], sino sus límites[3494]. Mientras lo arbitrario carece de justificación, es algo que no tiene sustento, base objetiva ni se apoya en principio, norma o regla alguna[3495]; lo discrecional posee como ámbito legítimo todo aquello que tiene fundamentación racional[3496], aunque la misma pueda ser discutible, no genere consenso o sea pasible de merecer críticas por desechar o no adoptar soluciones mejores[3497].

Se afecta el derecho a la prueba en relación con la obligación de valorar racionalmente los medios de prueba incorporados al proceso cuando: (i) el juzgador omite evaluar un medio de prueba que se admite y actúa en el proceso; (ii) cuando se valora sin cumplir los criterios de racionalidad y las reglas de la sana crítica, esto es, cuando se analiza la prueba de manera defectuosa, arbitraria o sesgada[3498]. Sin embargo, la mayor violación al derecho a la prueba en la faceta de evaluar racionalmente los

---

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 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*, Madrid, Iustel, 2005, p. 121); Alonso Mas, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 255; Aliste Sánchez, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., pp. 160, 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"; Cubas Villanueva, *El nuevo proceso penal peruano*, cit., p. 337.

3491 Cfr. García Amado, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, cit., p. 151.

3492 Cfr. Fernández, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 111.

3493 Sin embargo, hay corrientes del pensamiento jurídico que la rechazan o la niegan, véase el recuento efectuado por García Amado, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, cit., pp. 153 a 168.

3494 Cfr. Nieto, *El arbitrio judicial*, cit., p. 361; Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 105.

3495 Cfr. Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, cit., p. 216.

3496 Cfr. Aliste Sánchez, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 162.

3497 Cfr. Fernández, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., pp. 144 y 227; Alonso Mas, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 256.

3498 Cfr. Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 325.

medios de prueba se produce cuando se prescinde de apreciar aquellos medios de prueba que tienen la capacidad de influir en una diversa solución del caso[3499].

La Corte Suprema de Justicia señala con relación al cumplimiento de la obligación de motivar las decisiones judiciales; que: "están proscritos los razonamientos incongruentes, ilógicos, subjetivos, irracionales, arbitrarios o contrarios a la sana crítica"[3500]. Solo así se garantiza el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y se otorga a los justiciables la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales[3501]. La **irracionalidad de la motivación** se presenta cuando en la construcción de las inferencias probatorias se vulneran las leyes de la lógica (identidad, no contradicción, razón suficiente y tercero excluido), las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos[3502]. Se reconoce la **motivación irracional** en un caso concreto si es que la resolución judicial superior contiene inferencias probatorias indebidas por desconocer el mérito probatorio intrínseco de los medios de prueba[3503], *v. gr.*, la pericia de identificación facial no se concuerda con el testimonio de la víctima y con el conjunto del material probatorio disponible, en especial

3499 Cfr. Morello, Augusto, *La prueba. Tendencias modernas*, Buenos Aires, Editora Platense-Abeledo Perrot, 1991, p. 220; Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, cit., p. 326.

3500 Véase la Casación N.º 1707-2019 del 30 de julio del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez); el R. N. N.º 887-2020 del 13 de abril del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez); el R. N. N.º 227-2020 del 12 de octubre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Castañeda Espinoza); el R. N. N.º 221-2020 del 23 de marzo del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez); el R. N. N.º 1544-2019 del 17 de marzo del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez); el R. N. N.º 2328-2018 del 29 de octubre del 2019 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Balladares Aparicio).

3501 Véase el R. N. N.º 887-2020 del 13 de abril del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez); el R. N. N.º 227-2020 del 12 de octubre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Castañeda Espinoza).

3502 Véase la **Casación N.º 836-2019** del 25 de noviembre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro); la **Casación N.º 1537-2022** del 19 de julio del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro): "Es de ratificar, sin embargo, que la valoración de la prueba llevada a cabo por los jueces de mérito no puede calificarse de irracional —que vulneró las reglas de la sana crítica: leyes de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicos— o que no se tomó en cuenta algún medio de prueba decisivo"; la **Casación N.º 552-2019** del 18 de noviembre del 2020 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro) la motivación: "Es irracional porque vulneró las máximas de la experiencia para aquilatar el error de tipo y no tuvo en cuenta todo lo sucedido, en función a la partida de nacimiento de la niña, a lo inmediato de la denuncia, a las características psicológicas de la agraviada y a la propia conducta del imputado, quien pese a la necesidad de explicaciones prefirió guardar silencio. Nada indica, como presupuesto, un enamoramiento previo o una relación de amistad o personal al punto de sostener relaciones sexuales libre y consentidamente".

3503 Véase la **Casación N.º 1449-2021** del 18 de abril del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Altabás Kajatt) la motivación es irracional "al infringir el principio lógico de razón suficiente, pues las inferencias no están adecuadamente deducidas de la prueba; no se contrastaron a través de la mediación de pluralidad, concordancia y convergencia de los indicios, ni se sopesaron con

del testigo que la ayudó, quien ha precisado las circunstancias concomitantes y posteriores a los hechos[3504]. Por su parte, la **motivación arbitraria** está referida a errores graves en la inferencia probatoria, que colisionan con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos[3505]. En suma, se reconoce que el recurso de casación puede verificar si se ha incurrido en una **motivación irracional**[3506].

La Corte Suprema de Justicia argentina, al elaborar la doctrina de la arbitrariedad, ha incluido, como una subespecie, los casos en los cuales se han violado algunos principios lógicos, especialmente, el de razón suficiente (por falta o insuficiente fundamentación) y el principio de no contradicción. La doctrina de la arbitrariedad abarca casos en los cuales están en juego vicios no lógicos: pero también incluye defectos lógicos[3507] [3508].

51. La Corte IDH señala que la motivación de un fallo y de ciertos actos (administrativos) debe permitir conocer cuáles son los hechos, motivos y normas en las que se basó el órgano que lo dictó para tomar su decisión[3509] de modo que se pueda desechar cualquier indicio de arbitrariedad, a la vez que les demuestra a las partes que estas han sido oídas en el marco del proceso[3510].

---

los contraindicios. Tampoco se desarrolló una cadena de indicios que permitan fundar una inducción razonable sobre la concertación dolosa entre los demás coimputados"

3504 Véase la Casación N.º 47-2021 del 14 de marzo del 2022 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

3505 Véase la Casación N.º 343-2018 del 13 de diciembre del 2018 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro)

3506 Véase la Casación N.º 2215-2021 del 2 de agosto del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

3507 Exp. N.º 458-2001-HC/TC; Caso: Leoncio Silva Quispe.

3508 Por todos, GHIRARDI, Olsen A., *Los principios lógicos y la doctrina de la arbitrariedad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación (el control de logicidad)*, pp. 1 y 5 [https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/12/artlosprincipioslogicoasdoctrinaarbitrariedad.pdf]: "Como es sabido la Suprema Corte de la Nación ha desarrollado la doctrina de la arbitrariedad. La arbitrariedad, como se advierte al estudiar las sentencias judiciales de ese Alto Tribunal, en numerosos casos deviene tal, por la inobservancia del principio de no contradicción o del principio de razón suficiente. En consecuencia, esta inobservancia es la causa de la arbitrariedad —como se ha dicho— y no al revés. La arbitrariedad es el efecto. La violación del principio lógico es la causa. Y bien pudo haberse bautizado a un importante segmento de sentencias arbitrarias, sentencias con errores *in cogitando*, lo que habría sido una advertencia hacia la falta de observación de los errores del pensar y de la comunicación de ese pensar".

3509 San Miguel Sosa y otras c. Venezuela, 08 de febrero del 2018, párr. 189; Chinchilla Sandoval c. Guatemala, 29 de febrero del 2016, párr. 248; Claude Reyes y otros c. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 122; García Ibarra y otros c. Ecuador, 17 de noviembre de 2015, párr. 151.

3510 Trabajadores cesados de Petroperú y otros c. Perú, 23 de noviembre de 2017, párr. 168; Claude Reyes y otros c. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 122; Flor Freire c. Ecuador, 31 de agosto de 2016, párr. 182; García Ibarra y otros c. Ecuador, 17 de noviembre

El TC peruano ha establecido que "el derecho a que las resoluciones judiciales sean razonadas garantiza que la decisión adoptada no sea fruto de la arbitrariedad, del voluntarismo judicial o acaso consecuencia de un proceso deductivo irracional, absurdo o manifiestamente irrazonable"[3511] y que "toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional"[3512]. Por tanto, toda resolución judicial que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; y cuyas

---

de 2015, párr. 151; Maldonado Ordóñez c. Guatemala, 03 de mayo del 2016, párr. 87; Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") c. Venezuela, 5 de agosto de 2008, párr. 78; Chocrón Chocrón c. Venezuela, 1 de julio de 2011, párr. 118; J. c. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 224.

3511 Exp. N.º 458-2001-HC/TC; Caso: Leoncio Silva Quispe.

3512 Véase el Exp. N.º 04101-2017-PA/TC, Caso: Carmen Liliana Arlet Rojjasi Pella; Exp. N.º 5156-2006-PA/TC; Caso: Vicente Rodolfo Walde Jáuregui; Exp. N.º 3881-2005-PA/TC; Caso: Víctor Ladrón de Guevara de la Cruz; Exp. N.º 01721-2008-PA/TC; Gina Liliana Coronado López; Exp. N.º 05601-2006-AA/TC, Caso: Fidel Gregorio Quevedo Cajo; Exp. N.º 02107-2007-PA/TC, Caso: Pontificia Universidad Católica del Perú; Exp. N.º 03891-2011-PA/TC, Caso: César José Hinostroza Pariachi; Exp. N.º 02250-2007-PA/TC, Caso: José Antonio Silva Vallejo; Exp. N.º 04944-2011-PA/TC, Caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia; Exp. N.º 8333-2006-PA/TC, Caso: Miguel Ángel Tomayconza Fernández-Baca; Exp. N.º 01579-2008-PA/TC, Caso: Yuri Antonio Almendáriz Gallegos; Exp. N.º 4006-2004-AA/TC, Caso: Nimer Roberto Marroquín Mogrovejo; Exp. N.º 01243-2011-PA/TC, Caso: Mariano Freddy de la Cruz Huamán; Exp. N.º 9851-2006-PA/TC, Caso: Samuel Walter Romero Aparco; Exp. N.º 02990-2009-PA/TC, Caso: Pablo Quispe Arango; Exp. N.º 03597-2011-PA/TC, Caso: Roger Alcides Salazar López; Exp. N.º 02637-2011-PHC/TC, Caso: Luis Gerónimo Pinto Gutiérrez; Exp. N.º 6011-2007-PA/TC Lima Blanca Imelda Arriaga Céspedes; Exp. N.º 3788-2007-PA/TC, Caso: Manuel Vicente Trujillo Meza; Exp. N.º 0905-2007-PA/TC, Caso: Pedro Lucio Ramos Miranda; Exp. N.º 00394-2007-PA/TC, Caso: Ricardo Quispe Pérez; Exp. N.º 10375-2006-PA/TC, Caso: Pedro Alberto Córdova Rojas; Exp. N.º 10070-2006-PA/TC, Caso: José Alberto Hidalgo Esquivel; Exp. N.º 09848-2006-PA/TC, Caso: Carlos Simón Rodríguez Ramírez; Exp. N.º 8842-2006-PA/TC, Caso: Carlos Felipe Linares Vera Portocarrero; Exp. N.º 08771-2006-PA/TC, Caso: Carlos Marco Kodzman Heredia; Exp. N.º 8162-2006-PA/TC, Caso: Florencio Rivera Cervantes; Exp. N.º 5201-2006-PA/TC, Caso: Ricardo Luis Núñez Espinoza; Exp. N.º 09084-2006-PA/TC, Caso: Rodrigo Díaz La Torre; Exp. N.º 6430-2006-PA/TC, Caso: Rodolfo Kadagand Lovatón; Exp. N.º 9673-2006-PA/TC, Caso: Rosa Victoria Valdivia Yaranga; Exp. N.º 6869-2006-PA/TC, Caso: Daniel Publio Bedriñana García; Exp. N.º 6698-2006-PA/TC, Caso: José Carmen Hermoza Astete; Exp. N.º 4821-2005-PA/TC, Caso: Durbin Juan Garrote Amaya; Exp. N.º 1636-2007-PA/TC Jorge Ricardo Novoa Robles; Exp. N.º 3381-2005-PN/TC, Caso: Magda Victoria Atto Mendives; Exp. N.º 0922-2005-PA/TC Juan Nicanor Zúñiga Bocanegra; Exp. N.º 0927-2005-PA/TC, Caso: Richard Mil Thon Saa Yedra Luján; Exp. N.º 05645-2005-PA/TC, Caso: Carlos Alberto Alarcón del Portal; Exp. N.º 2984-2004-AA/TC, Caso: Olga Lourdes Palacios Tejada; Exp. N.º 3381-2005-PA/TC, Caso: Magda Victoria Atto Mendives.

conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional[3513].

IX.2. EL DISTINTO ALCANCE DEL DERECHO A UNA EVALUACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA EN EL ÁMBITO CIVIL Y EN EL ÁMBITO PENAL

A. La regulación y el tratamiento de la evaluación de la prueba en el Código Procesal Civil. La motivación de la valoración de las pruebas esenciales

52. El alcance del derecho a la prueba en el ámbito de la valoración de la prueba depende de la concreta regulación legal que puede establecer limitaciones o fijar un tratamiento normativo específico. Por ejemplo, el artículo 197 del Código Procesal Civil prescribe: "Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, **en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión**". De manera expresa, el CPC establece que en la valoración de la prueba en materia civil se puede limitar a fundamentar "**las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión**", con lo que se descarta que la justificación probatoria deba ser exhaustiva y comprender a todos los medios de prueba admitidos y actuados en el proceso.

El artículo 197 del CPC peruano tiene como antecedentes directo el artículo 386 del Código procesal Civil y Comercial de la Nación de la Argentina[3514].

53. La Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido en varias oportunidades que cualquier juez u órgano jurisdiccional debe valorar todos los medios probatorios presentados ante él de forma conjunta, en tanto estos forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados en su totalidad, confrontándolos entre ellos (Casación N.º 3240-99/ICA, Casación N.º 261-99-Ica) y que el juzgador procede a reconstruir los hechos, analizándolos aplicando su apreciación razonada o las reglas de la sana crítica, a fin de comprobar la existencia

3513 Véase el Exp. N.º 03864-2014-PA/TC, Caso: Telefónica del Perú S.A.A. Representado(a) por Mario Luis Reggiardo Saavedra; Exp. N.º 00045-2013-PHC/TC, Caso: Juan Carlos Munives Atachagua; Exp. N.º 02748-2012-PA/TC, Caso: Carmen Consuelo Alva Frías de Benavente; Exp. N.º 00297-2014-PA/TC, Caso: Cansaya Vargas Fermín Germán; Exp. N.º 0728-2008-PHC/TC; Caso: Llamoja Hilares; Exp. N.º 02637-2011-PHC/TC, Caso: Luis Gerónimo Pinto Gutiérrez.

3514 "Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa".

o inexistencia de los hechos alegados por las partes (Casación N.º 2550-99-La Libertad). La Corte Suprema de Justicia de la República también establece que en la resolución que se emita solo se hará referencia a los medios probatorios que sean determinantes para sustentar la decisión, lo que significa que no necesariamente tiene que hacerse referencia a todas las pruebas actuadas en el proceso (Casación N.º 403-2008-Lima Norte).

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia ha destacado que: "el artículo 197 del Código Procesal Civil, concordado con su artículo 188, si bien, prevé que el Juez debe valorar en forma conjunta todos los medios de prueba aportados oportunamente al proceso, no es menos cierto que dicho dispositivo legal también establece que en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión"[3515]. También se destaca que "para determinar si una resolución judicial ha transgredido el derecho al debido proceso en su elemento esencial de motivación, el análisis a efectuarse debe partir de los propios fundamentos o razones que sirvieron de sustento a la misma, por lo que cabe realizar el examen de los motivos o justificaciones expuestos en la resolución, materia de casación; precisando que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso submateria solo pueden ser evaluados para contrarrestar las razones expuestas en la resolución acotada, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis[3516]".

La Corte Suprema ha señalado que el derecho a la prueba "constituye parte integrante del derecho a la debida motivación, el principio de la unidad de la prueba a que se contrae el artículo 197 del Código Procesal Civil, en cuanto señala que la prueba debe ser apreciada en su conjunto, dado que la certeza no se obtiene con una evaluación aislada y fragmentaria del caudal probatorio ni tomadas una por una, sino que debe ser aprehendido en su totalidad. En efecto, como tiene dicho esta

3515 Véase la **Casación N.º 12181-2017** del 20 de noviembre de 2018 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente: "Circunstancia que se observa en autos, toda vez que, en la decisión de desestimación de la demanda se han valorado diversos medios de prueba (copias certificadas de dictámenes fiscales, copias certificadas de sentencias expedidas en otros procesos vinculados al presente, copia certificada de testamento, copias certificadas de testimoniales, informe pericial e inspección judicial practicados en autos, parte policial, declaración de parte, etc.), siendo que de la valoración de las mencionadas pruebas, la Sala Superior concluye, en desestimar la demanda de interdicto de recobrar y ampara el de retener".

3516 Véase la **Casación N.º 11683-2018** del 8 de septiembre de 2020 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente: "teniendo en cuenta que la motivación como parte del debido proceso no exige el acogimiento a una determinada técnica argumentativa, sino la expresión de buenas razones, sustentos fácticos y jurídicos y la corrección lógica formal del razonamiento judicial, esto es, la justificación interna que permita determinar el razonamiento lógico del paso de las premisas a la conclusión y decisión judicial, se observa que en el caso que nos convoca todos estos pasos, lineamientos y parámetros se han visto realizados en el texto de la sentencia de vista cuestionada, al guardar ella una coherencia lógica y congruente con la pretensión demandada".

suprema sala en reiterada jurisprudencia, los medios probatorios actuados dentro de un proceso conforman una unidad y como tales deben ser revisados y merituados en forma conjunta, confrontándose los que apoyan la pretensión reclamada frente a los que la contradicen, para que a partir de dicha evaluación el juzgador se forme una cabal convicción respecto del asunto controvertido"[3517].

En algunas ocasiones la Corte Suprema ha establecido la necesidad de contrastar y verificar la concordancia o no de los medios de prueba que se incorporan al proceso uno con otro para luego realizar recién una valoración conjunta. Así se sostiene que, "si bien el artículo 197 del Código Procesal Civil en su último párrafo prescribe que en la resolución solo se expresarán las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión también lo es que dicha disposición no significa que el juzgador deja de valorar en forma conjunta todos los medios probatorios ofrecidos, admitidos y actuados para resolver la litis apreciando el principio de unidad del material probatorio confrontando uno a otro y puntualizando sus concordancias o discordancias para luego determinar su convencimiento a partir de los mismos"[3518].

B. La regulación y el tratamiento de la evaluación de la prueba en el Código Procesal Penal. El principio de exhaustividad de la motivación de la valoración de la prueba

54. Por su parte, el CPP prescribe que "el Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás" (artículo 393.2 del CPP). La ley procesal alude de manera general a la necesidad de practicar un examen individual de las pruebas para luego realizar un examen global o conjunto. El CPP no permite, como lo hace el artículo 197 del CPC, que la evaluación de la prueba se limite a "**las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión**", sino que alude a un examen individual riguroso de cada uno de los medios de prueba. Ni siquiera se hace una referencia genérica a que el examen de las pruebas se limita a aquellos medios de prueba relevantes, significativos o esenciales que justifican la decisión judicial.

El CPP alude 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 [...]".

3517 Véase la Casación N.º 6479-2019 del 30 de septiembre de 2020 de la Sala Civil Transitoria.
3518 Véase la Casación N.º 1782-2013 del 28 de marzo de 2014 de la Sala Civil Transitoria.

55. La doctrina peruana está de acuerdo en que la motivación de los hechos y de las pruebas debe ser exhaustiva y completa[3519]. 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[3520]. Se considera que la justificación de una decisión debe comprender la totalidad y el íntegro del objeto justificado[3521] y que todas las decisiones parciales (o sectoriales) del fallo deben tener reflejo en la motivación de la resolución judicial[3522]. La exigencia alcanza a todos 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[3523].

La motivación para que sea legítima constitucionalmente requiere de la plenitud del discurso justificatorio de la decisión[3524] o que en la resolución exista la **máxima discusión posible** de la posición de las partes[3525], tanto en lo que respecta a la *quaestio facti* como la que se corresponde con la *quaestio iuris*[3526]. La plenitud de la motivación sobre las pruebas y el juicio histórico tiene dos implicancias. Una primera implicancia requiere que existe una suficiente justificación interna y una justificación externa de la elección de las premisas que sustentan la decisión[3527]. Una

3519 Cfr. Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 177, 184 y ss.; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 859; Peña Cabrera Freyre, *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 629.

3520 Cfr. Bergholtz, *Ratio et autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*, cit., p. 77; Igartua Salaverría, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 28; Aliste Sánchez, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 169; Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 177.

3521 Cfr. Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 346; San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Lima, Grijley, 2003, vol. I, p. 736; Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 177.

3522 Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Argumentación e interpretación*, Lima, Grijley, 2011, p. 144; Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 177.

3523 Cfr. De la Rúa, Fernando, *La casación penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 121; San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, cit., 2003, vol. I, p. 736; Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 178.

3524 Cfr. Igartua Salaverría, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, cit., p. 28; Taruffo, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, cit., p. 39; Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 381.

3525 Cfr. Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 181; Castillo Alva, José Luis, *El derecho de las partes a influir en las decisiones estatales*, Lima, Iustitia, 2020, p. 90.

3526 Cfr. Aliste Sánchez, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 164.

3527 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 871.

segunda implicancia exige que la valoración de la prueba sea exhaustiva en relación con cada conclusión y al resultado probatorio que se obtenga como se requiere que se analice de manera pormenorizada tanto la prueba que sustenta la decisión como la prueba contraria[3528]. En buena cuenta, la decisión judicial sobre los hechos se debe bastar a sí misma[3529].

56. La motivación de la valoración de la prueba para que sea completa requiere que cada medio de prueba que se admite y se actúa se enlace con el hecho o el conjunto de hechos que se pretende acreditar[3530]. 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: "solo 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"[3531].

El mandato constitucional de motivar las resoluciones judiciales tiene sentido si se interpreta como una justificación autosuficiente y completa en la que se descarta las motivaciones parciales o aquellas en las que no se enuncia las razones completas y suficientes de su decisión[3532].

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[3533].

Una interpretación *pro homine* reclama el examen de los medios de prueba que y la motivación de dicha evaluación en materia penal sea pormenorizada, exhaustiva

3528 Cfr. TARUFFO, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, cit., p. 39 a 41; BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 201; Ávila, Humberto, *Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória*, en *Revista de Processo*, vol. 43, n.º 282, agosto, 2018; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., T. I, p. 273.

3529 Cfr. MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 871; GONZÁLEZ LAGIER, *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*, cit., p. 90.

3530 Cfr. TARUFFO, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, cit., 1999, 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"; MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., T. I, p. 871.

3531 TARUFFO, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, cit., 1999, 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".

3532 Cfr. TONINI/CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 809.

3533 Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 171; CASTILLO ALVA, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 185.

y detallada a fin de cumplir con la obligación de motivación suficiente que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[3534]. Se resalta que la única motivación que encuentra cobertura constitucional es la motivación suficiente[3535].

57. La Corte Suprema de Justicia señala que una de las exigencias del deber de motivar las decisiones judiciales es el principio de exhaustividad, que constituye un requisito interno de la sentencia[3536]. La motivación, desde la perspectiva del deber de exhaustividad, supone la decisión razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida, de todos los puntos litigiosos, y en función de los hechos probados en el proceso[3537].

El principio de exhaustividad, a su vez, impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado —que es lo que se denomina, propiamente, el objeto del debate—. Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes —civiles, en este caso— si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de limitar su cognición a los términos del debate[3538]. Su inobservancia presupone que se incurre en una motivación incompleta o insuficiente, en tanto que esta importa, en uno de sus supuestos, la falta de examen respecto de pruebas esenciales o decisivas para la definición y entidad del objeto del debate[3539].

La Corte Suprema de Justicia destaca que los órganos jurisdiccionales deben hacer explícitos los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción constitucional de inocencia, y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico

3534 Exp. N.º 00294-2005-PA/TC, Caso: Balarezo Contratistas Generales S.A.; Exp. N.º 0201-2004-AA/TC, Caso: María Elena Lluen Gonzales; Exp. N.º 2618-2009-PA/TC, Caso: Jesús Renee Cari Choquehuanca; Exp. N.º 04123-2011-PA/TC, Caso: Mercedes Pisconte de Ramos; Exp. N.º 2192-2004-AA /TC, Caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses; Exp. N.º 4289-2004-AA/TC; Caso: Blethyn Oliver Pinto; Exp. N.º 8605-2005-AA/TC, Caso: Engelhard Perú SAC (en liquidación); Exp. N.º 02061-2011-PA/TC, Caso: Iván Alberto Torres Portocarrero; Exp. N.º 03597-2011-PA/TC, Caso: Roger Alcides Salazar López.

3535 Exp. N.º 03891-2011-PA/TC, Caso: César José Hinostroza Pariachi.

3536 Véase la Queja N.º 706-2017 del 9 de febrero del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

3537 Véase el Acuerdo Plenario N.º 06-2011/CJ-116 del 6 de diciembre del 2011; la Casación N.º 221-2016 del 22 de junio del 2018 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Lecaros Cornejo).

3538 Véase el Acuerdo Plenario N.º 04-2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007.

3539 Véase la Casación N.º 453-2018 del 5 de noviembre del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas).

lógico y sustentado en valores jurídicamente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción en la norma penal aplicable[3540].

La garantía procesal genérica de tutela jurisdiccional está integrada por la garantía procesal específica de motivación. Esta garantía se concreta, a su vez, en la exigencia al órgano jurisdiccional de que exprese o explique las razones jurídicas en que se apoyó para adoptar su decisión: no solo debe recoger una descripción clara y completa de los hechos, sino que debe fundamentar de manera rigurosa el razonamiento probatorio. Sobre tal premisa, se afirma que la valoración de la prueba y la justificación o fundamentación de las resoluciones judiciales son actividades judiciales notablemente conectadas entre sí y en las que no es posible entender una sin la otra. Ello es así porque la actividad adquisitiva y valorativa de la prueba se retrata en la sentencia. De ahí que sea una exigencia constitucional que al resolverse las causas se expresen las razones o justificaciones objetivas que llevaron a tomar una determinada decisión, pues solo así podrá controlarse si en ella medió una apreciación razonada de la prueba o, por el contrario, se incurrió en arbitrariedades en la interpretación y aplicación del derecho, o en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos[3541].

Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de razón suficiente debe cumplir dos requisitos: **a)** consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante [basados en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos] —requisito descriptivo—: y **b)** valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo —requisito intelectivo—[3542].

3540 Véase la Casación N.º 05-2007 del 11 de octubre del 2007 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro); la Casación N.º 49-2009 del 23 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Calderón Castillo).

3541 Véase la Casación N.º 910-2015 del 10 de noviembre del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo).

3542 Véase la Casación N.º 945-2017 del 30 de mayo del 2018 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga); la Casación N.º 724-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); la Casación N.º 182-2012 del 15 de agosto del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Barrios Alvarado); la Casación N.º 39-2012 del 18 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); la Casación N.º 161-2010 del 16 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein); la Casación N.º 19-2010 del 3 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga); la Casación N.º 9-2010 del 13 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Prado Saldarriaga); la Casación N.º 03-2007 del 3 de noviembre del 2007 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.º 1313-2017 del 19 de abril del 2018 expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Castañeda Espinoza); el R. N.

Sin embargo, en alguna ocasión la Corte Suprema de Justicia sostuvo que solo se afecta el deber de motivar las resoluciones judiciales cuando se omite la valoración de pruebas esenciales y decisivas introducidas correctamente en el debate, pues tiene que evaluarlas para fundamentar la sentencia y que el órgano jurisdiccional "es soberano en cuanto a la selección, en tanto no está obligado a considerar todas las pruebas introducidas, sino solo las que sean esenciales, decisivas, pertinentes, relevantes y útiles. En ese sentido carece de eficacia la omisión de una prueba que no reúna estas particularidades"[3543].

La posición glosada de la Corte Suprema de Justicia está muy cerca del criterio adoptado por el CPC y por la jurisprudencia civil pertinente que destaca que la obligación de motivar los medios de prueba solo se limita al caso de las pruebas esenciales, pero no del resto del caudal probatorio, incumpliendo con ello el mandato del principio de exhaustividad en la justificación de las decisiones judiciales.

58. La Corte Suprema de Justicia ha sentado doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la prueba y el deber de motivar las resoluciones judiciales en el proceso penal al sostener[3544]:

Nuestro ordenamiento constitucional, prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que constituye el debido proceso, dentro de las cuales se encuentra la referida a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa, y motivación. Dicha garantía, se manifiesta, entre otros, en el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho y su contenido se forma con base en dos (2) exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes.

Toda resolución judicial será siempre motivada, dada la exigencia que deriva de la proscripción de indefensión. Las partes en el proceso tienen derecho a que la resolución de la pretensión formulada, esté motivada. Dicho derecho, si bien no exige un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado, de todos los aspectos y perspectivas que dichas partes puedan tener de la cuestión que se decide; sin embargo, la resolución debe estar apoyada en argumentos introducidos vía el contradictorio, desde el primer pronunciamiento jurisdiccional del A quo; en efecto, la sentencia de vista del no tiene correspondencia con los puntos debatidos en el proceso penal y que fueron recogidos en la sentencia absolutoria, configurando con ello, además, un fallo sorpresivo.

N.º 1397-2016, del 25 de septiembre del 2017, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente: Calderón Castillo).

3543 Véase la Casación N.º 07-2010 del 14 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Lecaros Cornejo).

3544 Véase la Casación N.º 281-2011 del 16 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein).

También se destaca lo siguiente: "el justiciable tiene derecho a obtener una decisión judicial motivada, razonada, congruente y respetuosa del derecho de defensa, imponiéndole como obligación al operador de justicia analizar los fundamentos de hecho controvertidos en el proceso, para determinar cuáles fueron los hechos alegados, cuáles fueron rebatidos por el acusado, para posteriormente fijarlos a través de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, estableciendo las normas jurídicas que aplicará al caso en concreto y donde subsumirá los hechos fijados"[3545].

La Corte Suprema de Justicia también destaca lo siguiente: "una de las garantías fundamentales de la tutela procesal efectiva como fundamento del Estado Constitucional y de Derecho es la presentación de los medios probatorios que las partes —según su criterio— consideren necesarios, que generen convicción en el juzgador y pueda resolver sobre un caso en particular, esto es, que la tutela procesal efectiva se efectiviza con la presentación oportuna con la presentación de los medios de prueba. El derecho a la prueba tiene protección constitucional en la medida que se encuentra implícitamente consagrado en el derecho al debido proceso —numeral 3 del artículo 139 del texto Constitucional—. Por ende, la omisión injustificada de la admisión y/o valoración de la prueba acarrearía una vulneración al derecho a la prueba y por ende al debido proceso. Sin embargo, este derecho a la prueba está sujeto a restricciones con otros derechos propios de la naturaleza en cuestión"[3546].

X. LOS LÍMITES DE LA EVALUACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA. LA PRUEBA LEGÍTIMAMENTE ADQUIRIDA

59. La evaluación racional de la prueba tiene límites y determinados parámetros sobre los que debe discurrir. La regla en este ámbito es que solo se puede evaluar y tomar en cuenta en la decisión aquellos medios de prueba que han ingresado de manera válida al proceso. El sistema probatorio, así como regula el tiempo y el modo de la admisión, de la adquisición y el uso de los medios de prueba, se preocupa también de regular el momento (neurálgico) de la valoración de la prueba[3547]. Dicha actividad tiene como un límite jurídico indiscutible la **prueba legítimamente admitida y adquirida** en el proceso que es la única que se puede utilizar para funda-

3545 Véase la Casación N.º 281-2011 del 16 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Villa Stein).

3546 Véase la Casación N.º 288-2018 del 13 de junio del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

3547 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 122; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 364; Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 673; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 593.

mentar una decisión (artículo 393.1[3548]). El patrimonio cognoscitivo que se adquiere en el juicio oral deriva de los medios de prueba que se incorporan válidamente al proceso por las partes que por su iniciativa la proponen en la etapa intermedia o que el juez puede incorporar, excepcionalmente, en el juicio oral.

El artículo 393.1 del CPP constituye un límite legal infranqueable por el cual se consagra que el juez no puede analizar 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[3549]. De esta manera, quedan consagrados por mandato legal dos reglas en la evaluación de la prueba:

i) No se puede utilizar en la deliberación y valoración pruebas distintas 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 valorarse si es que no ha sido incorporada oportunamente, respetando el debido procedimiento probatorio.

ii) Una vez que la prueba ha sido incorporada legítimamente se debe valorar la prueba admitida que se ha actuado en juicio oral. La consecuencia que se extrae es el principio de exclusividad de la valoración de aquella prueba que se admitió y que actuó en el juicio[3550].

La libertad en la evaluación de la prueba supone, desde el punto de vista lógico y jurídico, fijar y circunscribir la plataforma probatoria sobre la que se debe ejercitar dicha libertad. El juez es libre de creer o no creer en la prueba que se le presenta; pero no puede adoptar una decisión fuera de los confines legales, ni puede ir más allá de la prueba incorporada al proceso y de la que deriva de la discusión procesal[3551]. Con la referencia al resultado probatorio, el legislador obliga al juez a decidir exclusivamente sobre la base de la prueba legítimamente adquirida en el proceso y no con base a su propia convicción personal[3552].

60. El órgano jurisdiccional solo puede fundar su decisión en medios de prueba incorporados válidamente en el proceso. No puede basarse en medios de prueba que no se han admitido o actuado. Si el juez resuelve el caso con pruebas que no se

3548 "El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio".

3549 Cfr. Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 110.

3550 Cfr. Castillo Alva, *La motivación de la valoración de la prueba*, cit., p. 110.

3551 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 363; Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 673.

3552 Cfr. Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 68.

han incorporado, o en contra de la prueba adquirida, la resolución que dicta será declarada nula[3553].

El libre convencimiento del juez es una actividad vinculada y sujeta a reglas jurídicas estrictas. La prueba misma es un acto regulado por el derecho en el que se fijan los medios de prueba que se admiten y se determina cómo se incorpora la información probatoria al proceso como también cómo y de qué manera se valora[3554].

Se excluye que el "libre convencimiento" pueda formarse fuera y más allá del material probatorio legítimamente admitido, adquirido y que es de conocimiento previo (y formal) de las partes y el juez, debido a que ello permitiría, en realidad, el empleo de una prueba que para la ley no es utilizable o que no ha ingresado (real y/o formalmente) al juicio oral[3555]. El juez no puede decidir sobre las pruebas con base a su conocimiento privado, extraprocesal o que ha obtenido al margen del proceso y del contradictorio[3556]. La libertad en el análisis de la prueba no autoriza cualquier elección arbitraria de la prueba, ni que se desvincule de los resultados probatorios como tampoco acepta que se eluda los límites impuestos en la admisión, en la actuación y evaluación de los medios de prueba[3557].

61. Los medios de prueba que pueden fundar la decisión son los medios de prueba ofrecidos por las partes (Ministerio Público, imputado, parte civil, tercero civilmente responsable) o las que se han ordenado por el juez. Sin embargo, la ley procesal determina los límites de la deliberación y decisión sobre los hechos probados, exigiéndose que[3558]:

i) Los medios de prueba se admitan al proceso.

ii) Se cumpla con las reglas que prescriben la asunción y la actuación de los medios de prueba.

3553 Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 343.

3554 Cfr. Tonini/Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 255; Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 363.

3555 Cfr. Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 141.

3556 Cfr. Roxin/Schünemann, *Derecho procesal penal*, cit., 46/27, p. 587; Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 363; Verde, *Prova legale e formalismo*, cit., p. 466. La Corte Suprema de Justicia del Perú ha señalado que: "Lo esencial es que los hechos no se alteren y que los medios de prueba objeto de valoración fueron materia de debate judicial. Al Juez corresponde verificar las afirmaciones o enunciados fácticos formulados por las partes"; véase el R. N. N.º 1248-2018 del 12 de marzo del 2019 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: San Martín Castro).

3557 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 364; Busetto, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, cit., p. 594.

3558 Véase, Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., pp. 673 y 674.

iii) Se excluyan aquellos medios de prueba que afectan los derechos fundamentales de la persona.

iv) Se cumpla con el debate probatorio, la contradicción y el derecho de defensa de las partes como con los principios de oralidad e inmediación.

v) Se respeten los resultados probatorios y los criterios adoptados de acuerdo a las reglas de la ciencia, la lógica y las máximas de la experiencia.

Los actos de investigación que obran en la investigación preparatoria, pero que no se ofrecen como medios de prueba al juicio, u ofreciéndose son rechazados expresamente, no pueden ser objeto de debate ni de examen, ni de deliberación y menos puede justificar una decisión judicial.

Por el principio de iniciativa de parte y el principio dispositivo, el hecho de que un acto de investigación se incorpore al proceso penal no quiere decir que automáticamente y de manera inmediata se llegue a introducir al juicio oral. Para que ello ocurra es necesario que una de las partes acreditadas, ofrezcan y presenten los medios probatorios que crean pertinentes para sustentar su pretensión. El pedido debe ser expreso y cumplir con los requisitos de pertinencia y relevancia.

Los medios de prueba que se han incorporado a la investigación preparatoria, pero que no se han ofrecidos formalmente, o habiéndose ofrecido han sido rechazados no pueden ser objeto de evaluación en el juicio oral y en la sentencia, por mayor valor o peso del que sean portadores. De igual manera, si un medio de prueba se admitió al juicio y no se ha actuado conforme a la ley y a las garantías mínimas del debido proceso no puede ser objeto de evaluación racional.

62. La referencia legal a las pruebas "**legítimamente incorporadas en el juicio**" aluden a la necesidad de que se cumpla con el principio de legalidad procesal en materia probatoria y con las garantías mínimas del debido proceso[3559]. La legitimidad implica el respeto a la legalidad probatoria y a las reglas del juicio justo. Aquí no solo se alude a aspectos cuantitativos de la actividad probatoria —los medios de prueba que efectivamente se han incorporado al juicio oral— sino a aspectos cualitativos que rigen dicha actividad y que debe tomar en cuenta las condiciones de su incorporación.

El CPP establece en el artículo 393.1 una cláusula de inutilizabilidad en la etapa de deliberación y justificación de todas aquellas pruebas distintas o diferentes "a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio". Dicha cláusula se equipara

3559 Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 344: "Cuando la definición se refiere a los elementos legalmente incorporados al proceso, alude a la necesidad de que la introducción se lleve a cabo en las condiciones formales y con las garantías dispuestas en la ley".

a la regla de exclusión de la prueba ilícita en cuanto a sus efectos materiales: la prohibición de su uso.

Si bien el artículo 393.1 del CPP se refiere de manera concreta y específica a una determinada etapa del proceso penal: juicio oral; dicha regla se puede extender, *mutatis mutandis*, a todas las etapas del proceso penal. Los jueces y fiscales solo pueden tomar en cuenta para cualquier decisión que emitan (*v. gr.*, prisión provisional, comparecencia con restricciones, levantamiento del secreto de las comunicaciones, entre otros) los actos de investigación efectiva y realmente incorporados a las diligencias preliminares o a la investigación preparatoria, siguiendo el debido procedimiento probatorio.

63. La Corte Suprema de Justicia ha destacado que el órgano jurisdiccional cuenta con libertad para analizar, a partir de las reglas probatorias que prevé el propio ordenamiento jurídico, las pruebas que se actuaron debida y oportunamente en el juicio. Una limitación previa a este análisis probatorio lo encontramos en el inciso 1 del artículo 393 del Código Procesal Penal, que establece que "el juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio"[3560].

La máxima instancia de la justicia ordinaria se ha decantado por la nulidad de la sentencia por haberse condenado a una persona luego de valorar actos de investigación que **no habían sido admitidos e incorporados válidamente en la etapa intermedia**, por lo que "el Tribunal Superior motivó la recurrida con base en medios probatorios que no fueron admitidos en el auto enjuiciamiento, porque el fiscal se desistió en audiencia de control de acusación y no fueron ofrecidos ni admitidos en la etapa correspondiente ni mucho menos actuados en juicio oral" y que, "al haberse valorado actos de investigación como medios probatorios sin que fueran incorporados con las formalidades y garantías de ley al proceso penal ni fueran objeto de contradicción", "una resolución judicial dictada en esas condiciones contiene un vicio de nulidad absoluta, por lo que debe aplicarse el literal d) del artículo 150 del Código Procesal Penal, declararse nula la sentencia impugnada de conformidad con el código citado —literal a) del numeral 3 del artículo 425, concordado con el artículo 426—, y realizarse un nuevo juzgamiento, emitiéndose un nuevo pronunciamiento por otro juzgado colegiado"[3561].

3560 Véase la Casación N.º 176-2020 del 14 de julio del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez).

3561 Véase la **Apelación N.º 16-2019** del 28 de octubre del 2022 de la Sala Penal permanente de la Corte Suprema de Justicia (Ponente: Altabás Kajatt). En el análisis del caso, los medios de investigación que no habían sido incorporados al proceso que fueron utilizados en la sentencia condenatoria fueron: " (i) Comunicaciones y llamadas entre la procesada con Melita Ojeda y Garavito, remitidas por Telefónica del Perú —Tomo VI de la Carpeta Fiscal nº 02-2015 (folios

En otro caso, la Corte Suprema de Justicia destacó que, si una prueba fue admitida pero no se actuó en el juicio oral y no fue debatida por las partes (*v. gr.*, no se oralizó la declaración de la víctima fijada en el acta de entrevista única en cámara Gesell), no se puede basar una condena en otras pruebas distintas, ya que se afecta las garantías mínimas del debido proceso y el artículo 393.1 del CPP. Se resaltó que, "conforme al artículo 393 del Código Procesal Penal, no puede utilizarse para la deliberación pruebas diferentes a aquellas que fueron incorporadas a juicio oral. En ese sentido, si el acta de entrevista única en cámara Gesell, que contenía la declaración de la víctima como en el presente caso, no fue actuada en juicio, no era posible su valoración. Por ende, el examen de dicha prueba realizado por el juez de primera instancia, para darle sustento al fallo de condena contra del recurrente, evidentemente atentó no solo contra las normas del debido proceso, sino contra la debida motivación de las resoluciones judiciales"[3562]. Se sostuvo que, "en el caso de autos se aprecia que la declaración de la agraviada en Cámara Gesell no fue actuada, pero sí ofrecida por el Ministerio Público y admitida por el juez, por ende, como director del proceso, en respeto al debido proceso y en aplicación del inciso c) del numeral 4 del artículo 375 del Código Procesal Penal, estaba facultado para disponer la oralización de dicha prueba admitida y ordenar su práctica. Aquí debe recordarse que uno de los principios que rigen el proceso es el principio de comunidad de la prueba, por el cual una vez que esta es admitida no pertenece a quien la ofrece, sino al proceso; por tanto, sí fue admitida en el proceso; sobre la base, se entiende de su pertinencia, conducencia y utilidad, y como se ha mencionado este medio de prueba está relacionado directamente con la existencia del hecho delictivo que es el objetivo

1103 a 1181)—; (ii) El acta de visualización y transcripción de medios-lapicero espía —Tomo 2 de la Carpeta n.º 02-2015 (folios 1036 a 1438)—; (iii) El Informe n.º 001-MP-UIA-DF-Piura, que contiene el apoyo brindado en la transcripción de video y audio —Carpeta Fiscal n.º 02-2015, Tomo VI (folios 1450-1532)—". La Corte Suprema de Justicia resaltó: "Tales actos de investigación que constan en la carpeta Fiscal N.º 2-2015, no fueron puestos a debate en el contradictorio del plenario porque, en el auto enjuiciamiento del once de julio de dos mil diecinueve (folios 202 a 204), no se admitieron como medios probatorios, pues el representante de la legalidad se desistió de su aporte en audiencia de control de acusación del once de julio de dos mil diecinueve. Esto es, en el citado auto de enjuiciamiento, el Juez Superior, indicó: No se admite: la disposición 269-2015 de 29 de diciembre de 2015, por cuanto este es un acto que no constituye acto de investigación alguno en relación a los hechos investigados y además el señor Fiscal en la audiencia de control se desistió de la investigación fiscal 02-2015 [sic]. Sin embargo, tales actos de investigación —contenidas en la carpeta Fiscal n.º 2-2015— fueron valorados en la sentencia materia de grado (véase, folio 30 y 31), vulnerándose el principio de 'legitimidad de la prueba', previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Ello también configura un caso de apreciación de una prueba no incorporada legítimamente al juicio, que es la prohibición estatuida por el artículo 393, numeral 1, del acotado cuerpo legal".

3562 Véase la Casación N.º 1889-2021 del 10 de mayo del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez).

del proceso; en efecto, el juez tenía el deber de promover su práctica y al no hacerlo transgredió garantías procesales fundamentales, entre otras el debido proceso"[3563].

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que: "al procesado se le reconocen derechos y garantías en el marco de un proceso penal. En lo que respecta a la actuación probatoria, la prueba a actuar en el juicio oral solo puede ser llevada a cabo con el respeto de las reglas de su admisión, y queda vedado valorar aquello que no ha sido sometido a contradictorio, pues la 'sorpresa' en la valoración de actuación judicial, que no ha sido sometida a conocimiento y debate de las partes, afecta la garantía del debido proceso"[3564]. Por ello, se anuló una sentencia cuando "El Tribunal Superior, para fundamentar la sentencia recurrida, tomó como parte de su base probatoria el Acta de Entrevista Única en Cámara Gesell de la menor agraviada con clave N.º 009-2013; sin embargo, la misma no fue pieza oralizada en la estación correspondiente ante la oposición del representante del Ministerio Público; y, por tanto, no sometida a debate probatorio en el juicio oral, conforme puede verificarse en la sesión de audiencia del quince de junio de dos mil quince, obrante a fojas setecientos setenta y tres. Por lo tanto, la valoración probatoria de dicho instrumental, a pesar de lo antes señalado, constituye una evaluación sorpresiva para el imputado, más aún cuando dicha Acta de Entrevista Única no fue incorporada en la etapa de oralización, conforme con lo prescrito por el artículo 262, del Código de Procedimientos Penales. Razón por la que deberá declararse la nulidad de la sentencia recurrida, a efecto de que se lleve a cabo un nuevo juzgamiento a cargo de otro Colegiado, en aplicación del artículo doscientos noventa y ocho, inciso uno, del Código de Procedimientos Penales"[3565].

3563 Véase la Casación N.º 1889-2021 del 10 de mayo del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Carbajal Chávez): "En el mismo sentido, ocurrió con los magistrados de segunda instancia, toda vez que pese a advertir la afectación a las garantías procesales del debido proceso, es decir, que dicha acta de entrevista única no fue oralizada, procedieron al análisis de fondo del caso y luego confirmaron la condena del recurrente; de esta manera, omitieron considerar que si bien el juez es soberano en la apreciación de las pruebas, también es cierto que tiene límites a su valoración, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 393 el Código Procesal Pena".

3564 Véase el **R. N. N.º 2717-2016** del 21 de junio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado): "En el presente, revisten gravedad los hechos incriminados y el contexto en que estos de realizaron, de ahí que frente a un acto de violación contra menores, las autoridades deben llevar adelante el proceso con determinación y eficacia, sin violentar las reglas del proceso, pues no es posible juzgar a costa de todo, ya que tenemos obligaciones importantes dentro del sistema de justicia: el deber de debida diligencia en la investigación y sanción y la aplicación adecuada del marco jurídico de protección"; el R. N. N.º 2729-2015 del 14 de septiembre del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

3565 Véase el R. N. N.º 2729-2015 del 14 de septiembre del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

Se afecta el debido proceso si la sala superior evalúa "la actuación probatoria de un juicio oral quebrado, como la declaración de la menor de iniciales H. K. R. A., la confrontación de esta con el recurrente y la declaración testimonial de Karla Vanessa del Pilar Ávalos, llevadas a cabo en la audiencia de fecha trece de agosto de dos mil catorce de fojas quinientos veintiséis que constituyeron una evaluación sorpresiva para el imputado, pues ni se ofreció, actuó o dio lectura"[3566].

La máxima instancia de la justicia ordinaria peruana ha señalado que el modelo procesal aplicable arraiga virtualidad en el principio de contradicción, esto es, todo medio de prueba debe ser sometido a conocimiento de las partes y permitirles de esta forma la posibilidad de oponerse oportunamente a su incorporación; pues estando a lo establecido en el artículo 157 del cuerpo normativo antes invocado, los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley, refiriéndose en específico a la ley de la materia y por ende aquella que establece el modelo procesal penal, pues, incluso, el numeral 2 del citado dispositivo legal prevé claramente que no se tendrán en cuenta, en el proceso penal, los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos referidos al estado civil o de ciudadanía de las personas[3567].

La Corte Suprema conoció un caso en el que en primera y segunda instancia se condenó a tres personas a ocho años de pena privativa de libertad efectiva al haberse dado por probado un delito de robo agravado. Se había sostenido para justificar la condena que: i) al inculpado J.Q.F. se le encontró en su poder un desarmador; ii) al inculpado J.Q.F. se le halló en poder de varios celulares que no eran de su propiedad; iii) al Imputado R.M.T. se le encontró dos celulares[3568].

La Corte Suprema de Justicia verificó que en el juicio oral de primera y segunda instancia no había medios de prueba que fueran ofrecidos, admitidos y actuados válidamente por las partes en los cuales se puedan justificar las afirmaciones en el que se le encontró en su poder celulares o un desarmador. El Ministerio Público ni en su acusación ni en el juicio oral llegó a ofrecer como medios probatorios **las actas de registro personal y actas de incautación** que obraban a nivel de la investigación preparatoria y que acreditaban la posesión del desarmador y de varios celulares que no eran de su propiedad. Se razonó que, "en efecto, luego de revisar todas las actas de juicio oral que constan en el expediente no se consigna, en las

3566 Véase el R. N. N.º 2717-2016 del 21 de junio del 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado).

3567 Véase la Casación N.º 1896-2021 del 21 de octubre del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Torre Muñoz).

3568 Véase la Casación N.º 618-2015 del 19 de mayo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

partes pertinentes, las declaraciones testimoniales actuadas que se haya dado lectura alguna de algún documento y tampoco consta en el expediente grabación de los audios de las audiencias de juicio oral que permita corroborar esta afirmación". La máxima instancia de la justicia ordinaria señaló que "inclusive si se tomara como cierta dicha afirmación vertida en ambas instancias, ello implicaría que durante el juicio oral se introdujo un elemento de prueba que no fue propuesto ni admitido en las etapas procesales pertinentes, el cual llegó a formar parte de la valoración probatoria. Dicha situación se encuentra expresamente proscrita en el inciso 2, del artículo 383 del Código procesal Penal la que establece todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor. Desde esa perspectiva, el irregular proceder de primera instancia, reafirmado en segunda instancia, se constituye en una grave afectación a la garantía constitucional del Debido Proceso"[3569].

Si bien en el juicio oral se contó con las declaraciones de dos de los agraviados, no se actuó ningún medio probatorio de carácter objetivo que permita sustentar la sindicación de ambos, pese a que en la fase de investigación se habían incorporado las actas de registro personal y actas de incautación. Asimismo, se destacó en relación con otros medios probatorios actuados "las declaraciones de los efectivos policiales únicamente precisan hechos ocurridos después del delito de robo agravado, de igual manera, la perito psicólogo únicamente aportó información respecto a la situación emocional de los agraviados empero no aporta ningún dato extra entorno a la vinculación de los procesados con los hechos que se imputan y las documentales actuadas —declaración jurada y acuerdo de prestación de servicio de comunicaciones— únicamente acreditan la preexistencia de los bienes pertenecientes a los agraviados, ergo, ninguno de los demás medios probatorios actuados aportan datos objetivos que vinculen a los imputados con los hechos que la fiscalía postula"[3570].

En este caso, la Corte Suprema ha señalado que en el ámbito penal hay una motivación deficiente cuando las premisas de las que parte un juez para dar por acreditado un hecho delictivo no puede ser confrontadas con elementos fácticos —por su inexistencia material— o elementos jurídicos —por su inexistencia en el ámbito jurídico—[3571]. Por ejemplo, no se puede sostener que a un imputado se le encontró en su poder un desarmador, a otro acusado se le halló en su poder varios celulares que no eran de su propiedad y a un último imputado se le encontró dos

3569 Véase la Casación N.º 618-2015 del 19 de mayo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

3570 Véase la Casación N.º 618-2015 del 19 de mayo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

3571 Véase la Casación N.º 618-2015 del 19 de mayo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

celulares si es que la corroboración de dichos datos no es posible efectuarla dentro del proceso, pues no existen elementos jurídicos —medios de prueba— que hayan sido ofrecidos, admitidos y actuados válidamente en los cuales se puedan sustentar dichas afirmaciones. Ello implica una efectiva afectación a la garantía constitucional de la debida motivación, en su vertiente de justificación externa. La valoración de elementos de pruebas no ofrecidos y admitidos implica una efectiva afectación al debido proceso y a la debida motivación en su vertiente de falta de justificación externa. El no ofrecimiento de un elemento de prueba por parte del Ministerio Público únicamente puede ser entendido en esta instancia como inutilidad en su capacidad probatoria y no como una mera equivocación del órgano persecutor[3572].

La Corte Suprema de Justicia ha señalado en relación con la carga de la prueba en el proceso penal lo siguiente: "corresponde al Ministerio Público, como titular de la acción penal, el deber de probar su imputación, tenemos que él no ofrecimiento de los elementos de prueba obtenidos durante la etapa de Investigación —en el caso concreto actas de registro personal y actas de incautación— es su exclusiva responsabilidad, por tanto, no existe sustento para que los efectos de su omisión sean sufridos por los procesados, quienes afrontaron el proceso penal inclusive estando privados de su libertad, más aún cuando el propio representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal, es quien debe, inicialmente, formarse convicción respecto de la responsabilidad penal[3573], y es el primer encargado de seleccionar los elementos probatorios pertinentes para generar la misma convicción en el Juez, su decisión de no ofrecer determinados medios de prueba no puede, por tanto, generar la presunción de un error de la parte acusatoria, por el contrario, genera certeza respecto de la inutilidad de dicho elemento de prueba para generar convicción en el juzgador. El mismo supuesto es aplicable a la parte Juzgadora quien, de conformidad con el artículo 385, inciso 2, del Código Procesal Penal, pudo incorporar de oficio nuevos medios probatorios, iniciativa que no fue adoptada[3574]".

La Corte Suprema de Justicia ha señalado como causal de nulidad de la sentencia el hecho de que se haya valorado "las declaraciones no actuadas en juicio oral ni oralizadas conforme con el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales"[3575].

3572 Véase la Casación N.º 618-2015 del 19 de mayo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

3573 Sentencia de Casación N.º 760-2016. Fundamento Jurídico Décimo Tercero.

3574 Véase la Casación N.º 618-2015 del 19 de mayo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

3575 Véase el R. N. N.º 2422-2018 del 19 de junio del 2019 emitido por la Sala Penal Transitoria (Ponente: Castañeda Otsu).

64. En el Perú la evaluación racional de la prueba posee un límite infranqueable: solo se puede evaluar la prueba admitida y actuada legítimamente en el proceso y el juez debe cumplir con el mandato constitucional de justificar las decisiones probatorias que establece la exigencia de respeto a:

i) la obligada apreciación individual y conjunta de las pruebas (artículo 393.2).

ii) el derecho a que se examine la prueba aportada por todos los sujetos procesales (artículo 139.3 de la Constitución).

iii) las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia (artículo 158.1; artículo 393.2).

iv) la exposición de los resultados obtenidos y los criterios adoptados (artículo 158.1).

La ley procesal establece como un requisito de la sentencia (tanto absolutoria como condenatoria) "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" (artículo 394.2). Se impone, por tanto, una motivación específica y concreta de cada uno de los hechos y sus circunstancias que se dan o no por probados como también se exige —aunque la ley no lo establezca con claridad— las razones por las que se considera o no a una persona interviniente en el hecho punible, sea como autor o partícipe.

El juez en la sentencia debe exponer racionalmente todos los datos disponibles en el proceso, desarrollando un razonamiento internamente coherente y evaluar el material de manera objetiva e imparcial y que no contraste o se oponga a la prueba realmente adquirida[3576].

El principio de la libre evaluación de las pruebas no es un principio que conceda a los jueces un "poder soberano" o una libre (y arbitraria) disposición sobre los hechos y las pruebas. Se trata de una libertad vinculada —o si se quiere de una discrecionalidad guiada— que exige el respeto de la Constitución y la ley (artículo 146.1 de la Constitución).

La libertad del juez, en el ámbito de la evaluación de la prueba, no es tan amplia ni supone el otorgamiento de un poder tan amplio, capaz de traspasar límites materiales y constitucionales. Se trata de una materia que se encuentra vinculada tanto a la Constitución y a la ley como a los hechos y a las pruebas del caso que han sido legítimamente incorporadas al juicio oral.

3576 Cfr. Ubertis, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, cit., p. 137; Tonini/Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 66.

XI. LA PROHIBICIÓN DE USO AUTOMÁTICO EN EL JUICIO ORAL DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN. EL ARTÍCULO 325 DEL CPP

XI.1. LA REGULACIÓN LEGAL

65. El CPP prescribe que "las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código" (artículo 325).

En el derecho comparado algunas legislaciones procesales poseen una regulación semejante a la peruana (artículo 155 del CPP de Brasil[3577]; artículo 261.2 del CPP de República Dominicana[3578]; el artículo 276 del CPP de Costa Rica[3579]; entre otros).

XI.2. EL CARÁCTER BIFÁSICO DEL PROCESO PENAL PERUANO

66. La vigencia del principio acusatorio implica dividir el proceso en fases o etapas con el fin de proteger la imparcialidad del órgano judicial que debe dictar la sentencia[3580]. La separación de fases representa una condición esencial de la imparcialidad judicial respecto a las partes y al objeto del proceso que es una garantía institucional y orgánica del juez[3581]. El respeto a las garantías mínimas del debido proceso —y como un contenido esencial del proceso justo— requiere como un

3577 "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

3578 "Las actuaciones contenidas en el registro de investigación no tienen valor probatorio para fundar la condena del imputado, salvo las actas que este código autoriza incorporar al juicio por su lectura"

3579 "No tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado las actuaciones de la investigación preparatoria, salvo las pruebas recibidas de conformidad con las reglas de los actos definitivos e irreproducibles y las que este Código autoriza introducir en el debate por lectura".

3580 Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit.; Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 165; Mazza, , en Dominioni et al., *Procedura penale*, cit., p. 98; Fuentes Soriano, Olga, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 140; Andrés Ibáñez, *Las garantías del imputado en el proceso penal*, cit., 2005, p. 17; Herbel, Gustavo y Carlos Rego, *Investigación penal preparatoria*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 264; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 385.

3581 Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 567; Andrés Ibáñez, *Las garantías del imputado en el proceso penal*, cit., 2005, p. 18; D'Albora, Francisco, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 9a. ed., 1a. reimp., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 281; Chaia, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, 2a. ed. y 2a. reimp., Buenos Aires, Hammurabi, 2020, p. 656; San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 385.

criterio de necesidad, más que de oportunidad, que el impulso del proceso penal y la promoción de la acción penal debe ser desplegado por un órgano distinto a quien detenta el poder jurisdiccional[3582]. En el derecho peruano se deja en manos del Ministerio Público la investigación del delito y la conducción de la investigación[3583] (artículo 159.4 de la Const.).

El proceso penal acusatorio supone la asunción de un método de verificación de los hechos a través de la distribución de funciones y roles entre los sujetos que intervienen en el mismo, generando la dialéctica del contradictorio[3584].

El principio acusatorio posee una **estructura triádica** con una clara separación entre las funciones de acusar, de defensa y de decisión que se atribuye a tres distintos sujetos: la acusación la realiza el Ministerio Público que representa a la sociedad ofendida por el delito; la defensa al imputado que es la parte pasiva del proceso y la decisión final corresponde al juez. La estructura triádica cumple con la función de tutelar el principio del contradictorio que manifiesta la exigencia de que toda cuestión relevante para el proceso sea discutida y debatida entre las partes y decidida por un juez imparcial[3585].

Se denomina acusatorio a todo sistema procesal que considera al juez como un sujeto pasivo que se separa de las partes y del proceso; al proceso se lo concibe como una contienda entre iguales que se inicia con la imputación; al órgano que imputa y acusa le corresponde la carga de la prueba y que se enfrenta de manera dialéctica a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público que es decidido por un juez imparcial de manera razonada[3586].

67. El CPP, tomando como referencia muchas legislaciones del derecho comparado, divide el proceso penal en dos grandes etapas: la investigación el delito, que sirve para determinar si se ejercita o no la acción penal, y el juicio oral, que

3582 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 132; Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 129; Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 165.

3583 Por todos, San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 384.

3584 Cfr. Andrés Ibáñez, *Las dos dimensiones del enjuiciamiento*, cit., p. 229.

3585 Cfr. Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 18; Andrés Ibáñez, *Las dos dimensiones del enjuiciamiento*, cit., p. 229: "Así resulta una estructura y una dinámica de comunicación triangular, normativamente asegurada por tres garantías procesales: la formulación de la acusación; esto es, de una hipótesis acusatoria, que abre el juicio contradictorio; la carga de la prueba de esta, que pesa sobre el acusador; y el derecho de defensa, que comprende al imputado"; Andrés Ibáñez, *Las garantías del imputado en el proceso penal*, cit., 2005, p. 18.

3586 Cfr. Para Ferrajoli (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 564), el inquisitivo es "todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de instrucción escrita y secreta de la que están excluidos, o en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa".

sirve para que, en un debate contradictorio, y en plena igualdad de armas, se pueda establecer si una persona es culpable o no[3587]. En la primera etapa prevalece las diligencias y los actos de investigación; mientras que en la segunda se incorporan y se debaten los medios de prueba propuestos por las partes que tratan de acreditar las hipótesis en conflicto.

El proceso penal peruano vigente se encuentra estructurado según un tradicional esquema **bifásico** que asume el binomio investigación, por un lado, y la justificación, por el otro lado. Se trata de la existencia de dos contextos: un contexto de investigación (o de descubrimiento) y de un contexto de debate o de justificación[3588]. De una fase preparatoria caracterizada por la reserva y el secreto en el curso del cual un órgano investigador indaga la realidad o no de un supuesto hecho delictivo a fin de determinar si existe razones fundadas para ejercitar la acción penal, se pasa a una etapa de debate y contradictorio, en igualdad de armas, en la que de manera pública se busca comprobar si la hipótesis acusatoria es cierta más allá de una duda razonable[3589].

68. La separación de las fases del proceso penal se relaciona con la distribución de roles. En la fase de investigación, el protagonista es el Ministerio Público, que recoge de manera amplia y relevante la evidencia para decidir si ejercita o no la acción penal; mientras que el protagonista en el juicio oral es el Poder Judicial a través de los jueces penales[3590]. Aquí la fiscalía es solo una parte que debate en igualdad de armas con el imputado, la parte civil y el tercero civilmente responsable.

La etapa de investigación es un simple procedimiento que tiene como meta el acopiar y recoger las fuentes de prueba, situación que es una competencia de las partes: la acusación tiene el deber de la carga de la prueba y a la defensa se le reconoce el derecho a rebatir y a cuestionar los medios de prueba de cargo. En la etapa del debate y el juicio oral se está ante el verdadero proceso en el que los diversos medios de prueba se actúan por las partes a través del contradictorio delante del juez a fin de que asuma una determinada decisión[3591]. Con razón, se afirma que

3587 Cfr. Siracusano, Delfino, *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2011, vol. II, p. 10; Andrés Ibáñez, *Las garantías del imputado en el proceso penal*, cit., 2005, p. 23: "El juicio aparece, así, configurado como momento nuclear del proceso, en el que, mediante la valoración de los datos probatorios aportados por la acusación y la defensa, el juzgador llevará a cabo una evaluación de las respectivas hipótesis en contraste. Es, pues, el momento y lugar de comprobación de la calidad de las explicaciones del caso ofrecidas por las partes".

3588 Cfr. Andrés Ibáñez, *El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial*, cit., p. 266.

3589 Cfr. Caprioli, Francesco, en Conso, Giovanni / Grevi, Vittorio / Bargis, Marta, *Compendio di procedura penale*, 6a. ed., Milano, Cedam, 2012, p. 494.

3590 Cfr. Cubas Villanueva, *El nuevo proceso penal peruano*, cit., p. 209.

3591 Cfr. Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., pp. 19 y 20.

se desnaturaliza la etapa de investigación si es que se entiende que en ella se debe probar la culpabilidad de una persona[3592].

XI.3. LA FINALIDAD DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

69. Los actos de investigación tienden a esclarecer los hechos y la posible intervención de una persona, buscan preparar el juicio oral o sustentar el archivo del caso[3593]. La investigación se caracteriza principalmente por la búsqueda y la preparación del juicio; mientras en el debate predomina la actividad de control, de discusión y de decisión sobre los hechos[3594].

Las diligencias de la investigación poseen carácter **típicamente preparatorio**, por lo que su finalidad es básicamente informativa[3595]; a modo de elementos que ayudan a determinar si se ejercita o no la acción penal o a decidir si es conveniente proseguir con la investigación iniciada[3596]. Los elementos recogidos en la investigación no constituyen medios de prueba o, simplemente pruebas, en el sentido técnico procesal[3597]. Con ello, la ley procesal solo confiere un **valor limitado** a las diligencias sumariales y su uso lo circunscribe para emitir resoluciones y disposiciones dentro de la propia investigación y a lo sumo a nivel de la etapa intermedia como también se puede utilizar para dictar medidas limitativas de derechos y medidas de coerción[3598] (personales o reales). Los actos de investigación sirven para formar la

3592 Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Debido proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 51.

3593 Cfr. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones*, cit., 2020, p. 386: "La finalidad de la investigación preparatoria es hacer posible el enjuiciamiento mediante la determinación previa, y siempre con juicios provisionales, del hecho presuntamente cometido y de su presunto autor. En su desarrollo se realizan, esencialmente actos de investigación, aunque también se practican otros de carácter diferente y no estrictamente de investigación".

3594 Cfr. Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ejea, 1953, T. IV, núm. 389, p. 173; Chaia, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 658.

3595 Cfr. Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., 4a. reimp., Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, p. 238; González Álvarez, Daniel, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2004, p. 60; Neyra Flores, José Antonio, *Tratado de derecho procesal penal*, Lima, Idemsa, 2015, T. I, pp. 441 y 447.

3596 Cfr. Andrés Ibáñez, *Las dos dimensiones del enjuiciamiento*, cit., p. 244; Herbel/Rego, *Investigación penal preparatoria*, cit., p. 304; Bernal Cuellar/Montealegre Lynett, *El proceso penal*, cit., T. I, p. 256; Llobet Rodríguez, Javier, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, 6a. ed., San José; Editora Dominza-Editora Jurídica Continental, 2012, p. 448; D'Albora, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, cit., p. 275; Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 175; González Álvarez, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, cit., p. 60; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 441; Chaia, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 658.

3597 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., p. 89.

3598 Cfr. Guzmán, Nicolás; *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2018, p. 237; Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 238; Neyra Flores, *Tratado de de-*

opinión del acusador y en el modelo procesal asumido por el CPP para sostener y justificar los requerimientos y disposiciones del Ministerio Público.

Como una regla reconocida en el derecho comparado, se admite que las diligencias llevadas a cabo durante la investigación carezcan de valor probatorio[3599] y que su única finalidad sea determinar si se debe ejercer la acción penal como también si se debe llevar a juicio o no a una persona[3600]. Las diligencias de la investigación preparatoria no cumplen, como regla, función alguna en el juicio oral y no pueden ni deben ser la base para la expedición de una sentencia. Su función es básicamente **endoprocedimiental**, interna y posee una eficacia probatoria limitada[3601] que sirve para ejercer o no la acción penal, promover medidas de aseguramiento (real o personal) y decidir, finalmente, si se emite una acusación o se sobresee la causa.

El empleo del material recogido solo puede ser utilizado en la primera fase del proceso penal, es decir, a nivel de la investigación preparatoria[3602] y la etapa intermedia.

70. En la doctrina hay acuerdo en considerar que lo investigado en el procedimiento preliminar (*v. gr.*, investigación preparatoria) solo tiene **efectos provisionales** (y no definitivos) que no condiciona ni determina el resultado del proceso principal[3603] (juicio oral).

Una de las características fundamentales del procedimiento preparatorio es que los actos de investigación realizados por el Ministerio Público **no pueden fundar una condena** y no pueden ser incorporados al debate automáticamente[3604]. Los actos de investigación y las diligencias en esta etapa solo tienen un carácter instrumental al sostener las decisiones del Ministerio Público, la acusación o el archivo del caso como también para que el juez ante el requerimiento del Ministerio Público dicte

---

recho procesal penal, cit., T. I, p. 448.

3599 Cfr. Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 134; Badaró, *Processo penal*, cit., p. 89; Andrés Ibáñez, *Las dos dimensiones del enjuiciamiento*, cit., p. 245; Bacigalupo, *Debido proceso penal*, cit., p. 50; Fuentes Soriano, *Derecho procesal penal*, cit., p. 140; Bernal Cuellar/Montealegre Lynett, *El proceso penal*, cit., T. I, p. 256. En la doctrina nacional: Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 445; Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Derecho procesal penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 2022, p. 46.

3600 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. II, p. 6; Badaró, *Processo penal*, cit., p. 89; González Álvarez, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, cit., p. 60.

3601 Por todos, Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 156.

3602 Cfr. Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 20; Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 134; Tonini, Paolo, *Manuale di procedura penale*, 18a. ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 505; Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 159.

3603 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., p. 89.

3604 Cfr. Llobet Rodríguez, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, cit., p. 448.

(o rechace) las decisiones interlocutorias de medidas limitativas de derecho o las medidas cautelares, sean reales o personales[3605].

No se concibe que los actos y las diligencias practicados por una autoridad estatal,

sin la intervención del juez, puedan tener valor probatorio y se justifique la expedición de una sentencia condenatoria[3606]. Muchas veces los actos de investigación carecen de las garantías mínimas del debido proceso, más allá que puedan servir para elaborar juicios provisionales y de verosimilitud para dictar determinadas decisiones de carácter urgente y necesario que afectan derechos fundamentales.

Se afirma que la tarea del órgano jurisdiccional resulta independiente y no es perjudicada por las comprobaciones que se llevan a cabo en la etapa de la investigación del delito[3607]. Si sobre los materiales recogidos en la investigación se dicta una sentencia condenatoria, dicho fallo debe considerarse como abiertamente inconstitucional[3608].

La etapa de la investigación del delito no tiene como fin la formación del material propiamente probatorio[3609]. En todo caso, si se pretende utilizar los elementos y la evidencia recogida en la fase de la investigación preparatoria para dictar sen-

3605 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 154.

3606 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 157.

3607 Cfr. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, cit., 2006, núm. 86, p. 65.

3608 Cfr. Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 239: "Debemos reconocer que nuestros sistemas procesales funcionan en gran medida sobre la base de una conversión automática en 'prueba', de los elementos reunidos en la investigación, sin que estos sean producidos directamente en el juicio. De este modo, en la práctica, se dictan sentencias basadas casi con exclusividad en el 'sumario'. Y esto significa, en buen romance, prescindir del juicio previo, es decir, dictar sentencias inconstitucionales.".

3609 Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 446; Herbel/Rego, *Investigación penal preparatoria*, cit., p. 305; Duce, Mauricio y Cristian Riego, *Proceso penal*, 1a. reimp., Santiago; Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 120: "El nuevo sistema de investigación no tiene carácter probatorio, esto es, que todos los actos que durante él se desarrollen, y que de algún modo puedan contribuir al esclarecimiento del caso, solo tienen un valor informativo para quienes llevan adelante la persecución (fiscales y policías), pero no se constituirán en elementos de prueba susceptibles de ser valorados en la sentencia, en tanto no sean producidos en el juicio oral en las formas que el juicio oral requiere. Así, por ejemplo, la declaración de un testigo, prestada ante el Ministerio Público le permite a los fiscales contar con información importante para formar su convicción acerca del caso y para recopilar nuevos antecedentes respecto del mismo, pero esa declaración no tiene ningún valor probatorio mientras el testigo no comparezca al juicio oral y la preste nuevamente en conformidad a las reglas que regulan tal etapa del procedimiento".

tencia, de manera obligatoria se debe reproducir durante el juicio, bajo el régimen del contradictorio pleno[3610].

XI.4. EL FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 325

71. El fundamento del artículo 325 —que parte una clara distinción entre la fase de investigación y el juicio oral— es evitar la contaminación y el prejuicio que puede adquirir el juez por los elementos obtenidos en una fase preprocesal en el que no tiene ninguna intervención[3611]. Es en el juicio en el que se adquiere la prueba con el respeto de todas las garantías procesales. La originalidad de los medios de prueba en el plenario se alcanza debido a que se impide que los actos y las diligencias que se llevan a cabo en la investigación sean trasladados automáticamente al juicio[3612]. Con ello, se preserva la imparcialidad judicial y se evita la contaminación, garantizándose que la evaluación probatoria recaiga exclusivamente sobre los medios de prueba practicados en el juicio con respeto de los principios y reglas que rigen esta etapa.

Se recuerda que un proceso penal de un Estado constitucional se caracteriza, como señala Ferrajoli, "por una prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente establecidos"[3613].

72. Se parte del reconocimiento de que en el proceso penal de un Estado de derecho rige el principio de separación de fases o etapas[3614]. La no utilización de las diligencias y actos de investigación recogidas en la etapa de indagación no es consecuencia de la invalidez o una patología del acto que pueden reunir los requisitos previstos en la ley, sino que constituye la aplicación del principio de separación de fases[3615].

El punto central de cualquier reforma del proceso penal lo representa tanto la relación de la etapa de la investigación con el juicio oral como la influencia poderosa de las autoridades de la persecución penal sobre el resultado final del proceso[3616].

73. En el derecho italiano se distingue entre el procedimiento de investigación preliminar y el proceso que lleva distinguir un "doble fascículo". Un fascículo

3610 Cfr. González Álvarez, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, cit., p. 60.

3611 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 164.

3612 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 164.

3613 Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., 2011, p. 134.

3614 Cfr. Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 19; Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 134; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 504.

3615 Cfr. Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., p. 134.

3616 Cfr. Schünemann, Bernd, *La reforma del proceso penal*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 55.

contiene la información recogida por el Ministerio Público, la policía, así como también la información aportada por la defensa (investigación defensiva); el otro fascículo está formado y predispuesto en relación al plenario y que recoge toda la información que se analizará y debatirá; mientras uno sirve al Ministerio Público, el otro sirve al órgano jurisdiccional que realizará el juicio. El fin que persigue el legislador italiano con la institución del **doble fascículo** es evitar la contaminación del juez a partir del contacto que puede tener con los elementos adquiridos por el Ministerio Público en la etapa de la investigación.

Se busca, con ello, la originalidad del fascículo del debate que se destina a recoger solo la información que se analizará en el plenario que aspira de manera razonable —y hasta donde sea posible— a tomar en cuenta los elementos que formarán parte del contradictorio, evitando cualquier riesgo de contaminación[3617]. Con ello, se tiende evitar de que el fiscal se convierta en un órgano receptor de prueba, en especial, la de carácter testimonial y, en general, de toda prueba reproducible y que dicha declaración despliegue una eficacia probatoria para la condena de una persona[3618].

XI.5. LA SENTENCIA SE DEBE BASAR EN MEDIOS DE PRUEBA, NO EN ACTOS DE INVESTIGACIÓN

74. En el proceso penal acusatorio no existe un traslado automático de la evidencia recogida en la investigación al juicio, tal como ocurre con el modelo inquisitivo en donde toda la prueba practicada en la investigación se traslada, sin más, al juicio[3619].

La diferencia del sistema procesal acusatorio, que se funda en la Constitución, y el proceso inquisitivo es que las pruebas que se valoran en la sentencia son las que se discuten en el juicio oral al amparo del contradictorio; de tal modo que no todo lo que se produce en la investigación tiene que ingresar al plenario y menos valorarse en la sentencia[3620]. Se regresa a las bases del principio inquisitivo si es que se pretende otorgar valor probatorio a la información (declaraciones, actas, pericias) producida a nivel de la investigación, sin justificar previamente la razón por la que debe incorporarse al plenario y por qué el material debe discutirse en el juicio.

3617 Cfr. Dalia/Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 611.

3618 Cfr. González Álvarez, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, cit., p. 60.

3619 Cfr. Bernal Cuellar/Montealegre Lynett, *El proceso penal*, cit., T. I, p. 259; González Álvarez, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, cit., p. 60; Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 445.

3620 Cfr. Badaró, *Processo penal*, cit., p. 89; González Álvarez, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, cit., p. 60.

No es correcta la doctrina que para dotar de valor a los actos de investigación sostiene que dichos actos están dotados de una presunción de veracidad. Se critica severamente a esta posición en la medida que crea una falsa presunción que no está prevista en la ley y que pretende extender el valor probatorio de las diligencias que se llevan a cabo en la investigación más allá de esta etapa cuando, en realidad, solo tienen un valor endoprocedimental[3621].

75. Las pruebas repetibles o renovables como el testimonio, el careo o el reconocimiento, para que ingresen al ámbito de los elementos que se deben analizar en la sentencia, deben ser producidas en la etapa del juicio, en presencia del juez y de las demás partes que pueden ejercer el contradictorio. Todos los elementos obtenidos en la investigación que se pretenden evaluar en la sentencia deben ser necesariamente repetidos en el juicio. Por "repetición" se entiende la nueva realización de la declaración que ya se llevó a cabo en una etapa anterior y que exige que la persona que originalmente practicó (*v. gr.*, declarar) el acto lo realice en la misma forma. En sentido procesal, solo se puede admitir la repetición (*v. gr.*, de una declaración) cuando el testigo vuelve a declarar sobre el mismo hecho, esto es, debe concurrir el trinomio: la misma persona, la declaración sobre el mismo objeto y que se practique en un mismo acto. No se puede hablar de repetición si se produce la mera lectura del acta donde consta la declaración; aquí se distingue entre reproducción y repetición. Tampoco puede ser considerada como repetición el hecho de que el testigo se presente al juicio y simplemente ratifique los términos de la declaración anteriormente prestada, ya que la persona debe declarar de manera efectiva y concreta sobre el hecho que ha percibido (directa o indirectamente), permitiendo el pleno conocimiento del juez y de las partes. El hecho de que se diga "ratifico lo que anteriormente he declarado" no tiene el valor de una declaración testimonial, ya que supone la negación de lo que constituye un testimonio y el ejercicio mismo de la jurisdicción[3622].

Sin embargo, las declaraciones que se prestan en la etapa de investigación se pueden utilizar excepcionalmente en determinados casos en el juicio oral como cuando el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente en cuyo supuesto el juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el fiscal (artículo 376.1) o también pueden ser leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes (artículo 383.1.d). De igual

3621 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 154.

3622 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, pp. 158 y 159.

manera, se establece que "si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera" (artículo 378.6) y también, "durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio" (artículo 378.8).

76. En el derecho comparado, se reconoce que en el juicio oral solo se puede utilizar excepcionalmente los elementos recogidos en la investigación del delito[3623]. La única reproducción procesalmente válida es aquella que deriva de la producción anticipada de pruebas que requiere el control judicial y el contradictorio de las partes[3624]. El contradictorio de las pruebas no surge en el juicio oral, sino que se prepara y ordena en la fase de la investigación[3625] y es obligatorio es determinadas circunstancias.

A diferencia de los actos de investigación, los actos (o medios) probatorios se desarrollan solo y dentro del marco del juicio oral bajo los principios de inmediación, concentración y oralidad, salvo los casos de prueba anticipada siempre que se actúe conforme al artículo 242 del CPP y la prueba preconstituida que se caracteriza por las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza el CPP (artículo 325).

77. La Corte Suprema de Justicia de Justicia del Perú ha señalado: "El artículo 325 del Código Procesal Penal prescribe que las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Los actos de investigación están sometidas a su propio régimen jurídico, por cierto, distintos de los actos de prueba, que son los que pueden y deben erigirse en el material que deberá apreciar el juez para dictar sentencia, con la excepción —dentro de las estrictas previsiones legales, y siempre que cumplan los presupuestos de irrepetibilidad y de urgencia— de la denominada prueba anticipada y prueba preconstituida"[3626].

Asimismo, se resalta que, "en materia probatoria, la regla general es que únicamente se considera como prueba penal —prueba plenarial— aquella que es

3623 Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 505; Ferrua/Lavarini, *Diritto processuale penale*, cit., p. 20; Andrés Ibáñez, *Las dos dimensiones del enjuiciamiento*, cit., p. 245.

3624 Cfr. Lopes Jr., *Direito processual penal*, cit., 2015, p. 159.

3625 Cfr. Siracusano, *Diritto processuale penale*, cit., vol. II, p. 19; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 2017, p. 503.

3626 Véase la Casación N.º 292-2019 del 14 de junio del 2019 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

actuada en juicio oral. Así, no tienen esta calidad los actos de investigación, puesto que no van dirigidos a probar la culpabilidad o fundamentar la pena, sino que su finalidad es preparar la acusación y el juicio oral. No obstante, existen excepciones a la prueba plenarial, pruebas que se actúan con anterioridad a la etapa del juicio oral, y esto se justifica en el carácter irrepetible y urgente del objeto de prueba, lo que ocasiona su imposibilidad de ser reproducido en el juicio oral. Tal es el caso de la prueba preconstituida y la prueba anticipada —prueba sumarial—"[3627].

La Corte Suprema de Justicia[3628] ha destacado lo siguiente:

> **Décimo tercero.**- Ahora bien, las actuaciones policiales, en principio, no poseen valor probatorio debido a los siguientes motivos: a) La ausencia del juez durante su realización. b) La falta de garantías en su práctica[3629]. Al no ser los actos valorados directamente por el órgano jurisdiccional, no pueden ser idóneos de otorgársele calidad de prueba suficiente a aquella actividad que se desarrolla sin que pueda constatarse que fueron practicadas con las garantías de ley que le otorgarían mérito probatorio.
>
> **Décimo cuarto.**- El fundamento se basa en que la actividad probatoria de las partes, ha de ser suficiente y con pleno ejercicio de las garantías constitucionales, que le otorguen el valor para desvirtuar la presunción de inocencia, no pudiendo entenderse por actividad probatoria mínima o suficiente la sola utilización de meros actos de investigación[3630].

También, se subraya lo siguiente[3631]:

> **Décimo sexto.**- Esta carencia de valor puede salvarse con la presencia del Fiscal en la actividad policial, por ello, el inciso uno del artículo trescientos treinta y uno del Código Procesal Penal, establece que tan pronto la Policía tenga noticia de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público por la vía más rápida y también por escrito, indicando los elementos esenciales

3627 Véase la Apelación N.º 220-2022 del 16 de mayo del 2023 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Sequeiros Vargas).

3628 Véase la Casación N.º 158-2016 del 10 de agosto del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria.

3629 San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, 3a. ed., Grijley, Lima, 2014, p. 432.

3630 Nieva Fenoll, Jordi, *Fundamentos de derecho procesal penal*, Madrid, Edisofer, 2012, pp. 226-227. Afirma que "las actividades policiales de investigación no tienen valor alguno y que solo podrá ser utilizado en el proceso como prueba, siempre y cuando: a) En su realización se hayan respetado los derechos fundamentales. b) El cuerpo policial ofrezca suficientes garantías de las circunstancias que permitieron llegar al descubrimiento del vestigio de manera que se excluyan estratagemas para hacer que dicho vestigio haya llegado artificialmente a la escena del crimen o esfera del acusado. c) Se demuestre la custodia de la fuente de prueba sin alteraciones".

3631 Véase la Casación N.º 158-2016 del 10 de agosto del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria.

> del hecho y otros inicialmente recogidos, así como la actividad cumplida, sin perjuicio de dar cuenta de toda la documentación que pudiera existir.

La Corte Suprema de Justicia resalta lo siguiente: "Un sector de la doctrina[3632], refiere los siguientes supuestos, en los que, de forma excepcional, es posible otorgársele valor probatorio a las diligencias, esto será cuando: i) Los policías intervinieron por razones de urgencia o necesidad. ii) La actuación es irrepetible, sobrevenida o ya conocida, e imposible la inmediación y contradicción dada la urgencia de la actuación. iii) La intervención se realizó observando las garantías necesarias, esto es, el derecho de defensa, por ello, la Corte Suprema ha sostenido que si se advierte alguna vulneración al practicar alguno de estos actos, la diligencia carece de efectos legales[3633]"; para finalmente concluir: "El valor probatorio que se otorgue al contenido del informe policial (manifestaciones, actas, y demás diligencias preliminares), dependerá que estos actos se hayan realizado con la presencia del representante del Ministerio Público, que confirma que la actividad policial cumpla con las garantías previstas en la Ley, asimismo, deben encontrarse corroborados con otros medios de prueba que valorados conjuntamente, puedan ser idóneos para esclarecer los hechos materia de imputación. Adicional a ello, dichas diligencias introducidas al juicio oral tendrán aptitud probatoria a pesar de no haber estado presente el Fiscal, siempre que las circunstancias de urgencia o necesidad y dado el carácter irrepetible de dicha actuación haya impedido que estuviera presente el representante del Ministerio Público"[3634].

En el análisis de un caso en el que se cuestionaba las diligencias policiales (*v. gr.*, el acta de levantamiento de cadáver, el acta de inspección policial, el acta de entrevista, etc.) sin presencia del Ministerio Público, la Corte Suprema ha destacado lo siguiente: "las instancias de mérito no vulneraron el debido proceso, al actuar y otorgar valor probatorio a las actas levantadas por personal policial en circunstancias de participar en actos urgentes desarrollados en el marco de las diligencias preliminares de este caso penal"[3635].

3632 San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, cit., 2014, p. 434.

3633 Véase la Casación N.º 158-2016 del 10 de agosto del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria.

3634 Véase la Casación N.º 158-2016 del 10 de agosto del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria.

3635 Véase la Casación N.º 1896-2021 del 21 de octubre del 2021 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Torre Muñoz).

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis, *La respuesta correcta única y el principio de la mayoría*, en *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre la filosofía del derecho*, 2a. reimp., México, Fontamara, 2008.

Abad Yupanqui, Samuel, *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar*, en *Thémis*, N.º 21, Lima, 1997.

Abel Lluch, Xavier, *La dosis de prueba: entre el Common law y el Civil law*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 35, 2012.

Abel Lluch, Xavier, *La valoración de la prueba en el proceso civil*, Madrid, La Ley-Esade, 2014.

Abel Lluch, Xavier, *Las reglas de la sana crítica*, Madrid, La Ley, 2015.

Acale Sánchez, María, *Los delitos de mera actividad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a. época, N.º 10, 2002.

Accatino Scagliotti, Daniela, *La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico*, en *Revista de Derecho*, vol. XIX, n.º 2, diciembre, Valdivia, 2006.

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, Legal Publishing, 2010.

Accatino Scagliotti, Daniela, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, en *Revista de Derecho*, núm. XXXVII, Valparaíso, 2011.

Afonso da Silva, José, *Curso de direito constitucional positivo*, 39a. ed., Sao Paulo, Malheiros, 2016.

Afonso da Silva, Vírgílio, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, en *Revista de Direito do Estado* 4, 2006.

Aláez Corral, Benito, *El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N.º 21, primer semestre, Madrid, 2013.

Albrecht, Hans-Jörg, *La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control*, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2001.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto y Ricardo Levene (h), *Derecho procesal penal*, T. III, Buenos Aires, 1945.

Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de derecho civil*, T. III, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1941.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. reimpr. de la 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012.

ALFARO VALVERDE, Luis Genaro, *Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal*, en *Manual del Código Procesal Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2011.

ALFONSO, César, *El principio de coherencia y el principio iura novit curia en la jurisprudencia interamericana*, en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (coordinadores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, T. II, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2010.

ALISTE SÁNCHEZ, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

ALISTE SÁNCHEZ, Tomás Javier, *La "certeza moral" como criterio necesario y suficiente para la selección y valoración del material probatorio*, en *Justicia, Revista de Derecho Procesal*, N.º 1 y 2, 2011.

ALONSO GALLO, Jaime, *Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal*, en *Indret*, n.º 4, 2011.

ALONSO MAS, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, T. III, Buenos Aires, Ediar, 1941.

AMBOS, Kai, *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

AMBOS, Kai, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, en BELING, Ernst / AMBOS, Kai / GUERRERO, Oscar Julián, *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá, Temis, 2009.

AMELUNG, Knut, *Constitución y proceso penal en Alemania*, en *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

AMODIO, Ennio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonanza*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973.

AMODIO, Ennio, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2010.

ANDERSON, Terence / SCHUM, David / TWINING, William, *Análisis de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Ni fiscal ni instructor, ni Habermas "procesalista" (a pesar de Vives Antón)*, en *Jueces para la democracia*, N.º 16 y 17, 1992.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en *Doxa*, N.º 12, 1992.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Las garantías del imputado en el proceso penal*, en *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, N.º 6, 2005.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

Andrés Ibáñez, Perfecto, *El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal*, en *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad EAFIT, 2011.

Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015.

Andrioli, Virgilio, *Studi sulle prove civili*, Milano, Giuffrè, 2008.

Ángulo Arana, Pedro, *La función fiscal*, Lima, Jurista, 2007.

Antunes Rocha, Carmen Lúcia, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 2, N.º 2, 2001.

Apel, Karl-Otto, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, Paidós, 1991.

Araújo Cintra, Antonio Carlos de / Pellegrini Grinover, Ada / Dinamarco, Candido Rangel, *Teoria geral do processo*, 31a. ed., Sao Paulo, Malheiros, 2015.

Armengot Vilaplana, Alicia, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, Aranzadi, 2013.

Armenta Deu, Teresa, *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, 13a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2021.

Arocena, Gustavo, *La nulidad en el proceso penal*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2002.

Arocena, Gustavo, *De la acusación, del in dubio pro reo y de la garantía del debido proceso*, 1a. reimpr., Córdoba, Mediterránea, 2004.

Arocena, Gustavo Alberto, en Arocena, Gustavo A. / Balcarce, Fabián I. / Cesano, José Daniel, *Prueba en materia penal*, Buenos Aires, Astrea, 2009.

Asencio Mellado, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, Trivium, 1991.

Asencio Mellado, José María, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Asencio Mellado, José María, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, Lima, Inpeccp, 2008.

Asencio Mellado, José María, *Derecho procesal penal. Estudios fundamentales*, Lima, Inpecc, 2016.

Asmat Rubio, Humberto, *Tratamiento actual de la determinación del peligro procesal en las medidas coercitivas personales*, en *Actualidad Penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2022.

Assumpção Neves, Daniel Amorim, *Ações probatórias autônomas*, Sao Paulo, Saraiva, 2008.

Atienza, Manuel, *Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, en *Jueces para la Democracia*, N.º 22, 1994.

Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, 1a. reimpr., Lima, Palestra, 2006.

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

AULETTA, Ferruccio, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti di acquisizione*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXX, Fasc. 2, 2016.

Ávila, Humberto, *Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis*, en *Revista de Direito Administrativo*, vol. 236, 2004.

Ávila, Humberto, *Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória*, en *Revista de Processo*, vol. 43, n.º 282, agosto, 2018.

AYER, Alfred Jules, *Verificación y experiencia*, en *El positivismo lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965.

BACIGALUPO, Enrique, *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1994.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. PG*, Lima, Ara, 2004.

BACIGALUPO, Enrique, *Debido proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

BADARÓ, Gustavo, *Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha*, en *Estudos em Homenagem a Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005.

BADARÓ, Gustavo, *Epistemologia judiciária e prova penal*, Sao Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo, en *Código de processo penal comentado*, 5a. ed., Sao Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2022.

BADARÓ, Gustavo, *Processo penal*, 10a. ed., Sao Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2022.

BALAGUER CALLEJÓN, F., *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999.

BARBAZZA, Alberto, *Vecchie e nuove prove tipiche, atipiche ed illecite (e la loro valutazione da parte del Giudice) nei procedimenti di famiglia*, en *Ricerche Giuridiche*, vol. 4, n.º 1, giugno, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Aspectos processuais civis na nova constituição*, en *Revista de Direito Processual* 29, Rio de Janeiro, 1989.

BARONA VILLAR, Silvia, en *Proceso penal. Derecho procesal III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

BARRIENTOS PARDO, Ignacio, *Tergiversación de la prueba. Modalidades, control, problemas, posibles soluciones y revisión de casos*, en *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N.º 1, 2010.

BARROSO, Luis Roberto, *Curso de direito constitucional contemporaneo*, 5a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2015.

BARTOLI, Roberto, *Diritto penale e prova scientifica*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 2, 2018.

BARTON, Stephan, *Introducción a la defensa penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

BATTAGLIO, Silvia, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nueva serie, Anno XXXVII, Milano, Giuffrè, 1995.

Baumann, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, reimp., Buenos Aires, Depalma, 1989.

Bayón Mohíno, Juan Carlos, *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, en *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2010.

Bedé Júnior, Américo y Gustavo Senna, *Príncipios do processo penal*, Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Beling, Ernest, *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*, Beling, Ernst / Ambos, Kai / Guerrero, Oscar Julián, *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá, Temis, 2009.

Bellavista, Girolamo y Giovanni Tranchina, *Lezioni di diritto processuale penale*, 10a. ed., Milano, Giuffrè, 1987.

Beltrán, Ramón, *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*, en *Política Criminal*, vol. 7, N.º 14, diciembre, 2012.

Benda, Ernesto, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.

Benfeld, Johann, *Los orígenes del concepto de "sana crítica"*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección Historia de los Dogmas Jurídicos], N.º XXXV, Valparaíso, 2013.

Benfeld, Johann, *Una concepción no tradicional de la sana crítica*, en *Revista de Derecho*, XLV, segundo semestre, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2015.

Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. 2, Buenos Aires, Ejea, 1971.

Bergholtz, Gunnar, *Ratio et autoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*, en *Doxa*, N.º 8, 1990.

Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general*, T. I, 6a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 5a. ed., Lima, Rao, 1999.

Binder, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., 4a. reimp., Buenos Aires, Ad Hoc, 2005.

Binder, Alberto, *Derecho procesal penal*, T. II, 1a. ed. y 1a. reimp., Buenos Aires, Ad Hoc, 2018.

Boghossian, Paul, *El miedo al conocimiento: contra el relativismo y el constructivismo*, Madrid, Alianza, 2009.

Bolsoni Riboli, Eduardo, *A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em massa e os softwares de espionagem*, en *Alileu. Revista de Direito e Economia*, vol. XIX, 2018.

Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 30a. ed., Sao Paulo, Malheiros, 2015.

Bonnier, Edouard, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020.

Bontempelli, Manfredi, *Prova, verità e giudicato penale*, en *Archivio Penale*, n. 1, 2020.

Bordes Solanas, Montserrat, *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, Madrid, Cátedra, 2011.

Bovino, Alberto, *El ministerio público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

Bovino, Alberto, *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

Brown, Harold I., *La nueva filosofía de la ciencia*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1998.

Bulos, Uadi Lammêgo, *Curso de direito constitucional*, 9a. ed., Sao Paulo, Editora Saraiva, 2015.

Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, México, Siglo XXI, 2001.

Bunge, Mario, *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*, 3a. ed., México, Siglo XXI, 2004.

Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, Pamplona, Laetoli, 2013.

Bunge, Mario, *Ciencia, técnica y desarrollo*, 3a. ed., Pamplona, Laetoli, 2014.

Busetto, Marcello, *Commentario breve al Codice di Procedura Penal*, 8a. ed., Padova, Cedam, 2013.

Bustamante Alarcón, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima, Ara, 2001.

Caamaño, Francisco, *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Cabiale, Andrea, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, en *Diritto Penale Contemporaneo* 4/2013.

Cafferata Nores, José, *Derechos individuales y proceso penal*, Córdoba, Editorial Marcos Lerner, 1984.

Cafferata Nores, José *et al.*, *Manual de derecho procesal penal*, Córdoba, Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad, 2004.

Cafferata Nores, José y Maximiliano Hairabedián, *La prueba en el proceso penal*, 8a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.

Caianiello, Michele, *L'ammissione della prova scientifica nel proceso italiano*, en *Prova scientifica e processo penale* (a cura di Giovanni Canzio e Luca Lupária Donati), 2a. ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2022.

Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

Calderón Cuadrado, María Pía, *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de inmediación*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 2011.

Calò, Luciano, *Il contraddittorio scientifico*, Torino, Giappichelli, 2020.

Calvo González, José, *Proceso y narración. Teoría y práctica del narrativismo jurídico*, Lima, Palestra, 2019.

Cambi, Eduardo, *O direito a prova no proceso civil*, en *Revista de faculdade de Direito da UPRF*, vol. 34, 2000.

Cambi, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

Cambi, Eduardo, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

Canzio, Giovanni, *Prova scientifica, ricerca della 'verità' e decisione giudiziaria nel processo penale*, en *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Quaderno n. 8 della Riv. trim. dir. e proc. civ., Milano, 2005.

Canzio, Giovanni, *Il dubbio e la legge*, en *Diritto Penale Contemporáneo*, 2018.

Capograssi, Giuseppe, *Juicio proceso ciencia verdad*, en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 6 (2), Lima, 2016.

Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1972.

Cappelletti, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso penal*, La Plata, 2002.

Caprioli, Francesco, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, en *Cassazione Penale, 2008.*

Caprioli, Francesco, *Verità e giustificazione nel processo penale*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n.º 1, 2017.

Carlizzi, Gaetano, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2018.

Carlizzi, Gaetano, *I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale. Repliche a G. Tuzet, Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*, en *Diritto & Questioni Pubbliche*; XIX, n. 2, dicembre, 2019.

Carmignani, Giovanni, *Elementos de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1979.

Carnap, Rudolf, *Observaciones sobre la inducción y la verdad*, en Juan Antonio Nicolás y María José Frápolli (editores), *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012.

Carnelutti, Francesco, *Principios del proceso penal*, Buenos Aires, Ejea, 1971.

Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, T. I, Buenos Aires, Ejea, 1973.

Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Librería El Foro, 1994.

Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2000.

Caro Coria, Dino Carlos, *La prueba de la individualización judicial de la pena*, en *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch-Cedpal, 2019.

Carocca Pérez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1997.

Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal. PG*, vol. 2, Bogotá, Temis, 1971.

Carrasco Perera, Ángel, *El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional*, en *Revista española de derecho constitucional*, Año 4, N.º 11, mayo-agosto, Madrid, 1984.

Casiraghi, Roberta, *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

Cassibba, Fabio, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, en *Diritto penale contemporáneo*, 3-4/2012.

Cassibba, Fabio, *L imputazione e le sue vicende*, Milano, Giuffrè, 2016.

Cassibba, Favio Salvatore, *Brevi riflessioni sull inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, N.º 4/2018.

Castanheira Neves, António, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

Castanheira Neves, Rita, *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

Castanho de Carvalho, Luis Gustavo, *Processo penal e Constituição. Príncipios constitucionais do processo penal*, 6a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2014.

Castillo Alva, José Luis, *Principios de derecho penal [P.G.]*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002.

Castillo Alva, José Luis, *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*, Lima, Grijley, 2013.

Castillo Alva, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Lima, Grijley, 2013.

Castillo Alva, José Luis, *La presunción de inocencia como regla de tratamiento*, Lima, Ideas, 2017.

Castillo Alva, José Luis, *El derecho a interrogar a los testigos*, Lima, Instituto Pacífico, 2017.

Castillo Alva, José Luis, *El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional*, en *Ius Puniendi*, Año I, N.º 3, julio-agosto, Lima, 2017.

Castillo Alva, José Luis, *El derecho de las partes a influir en las decisiones estatales*, Lima, Iustitia, 2020.

Castillo Alva, José Luis, *El derecho a la prueba en la investigación preparatoria*, Lima, Instituto Pacífico, 2023.

Castillo Córdova, Luis, *El valor jurídico de la persona humana*, en *Revista galega de cooperación científica iberoamericana*, N.º 11, 2005.

Castro Trigoso, Hamilton, *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, Lima, Jurista, 2009.

Catalano, Elena María, *La prova indiziaria*, en *Prova penale e método scientifico*, Torino, Utet, 2009.

Catalano, Elena María, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, Giuffrè, 2016.

Cavallone, Bruno, *Forme del procedimento e funzione della prova (Ottant[illegible]anni dopo Chiovenda)*, en *Le prove nel processo civile: atti del XXV Convegno nazionale: Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, Giuffrè, 2007.

Cecchi, Marco, *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, en *Archivio Penale*, n.º 1, 2022.

Cerezo Mir, José, *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a. época, N.º 10, 2002.

Chaia, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, 2a. ed. y 2a. reimp., Buenos Aires, Hammurabi, 2020.

Chiavario, Mario, *Diritto processuale penale*, 9a. ed., Milano, UTET Giuridica, 2022.

Chiesa Aponte, Ernesto, *Compendio de evidencia (en el sistema adversarial)*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, T. II, Madrid, Reus, 1925.

Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

Cianciardo, Juan, *Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales*, en *Persona y Derecho*, N.º 41, 1999.

Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, T. V, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.

Climent Durán, Carlos, *La prueba penal*, T. I, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Cocco, Giovanni, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

Cohen, Jonathan, *El concepto de probabilidad en pruebas judiciales*, en *Teorema. Revista Internacional de Filosofía*, vol. 7, N.º 3 y 4, 1977.

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*, México, Fontamara, 1999.

Comoglio, Luigi Paolo, *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.

Comoglio, Luigi Paolo, *Ética e tecnica del "giusto processo"*, Torino, Giappichelli, 2004.

Comoglio, Luigi Paolo, *Le prove civili*, 3a. ed., Torino, UTET, 2010.

Comoglio, Luigi Paolo / Corrado Ferri / Michele Taruffo, *Lezioni sul proceso civile. Il proceso ordinario di cognizione*, t. I, 5a. ed., Bologna, Il Mulino, 2011.

Conso, Giovanni / Grevi, Vittorio / Bargis, Marta, *Compendio di procedura penale*, 6a. ed., Milano, Cedam, 2012.

Conso, Giovanni / Grevi, Vittorio / Bargis, Marta, *Compendio di procedura penale*, 10a. ed., a cura de Marta Bargis, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2022.

Conti, Carlotta, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, en *Medicina e diritto penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2009.

Conti, Carlotta, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il "discorso sul metodo"*, en *Diritto penale e proceso*, N.º 6, 2019.

Conti, Carlotta y Carlo Bonzano, *Scienza ed epistemologia giudiziaria verso l'affermazione di nuovi paradigmi*, en *Scienza, diritto e processopenale nell'era del rischio*, Torino, Giappichelli, 2018.

Copi, Irving y Carl Cohen, *Introducción a la lógica*, 2a. ed., México, Limusa, 2013.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Corcoy Bidaloso, Mirentxu, *La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso —presunción de inocencia e in dubio pro reo—*, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

Corcoy Bidaloso, Mirentxu, *Expansión del derecho penal y garantías constitucionales*, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N.º 8, Universidad Viña del Mar, 2012.

Cordero, Franco, *Procedimiento penal*, tomos I y II, Bogotá, Temis, 2000.

Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Costa Andrade, Manuel da, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Editora Coimbra, 2006.

Costa Andrade, Manuel da, *Métodos ocultos de investigação. (Pläydoer para uma teoria geral)*, en *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Costanzo, Angelo, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, en *Giustizia Insieme*, n.º 3, 2011.

Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 1949.

Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., 17a. reimp., Buenos Aires, Depalma, 1993.

Cubas Villanueva, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2015.

Cuello Contreras, Joaquín, *El derecho penal español. PG*, T. I, 3a. ed., Madrid, 2002.

Cuerda Riezu, Antonio, *La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?*, en *InDret*, Barcelona, abril de 2014.

D'Albora, Francisco, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 9a. ed., 1a. reimp., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

Dalia, Andrea Antonio y Marzia Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, 7a. ed., Padova, Cedam, 2010.

Damaska, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Damaska, Mirjan R., *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

Daniele, Marcello, *Le regole di valutazione della prova nei principali sistemi penali europei*, en *Rivista di Diritto Processuale*, novembre-dicembre, 2008.

Daniele, Marcello, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009.

Daniele, Marcello, *Indizi* (*Diritto processuale penale*), en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, Annali X-2017.

Daniele, Marcello, *Prova scientifica e regole di esclusione*, en *Prova scientifica e processo penale* (a cura di: Giovanni Canzio e Luca Lupária Donati), 2a. ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2022.

Davidson, Donald, *Animales racionales*, en *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*, Madrid, Cátedra, 2003.

De la Oliva Santos, Andrés, *Derecho procesal penal*, 6a. ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003.

De la Rúa, Fernando, *La casación penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

Dei Vecchi, Diego, *Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 37, 2014.

Dei Vecchi, Diego, *La prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales*, en *Ideas & Derecho*, n.º 11, 2015.

Dei Vecchi, Diego, *Admisibilidad y exclusiones probatorias. Mapa de una discusión abierta*, en *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Puno, Zela-CEJI, 2020.

Del Pino, Stefano, *La prova scientifica nel proceso penale*, en *Rivista de Polizia*, Anno LXXI, Fasc. IX y X, settembre-ottubre, 2018.

Delfino da Silva, Fernando César, *Direito fundamental à prova e a responsabilidade na sua produção*, en *1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*, 2016. https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/issue/view/46

Della Torre, Jacobo, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sul "oltre ogni ragionevole dubbio"*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

Dencker, Friedrich, *Criminalidad organizada y procedimiento penal*, en *Nueva Doctrina Penal*, 1998/B, 1a. reimp., Buenos Aires, 2009.

Denti, Vittorio, *Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 6, UNAM, México, 1969.

Denti, Vittorio, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 13-14, UNAM, México, 1972.

Denti, Vittorio, *Estudios de derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1974.

Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, 5a. ed., Bogotá, Temis, 2006.

Devis Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, anotado y concordado por Jorge Alvarado Velloso, 1a. ed., 1a. reimp., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

Dewey, John, *Proposiciones, asertabilidad garantizada y verdad*, en *La miseria de la epistemología*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2010.

Di Donato, Flora y Francesca Scamardella, *Epistemologia e processo: un approccio di socio-clinical law per l'analisi narrativa di casi giudiziari*, en *Sociologia del Diritto*, n.º 3, 2013.

Di Martino, Corrada y Teresa Procaccianti, *La prova testimoniale nel proceso penale*, 2a. ed., Padova, Cedam, 2010.

Díaz Cabiale, José Antonio, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, Comares, 1996.

Díaz Cabiale, José Antonio y Ricardo Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, Civitas, 2001.

Didier Jr., Fredie; Paula Sarno Braga y Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de direito processual civil*, vol. 2, 10a. ed., Salvador, Jus Podivm, 2015.

Dinacci, Filippo Raffaele, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, Giuffrè, 2008.

Dinacci, Filippo Raffaele, *Regole di giudizio*, en *Archivio Penale*, 2013.

Dinacci, Filippo Raffaele, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, en *Processo penale e giustizia*, n.º 2, 2016.

Dinamarco, Candido Rangel y Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, 3a. ed., Sao Paulo, Malheiros, 2018.

Döhring, Erich, *La prueba. Su práctica y apreciación*, Buenos Aires, Librería "El Foro", 1998.

Dominioni, Oreste, *La prova penale scientifica*, Milano, Giuffrè, 2005.

Dominioni, Oreste *et al.*, *Procedura penale*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 2012.

Duce, Mauricio y Cristian Riego, *Proceso penal*, 1a. reimp., Santiago; Editorial Jurídica de Chile, 2009.

Edwards, Carlos Enrique, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Córdoba, Lerner, 2000.

Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, México, Coyoacán, 2014.

Eser, Albin, *La posición jurídica del inculpado en el derecho procesal penal de la República Federal Alemana*, en *Temas de derecho penal y procesal penal*, Lima, Idemsa, 1998.

Estrada i Cuadras, Albert, *"Confesión o finiquito": el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas*, en *InDret*, N.º 4, 2020.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Argumentación e interpretación*, Lima, Grijley, 2011.

Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal [hacia una teoría y ley procesal generales]*, Barcelona, Librería Bosch, 1990.

Fassone, Elvio, *Dalla "certezza" all' "ipotesi preferibile": un metodo per la valutazione.* https://fdocumenti.com/document/fassone-dalla-certeza-all-ipotesi-preferibile.html?page=1

Feijoo Sánchez, Bernardo, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, en *CPC*, N.º 65, 1998.

Feijoo Sánchez, Bernardo, *Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro*, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005.

Fernández, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005.

Fernández, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima, Palestra, 2006.

Fernández Entralgo, Jesús, *Prueba ilegítimamente obtenida*, en *Jueces para la Democracia*, N.º 7, septiembre, 1989.

Fernández López, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005.

Fernández López, Mercedes, *La valoración de las pruebas declarativas*, en *Jueces para la democracia*, N.º 64, marzo, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2010.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011.

Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

Ferrajoli, Luigi, *Nueve máximas de deontología judicial*, en *Escritos sobre derecho penal*, vol. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2009.

Ferrer Beltrán, Jordi, *El derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, en *Jueces para la democracia*, N.º 47, 2003.

Ferrer Beltrán, Jordi, *La prueba y verdad en el derecho*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2005.

Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Ferrer Beltrán, Jordi, *Los estándares de prueba en el proceso penal español*, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N.º 15, 2007.

Ferrer Beltrán, Jordi, *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima, Grijley, 2016.

Ferrer Beltrán, Jordi, *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia*, en *Actualidad Penal*, N.º 34, abril, Lima, 2017.

Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

Ferrer Beltrán, Jordi (coordinador), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Ferrua, Paolo, *Il libero convincimento del giudice penale: I limite legal*, en *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, Giuffrè, 2004.

Ferrua, Paolo, *Contradictorio y verdad en el proceso penal*, en *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, editado por Letizia Gianformaggio, Bogotá, Temis, 2008.

Ferrua, Paolo, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, en *La prova nel dibattimento penale*, 4a. ed., Torino, Giappichelli, 2010.

Ferrua, Paolo, *Il 'giusto processo'*, 3a. ed., Bologna, Zanichelli, 2012.

Ferrua, Paolo, *La prova nel proceso penale. Struttura e procedimento*, vol. I, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 2017.

FERRUA, Paolo, *La prova nel processo penale*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan. abr., 2018.

FERRUA, Paolo, *Presentazione*, en *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2018.

FERRUA, Paolo, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 1; jan. abr., Porto Alegre, 2021.

FERRUA, Paolo y Barbara LAVARINI, *Diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2011.

FEYERABEND, Paul K., *Problemas del empirismo*, en *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, México, Siglo XXI Editores, 1989.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito processual penal*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

FIORELLI, Giulia, *Sentido común y saber científico: ¿oxímoron o binomio posible?*, en *Roma Tre Law Review*, Roma, Edizioni Roma Tre-Press, 2/2019.

FLORIAN, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, Barcelona, Bosch, 1931.

FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*, T. I, 4a. reimp. de la 3a. ed., Bogotá, Temis, 2002.

FONS RODRÍGUEZ, Carolina, *Incidencia del principio de adquisición procesal en el interrogatorio de testigos*, en *La prueba judicial* (director: Xavier Abel Lluch), Madrid, La Ley, 2011.

FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, 3a. ed., México, Fontamara, 2001.

FRISCH, Wolfgang, *Transformaciones del derecho penal como consecuencia del cambio social*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 21, Año 2014.

FRISTER, Helmut, *Derecho penal. PG*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

FRISTER, Helmut, *La certeza personal como presupuesto de la condena penal*, en *InDret*, julio, 2011.

FUENTES SORIANO, Olga, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

FURGIUELE, Alfonso, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2007.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Interpretar, argumentar y decidir*, en *Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima, 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, en *Isegoría*, N.º 35, julio-diciembre, 2006.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. PG*, 3a. ed., Lima, Ideas, 2019.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. Ed., Madrid, Civitas, 2006.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Cedecs, 1997.

Garofoli, Vincenzo, *Diritto processuale penale*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 2012.

Garzón Flores, José María, *La prueba de ADN en el proceso penal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

Gascón Abellán, Marina, *Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 19, 2002.

Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2010.

Gascón Abellán, Marina, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44, 2010.

Gascón Abellán, Marina, *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

Gascón Abellán, Marina, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 39, 2016.

Gascón Abellán, Marina y Alonso J. García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2005.

Gascón Inchausti, Fernando, *Valoración de las declaraciones de coimputados y control en casación de la presunción de inocencia*, en *Tribunales de Justicia*, n.º 1, 2000.

Gavara, Juan, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994.

Ghirardi, Olsen, *El razonamiento judicial*, Lima, Academia de la Magistratura, 1997.

Ghirardi, Olsen, *El control de logicidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, Córdoba, Advocatus, 2008.

Ghirardi, Olsen A., *Los principios lógicos y la doctrina de la arbitrariedad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación (el control de logicidad)*. https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/12/artlosprincipioslogicoasdoctrinaarbitrariedad.pdf

Giacomolli, Nereu José, *O debido processo penal*, 2a. ed., Sao Paulo, Atlas, 2015.

Gianturco, Vito, *Los indicios en el proceso penal*, Bogotá, 1975.

Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal penal*, 3a. ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2019.

Gimeno Sendra, Vicente / Díaz Martínez, Manuel / Calaza López, Sonia, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Ginzburg, Carlo, *El juez y el historiador. Consideraciones al margen del proceso Sofri*, Madrid, Anaya & Mario Muchnik, 1993.

Gironi, Emilio, *La prova indiziaria*, en *La prova penale*, vol. III, Torino, UTET, 2008.

Giunta, Fausto, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014.

Glavich, Eduardo / Ibáñez, Ricardo / Lorenzo, María / Palma, Héctor, *Notas introductorias a la filosofía de la ciencia. La tradición anglosajona*, Buenos Aires, Eudeba, 1998.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Barcelona, Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, James, *Teoría general del proceso*, Barcelona, Labor, 1936.

GOLDSTEIN, Laurence / BRENNAN, Andrew / DEUTSCH, Max y LAU, Joe, *Lógica. Conceptos claves en filosofía*, Valencia, Universidad de Valencia, 2008.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Derecho, derechos; tribunal, tribunales*, en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N.os 60-61, abril-septiembre, Madrid, 1988.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito a prova no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Principios y "nuevos constitucionalismos" el problema de los nuevos principios*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 14, Madrid, 2010.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7a. ed., 19a. reimp., Coimbra, Almedina, 2017.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim y Nuno BRANDÃO, *Colaboração premiada e auxílio judiciário en materia: a ordem pública como obstáculo a cooperação com operação Lava Jato*, en *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, Año 146, N.º 4000, 2016.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim y Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4a. ed., Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais-Coimbra Editora, 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes, *Direito a prova no processo penal*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes, *Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto no 156/2009 do Senado Federal*, en *Brasília* a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal en el Estado de derecho*, Lima, Palestra, 1999.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Estado democrático y modelo policial: una propuesta de diseño de cara a lograr una investigación eficaz del crimen*, en *La policía en los estados de derecho latinoamericanos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español*, en *Anuario de Derecho Penal 2008*, Lima, 2008.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis de ADN*, en *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Prueba admisible y prueba prohibida: cambios en el garantismo judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado en la realidad jurisprudencial española actual*, en *Doctrina y jurisprudencia Penal*, n.º 22, 2015.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y Silvia VARONA VILAR (coordinadores), *Proceso penal. Derecho procesal III*, 3a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y Vicente HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, Artes Gráficas, 1962.

González Álvarez, Daniel, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2004.

González-Cuellar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Lima, INPECCP, 2017.

González Lagier, Daniel, *Inferencia probatoria*, en *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, Lima, Palestra, 2005.

González Lagier, Daniel, *La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima*, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 68; julio-diciembre, 2005.

González Lagier, Daniel, *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2013.

González Lagier, Daniel, *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2020.

González Lagier, Daniel, *Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de "sentido común"*, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N.º 3, 2022.

González Lagier, Daniel, *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*, Lima, Palestra, 2023.

Gorphe, Francois; *Apreciación judicial de las pruebas*, Bogotá, Temis, 2004.

Gössel, Karl-Heinz, *El defensor en el proceso penal*, Bogotá, Temis, 1989.

Gössel, Karl-Heinz, *El proceso penal ante el Estado de derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*, trad. de Miguel Polaino Navarrete, Lima, Grijley, 2004.

Gössel, Karl-Heinz, *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho. Obras completas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

Greco Filho, Vicente, *Manual de proceso penal*, 11a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2015.

Gualtieri, Piero, *Profili problematici delle indagini difensive*, en *Justicia penal y derecho de defensa* (directores: Vicente Guzmán Fluja e Ignacio Flores Prada), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Guarneri, Giuseppe, *Las partes en el proceso penal*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.

Guedes Valente, Manuel, *Processo penal*, 3a. ed., T. I, Lisboa, Almedina, 2010.

Guerrero Peralta, Óscar Julián, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, 2a. ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

Guibourg, Ricardo / Echavi, Delia Teresa / Urquijo, María Eugenia, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

Guimarães Ribeiro, Darci, *Provas atípicas*, Porto Alegre, Librería do Advogado, 1998.

Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2018.

Guzmán Fluja, Vicente, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

HAACK, Susan, *Filosofía de las lógicas*, 2a. ed., Madrid, Cátedra, 1991.

HAACK, Susan, *Evidencia e Investigación. Hacia una reconstrucción en epistemología*, Madrid, Tecnos, 1997.

HAACK, Susan, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2008.

HAACK, Susan, *Filosofía del derecho y de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, PUCP, 1997.

HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2001.

HABERMAS, Jürgen, *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*, 2.ª reimp., Madrid, Trotta, 2011.

HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, 6ª ed., Madrid, Cátedra, 2011.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.

HAMBLIN, Charles L., *Falacias*, Lima, Palestra, 2016.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, en *Doxa*, N.º 8, 1990.

HASSEMER, Winfried, *Perspectivas del derecho penal futuro*, en *Revista Penal*, N.º 1, 1998.

HASSEMER, Winfried, *Oportunidades para la privacidad frente a las nuevas necesidades de control y las tecnologías de la información*, en *Nueva Doctrina Penal*, 1999/A, Buenos Aires, 1999.

HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, 1a. reimp., Buenos Aires, Ad Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried, *Direito penal, defesa penal e Constituição*, en *Lusiada. Direito*, N.º 4/5, Lisboa, 2007.

HEMPEL, Carl, *El dilema del teórico: un estudio sobre la lógica de la construcción de teorías*, en *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, México, Siglo XXI Editores, 1989.

HEMPEL, Carl, *Filosofía de la ciencia natural*, 3a. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2003.

HEMPEL, Carl, *La teoría de la verdad de los positivistas lógicos*, en Juan Antonio NICOLÁS y María José FRÁPOLLI (editores), *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012.

HENDERSON, Humberto, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 39, San José de Costa Rica, 2004.

HERBEL, Gustavo y Carlos REGO, *Investigación penal preparatoria*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

HESS, Burkhard y Othmar JAUERNIG, *Manual de Derecho procesal civil*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

Hesse, Konrad, *La fuerza normativa de la Constitución*, en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

Horovitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, T. I, Santiago, Editorial Jurídica Chile, 2003.

Hruschka, Joachim, ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?, trad. de Pablo Sánchez-Ostiz, en *Imputación y derecho penal*, Montevideo, B y F, 2005.

Huertas Martín, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, Bosch, 1999.

Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldarriaga, *Manual de derecho penal. PG*, T. II, 4a. ed., Lima, Idemsa, 2011.

Iacona, Andrea, *La argumentación* (Trad. de Karla Camila Harada Carranza), México, UAM, Unidad Cuajimalpa, 2018.

Iacoviello, Francesco, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, Giuffrè, 2013.

Iacoviello, Francesco, *La motivación de la sentencia penal y su control en la casación*, Lima, Palestra, 2022.

Igartua Salaverria, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Igartua Salaverrría, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998.

Igartua Salaverria, Juan, *Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, "in dubio pro reo"*, en *Anuario de Derechos Humanos*, N.º 2, 2001.

Igartua Salaverría, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y *Constitucionales, 2003.*

Igartua Salaverría, Juan, *Dos usos desviados de la "presunción de inocencia"*, en *Anuario de Derechos Humanos*, T. I, Nueva Época, vol. 7, 2006.

Igartua Salaverria, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima, Palestra, 2014.

Igartua Salaverría, Juan, *Los indicios tomados en serio*, en *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.

Igartua Salaverría, Juan, *Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica*, en *Jueces para la Democracia*, N.º 96, diciembre 2019.

Igartua Salaverría, Juan, *Valoración de las pruebas: algunos tópicos a revisar en la cultura probatoria de nuestra jurisdicción contenciosa*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 122. enero-abril, 2022.

Illuminati, Giulio, *Ammissione e acquisizione della prova nell'instruzione dibattimentale*, en *La Prova nel dibattimento penale*, 4a. ed., Torino, Giappichelli, 2010.

Illuminati, Giulio, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010.

Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

James, William, *Concepción de la verdad según el pragmatismo*, en Juan Antonio Nicolás y María José Frápolli (editores), *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012.

Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, Santa Fe; Rubinzal-Culzoni, 2017.

Jescheck, Hans y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. PG*, T. I, Lima, Instituto Pacífico, 2014.

Jesus Texeira, Antonio de, *Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014.

Jung, Heike, *El proceso penal: conceptos, modelos y supuestos básicos*, en *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Barcelona, Debolsillo, 2000.

Keller, Albert, *Teoría general del conocimiento*, Barcelona, Herder, 1988.

Kindhäuser, Urs, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal*, en *InDret*, febrero, Barcelona, 2009.

Klimovsky, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, 3a. ed., Buenos Aires, A-Z Editores, 1997.

Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*, 2a. reimp., Bogotá, Temis, 2004.

Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

Lafont, Cristina, *Realismo y constructivismo en la Teoría moral kantiana: el ejemplo de la Ética del discurso*, en *Isegoría*, 2002, N.º 27, 2002

Landa Arroyo, César, *Dignidad de la persona humana*, en *Ius et Veritas*, N.º 21, Lima, 2000.

Lanza, Luigi, *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, en *Criminalia*, 2011.

Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980.

Laudan, Larry, *El progreso y sus problemas. Hacia una teoría del crecimiento*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1986.

Laudan, Larry, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 28, 2005.

Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid, Marcial, 2015.

Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 5a. ed., Barcelona, Bosch, 1979.

Leone, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, tomos I y II, Buenos Aires, Ejea, 1963.

Levene (h), Ricardo, *Manual de derecho procesal penal*, T. I, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1993.

Liáñez Fullana, Mireia, *La presunción de inocencia en la UE: las novedades aportadas por la Directiva 2016/343*, en *Quaderns de Recerca*, núm. 35 / Curs 2015-2016, Bellaterra, 2016.

Liebman, Enrico Tullio, *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ejea, 1980.

Lima Rodrigues, Cáudio, *Valoração de conhecimentos fortuitos durante realização de escuta telefónica*, en *Data venia. Revista Jurídica Digital*, Ano 2, N.º 03, Fevereiro 2015.

Llobet Rodríguez, Javier, *Derecho procesal penal*, T. II, San José, Editorial Jurídica Continental, 2005.

Llobet Rodríguez, Javier, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, 6a. ed., San José; Editora Dominza-Editora Jurídica Continental, 2012.

Llobet Rodríguez, Javier, *Prisión preventiva. Límites constitucionales*, Lima, Grijley, 2016.

Londoño Jiménez, Hernando, *Tratado de derecho procesal penal*, T. I, Bogotá, Temis, 1989.

Lopera Mesa, Gloria Patricia, *La problemática de la justicia constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 5, 2001.

Lopes Jr., Aury, *Direito processual penal*, 19a. ed., São Paulo, Saraiva, 2022.

López Barja de Quiroga, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Akal, 1989.

López Guerra, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

Lorusso, Sergio, *La prova scientifica*, en *La prova penale* (a cura da Alfredo Gaito), Torino, 2008.

Lozzi, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, 8a. ed., Torino, Giappichelli, 2013.

Luján Túpez, Manuel, en *Razonamiento judicial*, Lima, Ara, 2006.

MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de derecho*, en *Isegoría*, N.º 21, 1999.

Macrilló, Armando, *Indagini* técnico-*scientifiche e diritto di defensa*, en *Prova scientifica e processo penale* (a cura di Giovanni Canzio e Luca Lupária Donati), 2a. ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2022.

Maier, Julio J. B., *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, T. II, 1a. ed., 3a. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.

Maihofer, Werner; *Estado de derecho y dignidad humana*, Buenos Aires, B de F, 2008.

Malan, Diogo, *Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 2, n. 1, 2016.

Mancuso, Enrico Maria, *Il regime probatorio dibattimentale*, Milano, Giuffrè, 2017.

Mantovani, Ferrando, *Diritto penale [PG]*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2001.

Mantovani, Ferrando, *Los principios del derecho penal*, Lima, Ediciones Legales, 2015.

Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, T. IV, Buenos Aires, Ejea, 1953.

Mapelli Caffarena, Borja, *Entre el homicidio y las lesiones*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 5, Lima, 1997.

Marinoni, Luiz Guilherme, *Introducción al derecho procesal civil*, Lima, Palestra, 2015.

Marinoni, Luiz Guilherme y Daniel Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, 4a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2015.

Marinoni, Luiz Guilherme y Sergio Cruz Arenhart, *Prova e convicção*, 6a. ed., Sao Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2022.

MARINUCCI, Giorgio y Emilio DOLCINI, *Manuale di diritto penale* [PG], 6a. ed., Milano, Giuffrè, 2017.

MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito processual penal português. Do procedimiento (marcha do processo)*, vol. III, 1a. ed., 3a. reimp., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuricidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)*, en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, N.º 9, 2011.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad*, en *Persona y Derecho*, N.º 54, 2006.

MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, T. II, Buenos Aires, Astrea, 1995.

MAZZA, Oliviero, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, en *Criminalia*, 2012.

MENDONÇA, Daniel, *Las claves del derecho*, 1a. reimp., Barcelona, Gedisa, 2008.

MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, reimp., Bogotá, Temis, 2004.

MILIONE, Giulia Giuseppina, *Los poderes ex oficio del juez penal*, Youcanprint, 2016.

MIR PUIG, Santiago, *Límites del normativismo en derecho penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-18 (2005). http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo penal*, 10a. ed., Sao Paolo, Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, T. II, 7a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1997.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Lima, Jurista, 2012.

MITTERMAIER, Carl, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 11a. ed., Madrid, 2004.

MIXÁN MASS, Florencio, *Lógica jurídica*, Trujillo, Marsol, 1988.

MONTAGNA, Mariangela, *La perizia come prova neutra*, en *Processo penale e giustizia*, n.º 3, 2014.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 6a. ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

Montoya Chávez, Víctorhugo y Raúl Feijóo Cambiaso, *El rango de los tratados sobre derechos humanos*, en *Ius et Veritas*, N.º 50, Lima, 2015.

Mora Sánchez, Jeffry, *Predictibilidad conductual y proceso penal: algunos apuntes sobre el fundamento epistémico de los hechos futuros en las medidas cautelares*, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N.º 2, 2021.

Morello, Augusto, *La prueba. Tendencias modernas*, Buenos Aires, Editora Platense-Abeledo Perrot, 1991.

Moreno Catena, Víctor y Valentín Cortés Domínguez, *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Morris, Charles, *Signos, lenguaje y conducta* (Trad. de José Rovira Armengol), Buenos Aires, Losada, 1962.

Mosterín, Jesús, *Lo mejor posible: racionalidad y acción humana*, 3a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2008.

Mosterín, Jesús, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, Barcelona, Gedisa, 2013.

Muffato, Nicola, *Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal*, en *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

Muñoz Aranguren, Arturo, *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*, en *InDret* n.º 2, 2011.

Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en el derecho penal español*, en *Derecho & Sociedad*, N.º 10, Lima, 1995.

Muñoz Conde, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

Muñoz Sabaté, Lluis, *Fundamentos de prueba judicial civil. L. E. C. 1/2000*, Barcelona, Bosch, 2001.

Muñoz Sabaté, Lluis, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4a. ed., Madrid, Wolters Kluwer, 2017.

Nappi, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, 10a ed., Milano, Giuffrè, 2007.

Naucke, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, Buenos Aires, Astrea, 2006.

Neurath, Otto, *Proposiciones protocolares*, en A. J. Ayer (compilador), *El positivismo lógico* México, Fondo de Cultura Económica, 1965.

Neyra Flores, José Antonio, *Tratado de derecho procesal penal*, tomos I y II, Lima, Idemsa, 2015.

Nicolás, Juan Antonio y María José Frápolli (editores), *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012.

Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.

Nieva Fenoll, Jordi, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, Bosch, 2000.

Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Nieva Fenoll, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Nobili, Massimo, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974.

Nobili, Massimo, *Storie d'una illustre formula: il 'libero convincimento' negli ultimi trent'anni*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2003.

Nobili, Massimo, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, en *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, Giuffrè, 2004.

Norris, Christopher, *Teoría acrítica: posmodernismo, intelectuales y la guerra del golfo*, Madrid, Catedra, 1997.

Nozick, Robert, *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona, Paidós, 1995.

Oré Guardia, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, 2a. ed., Lima, Alternativas, 1999.

Oré Guardia, Arsenio, *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*, T. II, Lima, Gaceta Jurídica, 2016.

Orlandi, Renzo, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, en *La prova nel dibattimento penale*, 4a. ed., Torino, Giappichelli, 2010.

Orozco Abad, Iván y Juan Gabriel Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis, 2000.

Ortiz Ibarz, José, *La máxima libertad en la historia*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2007.

Ovejero Puente, Ana María, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Ovejero Puente, Ana María, *Protección del derecho a la presunción de inocencia*, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017.

Padovani, Tullio, *Diritto penale*, 11a. ed., Milano, Giuffrè, 2017.

Pagliaro, Antonio, *Principi di diritto penale [PE]*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2000.

Palacio, Lino Enrique, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

Palazzo, Francesco, *Corso di diritto penale. PG*, 3a. ed., Torino, Giappichelli, 2008.

Panuccio, Vincenzo, *La confesión extrajudicial*, Barcelona, Nereo, 1960.

Papagno, Claudio, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, Giuffrè, 2009.

Parejo Alonso, Luciano, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en *Revista española de derecho constitucional*, vol. I. N.º 3, septiembre-diciembre, Madrid, 1981.

Parra Quijano, Jairo, *Pruebas ilícitas*, en *Ius et Veritas*, N.º 14, junio, Lima, 1997.

Parra Quijano, Jairo, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y principio de integración*, en *Derecho penal y Criminología*, N.º 68, vol. 21, 2000.

Pastor, Daniel, *¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina*, en *Anuario de Derecho Penal Económico*, Lima, N.º 2, 2012.

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, 2013.

PATTI, Salvatore, en *Le prove. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2010.

PAULA RAMOS, Vitor de, *Direito fundamental à prova*, en *Revista de Processo*, vol. 224, 2013.

PAULA RAMOS, Vitor de, *La carga de la prueba en el proceso civil. De la carga al deber de probar*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

PAULESU, Pier Paolo, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2008.

PEIRCE, Charles Sanders, *Obra filosófica reunida*, tomos I y II, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *O conteúdo da garantía do contraditório*, en *Novas tendencias do Direito processulae*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Prova emprestada*, en *O processo en evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Interceptações telefónicas e gravações clandestinas no proceso penal*, en *Provas ilícitas, interceptaçoes e escutas*, Brasilia, Gazeta Jurídica, 2013.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada / SCARANCE FERNANDES, Antonio / MAGALHAES GOMES FILHO, Antonio, *As nulidades no proceso penal*, 9a. ed., Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Manual de derecho procesal penal*, 5a. ed., Lima, Idemsa, 2019.

PERELMAN, Chaim y Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 2006.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal*, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La causalidad: ¿una solución procesal para un problema dogmático?*, en *Anuario De Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLIX, Fasc. III, Madrid, 1996.

PÉREZ DEL VALLE, CARLOS; *Teoría de la prueba y derecho penal*, Madrid, Dykinson, 1999.

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.

PÉREZ GIL, Julio, *El conocimiento científico en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda*, en *Jueces para la Democracia*, N.º 67, 2010.

PÉREZ TORTOSA, Francesc, *La presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio tras la directiva (UE) 2016/343*, en *Revista AJFV. Derecho Unión Europea*, N.º 2, junio, 2017.

PESSOA, Nelson, *La nulidad en el proceso penal. Estudio de los "silencios normativos aparentes"*, 3a. ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2013.

PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996.

Pico i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, José María Bosch, 1997.

Picó i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, en Lluch, Xavier Abel y Manuel Richard González (directores), *Estudios sobre la prueba penal*, vol. I, *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, Madrid, La Ley, 2010.

Picó i Junoy, Joan, *La renuncia abusiva de la prueba admitida*, en *La Ley*, n.º 9418, de 20 de mayo de 2019.

Pinto, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997.

Pires de Sousa, Luís Filipe, *Prova testemunhal*, Coimbra, Almedina, 2017.

Pisfil Flores, Daniel, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*, Lima, Editores del Centro, 2018.

Popper, Karl R., *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista*, Madrid, Tecnos, 1974.

Popper, Karl R., *La ciencia normal y sus peligros*, en *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Barcelona, Grijalbo, 1975.

Popper, Karl R., *Conjeturas y refutaciones*, Barcelona, Paidós, 2008.

Popper, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, 2a. ed., 1a. reimp., Madrid, Tecnos, 2011.

Poviña, Fernando, *Regla de exclusión probatoria*, Buenos Aires, Astrea, 2013.

Prado, Geraldo, *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*, Sao Paulo, Marcial Pons, 2014.

Prado Saldarriaga, Víctor, *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal*, Lima, Idemsa, 2009.

Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1992.

Prieto Sanchís, Luis, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, N.º 8, Lima, 2002.

Proto Pisani, Andrea, *Lecciones de derecho procesal civil*, Lima, Palestra, 2018.

Puerta Luis, Luis-Roman, *La prueba en el proceso penal*, en *Revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, N.º 24, 1995.

Pulitanò, Domenico, *Populismi e penale sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, en *Criminalia*, 2013.

Pulitanò, Domenico, *Difesa penale e saperi sul mondo*, en *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2018.

Putnam, Hilary, *Razón, verdad e historia*, Madrid, Tecnos, 1988.

Putnam, Hilary, *Las mil caras del realismo*, Barcelona, Paidós, 1994.

Putnam, Hilary, *La importancia del conocimiento no-científico* (Trad. de Ángel García Rodríguez), en *Limbo*, 1997, N.º 2, 1997.

Quine, Willard Van Orman, *Filosofía de la lógica*, 3a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1981.

Quine, Willard Van Orman, *Los métodos de la lógica*, Barcelona, Ariel, 1981.

Rafaraci, Tommaso, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, en *Giustizia Insieme*, n.º 3, 2011.

Ragués, Ramón, *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, en *Revista Estudios de la Justicia*, N.º 4, 2004.

Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*, Barcelona, Atelier, 2011.

Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 15a. ed., México, Porrúa, 2001.

Renedo Arenal, María Amparo, *Problemas del imputado en el proceso penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.

Rescher, Nicholas, *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón* (Trad. de Susana Nuccetelli), Madrid, Tecnos, 1988.

Resende Salgado, Daniel de, *Fundamentos à admissibilidade da metaprova no processo penal*, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N.º 5, Madrid, 2023.

Revilla González, José Alberto, *El interrogatorio del imputado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Reyes Molina, Sebastián, *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*, en *Revista de Derecho*, vol. XXV, N.º 2, diciembre, Valdivia, 2012.

Reyes Molina, Sebastián, *Estándares de prueba y "moral Hazard"*, en *Nuevo Derecho*, vol. 11, N.º 16, enero-junio, 2015.

Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Derecho procesal penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 2022.

Richard González, Manuel, *Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

Ricoeur, Paul, *Lo justo*, trad. de Carlos Gardini, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

Ricoeur, Paul, *Interpretazione e/o argumentazione*, en *Ars Interpretandi*, fasc. I, 2007.

Rieb, Peter, *Derecho constitucional y proceso penal*, en *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Rivello, Pier Paolo, *La prova scientifica*, Milano, Giuffrè, 2014.

Rivera Morales, Rodrigo, *La prueba: un análisis racional y práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Rocco, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, vol. II, 2a. reimp., Buenos Aires, Depalma, 1983.

Rodrigues Campos, Sara, *(In)admissibilidade de provas ilícitas*, Coimbra, Almedina, 2018.

Rodrigues Nunes, Duarte Alberto, *A admissibilidade da obtenção, diretamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português*, en *Julgar*, N.º 32, 2017.

Rodrigues Nunes, Duarte Alberto, *O problema da admissibilidade dos métodos "ocultos" de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Gestlegal, 2018.

Rojas Vargas, Fidel y Alberto Infantes Vargas, *Código Penal. Catorce años de jurisprudencia sistematizada*, Lima, Idemsa, 2005.

Rosas Yataco, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, vol. II, Lima, Instituto Pacífico, 2013.

Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Ejea, 1956.

Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, T. II, Lima, Ara, 2007.

Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000.

Roxin, Claus, *la posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy*, en *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

Roxin, Claus, *Derecho penal. PG*, T. I, reimpr., Madrid, Civitas, 2008.

Roxin, Claus, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

Roxin, Claus y Bernd Schünemann, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Didot, 2019.

Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, T. I, Lima, PUCP, 1999.

Ruggiero, Rosa Anna, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Torino, Giappichelli, 2012.

Rusconi, Maximiliano, *Principio de inocencia e "in dubio pro reo*, en *Jueces para la democracia*, N.º 33, 1998.

Russell, Bertrand, *Ensayos escépticos*, Madrid, RBA, 2011.

Russell, Bertrand, *Ensayos filosóficos*, 8a. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2012.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, vol. 2, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992.

Sagüés, Néstor Pedro, *Sentencia arbitraria por subjetividad judicial*, en *Ius et Veritas*, Año V, N.º 10, Lima, 1995.

San Martín Castro, César, *Correlación y desvinculación en el proceso penal. A propósito del Nuevo artículo 285-A CPP*, en *Derecho Procesal. III Congreso Internacional*, Lima, Universidad de Lima, 2005.

San Martín Castro, César, *Estudios de derecho procesal penal*, Lima, Grijley, 2012.

San Martín Castro, César, *Prueba ilícita e inutilización probatoria*, en *Delito & Proceso Penal*, Lima, Jurista Editores, 2017.

San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, 2a. ed., Lima, Inpecc, 2020.

Sánchez Córdova, Juan, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, Lima, Gaceta Jurídica, 2017.

Sánchez Rubio, Ana, *El sistema contradictorio como método de investigación importado de la ciencia: una novedosa configuración de la prueba científica*, en *Revista Internacional de estudios de Derecho procesal y arbitraje*, N.º 2, 2016.

Sánchez Torres, Alexander, *El recurso de casación penal*, Lima, Jurista, 2023.

Sánchez Velarde, Pablo, *El nuevo procesal penal*, Lima, Idemsa, 2009.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Sancinetti, Marcelo, *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

Sanguiné, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Sanguiné, Odone, *A presunção constitucional de inocência e sua* dúplice *dimensão: processual e extraprocessual*, en *Revista eletrônica de Direito penal e política criminal - UFRGS*, vol. 1, N.º 1, 2013.

Sanguiné, Odone, *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Forense, 2014.

Santoriello, Ciro, *La prova penale e la sua valutazione*, Roma, Aracne, 2012.

Santoriello, Ciro y Alfredo Gaito, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, en *Archivio Penale*, mayo-agosto, fascicolo 2, Anno LXV, 2013.

Saponaro, Luisa, *Dall'indizio alla prova indiziaria: Il rapporto tra probabilità e certezza*, Milano, Cedam, 2015.

Sarlet, Ingo Wolfgang, *Curso de direito constitucional*, 4a. ed., Sao Paulo, Editora Saraiva, 2015.

Sarlet, Ingo Wolfgang, *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, 10a. ed., Porto Alegre, Livraria do advogado, 2015.

Sarlet, Ingo Wolfgang, *La eficacia de los derechos fundamentales. Una teoría general desde la perspectiva constitucional*, Lima, Palestra, 2019.

Satta, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, vol. I, Buenos Aires, Ejea, 1971.

Scalfati, Adolfo y Diletta Servi, *Trattato di procedura penale*, vol. 2, T. I, Torino, UTET, 2009.

Scaparone, Metello, *Procedura penale*, vol. I, 3a. ed., Torino, Giappichelli, 2013.

Scarance Fernandes, Antonio, *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, Sao Paulo, Revista do Tribunais, 2005.

Schlick, Moritz, *Sobre el fundamento del conocimiento*, en A. J. Ayer (compilador), *El positivismo lógico* México, Fondo de Cultura Económica, 1965.

Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Córdoba, Lerner, 2006.

Schneider, Hans-Peter, *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 7, Madrid, 1979.

Schönke, Adolf, *Derecho procesal civil*, Santiago de Chile, Olejnik, 2021.

Schlüchter, Ellen, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, Madrid, Dykinson, 2003.

SENESE, Salvatore, *La motivación de la "verdad fáctica"*, en *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (editado por Letizia Gianformaggio), Bogotá, Temis, 2008.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *Estudios de derecho procesal*, vol. I, Buenos Aires, Ejea, 1967.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1979.

SILVA ANDRADE, Flávio da, *A construção participada da decisão penal no Estado democrático de direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n.° 3, Porto Alegre, 2017.

SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, T. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

SILVA RAMALHO, David, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, Coimbra, Almedina, 2017.

SIRACUSANO, Delfino, *Diritto processuale penale*, vols. I y II, Milano, Giuffrè, 2011.

SOUSA MENDES, Paulo de, *Lições de direito processual penal*, 8a reimp., Coimbra, Almedina, 2021.

SOUZA NUCCI, Guilherme de, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2015.

SPINELLI, Michele, *Las pruebas civiles*, Buenos Aires, Ejea, 1973.

STARCK, Christian, *Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, N° 53, mayo-agosto 1998.

STARCK, Christian, *Derechos fundamentales y derecho privado*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, N.° 66, septiembre-diciembre, 2002.

STARCK, Christian, *La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N.° 7, 2003.

STARCK, Christian, *Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, Madrid, 2005.

STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Bogotá, Temis, 1988.

STELLA, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003.

STERN, Klaus, *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.° 01, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal [PG] I* [Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti], Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

STRECK, Lenio, *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenéuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano*, en *Revista de Informação Legislativa*, Ano 52, N.° 206, abr./jun., 2015.

STRUENSEE, Eberhard, *La prueba prohibida*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 4, Lima, 1994.

Talavera Elguera, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lima, GTZ, 2009.

Talavera Elguera, Pablo, *La prueba penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2017.

Talavera Elguera, Pablo, *La búsqueda de las fuentes de prueba y restricción de los derechos fundamentales*, Lima, Instituto Pacífico, 2021.

Taormina, Carlo, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2007.

Tarski, Alfred, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, en Juan Antonio Nicolás y María José Frápolli (editores), *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid, Tecnos, 2012.

Taruffo, Michele, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, en *La prova nel processo civile*, vol. II, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1999.

Taruffo, Michele, *Investigación judicial y producción de la prueba por las partes*, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 15, N.º 2, diciembre, 2003.

Taruffo, Michele, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXVIII, núm. 114, septiembre-diciembre, 2005.

Taruffo, Michele, *Tres observaciones sobre "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, de Larry Laudan*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 28, 2005.

Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

Taruffo, Michele, *Decisiones judiciales e inteligencia artificial*, en *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

Taruffo, Michele, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en *Consideraciones sobre la prueba judicial*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Taruffo, Michele, *Lezioni sul processo civile*, 5a. ed., Bologna, Il Mulino, 2011.

Taruffo, Michele (a cura de), *La prova nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 2012.

Taruffo, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

Taruffo, Michele, *Ermeneutica, prova e decisione*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, n.º 1, jan.-abr., Porto Alegre, 2018.

Tavares Morais, Felipe Soares, *A derrotabilidade da acusação e seus reflexos no ônus da prova*, Saõ Paulo, Marcial Pons, 2020.

Tavolari Oliveros, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. cuestiones y casos*, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 2005.

Tiedemann, Klaus, *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho penal europeo*, en *Revista Penal*, N.º 3, 1999.

Tomás y Valiente, Francisco, *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 20, mayo-agosto, 1987.

Tomé García, José Antonio, *Curso de Derecho procesal penal*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2019.

Tonini, Paolo, *Diritto di defesa e prova scientifica*, en Vicente Guzmán Fluja e Ignacio Flores Prada (directores), *Justicia penal y derecho de defensa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Tonini, Paolo, *Manuale di procedura penale*, 18a. ed., Milano, Giuffrè, 2017.

Tonini, Paolo y Carlotta Conti, *Il diritto delle prove penali*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 2014.

Tonini, Paolo y Carlotta Conti, *Manuale di procedura penale*, 23a. ed., Milano, Giuffrè, 2022.

Torío López, Ángel, *Cursos causales no verificables en derecho penal*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, T. 36, Fasc. 2, Madrid, 1983.

Torquato Avolio, Luiz Francisco, *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 6a. ed., São Paulo, 2015.

Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Ediciones Península, 2003.

Toulmin, Stephen / Rieke, Richard / Janik, Allan, *Una introducción al razonamiento*, Lima, Palestra, 2018.

Tranchina, Giovanni, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2011.

Traversi, Alessandro, *La defensa penal. Técnicas argumentativas*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2005.

Tuzet, Giovanni, *Usos jurídicos de la abducción*, en *Prueba y razonamiento probatorio en derecho* (directores: Juan Antonia García Amado y Pablo Raúl Bonorino), Granada, Comares, 2014.

Tuzet, Giovanni, *Filosofía de la prueba jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

Ubertis, Giulio, *Profili epistemologici della prova*, en *La prova nel processo civile*, vol. II, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1999.

Ubertis, Giulio, *La prova tra regole di esclusione e canoni di valutazione*, en *Argomenti di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2002.

Ubertis, Giulio, *La prova scientifica e la nottola di minerva*, en *Argomenti di procedura penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006.

Ubertis, Giulio, *Il proceso penale. La verifica dell'accusa*, Bologna, Il Mulino, 2008.

Ubertis, Giulio, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2009.

Ubertis, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Madrid, Trotta, 2015.

Ubertis, Giulio, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, 4a. ed., Milano, Giuffrè, 2017.

Ubertis, Giulio, *I criteri di ammissibilità probatoria*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 1, jan. abr., Porto Alegre, 2021.

Ubertis, Giulio, *Prova scientifica e giustizia penale*, en *Argomenti di Procedura Penale*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2021.

Uriarte Valiente, Luis y Tomás Farto Piay, *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, Madrid, La Ley, 2007.

VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 3a. ed., México, Porrúa, 2006.

VALMAÑA CABANES, Antonia, *El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada*, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2012.

VAN DIJK, Teun A., *La noticia como discurso. Comprensión, estructura y producción de la información*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1990.

VAN EEMEREN, Frans, *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*, Madrid-México, P y V Editores, 2012.

VAN EEMEREN, Frans, *La teoría de la argumentación. Una perspectiva pragmadialéctica*, Lima, Palestra, 2019.

VAN EEMEREN, Frans y Rob GROOTENDORST, *Una teoría sistemática de la argumentación. La perspectiva pragmadialéctica*, Buenos Aires, Biblos, 2001.

VÁSQUEZ ROJAS, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

VÁSQUEZ ROJAS, Carmen y Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*, en FERRER BELTRÁN, Jordi (coordinador), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal (estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Barcelona, Bosch, 1984.

VEGA REÑÓN, Luis, *La fauna de las falacias*, 1a. reimp., Madrid, Trotta, 2018.

VEGA TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 1993.

VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel, *El testigo de referencia en el proceso penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, T. I, 3ª. ed., 2a. reimp., Córdoba, Lerner, 1986.

VELTEN, Pietra, *La libre valoración de la prueba*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.

VERDE, Giovanni, *Prova legale e formalismo*, en *Foro Italiano*, vol. 113, 1990.

VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, Bosch, 1994.

VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012.

VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, en *InDret*, N.º 3, julio, Barcelona, 2017.

VISHINSKI, Andrei, *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Editorial Nuevo Derecho, 1950.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *La reforma del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

VOGEL, Joachim, *Los límites constitucionales a las presunciones del derecho penal económico alemán*, en *Estudios de derecho penal económico*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

VOLK, Klaus, *Concepto y prueba de los elementos subjetivos*, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.º 3, Lima, 2002.

VOLK, Klaus, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, trad. de Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez y otros, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*, Bogotá, Temis, 1985.

WALTON, Douglas y Erik KRABE, *Argumentación y normatividad dialógica. Compromisos y razonamiento interpersonal*, Lima, Palestra, 2017.

WELLMER, Albrecht, *Verdad, contingencia, modernidad*, en *Finales de partida. La modernidad irreconciliable*, Madrid, Cátedra, 1996.

WESSELS, Johannes, *Derecho penal [PG]* [Trad. de Conrado Finzi], Buenos Aires, Depalma, 1980.

WOLTER, Jürgen, *Dignidad humana y libertad en el proceso penal*, en *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Los lenguajes del discurso jurídico*, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, vol. 5, N.º 14, 1990.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, 1a. reimp., México, Fontamara, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Las ideas básicas en la relación defensa pública-Estado de derecho*, en *Pena y Estado*, N° 5, Buenos Aires, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8a. ed., Madrid, Trotta, 2008.

ZAMORA, Miguel y Ciro MILIONE, *El derecho a ser informado de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º 23, Madrid, UNED, 2009.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *La prueba ilícita*, Santiago de Chile, Nexis-Lexis, 2004.

ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en *Razonamiento judicial*, Lima, Ara, 2005.

ZAZA, Carlo, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Milano, Giuffrè, 2008.

ZILLI, Marcos, *Las condiciones de la acción penal en el derecho brasileño. Una nueva propuesta*, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, diciembre 2017.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, 5a. ed., México, Porrúa, 2009.

ZUBIRI DE SALINAS, Fernando, *¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 50, Lima, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 39, fasc. 2, Madrid, 1986.

Publicado: Octubre 2023
Este libro se terminó de imprimir
en octubre del 2023 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 619-3728
Lima-Perú