



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL

Trabajo de investigación

PRINCIPIOS PROCESALES PENALES REFERIDOS A

PRINCIPIO DE COMPETENCIA JUDICIAL. Autor: Marcial Paúcar Chapa

**EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y SU
INCIDENCIA EN EL PROCESO PENAL. Autor: Roberto Cáceres Julca**

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, INMEDIACIÓN, Y PRUEBA TESTIMONIAL

Autor: José Antonio Neyra Flores

LIMA-PERÚ

2020

CONTENIDO

Indice.....	2
Presentación	5

CAPÍTULO I

PRINCIPIO DE COMPETENCIA JUDICIAL

MARCIAL ELOY PÁUCAR CHAPPA

ASPECTOS GENERALES.....	6
I. EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA JUDICIAL Y EL PROCESO INMEDIATO	7
1.1. Antecedentes	7
1.2. Derecho comparado.....	7
1.3. Concepto	8
1.4. Diferencias entre proceso inmediato y acusación directa.....	8
II. LOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN.....	9
2.1. Flagrancia.....	9
2.2. La confesión	13
2.3. Elementos de convicción acumulados.....	14
III. EXCEPCIONES.....	15
3.1. Excepciones de complejidad	15
3.2. Pluralidad de imputados y delitos	18
3.3. Delito Especialmente Grave.....	18
IV. DELITOS ESPECIALES.....	19
4.1. El delito de omisión de asistencia familiar.....	19
4.2. El delito de conducción en estado de ebriedad.....	20
V. AUDIENCIA DE INCOACIÓN	23
5.2. Medidas coercitivas.....	26
VI. MECANISMOS DE SIMPLIFICACIÓN PROCESAL APLICABLES	27
6.1. El principio de oportunidad.....	27
6.2. La terminación anticipada	30
VII. PRONUNCIAMIENTO SOBRE INCOACIÓN	31
7.1. Pronunciamiento jurisdiccional.....	31
7.2. Acusación fiscal	32
VIII. AUDIENCIA ÚNICA DE JUICIO INMEDIATO.....	33
8.1. El control de la acusación.....	33

8.2. El Auto de Transformación del Proceso Inmediato en Proceso Común	34
8.3. El juicio inmediato	34
IX. CONCLUSIONES	34
BIBLIOGRAFÍA.....	36

CAPÍTULO II

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO PENAL

ROBERTO CÁCERES JULCA

Definición.....	39
Reglas y garantías del derecho fundamental a la presunción de inocencia	42
II. I. La regla de tratamiento procesal del imputado	42
II. II. La regla de prueba del derecho a la presunción de inocencia	46
A. Exclusión de elementos de convicción.....	49
1. Prueba prohibida	50
2. Prueba ilícita o ilegal.....	51
3. Prueba irregular.....	52
II. III. La regla de prueba del derecho a la presunción de inocencia y la suficiencia probatoria	56
BIBLIOGRAFÍA.....	59

CAPÍTULO III

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, INMEDIACIÓN Y PRUEBA TESTIMONIAL

JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES

1. La presunción de inocencia ,inmediación y prueba testimonial.....	62
1.1 La presunción de inocencia	62
1.2 La debida motivación.....	66
1.3 Conceptualización de la inmediación.....	67
1.4 El erróneo papel de la intermediación en la valoración de la prueba personal.....	70
2. Valoración de las declaraciones	72
2.1La valoración de las declaraciones personales	72
2.2 Especial referencia a la declaración de víctimas de trata de personas.....	75
3. La Psicología del Testimonio	77
3.1 Fundamentos	77
3.2 Objeto de estudio.....	78
3.2.1 La memoria	80
3.3 Procesamiento de información	80

3.3.1 Percepción y atención.....	81
3.3.2 Almacenamiento o retención.....	81
3.3.3 Evocación, reconstrucción	81
3.3.4 Comunicación	82
3.3.5 Registro	82
3.4 Problemas en el testimonio	82
4. Problemas identificados respecto de la inmediación (en conjunción con la corroboración) en la prueba testimonial en el proceso penal peruano.....	90
4.1 Declaración del testigo-víctima.....	91
4.2 Testimonio de referencia.....	95
4.3 Valoración de la prueba personal en segunda instancia	96
4.4 Testimonios especiales	98
4.5 Deber de decir la verdad.....	98
4.6 Reconocimiento de personas	100
5. Conclusiones y propuestas de solución para proteger la presunción de inocencia, cambiar concepto de inmediación conforme a la Psicología del Testimonio	101
5.1 Declaración del testigo-víctima.....	101
5.2 Testimonio de referencia.....	103
5.3 Valoración de la prueba personal en segunda instancia	103
5.4 Testimonios especiales	104
5.5 Deber de decir la verdad.....	105
5.6 Reconocimiento de personas	106
BIBLIOGRAFIA.....	108

Presentación

El Centro de Estudios de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres presenta el trabajo de investigación denominado Principios Procesales referidos a Principio de Competencia Judicial ,El Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia y su Incidencia en el Proceso Penal y La Presunción de Inocencia, Inmediación y Prueba Testimonial, ,que son 3 ponencias ,que toman en cuenta la Ley, Doctrina o Jurisprudencia reciente, constituyendo un trabajo científico que aporte en el proceso penal a fin de lograr uno justo, que permita encontrar un equilibrio entre garantías, que protejan los derechos del imputado y eficiencia ,para que no haya impunidad dando respuesta a la víctima y sociedad .

Cada una de las ponencias ha sido desarrollada por profesores y/o integrantes del Centro de Estudios de Derecho Procesal Penal(CEDPP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

El profesor Marcial Eloy Paúcar Chappa desarrolla en el capítulo I Principio de Competencia Judicial.

El integrante del CEDPP Roberto Cáceres Julca lo hace en el capítulo II denominado El derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia y su Incidencia en el Proceso Penal.

Finalmente, el profesor José Antonio Neyra Flores desarrolla en el capítulo III Presunción de Inocencia, Inmediación y la Prueba Testimonial

Dr. José Antonio Neyra Flores

“PRINCIPIO DE COMPETENCIA JUDICIAL”

Marcial Eloy Paucar Chappa[□]

ASPECTOS GENERALES

El CPP de 2004 en el artículo V de su Título Preliminar se regula el *principio de competencia judicial* en los siguientes términos:

“1. Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley.

2. Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley”.

El primer párrafo está relacionado al rol de dirección que tiene el órgano jurisdiccional desde la etapa intermedia y luego el juzgamiento. En este ámbito, a partir del proceso inmediato explicaremos cómo es que se aplica este principio en el modelo procesal del CPP de 2004, ya sea mediante el *juez de investigación preparatoria o los jueces de juzgamiento*.

El segundo párrafo está relacionado al rol jurisdiccional en torno a la determinación judicial de la pena, lo cual también es uno de los aspectos más importantes que forman parte del contenido del principio de competencia judicial.

[□] Magíster en Ciencias Penales por la USMP. Doctorando en Derecho por la UNMSM. Fiscal Provincial Penal Titular de Lima. Profesor de derecho penal en la UNMSM (pregrado y postgrado), y USMP (pregrado), así como Cursos de Especialización en IDEHPUCP y ESAN. Profesor de la AMAG.

I. EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA JUDICIAL Y EL PROCESO INMEDIATO

En el proceso inmediato luego de declararse fundada la incoación del proceso inmediato, el juez de investigación preparatoria remite los actuados al juez de juzgamiento a efectos de que lleve a cabo el juzgamiento. El juez de juicio realiza en la primera audiencia un control de acusación simplificado antes de iniciar el juicio oral. En ese sentido, el *principio de competencia judicial*, regulado en el artículo V del T.P. del CP de 2004, no solo se mantiene en el proceso inmediato, sino que además se concentra en el juez de juzgamiento.

1.1. Antecedentes

En nuestro país el proceso inmediato tiene en cierto modo su antecedente en la Ley N° 28122, la misma que regula sobre la conclusión anticipada de la instrucción para ciertos delitos. El juicio inmediato a su vez tiene como fuente a los juicios directísimo (flagrancia o confesión – Art. 449°) e inmediato (prueba evidente – Art. 453°) del Código de Procedimiento Penal italiano de 1989 (Talavera, 2010; Neyra, 2010). Es entonces, un proceso especial que tiene por finalidad la simplificación y celeridad de los procesamientos (Brousset, 2007).

1.2. Derecho comparado

Si pasamos a revisar el derecho comparado, tenemos que, en Argentina se aprobó mediante Ley 13.811 de 2004 el procedimiento en caso de flagrancia en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. En Venezuela, el Art. 372° del COPP prevé el proceso abreviado para los casos de delito flagrante (Vásquez, 2008; España, 2001). En Costa Rica, el Art. 422° del Código Procesal Penal establece el proceso de flagrancia para los delitos cometidos en dicho supuesto. En Colombia existe el juicio inmediato, el cual carece de audiencia preliminar, y es pedido por el Ministerio Público, pero es el juez que concede el acceso al debate, ante el tribunal o ante la Corte de jurados (Cordero, 2000).

En España, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma del Procedimiento Abreviado, y su complementaria LO 8/2002 de la misma fecha, implantaron un nuevo procedimiento para el

enjuiciamiento rápido de determinados delitos, es decir, un procedimiento especial. El Art. 795 LECrim que regula el llamado “juicio rápido” es adecuado para el enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de la libertad no mayores a cinco años, o con cualesquiera otra pena, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda 10 años, cualquiera sea su cuantía, y por otro lado, que la policía haya detenido a una persona o haya sido citado. Pero además, deberá tratarse de un delito flagrante o bien uno de los delitos enumerados en el apartado 2º del Art. 795.1 LECrim, o bien de un delito cuya instrucción se presuma sencilla (Armengot, 2013).

En el caso de Portugal, los Arts. 381º-391º del CPP regulan el proceso sumario, entre otros, para los casos de flagrancia, el cual responde a las necesidades de celeridad, inmediatez y eficacia de la reacción jurídico criminal ante la constatación de determinadas formas de infracción penal, y que en relación al proceso común conserva su misma estructura, salvedad hecha de las exigencias propias de su carácter acelerado (Rodríguez, 1997).

1.3. Concepto

En conclusión, el proceso inmediato es un proceso especial que constituye el máximo exponente de celeridad en el procesamiento penal, ante supuestos concretos como flagrancia, confesión o alta evidencia, toda vez que, con sumo rigor, propicia en su propio seno otros mecanismos de simplificación procesal como el principio de oportunidad, acuerdos reparatorios y la terminación anticipada, durante una audiencia de incoación y de juicio inmediato que tienen carácter de inaplazables, y que mediante los mismos, se busca como en todo proceso, un equilibrio entre justicia y garantías, tanto para las partes, e incluso las víctimas.

1.4. Diferencias entre proceso inmediato y acusación directa

A partir del Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116 se pueden establecer tres diferencias básicas entre ambas instituciones procesales:

- A. El proceso inmediato es un proceso especial con normatividad propia, mientras que, la acusación directa o “acusación por salto”, forma parte del proceso común.
- B. El proceso inmediato suprime tanto la investigación preparatoria como la etapa intermedia (Brousset, 2007) -se puede incoar luego de las diligencias preliminares y hasta antes de los treinta días de la formalización de la investigación preparatoria (Hurtado & Reyna, 2015)-, en tanto que, en la acusación directa se otorga dicha facultad al fiscal, pero no se suprime la etapa intermedia.
- C. En el proceso inmediato el Juez de Juzgamiento realiza el control de la acusación en la misma Audiencia Única de Juicio Inmediato, mientras que en la acusación directa el Juez de la Investigación Preparatoria ejerce el control de la acusación en audiencia.

Adicionalmente, se ha hecho referencia a otras diferencias, tales como, que en la acusación directa quien decide sobre su aplicabilidad es el fiscal y que no se necesita que el imputado haya declarado, mientras que en el proceso inmediato quien decide es el juez de la investigación preparatoria previa incoación del fiscal y que sí se necesita que el imputado obligatoriamente haya declarado (Neyra, 2010).

El optar por uno y otro, dependerá del caso concreto, de las posibilidades de simplificación del proceso y atendiendo a la fuerza conviccional que tengan los medios de prueba recolectados durante la investigación preliminar (Sánchez, 2009). No se olvide que no todo delito cometido en flagrancia es de simple y sencilla resolución (Araya, 2015).

II. LOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN

2.1. Flagrancia

La flagrancia está conectada íntimamente al proceso inmediato, pues su verificación consolida la estructura del citado proceso, debido a la inmediatez que se toma con la comisión

de los delitos y la pronta respuesta de la justicia penal, pues mientras más tiempo transcurra menos posibilidades de éxito se tiene (Riego, 2014).

El Art. 259° prevé cuatro supuestos de flagrancia, pero que la doctrina clásica ha clasificado en tres grupos que son la flagrancia propiamente dicha, la cuasi flagrancia y la presunción de cuasi flagrancia (Sánchez, 2009).

El primer supuesto establece que habrá flagrancia cuando el agente es descubierto en la realización del hecho punible. El segundo supuesto es cuando el agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto. Ambos supuestos forman parte de lo que clásicamente se conoce como flagrancia propiamente dicha.

El texto legal del tercer supuesto inicia precisando que el agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible. Rodríguez lo denomina “flagrancia audiovisual o análoga” (2011, p. 71). Por su parte, Muñoz sostiene que puede ser admitida como prueba siempre que sea compatible con los derechos fundamentales del ciudadano que garantizan la Constitución y pactos internacionales de derechos humanos, y se lleve a cabo con determinados procedimientos y garantías (2004, p. 27).

En torno a los medios audiovisuales, el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116 (FJ 8.A) ha reconocido en torno al delito flagrante dos notas adjetivas, siendo la primera “la percepción directa y efectiva” la cual se realiza visto directamente o percibido de otro modo, tal como material fílmico o fotografías, esto es, medios audiovisuales. Incluso, también establece que para los efectos de la compatibilidad de la flagrancia delictiva con el proceso inmediato, en la noción de evidencia siempre ha de primar una claridad de lo que se aprecia y observa, incluso a través de medios audiovisuales.

Asimismo, bien podría hablarse aquí de lo que se conoce como “persecución en caliente”, que es aquella intervención realizada a los autores y/o partícipes de un delito bajo un efecto de inmediatez y continuidad que no necesariamente tiene que ser absoluta sino bajo una flexibilidad razonable.

Aquí resulta bastante útil recordar los supuestos de la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A, respecto a la consumación del delito de robo: “Esta disponibilidad potencial, desde luego, puede ser momentánea, fugaz o de breve duración. La disponibilidad potencial debe ser sobre la cosa sustraída, por lo que: (a) si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; (b) si el agente es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y éste es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y, (c) si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos”. No olvidemos que es sumamente importante realizar una adecuada calificación jurídica de los hechos, en este caso, si el delito se ha consumado o ha quedado en grado de tentativa (Rojas, 2009).

El cuarto supuesto nos hace referencia al agente que es encontrado dentro de las primeras 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso. Se puede poner como ejemplo, el caso de una persona que luego de atropellar y matar a una persona huye de la escena del accidente, pero que luego es encontrado en su domicilio con el vehículo, el cual presenta las abolladuras dejadas por el impacto con la víctima.

En el derecho comparado, concretamente en España, el Art. 795°.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Martínez, 2003), tras la reforma de 24 de octubre de 2002 (Ley 38/2002 y Ley Orgánica 8/2002) señala que:

“(…) se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

La doctrina al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha detectado criterios como la “relación de sincronía” conforme a la Sentencia 879/2006, o “realidad en curso” conforme a la Sentencia 716/2005 (Uriarte & Farto, 2007).

En Argentina, de acuerdo con el CPP Nación, es válida la aprehensión sin orden judicial de quien es sorprendido in fraganti en la comisión de un delito de acción pública que merece pena privativa de libertad (Art. 284°, inc. 4), también se puede detener sin orden judicial a quien intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad en el momento de disponerse a cometerlo (Art. 284°, inc. 1), a quien fugase estando legalmente detenido (Art. 284°, inc. 2) y a todas aquellas personas contra quienes existan vehementes indicios de culpabilidad (Art. 284°, inc. 3) (Pereyra, 2010).

En México, opera la flagrancia en estricto sentido (Art. 267°, 1 p., ab initio), y la cuasi flagrancia (Art. 267°, 1 p.), las cuales no necesitan mandamiento escrito, y la presunción de flagrancia (Art. 267°, 2 p.), llamada también flagrancia equiparada o de la prueba, la cual debe cumplir con requisitos tales como mandamiento escrito, gravedad del delito, dentro del plazo de 72 horas, y sindicación de la víctima (Sotomayor, 2007).

2.2. La confesión

La confesión supone un reconocimiento de la comisión del delito por parte del imputado, el que además, deberá ir acompañado de otros elementos probatorios de corroboración que hagan innecesaria la investigación preparatoria o su continuación (Brousset, 2007).

No debe confundirse la confesión como una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, por el contrario, debe ser correctamente denominada regla de reducción punitiva por bonificación procesal. Esto es muy importante toda vez que el análisis de la determinación judicial de la pena debe realizarse a la luz de las reformas introducidas por la Ley N° 30076.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 ya se habían establecido tres ideas básicas sobre la confesión:

- A.** La confesión es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo.

- B.** Debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad – comprobación con otros elementos indiciarios).

- C.** La sinceridad de la confesión equivale a una admisión completa, veraz, persistente, oportuna, con nivel de relevancia.

No existe la confesión parcial, pues toda confesión por definición siempre es completa.

Además, en concordancia con ello, en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2012/CIJ-116 (FJ 8.B) se ha establecido que por razones de simplificación procesal, la regla para su admisión en el proceso inmediato será la denominada “confesión pura o simple”, en tanto que la “confesión calificada”, es decir, la incorporación en el relato del imputado de aceptación de haber intervenido en los hechos atribuidos de circunstancias que tienden a

eximir o atenuar la responsabilidad penal, en principio deben descartarse, como un supuesto de confesión idónea para el proceso inmediato, a menos que ese dato alternativo sea claro o fácilmente demostrable con mínima prueba de urgencia.

Por otro lado, el Art. 160° (modificado por Ley N° 30076) marca las pautas sobre el valor probatorio de la confesión. Empieza señalando que la confesión debe consistir en la admisión por el imputado de los cargos o imputación formulada en su contra. Luego delimita claramente cuatro supuestos: i) esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción, ii) sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas, iii) sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado, y iv) sea sincera y espontánea. La no verificación de estos elementos desembocaría en lo que se conoce como “confesión falsa”, las cuales normalmente son obtenidas en circunstancias en que los imputados se encuentran detenidos y bajo custodia policial (Duce, 2014).

El Art. 161° (modificado por Ley N° 30076) nos suministra los insumos referidos a los efectos de la confesión, pues en efecto, dicha declaración puede contener alegaciones encaminadas a atenuar y excluir la pena (Neyra, 2010). El juez entonces puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el Art. 160°.

La norma citada señala que este beneficio es inaplicable en los siguientes casos: i) supuestos de flagrancia, ii) irrelevancia de admisión de cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, y iii) cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual.

2.3. Elementos de convicción acumulados

La norma menciona una fórmula de la que debe entenderse que dichos elementos han sido recabados hasta antes de los treinta días de la investigación preliminar. Recuérdese que estos elementos, de aprobarse la incoación del proceso inmediato, pasarán a formar casi automáticamente las columnas de la acusación dentro de las 24 horas de emitirse la

resolución correspondiente. Por ello, prefiero denominarlos “elementos de alta convicción”, toda vez, que deben tener en el órgano persecutor la más alta probabilidad de llevar su teoría del caso a una audiencia de juicio inmediato. Nótese que, además, dichos “elementos de alta convicción” formarán las líneas maestras de una eventual sentencia condenatoria, por tanto, cuando la norma nos remite a elementos de convicción acumulados, debe entenderse que el fiscal debe tener una propuesta acusatoria sólida y convincente.

El Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CJ-116 (FJ 8C) lo denomina “delito evidente” el cual es un delito cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda:

“Los iniciales actos de investigación deben reflejar, sin el menor asomo de duda o incertidumbre, la realidad del delito y de la intervención en su comisión del imputado. Fuera de los casos de flagrancia o de confesión –en tanto supuestos propios de evidencia delictiva-, las fuentes de investigación o los medios de investigación llevados a cabo han de apuntar, con certeza manifiesta, con conocimiento indudable, la comisión de un delito y la autoría o participación del imputado”.

III. EXCEPCIONES

3.1. Excepciones de complejidad

Bajo lo previsto en el Art. 446°.2, quedan exceptuados los casos de complejidad estipulados en el Art. 342°.3, donde sean necesarios ulteriores actos de investigación. Esto quiere decir, que como se expuso, no todos los casos de flagrancia son de simple resolución, pues el Ministerio Público debe realizar una proyección objetiva responsable respecto a la causa, y precisamente este apartado permite excepcionar el proceso especial cuando por su complejidad se requiera una mayor investigación (Araya, 2015).

Asimismo, es importante resaltar que las excepciones de complejidad no se aplican a los delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad y drogadicción (Zelada, 2015).

En efecto, el Art. 342°.3 consigna siete supuestos de complejidad:

- A.** Complejidad probatoria. Se requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación. Podemos poner como ejemplo el delito de extorsión agravada que requiere recabar documentos, declaraciones, realizar allanamientos, adopción de medidas limitativas de derechos, etc.

- B.** Complejidad delictiva. Comprenda la investigación de numerosos delitos. Aquí podemos citar los casos donde se cometen delitos Contra el Patrimonio, Contra la vida, el cuerpo y la salud, Contra la Tranquilidad pública, y otros.

- C.** Complejidad subjetiva. Involucra una cantidad importante de imputados agraviados. En este supuesto podríamos referirnos a los clásicos delitos masa donde existe una multiplicidad de víctimas y que comúnmente se relaciona con el delito de estafa.

- D.** Complejidad por organización criminal. Investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas. Como bien se sabe aquí se hace necesaria la aplicación de técnicas especiales de investigación, intervención de las comunicaciones, video vigilancia, procesos especiales de colaboración eficaz, protección de testigos, etc.

- E.** Complejidad técnica. Demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos. Este el caso de los delitos ambientales donde se requiere un informe altamente técnico. También se pueden incluir la mayoría de los delitos de cuello blanco (Araya, 2015). Lo mismo ocurre en el delito de colusión donde normalmente se recurre a una pericia contable a fin de determinar el monto aproximado del perjuicio al Estado. Finalmente podemos citar los delitos informáticos donde se debe recurrir al manejo de pericias de análisis muy complejo.

- F.** Complejidad territorial. Necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país. Aquí por ejemplo podemos tener casos donde se necesite solicitar vía cooperación judicial internacional, información necesaria para el proceso.
- G.** Complejidad por personas jurídicas. Debe revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado. Aquí por ejemplo encontramos varios delitos económicos, entre ellos, fraude en la administración de personas jurídicas.

Aquí, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2012/CIJ-116 (FJ 9) ha señalado acertadamente que la complejidad no solo está vinculada a la naturaleza interna del acto de investigación –a lo complicado y/o extenso del mismo-, sino también a las condiciones materiales referidas a la ejecución del acto de investigación o en su incorporación a la causa –por razones de distancia, de remisión de muestras y su análisis, de saturación de los servicios periciales, de demora en la expedición de informes por parte de diversos órganos públicos, etcétera-.

Por tanto, no depende de la clase de delito que se pueda cometer en flagrancia, sino sobre el caso concreto a aplicar, pues bajo esa línea de ideas, cabe la posibilidad de aplicar el proceso inmediato para casos de flagrancia por delito de tráfico de drogas en modalidad de correo humano, delito de tráfico de insumos químicos, delito de cohecho activo y pasivo, delito de lesiones bajo la modalidad de violencia familiar, delito de lesiones u homicidio en circunstancias de accidente de tránsito, etc.

En el caso de Chile, por ejemplo, debe destacarse que el análisis pormenorizado según los delitos muestra que la incidencia de la flagrancia en la condena se acerca a la mitad de los casos de robos, hurtos y delitos de drogas (Pásara, 2013).

3.2. Pluralidad de imputados y delitos

De acuerdo al Art. 446°.3 si se trata de una causa seguida contra varios imputados, sólo es posible el proceso inmediato si todos ellos se encuentran en una de las situaciones previstas en el numeral anterior y estén implicados en el mismo delito. La razón de esta disposición se encuentra en la naturaleza del proceso inmediato, dado que está reservado para ser aplicado a hechos delictivos de índole sencilla y de fácil solución (Neyra, 2010), sin dejar de precisarse que si uno de los imputados no estuviera dentro de una de esas circunstancias no procede el proceso inmediato porque tal decisión podría perjudicar sus derechos, al suprimirse la investigación preliminar donde se podría esclarecer su situación (Brousset, 2007).

Los delitos conexos en los que estén involucrados otros imputados no se acumulan, salvo que ello perjudique al debido esclarecimiento de los hechos o la acumulación resulte indispensable.

3.3. Delito Especialmente Grave

La Corte Suprema, a través del Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2102/CIJ-116 (FJ 10), introduce un elemento adicional como excepción para la aplicación del proceso inmediato: “delito especialmente grave”. Dicho análisis, según la Corte Suprema, parte del principio constitucional de proporcionalidad, el cual lo investiría como un elemento implícito del proceso inmediato por su propia esencia. Dicha gravedad del hecho estaría circunscrita a la conminación penal, pero también en la medida que demandan en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa.

El Supremo Tribunal reconoce que no existe una norma definidora de delito especialmente grave, sin embargo, a un mero nivel ejemplificativo, en atención al grado de afectación al bien jurídico y a su propia entidad o importancia, y en algunos supuestos fundados a una lógica de mayor gravedad del hecho e intervención delictiva enumera delitos con pena de cadena perpetua, y otros grupos de delitos de delitos con penas en nivel descendente.

Nos adherimos, a los alcances expuestos, sin embargo, consideramos importante tomar en consideración algunos puntos:

- Actualmente, existe una irracionalidad en el sistema de penas conminadas de los delitos del Código Penal y leyes penales complementarias, tal es el caso del delito de robo con muerte subsecuente (Art. 189°, in fine del CP) que siendo una modalidad preintencional, tiene pena más grave que el delito de homicidio para facilitar la comisión de un delito (Art. 108°.2 del CP) que es una modalidad dolosa.
- La política-criminal nacional actualmente, entre otras malas prácticas, no sigue patrones orientados a partir de un tratamiento de información ofrecido por la criminología, de suerte que, se corre el riesgo que si mañana más tarde algún delito que tenga pena temporal se le cambie por una pena de cadena perpetua – independientemente del análisis de los demás criterios para incoar el proceso inmediato- sea excluido como delito al que se le podría aplicar dicho proceso de simplificación procesal. Tal fue el caso de la incorporación del Art. 296°-B del CP, que estableció la pena de cadena perpetua para el delito de lavado de activos procedente del tráfico ilícito de drogas.

IV. DELITOS ESPECIALES

El legislador a través del Art. 446°.4, bajo desconocidos criterios de política-criminal, ha tenido por conveniente brindar a los delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, una condición especial mediante la cual, el Fiscal debe incoar el proceso inmediato, sin perjuicio de aplicar alguno de los mecanismos de simplificación procesal –principio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada-.

4.1. El delito de omisión de asistencia familiar

Como se sabe, el delito de omisión de asistencia familiar se perfecciona o consume cuando el sujeto activo teniendo pleno y cabal conocimiento de la resolución judicial que le ordena pasar determinada pensión alimenticia mensual al beneficiario, dolosamente omite cumplir tal mandato. Basta que se verifique o constate que el obligado no cumple con la resolución judicial que le ordena prestar los alimentos al necesitado. No se necesita acreditar la concurrencia de algún peligro como resultado de la omisión (Salinas, 2013).

En efecto, también se afirma que el delito se consume en el momento de vencerse el plazo de requerimiento que fuera formulado al sujeto activo, bajo apercibimiento, por resolución judicial, sin que hasta el momento haya incumplido con la obligación de prestar los alimentos (Bramont-Arias, 2010).

Por otro lado, el Protocolo de Actuación Interinstitucional para el Proceso Inmediato en casos de flagrancia y otros supuestos bajo el D.L. N° 1194, en cuanto al desempeño fiscal señala:

- A. Recibida la denuncia de parte o la noticia criminal remitida por el Juzgado que haya conocido la demanda de alimentos, el fiscal deberá calificar la documentación remitida.
- B. Una vez calificadas la denuncia o noticia criminal, el fiscal dispondrá abrir diligencias preliminares.
- C. Si durante las diligencias preliminares desarrolladas, determina que se encuentra ante la comisión de un delito de obligación alimentaria, debe incoar el proceso inmediato.
- D. Durante el desarrollo de las diligencias preliminares, el fiscal puede celebrar con el imputado, principio de oportunidad de ser el caso.

4.2. El delito de conducción en estado de ebriedad

La actual redacción del delito bajo los alcances de la Ley Nº 29439, del 19 de noviembre de 2009, es la siguiente: “El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación”.

De este modo, se ha reparado el error del legislador optando por excluir de la conducta típica los actos de operación o maniobra de cualquier instrumento, herramienta, máquina u otro análogo en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas, para brindarles autonomía en un tipo penal especial, establecido en el artículo 274°-A, sin perjuicio de haber mantenido las conductas típicas del delito “conducir”, “operar” o “maniobrar” un vehículo automotor, en tanto en cuanto dichas acciones pueden comprender casos en los que el agente simplemente estacione su vehículo, lo guarde en una cochera, o sencillamente realice rutas cortas.

Aunado a ello, se amplió la fórmula “bajo el efecto de estupefacientes” por la de “drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o sintéticas”, lo cual optimiza su aplicación con las denominaciones ya empleadas en el Código Penal; del mismo modo, se mantiene en 0.5 gramos-litro de alcohol en la sangre como el límite para incurrir en este delito; en cuanto a la penalidad, se establece un nuevo marco de seis meses a dos años de pena privativa de libertad, pero ya no alternándola con la pena de multa, sino retornando a la pena original de prestación de servicios comunitarios, manteniendo la pena de inhabilitación.

La circunstancia agravante del 2do párrafo ha quedado redactada así: “Cuando el agente presta servicios de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción superior de 0.25 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7”.

A partir de aquí, por primera vez, se va a establecer una medida para la agravante por conducción en estado de ebriedad de transporte público o de carga fijándose en 0.25 gramos-litro de alcohol en la sangre; del mismo modo, se adiciona a la agravante “bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas” que antes sólo se encontraba de manera parcial en el tipo base del primer párrafo.

Sin embargo, en ambos párrafos el límite de una medida que sirva de indicador para su configuración legal sigue brillando por su ausencia, tal como ocurre en otras legislaciones como española, en cuyo artículo 379° del Código Penal sanciona al agente que conduce un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro, pero sin señalarse también un quantum para las drogas. Por último, hay que destacar que todos estos cambios fueron recogidos en su mayoría del artículo 304° del Anteproyecto de la Comisión Especial Revisora 2008/2009 (Páucar, 2012).

Por otro lado, el Protocolo de Actuación Interinstitucional para el Proceso Inmediato en casos de flagrancia y otros supuestos bajo el D.L. N° 1194, en lo concerniente al desempeño del efectivo policial que debe observar en este delito, enumera las siguientes pautas:

- A.** El efectivo policial, ya sea en su función de prevención de delito o en el curso de una inmediata intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito mediante la conducción de vehículos en estado de ebriedad o drogadicción, podrá realizar la comprobación de alcoholemia en aire aspirado (examen cualitativo) o la diligencia que corresponda.

- B.** 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 otros tipo de sustancia prohibida, el intervenido será retenido, procediendo el efectivo policial a realizar el

respectivo control de identidad, registro personal, e incautación, debiendo levantar las actas correspondientes, dando cuenta inmediatamente al Ministerio Público.

C. Seguidamente, el intervenido será conducido a la dependencia de la PNP o el Instituto de Medicina Legal (conforme lo disponga el fiscal) para que se le practique la prueba de alcoholemia (examen cuantitativo) o toxicológica, conforme a las disposiciones sobre la materia.

D. Realizadas las pruebas, el intervenido será conducido a la dependencia policial, a fin de que se realicen las diligencias urgentes e inaplazables con participación del fiscal.

Se debe recordar que la prueba de alcoholemia no requiere previo mandato judicial. No sólo porque expresamente no lo impone el Art. 213° NCPP, sino porque además de estar precedida de las notas de urgencia y de necesidad, se trata de simples operaciones –pequeñas extracciones de sangre en la mayoría de los casos- que en modo alguno ocasionan perturbaciones físicas o pueden ocasionar riesgos en la salud del intervenido (San Martín, 2012).

V. AUDIENCIA DE INCOACIÓN

5.1. Requerimiento de incoación

Luego que se cumple el plazo de detención policial establecido en el Art. 264°, ahora aparece para el fiscal un deber de solicitar al *juez de investigación preparatoria* la incoación del proceso inmediato, ello a la luz de la reforma introducida por el DL. N° 1194, que modificó este Art. 447°.1. Claro está que el juez en aplicación del *principio de competencia judicial* deberá de tomar la decisión que corresponda, de acuerdo a los presupuestos legales del proceso inmediato.

Una interpretación literal y aislada de la norma llevaría a establecer como única posibilidad para el fiscal la incoación del proceso especial citado. No obstante ello, debido a una total

falta de convocatoria a los principales actores por parte del legislador, a fin de evaluar la implementación de dicha disposición ha originado una serie de incompatibilidades en la praxis.

Ello se ve reflejado en la Directiva N° 005-2015-MP-FN que resalta que el fiscal debe incoar el proceso inmediato, pero “siempre y cuando” tenga suficientes medios de prueba, y aun cuando el principio de jerarquía normativa nos obligaría a remitirnos a la ley antes que dicha directiva, lo que no deja de ser cierto es que la realidad supera la norma, pues no se ha dotado con suficiente logística al Ministerio Público y a la Policía a fin de recabar en un tiempo demasiado reducido todos los elementos suficientes.

El problema se presenta ante la interrogante de si debe aplicarse el proceso inmediato cuando acontezca un hecho delictivo en flagrancia pero sin suficientes medios de prueba. Asimismo, se cuestiona que el proceso inmediato al aplicarse en forma obligatoria y automática colisiona con la autonomía del fiscal consagrada en la Constitución Política que precisa la autonomía del Ministerio Público en su Art. 158° y la discrecionalidad con la que conduce la investigación según Art. 159°.4.

Ajustando la respuesta a una interpretación sistemática se tiene que el propio Art. 447°.2 nos señala “el requerimiento de incoación debe contener, en lo que resulte pertinente, los requisitos establecidos en el Art. 336°.2”. En efecto, podemos apreciar que se tratan de los presupuestos para la formalización de la investigación preparatoria, esto es, el nombre completo del imputado, los hechos y la tipificación, y el nombre del agraviado si fuera posible, pero dentro del mismo Art. 336°.1 encontramos que para proceder a dicha formalización, entre otros elementos, deben aparecer indicios reveladores de un delito. Por ende, no es acertado sostener que la aplicación del proceso inmediato sea automática (Hurtado & Reyna, 2015).

Aunado a ello, existe un punto que no debe dejarse pasar por desapercibido: finalmente, el requerimiento que realiza el fiscal es para solicitar una “incoación” de un proceso especial, por ende, al final quien va a decidir si se dispone o no dicha incoación es el juez, *en atención*

al principio de competencia judicial; por ello es sumamente importante aplicar un criterio razonable donde la regla sea la obligación del fiscal a solicitar la incoación del proceso inmediato en casos de flagrancia, pero poniendo como excepción los casos donde no se cuenten con los suficientes elementos, claro está que ello se tendrá que examinar caso por caso.

En efecto, el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CJ-116 (FJ 17) ha señalado: “La opción que se asume es que la norma en debate puede salvar su constitucionalidad si se la interpreta en la forma prevista en el párrafo precedente. Es inadmisibles obligar, sin más, al Ministerio Público a una actuación irrazonable por la incoación de un proceso reformado si no se presentan sus presupuestos materiales, que la propia Ley Procesal Penal desarrolla. También es intolerable que se prescriba la responsabilidad –obviamente funcional, nunca penal- del fiscal si no solicita la incoación del proceso inmediato, pues éste tiene desde la ley –y así debe reconocérsele-, precisamente varias opciones posibles, sujetas desde luego a una valoración de las circunstancias fácticas y jurídicas que en cada caso se presenta”.

Por otro lado, se tiene que la audiencia única de incoación del proceso inmediato es de carácter inaplazable (Art. 447°), para lo cual rige lo establecido en el Art. 85°, respecto al reemplazo de abogado defensor:

1. Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y ésta es de carácter inaplazable será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado o por uno de oficio, llevándose a cabo la diligencia.
2. Si el abogado defensor no asiste injustificadamente a dos diligencias, el procesado será requerido para que en el término de 24 horas designe al reemplazante, de no hacerlo se nombrará uno de oficio.

Finalmente, para los supuestos comprendidos en los literales b (confesión sincera) y c (suficientes elementos de convicción), numeral 1 del Art. 446°, puede procederse a la

incoación del proceso inmediato luego de culminar las diligencias preliminares, o en su defecto, antes de los treinta días de la formalización de la investigación preparatoria.

5.2. Medidas coercitivas

En cuanto a la Audiencia de incoación de proceso inmediato se tiene que el juez debe realizarla dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento fiscal. Cabe añadir que la detención del imputado se mantiene hasta la realización de dicha audiencia.

Conforme lo dispone el Art. 447°.2 dentro del mismo requerimiento de incoación, el fiscal debe acompañar el expediente fiscal y comunicar si requiere la imposición de alguna medida coercitiva que asegure la presencia del imputado en el desarrollo de todo el proceso inmediato.

Las medidas de coerción penal tienen por finalidad asegurar la presencia del imputado al proceso penal y al resultado definitivo de la decisión judicial. Estas medidas también permiten limitar o restringir los derechos fundamentales de la persona sometida a investigación penal y juzgamiento (Sánchez, 2013).

No se olvide que existen siete medidas coercitivas personales que son la detención, y dentro de ésta la detención policial (Art. 259°), arresto ciudadano (Art. 260°), detención preliminar judicial (Art. 261°), la prisión preventiva (Art. 268°) (Del Río, 2008), la comparecencia, que sub clasifica en comparecencia simple (Art. 186°) y comparecencia con restricciones (Art. 267°), la detención domiciliaria (Art. 290°), la internación preventiva (Art. 293°), impedimento de salida del país (Art. 295°), y la suspensión preventiva de derechos (Art. 297°).

Mientras que las siete medidas coercitivas reales son el embargo (Art. 302°), la orden de inhibición (Art. 310°), el desalojo preventivo (Art. 311°), las medidas anticipadas (Art. 312°), las medidas preventivas contra personas jurídicas (Art. 313°), la pensión anticipadas de alimentos (Art. 314°) y la incautación (Art. 316°).

VI. MECANISMOS DE SIMPLIFICACIÓN PROCESAL APLICABLES

El Art. 447°.3 expresamente señala que, en la referida audiencia de incoación del proceso inmediato, las partes pueden instar la aplicación de algunos mecanismos de simplificación procesal, tales como el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios, o la terminación anticipada.

6.1. El principio de oportunidad

Conforme al Art. 2°.1, modificado por Ley N° 30076, el Ministerio Público, de oficio a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes tres supuestos:

- A.** Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 4 años y la pena resulte necesaria (autolesión).

- B.** Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los 2 años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo (mínima lesividad).

- C.** Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del CP, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución, no será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a 4 años de pena privativa de la libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo (mínima culpabilidad).

La norma indica que en los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en este sentido.

También es importante saber que, según el Art. 2º.9 el principio de oportunidad no puede aplicarse en los casos donde el imputado:

- A.** Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46º-B y 46º-C del CP.

- B.** Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atente contra un mismo bien jurídico.

- C.** Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los 5 años anteriores a la comisión del último delito.

- D.** Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio.

En estos casos, el fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede de acuerdo con sus atribuciones. No se debe olvidar que todo lo anterior también es aplicable para los casos en que se hubiere promovido la acción penal.

Asimismo, es importante destacar la importancia de la correcta aplicación de las agravantes cualificadas de reincidencia y habitualidad frente a la procedencia o no de una propuesta de

principio de oportunidad. Conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, los presupuestos de la reincidencia han de presentar cinco características básicas:

- A.** Se debe haber cumplido en todo o en parte una condena de privación de la libertad impuesta en forma “efectiva” –no cabe la reincidencia ficta sino la reincidencia real– y que haya quedado “firme”, en otras palabras, es una condición en la que el sujeto debe estar en “excarcelación”.
- B.** Debe de tratarse de delitos dolosos.
- C.** Pueden ser delitos de diferente naturaleza, lo cual significa que nuestro sistema penal ha adoptado lo que se conoce en doctrina como “reincidencia genérica”.
- D.** El lapso de tiempo ha de ser cinco años luego de la “excarcelación”.
- E.** Es una circunstancia personal e incommunicable a coautores y partícipes. De confluir copulativamente todas éstas, el Juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal.

También el mismo Acuerdo Plenario desarrolla los presupuestos de la habitualidad señalando que:

- A.** Deben cometerse tres delitos sin que ninguno tenga condena.
- B.** También han de tratarse sólo de delitos doloso.
- C.** Los delitos deben ser de la misma naturaleza, razón por la cual podemos afirmar que se ha acogido una “habitualidad específica”.
- D.** El lapso de tiempo del mismo modo ha de ser de cinco años.

- E. Al igual que la reincidencia, es una circunstancia personal e incommunicable a coautores o partícipes.

6.2. La terminación anticipada

Se trata de un proceso especial que se ubica también dentro de los mecanismos de simplificación del proceso que modernamente se introducen en los códigos procesales, y tiene como finalidad evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el Fiscal, aceptando los cargos de imputación el primero y obteniendo por ello el beneficio de reducción de la pena de una sexta parte (Sánchez, 2009).

El Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116 nos brinda 8 rasgos esenciales:

- A. El órgano jurisdiccional lleva a cabo dos controles: la legalidad del acuerdo y la razonabilidad de la pena.
- B. El control de la legalidad del acuerdo involucra tres planos: calificación jurídica, legalidad de la pena (también reparación civil y consecuencias accesorias), y exigencia de una suficiente actividad indiciaria.
- C. El control de la razonabilidad de la pena permite rechazar el acuerdo sólo si es desproporcionada.
- D. No se valoran pruebas debido al principio de consenso.
- E. No se puede absolver, sino continuar el caso en el proceso común.
- F. El Art. 471° estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte, siempre diferente a la pena concreta y final del acuerdo.

G. Se puede apelar tanto la sentencia anticipada como el auto que desaprueba el acuerdo.

H. Se insta antes de la acusación, es decir, no procede instarlo en la etapa intermedia.

Entonces la sentencia anticipada se caracteriza porque *el juez, en atención al principio de competencia judicial*, se encuentra vinculado a la pena, la reparación civil, y las consecuencias accesorias materia del acuerdo, siendo relativo la vinculación en cuanto a la calificación jurídica (Talavera, 2010); Brousset, 2007), pues es una sentencia de consenso (San Martín, 2014).

Por otro lado, a partir del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 se pueden realizar las siguientes diferencias con la conformidad procesal y la confesión sincera:

A. Debe distinguirse entre conformidad procesal (Art. 372°), la confesión sincera (Art. 160°) y la terminación anticipada (Art. 468°).

B. La conformidad o conclusión anticipada se da al inicio del juicio oral, y se rige por el principio de adhesión, tiene carácter expreso y unilateral, salvo la conformidad premiada (San Martín, 2012).

C. La confesión sincera se debe realizar en fase de la investigación preliminar o preparatoria (oportuna), es una declaración auto inculpatoria y se exige, entre otros, relato circunstanciado de los hechos.

D. La terminación anticipada se insta hasta antes de la acusación (etapa intermedia) y se rige por el principio de consenso.

VII. PRONUNCIAMIENTO SOBRE INCOACIÓ

7.1. Pronunciamiento jurisdiccional

Conforme el Art. 447°.4 y al *Art. V del T.P. (principio de competencia judicial)* el juez se pronuncia oralmente, según sea el caso, por las medidas coercitivas, luego por la procedencia de los mecanismos de simplificación procesal y finalmente en cuanto a la procedencia de la incoación del proceso inmediato.

Conforme aparece del Art. 447°.5, el auto que resuelve el requerimiento de proceso inmediato debe ser pronunciado, de modo impostergable, en la misma audiencia de incoación, la misma que es apelable con efecto devolutivo. No debe olvidarse que mediante este efecto se atribuye la competencia funcional para resolver al órgano *ad quem* y, por tanto, produce la pérdida de la jurisdicción el órgano a quo sobre el punto objeto de la impugnación (San Martín, 2014).

Al tener un carácter devolutivo, ante el auto que rechaza la incoación del proceso inmediato, el Fiscal dicta la disposición que corresponda o la formalización de la investigación preparatoria (Brousset, 2007). En el primer caso, el fiscal puede incluso llegar a disponer el archivo de la investigación.

7.2. Acusación fiscal

Una vez que se ha emitido pronunciamiento que dispone la incoación del proceso inmediato, el Fiscal debe formular la acusación dentro del plazo de las 24 horas bajo responsabilidad (Art. 447°.6). No se pierda de vista que el núcleo de la imputación de una causa penal no puede ir mutando a voluntad del juez y/o fiscal, sino que necesariamente debe respetar una lógica derivada de la concatenación de los actos que mencionamos, permitiéndole así al investigado defenderse de lo que puntualmente se le reprocha (Castex, 2010). En ese sentido, podemos apreciar que el *principio de competencia judicial no es absoluto*.

Luego de haberse recibido el escrito de acusación fiscal, el juez de la investigación preparatoria, en el día, lo remite al juez penal competente o juez de juicio, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 44°.3, *pero también conforme lo regula el Art. V del T.P. en torno al principio*

de competencia judicial, a fin de que el órgano jurisdiccional dirija la etapa intermedia y el juicio oral.

VIII. AUDIENCIA ÚNICA DE JUICIO INMEDIATO

8.1. El control de la acusación

Como bien se ha explicado, el proceso inmediato es un proceso especial que recurre a la liquidación de las etapas de investigación e intermedia. En efecto, la etapa intermedia es un momento procesal muy importante porque aquí se va a llevar a cabo en una audiencia el control de acusación dentro de las reglas del proceso común, siempre dirigida por el Juez de Investigación Preparatoria. No obstante ello, en el proceso inmediato el Juez de Juzgamiento es quien tiene la responsabilidad de realizar dicha supervisión.

El Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 ha establecido los principales lineamientos referidos al control de acusación:

- A.** El órgano jurisdiccional realiza un control formal y un control sustancial en una audiencia preliminar.
- B.** El control formal se refiere a defectos formales de la acusación que deben ser subsanados (Art. 349°.1).
- C.** El control sustancial está en función al mérito mismo del acto postulatorio del fiscal, y sólo es posible si se presentan los supuestos de sobreseimiento (Art. 344°.2).
- D.** El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación, y se suspende la audiencia sólo si el defecto detectado requiere un nuevo análisis.
- E.** El control sustancial tiene lugar luego de la subsanación y comprende cinco elementos: fáctico (el hecho no se realizó o no puede ser atribuible al imputado), jurídico (el hecho imputado no es típico), personal (concorre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad), de vigencia (la acción penal se ha extinguido), o de convicción (no existe razonablemente posibilidad de incorporar nuevos datos o no haya elementos de convicción suficientes).

8.2. El Auto de Transformación del Proceso Inmediato en Proceso Común

Un aspecto realmente interesante lo plantea el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116 (FJ 22) a los casos donde por razones que escapan al control de las partes y del órgano jurisdiccional, se produzca un problema sensible o insuperable en la incorporación de determinada prueba o pruebas, esenciales para la decisión de la causa. Aquí, según la Corte Suprema podría dictar un “Auto de Transformación del Proceso Inmediato en Proceso Común”, muy similar a lo que sucede en el caso del proceso especial de seguridad (Art. 458°.1 NCPP).

Como se puede apreciar esta alternativa permitirá superar algunos problemas relacionados al aporte probatorio de las partes, y permitir a los procesos que sí son viables en forma dinámica y fluida, continuar con el trámite del proceso inmediato, y a los que no, continuar con el proceso común, sin favorecer bajo ninguna forma la impunidad.

8.3. El juicio inmediato

Según el Art. 448°. 4 del CPP de 2004, el juicio se realiza en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. En esta fase procesal queda claro que con mayor amplitud se aplica *el principio de competencia judicial* a través del juez unipersonal o el juzgado colegiado. Asimismo, señala que el Juez Penal que instale el juicio no puede conocer otros hasta que culmine el ya iniciado, y que en lo no previsto en la norma se podrán aplicar las reglas del proceso común en tanto sean compatibles con la naturaleza célere del proceso inmediato.

IX. CONCLUSIONES

- A.** El *principio de competencia judicial* no solo se aplica al proceso común, el cual tiene etapas procesales claramente definidas, sino que también se aplica a cualquier proceso configurado en el CPP de 2004, tal como es el caso del proceso inmediato.
- B.** El proceso inmediato es un proceso especial que constituye el máximo exponente de celeridad en el procesamiento penal, ante supuestos concretos como flagrancia, confesión o alta evidencia, toda vez que, con sumo rigor, propicia en su propio seno otros mecanismos de simplificación procesal como el principio de oportunidad, acuerdos reparatorios y la terminación anticipada, durante una audiencia de incoación y de juicio inmediato que tienen carácter de inaplazables, y que mediante los mismos, se busca como en todo proceso, un equilibrio entre justicia y garantías, tanto para las partes, e incluso las víctimas.
- C.** No depende de la clase de delito que se pueda cometer en flagrancia, sino sobre el caso concreto a aplicar, pues bajo esa línea de ideas, cabe la posibilidad de aplicar el proceso inmediato para casos de flagrancia por delito de tráfico de drogas en modalidad de correo humano, delito de tráfico de insumos químicos, delito de cohecho activo y pasivo, delito de lesiones bajo la modalidad de violencia familiar, delito de lesiones u homicidio en circunstancias de accidente de tránsito, etc.
- D.** La flagrancia está conectada íntimamente al proceso inmediato, pues su verificación consolida la estructura del citado proceso, debido a la inmediatez que se toma con la comisión de los delitos y la pronta respuesta de la justicia penal.
- E.** La norma hace mención de una fórmula de la que debe entenderse que dichos elementos han sido recabados hasta antes de los treinta días de la investigación preliminar. Recuérdese que estos elementos, de aprobarse la incoación del proceso inmediato, pasarán a formar casi automáticamente las columnas de la acusación dentro de las 24 horas de emitirse la resolución correspondiente. Por ello, prefiero denominarlos “elementos de alta convicción”, toda vez, que deben tener en el órgano persecutor la más alta probabilidad de llevar su teoría del caso a una audiencia de

juicio inmediato. Nótese que además, dichos “elementos de alta convicción” formarán las líneas maestras de una eventual sentencia condenatoria, por tanto, cuando la norma nos remite a elementos de convicción acumulados, debe entenderse que el fiscal debe tener una propuesta acusatoria sólida y convincente.

- F.** Como bien se ha explicado, el proceso inmediato es un proceso especial que recurre a la liquidación de las etapas de investigación e intermedia. En efecto, la etapa intermedia es un momento procesal muy importante porque aquí se va a llevar a cabo en una audiencia el control de acusación dentro de las reglas del proceso común, siempre dirigida por el Juez de Investigación Preparatoria. No obstante, ello, en el proceso inmediato el Juez de Juzgamiento es quien tiene la responsabilidad de realizar dicha supervisión.

BIBLIOGRAFÍA

Araya, A. (2005). Anotaciones sobre el proceso inmediato. *Actualidad Penal*, 18, 316.

- Armengot, A. (2013). *El imputado en el proceso penal*. Pamplona: Thomson Reuters - Arazandi.
- Bramont-Arias, L.A. & García, M. (2010). *Manual de derecho penal* (cuarta edición). Lima: Editorial San Marcos.
- Brousset, R. (2007). La búsqueda de fórmulas para la simplificación del procesamiento penal. *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima* 6 (5), 28-30.
- Castex, F. (2010). Modos anormales de inicio del proceso y participación de la víctima en la investigación preliminar, dos desafíos para la tarea legislativa. En Florencia Plazas y Luciano Hazán (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal, un estudio crítico de la jurisprudencia*". Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cordero, F. (2000). *Procedimiento penal*. Tomo 2. Bogotá: Temis
- Del Río, G. (2008). *La prisión preventiva en el nuevo código procesal penal*. Lima: Ara.
- Duce, M. (2014). Errores del sistema y condena de inocentes. En AAVV, *La reforma procesal penal – Cuestiones fundamentales*. Lima: Ara.
- España, R. (2001). El acta de debate e importancia del recurso de apelación y casación. En *Algunos aspectos de la evaluación de la aplicación de la COPP*. Caracas: UCAB.
- Hurtado, A. & Reyna, L. (2015). El proceso inmediato: valoraciones político-criminales e implicancias forenses del D.L. 1194. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 76, 18-20.
- Martínez, E. (2003). *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2004). *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*". Buenos Aires: Hammurabi.
- Neyra, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Lima: Idemsa.
- Pásara, L. (2013). Papel del Ministerio Público en la reforma procesal chilena. En AAVV, *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo, el penalista de dos mundos*. Lima: Idemsa.
- Paucar, M. (2012). Delitos en el código penal peruano vinculados a los accidentes de tránsito. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 38, 171-174.
- Pereyra, P. (2010). La detención de personas en el esquema constitucional. En Florencia Plazas y Luciano Hazán (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal, un estudio crítico de la jurisprudencia*". Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Prado, V. (2015). La determinación judicial de la penal en la Ley N° 30076. En AAVV, *Determinación judicial de la pena*. Lima: Instituto Pacífico.
- Riego, C. (2014). Las reformas judiciales y la seguridad ciudadana. En AAVV, *La reforma procesal penal, cuestiones fundamentales*. Lima: Ara.
- Rodríguez, M. (2011). Coerción procesal: medidas provisionales o cautelares para conjurar peligro procesal y restrictivas de derechos motivadas por búsqueda de pruebas. *Revista de la Academia de la Magistratura Justicia & Democracia*, 10, 71-72.
- Rojas, F. (2009). *El delito, preparación, tentativa, y consumación*. Lima: Idemsa.
- Salinas, R. (2013). *Derecho penal – parte especial* (quinta edición). Lima: Grijley.
- Sánchez, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa.
- Sánchez, P. (2013). El título preliminar y los principios en el código procesal penal 2004. En AAVV, *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo, el penalista de dos mundos*. Lima: Grijley.
- San Martín, C. (2012). *Estudios de derecho procesal penal*. Lima: Grijley.
- San Martín, C. (2014). *Derecho procesal penal* (tercera edición). Lima: Grijley.
- Sotomayor, O. (2007). *Práctica forense de derecho penal*. México DF: Ubijus.
- Talavera, P. (2010). Los procesos especiales en el nuevo código procesal penal. En AAVV, *Selección de Lecturas*. Lima: INCIPP.
- Uriarte, L. & Farto, T. (2007). *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Madrid: La Ley – Grupo Wolters Kluwer.
- Vásquez, M. (2008). *Derecho procesal venezolano*. Caracas: Ediciones Universidad Católica Andrés Bello.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO PENAL

Roberto Cáceres Julca

Definición

1. El derecho a la presunción de inocencia constituye el principal fundamento de las garantías judiciales, al establecer un estado jurídico favorable a todo imputado, por el cual debe ser tratado como inocente hasta que exista una sentencia firme que determine lo contrario; “para evitar equívocos resulta más aceptable denominarlo principio de inocencia, conforme al cual la persona sometida a proceso disfruta de un

estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador”.¹

2. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha señalado:

“El derecho fundamental a la presunción de inocencia (...) significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsabilidad al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. Así pues la presunción de inocencia, se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos textos de derechos humanos”.²

3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barberá, Messegué y Jarbardo contra España³ ha señalado que el alcance de este derecho parte de que el órgano jurisdiccional que conoce del proceso no realice sus funciones partiendo de la idea preconcebida de que el imputado ha cometido los actos criminales que se le imputan, a ello se suma que la carga de la prueba recae en absoluto sobre el acusador, por lo que cualquier duda legítima favorece al acusado.

4. El tratamiento de no culpable se extiende desde que se le atribuye la calidad de imputado, hasta que se emita una sentencia firme o una decisión que tenga la calidad de firme. Este derecho fundamental se encuentra expresamente en el artículo 2.24° literal e) de la Constitución:

Que toda persona tiene derecho, a la libertad y a las seguridades personales.
En consecuencia:

“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

5. Este derecho fundamental ha sido desarrollado en el artículo 11° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el artículo 8.2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6. Nuestro sistema procesal la desarrollada en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece:

¹ D' ÁLBORA, Francisco, J. Código Procesal Penal de la Nación. Ley N.º 23.984 Anotado, Comentado y Concordado, 6º Edición. Editorial Lexis Nexos- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 25.

² Sentencia C-205 del 2003. GONZALÉS NAVARRO, Antonio Luís. Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio. Editorial LEYER. Bogotá, 2005, pág. 381.

³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Barberá, Messegué y Jarbardo contra España, sentencia del 6 de diciembre de 1988.

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.
2. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

7. El Código Procesal Penal desarrolla las garantías del justiciable desde dos concretas garantías: a) la regla de juicio o tratamiento y b) la regla de prueba. La casación N.º 836-2019, Lambayeque, Lima, 25 noviembre 2020, fundamento jurídico segundo señala:

“Respecto de la presunción de inocencia, cuando se trata de un recurso de casación, en que la valoración de la prueba realizada por el Juzgado Penal ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior, como en el presente caso; y, por ende, agotado el doble grado de jurisdicción (artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil y artículo II de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y cumplido lo dispuesto en el artículo 14, numeral 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la revisión del Tribunal Supremo solo puede concretarse en cuatro puntos, y en la medida de la pretensión impugnativa, que son los siguientes:

1. Si la Sala Superior al examinar la sentencia del Juzgado Penal, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden en especial y, entre otros, el artículo 425, numeral 2, del Código Procesal Penal.
2. Si aplicó correctamente las exigencias de la motivación de la valoración de la prueba, tanto al absolver la apelación de motivación defectuosa, en su caso, como al fundamentar su propia decisión.
3. Si respetó la exigencia de prueba lícita.
4. Si el Tribunal Superior ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre el examen racional de la prueba de cargo -prueba racional-. Se sigue, sobre el particular, la SSTSE 225-2018, de dieciséis de mayo y 459-2020, de dieciocho de septiembre. El control que corresponde, en suma, es verificar si la respuesta que ha dado la Sala Superior ha sido racional y ha respetado la legalidad y la doctrina legal sobre el alcance de la revisión impugnativa, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas (STSE 422/2020, de 23 de julio)”.

Reglas y garantías del derecho fundamental a la presunción de inocencia

II. I. La regla de tratamiento procesal del imputado

8. El derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de tratamiento se configura como una regla respecto de la forma y el modo en que debe ser tratado el imputado y que se configura como una prohibición de tratar al imputado como culpable hasta la sentencia condenatoria firme, siempre que esta se sustente en la convicción judicial de culpabilidad del acusado, por tanto, durante el proceso rige una presunción *iuris tantum* a favor del imputado.

“Con respecto a la presunción de inocencia se ha señalado anteriormente (STC 01382-2006-PHC/TC, FJ 2) que “parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia está vinculado también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada mediante una mínima actividad probatoria”.⁴

9. “Como regla de tratamiento del imputado, la presunción de inocencia prescribe cualquier forma de anticipación de pena y obliga a plantearse la legitimidad de la prisión provisional. Como regla de juicio impone la asunción de pautas operativas propias de la adquisición racional de conocimiento y de la argumentación racional, por parte del investigador policial y procesal y del juez. Y asimismo precisa exigencias en materia de estatuto profesional de todos estos operadores”.⁵

10. Debe definirse el adjetivo “tratamiento (como) aquel conjunto de derechos y asignaciones de garantías legalmente o impuestos judicial o administrativamente a una determinada persona. Como el tratamiento ha de venir asociado a la consideración aquél podría también definirse como el conjunto de garantías y sujeciones (derechos asignados y derechos susceptibles de limitación) vinculados al dictado de una determinada consideración”.⁶

- A. La regla de tratamiento del derecho a la presunción de inocencia y su aplicación en las medidas de coerción

11. “Las medidas cautelares son limitaciones del derecho a la presunción de inocencia y de otros derechos (libertad personal, patrimonio, etc.) no sólo porque lo establece la Constitución, sino porque son el instrumento con el que el Estado protege el conflicto entre los derechos individuales y la Sociedad, que necesita ser protegida frente a las vulneraciones del Ordenamiento. Los Poderes Públicos, en caso de la sociedad haya

⁴ Exp. N.º 2440-2007-PHC/TC, Lima, 25 de julio del 2007.

⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Las garantías del imputado en el proceso penal, pág. 10. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>

⁶ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de medidas cautelares penales, editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 37.

sido perjudicada por infracción de la Ley, deben garantizar que tales infracciones serán castigadas, para la defensa de la misma sociedad”.⁷

12. La regla de tratamiento se limita respecto de la imposición de las medidas coercitivas personales y/o reales. Señala el Tribunal Constitucional:

“Si bien la detención judicial preventiva (prisión preventiva) constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, esta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado *le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese pues es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (...)”.⁸

13. La relación entre el derecho a la presunción de inocencia en su regla de tratamiento con las medidas de coerción, implican que el juez de la investigación preparatoria debe partir que el imputado es inocente. “En efecto, si el imputado debe ser tratado como si fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y además podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia”.⁹

14. Las medidas coercitivas no pueden ser impuesta como pena, sanción adelantada o para evitar una crisis social, solo es posible imponerla como mecanismo para evitar el peligro de fuga o el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria.

15. Al respecto el Tribunal Constitucional tiene dicho:

“En la medida en que la detención judicial preventiva (prisión preventiva) se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen. Por ello, no solo puede justificarse en la prognosis de pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad”.¹⁰

⁷ OVEJERO PUENTE, Ana María. Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 358.

⁸ Exp N° 1091-2002-HC/TC. Lima, de 02 de agosto de 2002.

⁹ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. En torno a la jurisdicción. Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 255.

¹⁰ Exp N° 0791- 2002 - HC/TC. Lima 21 de junio de 2003.

16. La concepción anotada parte de la idea de que el Estado a través de los órganos jurisdiccional debe asegurar los fines del proceso imponiendo medidas de coerción cuando sean necesarias, pero dado que la información que se tiene generalmente cuando se solicita la medida cautelar es insipiente en la mayoría de los casos, es preciso “por lo tanto, (que) el estado de sospecha esté vinculado en el ámbito del proceso al deber de imparcialidad del juez. Si los Estados pueden mantener presunciones, deben de hacerlo dentro de un límite razonable y atendiendo a la gravedad de los hechos que puedan afectar a otros derechos. El THDH en sus sentencias ha realizado un juicio de proporcionalidad que afecta a todas las fases del proceso. Así pueden ser un buen exponente de aplicación de este juicio ponderativo el Caso Marziano contra Italia, de 28 de noviembre de 2002, acerca de la valoración del grado de las afirmaciones el juez competente en las investigaciones preliminares que ponen en cuestionamiento la presunción de inocencia y que sean esenciales para que se condene al encausado”.¹¹
17. Acorde con lo anotado precedentemente la presunción de inocencia permite una limitación del derecho al libre tránsito o al disfrute absoluto de los bienes. Así si bien el estado normal del procesado es el pleno goce de sus derechos fundamentales, las medidas cautelares constituyen una posibilidad excepcional de afectar el libre ejercicio de los derechos del justiciable con fines de utilidad procesal; sólo así resultan justificables las medidas cautelares cuando sean necesarias para llevar adelante el proceso y para asegurar el cumplimiento de la decisión que se tome en la sentencia.
18. Conforme a esto, las medidas coercitivas personales, vienen a romper la lógica general de la presunción de inocencia, responden al principio de necesidad, requieren para que sean conforme a derecho, la concurrencia de dos supuestos: 1) el supuesto material, que tiene relación con la existencia de una imputación suficientemente respaldada en elementos de juicio que permitan pronosticar; y 2) la necesidad de cautela, esto es, que se justifique la necesidad de adoptar medidas de coerción, destinadas a evitar que el imputado realice actos que puedan impedir la realización del juicio o la aplicación de la sentencia.
19. Para el Tribunal Constitucional español:

“La presunción de inocencia como dijimos en la sentencia STC 109/1986 opera en el proceso como una regla de juicio, constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo (...) Como regla de tratamiento, el hecho de que él imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y con mayor

¹¹ ALLUÉ BUIZA, Alfredo. Una presunción de inocencia extensa y poco intensa. La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. VAAA. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 379.

razón, proscribire la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales”.¹²

20. “Desde tal perspectiva el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede significar la prohibición del dictado de la prisión preventiva (...). La solución sólo puede descansar en la concepción que sostiene que la prisión es prohibida como pena anticipada y que debe diferenciarse entre esta medida coercitiva y la pena privativa de libertad”.¹³

B. El derecho a la presunción de inocencia y su incidencia sobre las medidas de coerción

21. El estado jurídico de inocente del imputado desde la regla de prueba tiene un doble contenido el primero: la carga de acreditar cada uno de los presupuestos de la medida de coerción solicitada por la Fiscalía, debe ser acreditada documentalmente, lo que supone que debe ser puesta en conocimiento del imputado y/o su defensa con el requerimiento cautelar, debiendo tener un plazo razonable para conocer los hechos y los elementos de convicción, tener la oportunidad de ofrecer elementos de prueba de contradicción, evaluar la legalidad de los elementos de convicción (si se trata de prueba ilícita o prohibida), debiendo fijarse el plazo en atención a las circunstancias propias de cada caso, siendo por regla general irrazonable fijarse el plazo de ley como plazo razonable, pues este es un plazo mínimo, no razonable.

22. Es entendible que la naturaleza de las actuaciones de la Fiscalía para recoger los elementos de convicción, no le den mucho margen de tiempo para poder tener todos los elementos de convicción que a su criterio crea necesario para justificar su requerimiento, ello no debería incidir en que el requerimiento deba de ser presentado por ejemplo al finalizar el plazo de la detención policial previsto en el artículo 264 del CPP, pues esto, genera una limitación a la defensa técnica de que pueda conocer los elementos de convicción con tiempo necesario para preparar su defensa y ofrecer elementos de convicción.¹⁴

23. El segundo análisis desde la regla de prueba va dirigido al juez, quien desde una doble perspectiva presunción de inocencia y derecho de motivación, dada su íntima conexión, debe realizar un control estricto de cada elemento de convicción presentado por la Fiscalía, siendo deber de esta última el justificar cada elemento de convicción al Fiscal presentado documentalmente, contextualizando oralmente el significado fáctico, y jurídico de cada uno de los elementos de convicción, mediante una

¹² STC N.º 128/1995 de 25 de junio de 1995, FJ. 3.

¹³ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva, Editorial UCI, San José de Costa Rica, 1997, pág. 171.

¹⁴ Como dice BOVINO “el principio de inocencia no existe para prohibir al Estado imponer al inocente medidas sustancialmente represivas con fines también represivos, sino para prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva, independientemente de los fines atribuidos a tal medida”. BOVINO, Alberto. Contra la inocencia. Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora. BERTOLINO, Pedro, J, BRUZZONE Gustavo A. Editorial Lexis Nexos. Abededo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pág. 209.

explicación clara y sólida para convencer al juez que los fundamentos fácticos del requerimiento cautelar tiene un correlato razonable en los elementos de convicción, esto debe realizarse:

- i) Desde el canon de la lógica o congruencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan los elementos de hecho que configuran el tipo penal imputado o no lo fijen de manera determinante.
- ii) Cuando los indicios no conduzcan naturalmente a determinar los elementos del tipo.
- iii) Cuando los indicios son insuficientes para determinar preliminarmente la presunta responsabilidad del imputado.
- iv) Cuando la pretensión de la medida cautelar se sustenta en fundamentos fácticos de carácter excesivamente abiertos o débiles.
- v) Cuando no se determina o identifica los fundamentos de la medida cautelar en el razonamiento en que se sustenta esta.

24. De lo expresado podemos afirmar que la imposición de una medida coercitiva vulnera el derecho a la presunción de inocencia “cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada”¹⁵ ya que la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental.

II. II. La regla de prueba del derecho a la presunción de inocencia

25. La regla de prueba del derecho a la presunción de inocencia se ha configurado como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, es decir, obtenidas con todas las garantías, a través de las cuales pueda considerarse acreditado el hecho punible con todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, incluida la participación del acusado en los mismos.

26. Lo anotado comporta el derecho a no ser condenado sin que existan pruebas de cargo válidas, lo que implica que ha de concurrir una mínima actividad probatoria de cargo, desarrollada con las garantías necesarias, que abarque todos los elementos esenciales del tipo delictivo y que de la misma puedan desprenderse de forma razonable los hechos y la participación en ellos del acusado.

27. Al respecto la Corte Constitucional colombiana considera:

“En un Estado Social de Derecho corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito,

¹⁵ SSTC. N.º 44/2000, Madrid, 14 de febrero de 2000, FJ. 2.

produjo el daño o participo en la comisión del mismo, lo que se conoce como *principio onus probando incumbit actori*. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrar su culpabilidad. (...) De suerte que, todo proceso penal debe iniciarse con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia”.¹⁶

28. Conforme lo expresado por el derecho a la presunción de inocencia en su regla probatoria sostiene que el imputado no debe probar su inocencia, por lo que resulta inadmisibles la presunción de culpabilidad¹⁷, esto no es sólo aplicable al derecho penal, sino que constituye “una regla de tratamiento sobre la persona sometida al procedimiento disciplinario, que exige partir de la idea de que el sometido al procedimiento es inocente”.¹⁸
29. “La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuado la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado”.¹⁹
30. Del parecer precitado es el Tribunal Constitucional Español que en reiterada jurisprudencia: SSTC N° 31/1981, de 28 de junio de 1981, SSTC N° 24/1997, de 11 de febrero de 1997, SSTC N° 45/1997, de 11 de marzo de 1997 ha sentado doctrina jurisprudencial reiterando que:

“Sólo podrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado la actividad probatoria lesiva de otros

¹⁶ Sentencia C-205 del 2003. GONZÁLES NAVARRO, Antonio Luís. Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio. Op. cit., pág. 382.

¹⁷ “La eliminación de las presunciones de responsabilidad dentro del ordenamiento procesal constituyen indudablemente una posición jurídica clara de respeto por el *favor rei*”. LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Penal. De la captura a la excarcelación. Editorial Temis, 3° Edición. Santa Fe de Bogotá, 1993, pág. 266.

¹⁸ Exp. N.° 3312-2004-AA/TC. Lima, 17 de diciembre de 2004.

¹⁹ Sentencia N° C-416-02. En GONZÁLES NAVARRO, Antonio Luís. Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio. Op. cit., pág. 382.

derechos fundamentales o carentes de garantías o, cuando no se motive el resultado de dicha valoración o no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado, entendiéndose que las auténticas pruebas son las practicadas en juicio oral, es decir en el debate contradictorio”.²⁰

31. Desde la perspectiva anotada se obliga al órgano jurisdiccional a realizar un tratamiento racional y razonable del resultado de la actividad probatoria, ello implica necesariamente partir de una apreciación tendencialmente objetiva a la hora de valorar la prueba de cargo, como la de descargo, y a utilizar los criterios de la lógica y de la sana crítica a fin de determinar la verdad procesal o verdad formal sobre los hechos materia de imputación.²¹
32. De este contenido se ha extraído como consecuencia que toda sentencia condenatoria debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal, sustento que ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la ley procesal y a la Constitución, practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles.
33. Desde esta perspectiva, se vulnera la inocencia cuando no existan pruebas válidas que acrediten responsabilidad penal o cuando no se motive las conclusiones de dicha valoración, ya sea porque el resultado resulta ilógico o insuficiente para desvirtuarla; tal como se desprende del artículo 8º, inciso 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que exige “que una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente para condenarla, sino absolverla”.²²
34. La regla probatoria no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir la actuación de cualquier medio de prueba, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*.
35. De este parecer es el “Tribunal Constitucional (que) ha señalado (*vid.* STC N° 010-2002-AI/TC, FJ. 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como

²⁰ STC N.º 187/2003, de 27 de octubre de 2003, FFJJ. 3, 4.

²¹ “(...) se llama verdad a la correspondencia correcta entre la representación ideológica del objeto, que práctica el sujeto que conoce, y la realidad. O con palabras más sencillas la concordancia del pensamiento con el objeto pensado”. GONZALÉS NAVARRO, Antonio Luís. *Ibidem*, pág. 386.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros (caso niños de la Calle). Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos”.²³

A. Exclusión de elementos de convicción

36. La prueba cargo debe ser solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, siendo sólo admisibles los medios de prueba que no vulneren derechos fundamentales o reglas procesales de actuación probatoria. Al respecto el Tribunal Constitucional señala:

[L]a admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino a su licitud²⁴”.

37. “Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con (...) Licitud: no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida”.²⁵ El Tribunal Constitucional afirma “[L]a presunción de inocencia como primera garantía del proceso penal exige no solo que exista una mínima actividad probatoria de cargo, sino también que la obtención de tales fuentes de prueba se produzca sin la violación de algún derecho fundamental²⁶”.

38. La regla de prueba exige que solo se incorporen al debate procesal elementos de prueba o medios de prueba que han sido incorporados al proceso penal²⁷ el cual es el límite a la actividad probatoria y constitucionalmente válido que implica que debe ser compatible con el ejercicio de los derechos fundamentales del imputado²⁸, conforme

²³ Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC. Lima, 5 de abril de 2007.

²⁴ RTC Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC, f.j.7, Publicada en la página web del TC el 03/01/2011. Gaceta Constitucional N.º 71, noviembre 2013, pág. 170.

²⁵ STC Exp. N.º 06712-2005-HC/TC, f.j.26, Publicada en la página web del TC el 03/10/2011. Gaceta Constitucional N.º 71, noviembre 2013, pág. 170.

²⁶ RTC Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC, f.j.9, Publicada en la página web del TC el 03/01/2011, Gaceta Constitucional N.º 71, noviembre 2013, pág. 172.

²⁷ “[E]l derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho”. Exp. N.º 02333-2004-HC/TC, f.j.2.5, Publicada en la página web del TC el 29/01/2004. Gaceta Constitucional N.º 71, noviembre 2013, pág. 173.

²⁸ “[E]l apartado h del inciso 24) del artículo 2 de la constitución prescribe el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato. Esta facultad tiene como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”. Exp. N.º 02333-2004-HC/TC, f.j.2.5, Publicada en la página web del TC el 29/01/2004. Gaceta Constitucional N.º 71, noviembre 2013, pág. 171.

lo exige el artículo VIII del Título Preliminar del CPP. Desde esta perspectiva son tres los ámbitos que puede analizarse:

1. Prueba prohibida

39. Prueba prohibida es aquella prueba obtenida²⁹, dígase fuente de prueba, elemento o medio de prueba que ha vulnerado el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona desarrollados en la Constitución o los derechos que ingresan a nuestra legislación nacional que provengan de tratados internacionales de derechos humanos.

40. La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 05-2008- Lima, 4 de mayo de 2009 señala:

“La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales (...)”.

41. El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00655-2010-PHC/TC. Lima 27 de octubre de 2010, asunto Quimper señaló:

“En nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal”.

42. Conforme se aprecia, el uso de información (fuentes, elementos o medios de prueba) obtenida vulnerando derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones privadas³⁰, el derecho a la intimidad, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, la prohibición de tortura, etc., trae como consecuencia su imposible corrección o subsanación.

43. “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

²⁹ El concepto obtención debe ser interpretado ampliamente como postura o incautación de fuentes de prueba con respeto absoluto del contenido esencial de los derechos constitucionales de las personas.

³⁰ El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, según el Tribunal Constitucional “(...) impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean éstos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación. El concepto de “secreto” e “inviolabilidad” de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca, o no, el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello”. Exp. N° 02863-2002-AA/TC.

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. (...) 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 fundamentales³¹”.

2. Prueba ilícita o ilegal

44. La prueba ilícita es aquel elemento probatorio o acto probatorio que ha sido obtenido inobservando o no respetando el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico, por lo que carece de efectos legales para ser incorporado al proceso, no pudiendo ser objeto de actuación probatoria y menos de valoración por órgano funcional alguno, con esto ponemos el acento en su exclusión de la investigación o del proceso penal. El Tribunal Constitucional señala:

“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 inutilizable³²”.

45. ASECIO MELLADO señala que “puede afirmarse que la determinación de un fundamento a la categoría de la prueba ilícita, viene predeterminado por la visión que de ella misma se tenga, de la necesidad de protección que se le asigne, de la extensión que se conceda a sus efectos y de los sacrificios que se quieran imponer al Estado en la investigación delictiva en relación con los exigidos a los ciudadanos en el ámbito de sus derechos. Tal atribución, por tanto, no puede nunca responder a criterios que hayan de considerarse absolutos, sino más bien dependientes de elecciones que los predeterminan. De este modo, el señalamiento de un fundamento no parece fruto de un razonamiento previo del cual se hacen derivar unas consecuencias, sino contrario, de una conclusión elaborada sobre la base de unas premisas y posiciones anteriormente asumidas. No hay, pues, un concepto que pueda calificarse de superior e indiscutible, que dimanase de un razonamiento estrictamente jurídico. Todos son relativos, asumiendo cada cual aquel que resulta más coherente con su visión del papel que los derechos fundamentales han de jugar en el proceso penal y los poderes que el Estado debe ver limitados en su función de investigación de los delitos”.³³

46. Cualquier fuente, elemento de prueba obtenido mediante prueba ilícita, puede ser excluido, tal es el caso que se presentó en el asunto OLLANTA HUMALA, Exp. N°

³¹ RTC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, f.j.16, Publicada en la página web del TC el 03/01/2011. Gaceta Constitucional N° 71, noviembre 2013, pág. 171.

³² STC Exp. N° 02053-2003-HC/TC, f.j.3, Publicada en la página web del TC el 15 octubre 2003. Gaceta Constitucional N° 71, noviembre 2013, pág. 170.

³³ ASECIO MELLADO, José María. “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita”. En: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.>, págs. 7, 8.

04780-2017-PHC/TC, Lima, 8 de agosto 2018 cuando el Tribunal Constitucional señaló:

88. En efecto, de una interpretación sistemática de los artículos 189, inciso 3, y 190 del referido código, deriva que cuando se trate de voces en audios ellas deberán pasar por un reconocimiento en el que deberá estar presente el defensor del imputado o, en su defecto, el Juez de la Investigación Preparatoria. Y el artículo VIII, inciso 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal, “[t]odo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo”.
89. No obstante ello y pese a la petición de la defensa del procesado Ollanta Humala, el juez emplazado se limitó a sostener lo siguiente: *“respecto a la alegación que los audios no habrían sido reconocidos por el investigado, este Despacho precisa que es necesario evaluar el contenido del audio, pues son personas cercanas al investigado (...), se habla de él e incluso interviene en una de las conversaciones, en vinculación al ‘Caso Madre Mía’, siendo (...) un hecho notorio que el investigado se ha pronunciado públicamente sobre esos audios, y atendiendo a la connotación de este caso “ (sic) (Cfr. fojas 67 del expediente 4780-2017-PHC/TC).*
90. Es decir, *a pesar de que el juez emplazado advierte también que el reconocimiento establecido en el Código Procesal Penal no se ha producido, considera de todas formas que las transcripciones de los audios son elementos evaluables* al dar por sentado que trata de conversaciones vinculadas al “Caso Madre Mía” en la que intervienen en la conversación personas cercanas al investigado y el propio investigado, y porque este se ha referido a ellos públicamente.
91. Así, el juez emplazado paradójicamente no consideró necesario el reconocimiento de los audios por parte del investigado, su defensa y del resto de supuestos intervinientes, dando por sentado que son ellos quienes intervienen en la conversación. Evidentemente, *se trata de un razonamiento violatorio del derecho de defensa (artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política) y del derecho a la debida incorporación de la prueba como manifestación del debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental).*

3. Prueba irregular

47. La Casación N° 591-2015-HUANUCO, Lima, 17 de mayo 2017, fundamento jurídico Décimo Quinto, ha asumido como sub clasificación de la prueba ilícita, la prueba irregular citando a MIRANDA ESTRAMPER, “una prueba irregular, la cual no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de esta última”.³⁴

³⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Segunda Edición, J.M. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 49.

48. La Casación N° 591-2015-HUANUCO señala:

“Décimo Noveno. Empero, la existencia de una prueba irregular no implica la exclusión automática de las pruebas actuadas con posterioridad o como resultado de ella. Así se infiere de lo establecido en el artículo ciento cincuenta y nueve, del Código Procesal Penal, el cual impone al juzgador la prohibición de valorar las pruebas obtenidas directa o indirectamente siempre que se hayan obtenido con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Consecuentemente, el aspecto relevante para determinar la exclusión de una prueba derivada de la prueba irregular es la intensidad de afectación del derecho fundamental.

Vigésimo Primero. De ser este el caso, es pertinente analizar la entidad de la infracción de la norma concernida en consecuencia, se deberá tener en consideración el ámbito específico de regulación de la norma procesal, el contexto en que se suscitó su inobservancia, la persistencia en la inobservancia de la norma procesal y la intensidad de afectación del derecho fundamental, a efectos de constatar si concurre una mera inobservancia de una norma procesal o una afectación al contenido esencial de un derecho fundamental”.

49. La Casación N° 591-2015-HUANUCO, aborda varios tópicos con relación a la prueba irregular, el primero es que la exclusión de la prueba irregular se puede manifestar cuando se vulnera derechos fundamentales, tal tesis, es parcialmente concordante con lo que indica MIRANDA ESTRAMPES en un artículo publicado en mayo del 2010, denominado “La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, señala: “Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normatividad procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales. La anterior diferenciación conceptual tiene una enorme repercusión, pues la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja, que se expone más adelante, se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, mientras que la prueba irregular quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación”.³⁵

50. MIRANDA ESTRAMPER quien desarrolla el concepto desarrollado en la Casación N° 591-2015-HUANUCO, indica que la exclusión probatoria de la prueba irregular se puede dar mediante la nulidad procesal, esto implica admitir dos tipos de nulidad procesal. Esta puede ser nulidad absoluta, artículo 150 del Código Procesal Penal, o nulidad relativa, artículo 151 del Código Procesal Penal.

³⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. En Revista Catalana de Seguretat Pública N° 22, Barcelona, 2010, pág. 133.

51. “Aunque la prueba reúna los requisitos relativos a su pertinencia, utilidad y admisibilidad, los órganos judiciales deben desecharla como fundamento de sus resoluciones frente al caso de que aquéllas hayan sido incorporadas al proceso como consecuencia de un acto reñido con la vigencia de garantías constitucionales. Tal lo que ocurre cuando los elementos probatorios han sido obtenidos, entre otros casos, a raíz de un allanamiento ilegal, de una interferencia ilegítima de las comunicaciones o de una confesión lograda mediante el uso de tortura o de cualquier otra clase de coacción”.³⁶
52. La Casación N° 591-2015-HUANUCO, señala como «aspecto relevante para determinar la exclusión de una prueba derivada de la prueba irregular es la intensidad de afectación del derecho fundamental», es parcialmente correcta y se sustenta en el artículo 157.1 del Código Procesal Penal al señalar:
- “Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier por cualquier medio de prueba permitido por Ley. Excepcionalmente puede 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 previsto, en lo posible”.
53. La Casación acotada no toma en cuenta que el artículo 157.1 del Código Procesal Penal contiene dos supuestos: vulneración a derechos y garantías de la persona, y facultades de los sujetos procesales para realizar actos procesales, las cuales están reguladas en el propio Código Procesal o en normas complementarias.
54. Las facultades de las partes para realizar actos de investigación o requerir su realización se refieren al procedimiento para realizar determinado acto, o a la forma de incorporar el elemento o medio de prueba al proceso, las que son trascendentes desde la perspectiva de la admisibilidad del medio de prueba, de manera que, si se incumplen dichos presupuestos, se puede incurrir en nulidad procesal relativa, que son supuestos igualmente válidos para poder declarar la exclusión del medio de prueba.
55. El enfoque no debe centrarse sólo en la intensidad de la afectación del derecho fundamental específico afectado, sino desde el principio de legalidad que tiene incidencia directa sobre la actividad probatoria. “La legalidad de la prueba apunta a observar cómo se consigue, antes que analizarse el medio propiamente dicho, es procesalmente admisible. Ahora bien cuando esas pruebas son obtenidas sacrificando el principio de legalidad y adjuntando de la intervención restrictivamente indiciaria, pretendiendo con ello sostener una sentencia condenatoria o incluso convirtiendo al estado de inocencia en una probable sanción, deben actuar las garantías

³⁶ PALACIOS, Lino Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 34.

constitucionales de la inadmisión de la prueba ilícita lograda, que es una manifestación del derecho a la presunción de inocencia.”³⁷

56. Asimismo, la Casación N° 591-2015-HUANUCO indica que cuando se invoque ilicitud probatoria:

- Se requiere identificar cual es el hecho sobre el cual recae el vicio.
- Se debe determinar la normatividad que regula el acto procesal, sin embargo, no todos los actos procesales están regulados por el Código Procesal Penal, por lo que debemos recurrir a los principios generales del proceso y cuya aplicación práctica que la jurisprudencia reseña.
- La persistencia en la inobservancia de la norma procesal, se refiere al tiempo en que permanece el vicio generado en el proceso, ello es trascendente, pues mientras más tiempo permanente el vicio en el proceso, más actos procesales ira contaminando.
- La intensidad de la afectación del derecho fundamental, se refiere al nivel o grado como afecta el vicio un derecho fundamental, ello es importante, porque cuando mayor sea la intensidad del derecho afectado mayor necesidad de su declaración de nulidad.

57. Corresponde al juez de la investigación preparatoria el deber de expulsar el material probatorio que haya sido incorporado al proceso vulnerando normas procesales, lo mismo sucede en aquellos casos en que luego de un análisis jurídico axiológico se corrobore que se violaron derechos fundamentales, por lo tanto, no podrán ser considerados como fundamento de ninguna decisión.

58. Del parecer anotado es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando sostiene “(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal es plenamente válido y correcto, siempre que se parta del presupuesto objetivo de la existencia en el mismo proceso de diligencias o actuaciones probatorias practicadas con las básicas garantías procesales; es decir, válidas también. Las pruebas así obtenidas en el ámbito procesal correcto, serán la base o supuesto de la apreciación y valoración judicial. Estas pruebas aun mínimas, pero suficientes, pueden lícitamente eliminar o destruir la presunción *iuris tantum* de inocencia constitucionalmente reconocidas, pero siempre que constituyan legalmente pruebas y que contengan elementos incriminatorios respecto de la participación del acusado en el hecho, también objetivamente acreditado”.³⁸

³⁷ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*. Rubinzal –Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004, págs. 393, 394.

³⁸ STC. N.º 105/1986. Madrid, 21 de julio de 1986. FJ. 2.

II. III. La regla de prueba del derecho a la presunción de inocencia y la suficiencia probatoria

59. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene varios pronunciamientos referidos a la suficiencia de la prueba de cargo, para superar la valla del derecho a la presunción de inocencia. Así tenemos el Caso Villagrán Morales y otro (Niños de la calle), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 222, 224 señala:

“El principio de inocencia, tal como se desprende del artículo 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, exige que una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente para condenarla, sino absolverla”.

60. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Zegarra Marín vs Perú del 15 de febrero 2017 señaló:

“122. (...) 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, tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías. Por lo que sí “obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”. Debe recordarse que “[l]a falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia”. En este sentido, cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.

123. Este estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora. 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.

124. En este sentido, la Corte 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 deban fallar [con un criterio] más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados aspectos fácticos relativos a la culpabilidad del imputado”.

61. Nuestra Corte Suprema³⁹ ha asumido los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así tenemos por ejemplo el Recurso de Nulidad N.º 3004-2004-Huanuco. Lima, 29 de noviembre de 2004 precisa:

“(…) son supuestos para la expedición de una sentencia absolutoria, la insuficiencia probatoria que resulta incapaz de desvirtuar la presunción de inocencia o la invocación del principio *indubio pro reo* cuando existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal del procesado”.

62. En el Recurso de Nulidad N.º 1224-2017-Cuzco, Lima 4 abril 2018 se precisó:

3.9. “Tanto la presunción de inocencia como la favorabilidad por duda (*in dubio pro reo*), inciden en la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, bajo una perspectiva objetiva, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume; y, en el segundo caso, bajo una perspectiva subjetiva, supone que la actuación probatoria no ha sido suficiente para despejar la duda respecto a la responsabilidad atribuida”.

63. En similar sentido el Recurso de Nulidad N.º 2118-2015-Madre de Dios, Lima, 9 de mayo de 2017 reitero:

“Séptimo. Por lo expuesto, no consta elemento probatorio sobre la responsabilidad penal del acusado Luis Winder Sullca Matos. Si bien se le intervino en la embarcación en que fueron, finalmente, hallados los más de diecisiete kilos de pasta básica de cocaína, no existen elementos de juicio histórico que permitan afirmar que tenía conocimiento de dicho transporte ilícito. *Los dos condenados conformados no* lo involucran, ni tampoco merece una sindicación de coparticipación por parte de los demás testigos intervenidos. A ello se suma que el acusado negó de forma persistente su participación y conocimiento del evento delictivo.

Octavo. El umbral de suficiencia probatoria no se ha superado. La garantía de presunción de inocencia prevalece cuando las pruebas no son suficientes y concluyentes de la vinculación del acusado con el suceso histórico materia de acusación penal; según lo establece el artículo 8, inciso 2, de la Convención

³⁹ “Quinto. Que es verdad que los encausados Neyra Facundo y Rodríguez Hurtado al unísono vinculan en los hechos al imputado recurrente Vásquez Román [fojas cuarenta y seis, doscientos noventa y cinco y novecientos cincuenta y dos, así como fojas treinta y cuatro y ochocientos setenta y dos], pero Neyra Facundo fue condenada y Sánchez Cáceres fue absuelto [sentencia de fojas ciento noventa y ocho]. No consta la sentencia contra el encausado Rodríguez Hurtado, aunque en su declaración reconoció que también fue condenado por este delito [fojas ochocientos setenta y dos]. No existe la menor prueba de que, en efecto, el imputado impugnante Vásquez Román se apoderó del dinero público. Su versión está corroborada por prueba personal; y, las coimputaciones de Neyra Facundo y Rodríguez Hurtado, condenados precisamente por estos hechos, no tienen aval probatorio alguno y, en sí mismas, frente a la condena impuesta y a las testimoniales de descargo, no pueden enervar la presunción constitucional de inocencia del imputado Vásquez Román”. R.N. 2382-2015, AMAZONAS, Lima, 11 de noviembre de 2015.

Americana de Derechos Humanos; el artículo 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 2, inciso 24, literal e, de la Constitución Política del Perú”.

64. La posición de la Corte Suprema se ha mantenido inalterable en el tiempo respecto de la insuficiencia probatoria, así tenemos la Casación N.º 03-2007- HUAURA en la señaló:

“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. Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio. En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior”.⁴⁰

65. El derecho a la presunción de inocencia exige prueba más allá de toda duda razonable. “Se considera actividad probatoria suficiente aquella que sea cualitativamente bastante para formar el juicio interno del juez. Siempre que media prueba que racionalmente puede entenderse de cargo, la actividad probatoria realizada es suficiente. A sensu contrario, aún habiendo realizado un número infinito de pruebas, si ninguna de las practicadas puede entenderse de cargo para convencer de la culpabilidad al juzgador, no puede considerarse tal actividad probatoria suficiente para destruir la presunción de inocencia”.⁴¹

66. La actividad probatoria capaz de enervar la presunción de inocencia es aquella que prueba el hecho narrado y descrito en la acusación calificada jurídica penalmente y en el que se respete los rasgos esenciales del tipo penal, es decir, lo que define el ser del hecho y no sus circunstancias. Concordante con lo expresado el Tribunal Constitucional español ya desde la “STC N.º 92/1987 (ha establecido que) lo que en ningún caso se puede entender, es que el derecho a la presunción de inocencia deriva necesariamente en el carácter fortuito o negligente de los hechos. Si los hechos, y entre ellos el comportamiento causante del resultado previsto por la Ley Penal, han

⁴⁰ Sala Penal Permanente. Casación N.º 03-2007- HUAURA. Lima, 26 de julio de 2007.

⁴¹ OVEJERO PUENTE, Ana María. I Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 140.

sido probados, decidir si tal comportamiento ha sido imprudente o fortuito es materia dejada a la valoración en conciencia del juez”.⁴²

67. Como indica FERRAJOLI “(...) 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. A tal fin, todas las implicaciones de la hipótesis deben ser explicitadas y, ensayadas, de modo que sean posibles no sólo las pruebas sino las contrapruebas. Y la búsqueda de éstas deben ser tuteladas y favorecidas no menos que la búsqueda de aquellas. Evidentemente, ni siquiera las contrapruebas, al ser sólo probables, garantizan la falsedad objetiva de la hipótesis incompatible con ellas. Pero una sola de ellas, si es aceptada como verdadera, es suficiente para excluir la decisión del juez sobre la verdad de la hipótesis y para basar, conforme al criterio de la coherencia, mientras que puede superar las pruebas (necesarias pero no suficientes para justificar la condena), no puede superar las contrapruebas (suficientes pero no necesariamente para justificar la absolución)”.⁴³

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Las garantías del imputado en el proceso penal, pág. 10. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. En torno a la jurisdicción. Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2007.

ASENCIO MELLADO, José María. “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita”. En: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index>

ALLUÉ BUIZA, Alfredo. Una presunción de inocencia extensa y poco intensa. La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. VAAA. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

BOVINO, Alberto. Contra la inocencia. Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora. BERTOLINO, Pedro, J, BRUZZONE Gustavo A. Editorial Lexis Nexos. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

D’ÁLBORA, Francisco, J. Código Procesal Penal de la Nación. Ley N.º 23.984 Anotado, Comentado y Concordado, 6º Edición. Editorial Lexis Nexos- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

⁴² OVEJERO PUENTE, Ana María. *Ibidem*, pág. 137.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 151.

FERAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta, Madrid, 1995.

GONZALÉS NAVARRO, Antonio Luís. Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio. Editorial LEYER. Bogotá, 2005.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*. Rubinzal –Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004.

PALACIOS, Lino Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de medidas cautelares penales. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Penal. De la captura a la excarcelación. Editorial Temis, 3° Edición. Santa Fe de Bogotá, 1993.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva, Editorial UCI, San José de Costa Rica, 1997

OVEJERO PUENTE, Ana María. Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Segunda Edición, J.M. Bosch, Barcelona, 2004.

Exp N° 1091-2002-HC/TC. Lima, de 02 de agosto de 2002.

Exp N° 0791- 2002 - HC/TC. Lima 21 de junio de 2003.

Exp. N° 02863-2002-AA/TC.

Exp. N° 02053-2003-HC/TC.

Exp. N° 02333-2004-HC/TC

Exp. N.° 3312-2004-AA/TC. Lima, 17 de diciembre de 2004.

Exp. N° 06712-2005-HC/TC

Exp. N.° 1014-2007-PHC/TC. Lima, 5 de abril de 2007.

Exp. N.° 2440-2007-PHC/TC, Lima, 25 de julio del 2007.

Exp. N° 00655-2010-PHC/TC

Exp. N° 04780-2017-PHC/TC, Lima, 8 de agosto 2018

Recurso de Nulidad N.° 3004-2004-Huanuco. Lima, 29 de noviembre de 2004.

Recurso de Nulidad N° 2118-2015-Madre de Dios, Lima, 9 de mayo de 2017

Recurso de Nulidad N° 1224-2017-Cuzco, Lima 4 abril 2018

Casación N° 591-2015-HUANUCO, Lima, 17 de mayo 2017

Casación N.° 03-2007- HUAURA, Lima, 26 de julio de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros (caso niños de la Calle). Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Zegarra Marín vs Perú del 15 de febrero 2017.

STC. N.° 105/1986. Madrid, 21 de julio de 1986. FJ. 2.

STC N.° 128/1995 de 25 de junio de 1995, FJ. 3.

SSTC. N.° 44/2000, Madrid, 14 de febrero de 2000, FJ. 2.

CAPÍTULO III

1. La presunción de inocencia ,inmediación y prueba testimonial

José Antonio Neyra Flores⁴⁴

1.1 La presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un principio informador de toda la estructura del proceso penal peruano. Está regulado en el art. II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, de la siguiente manera:

1. “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.
2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”.

Para desvirtuar la presunción de inocencia se requiere una suficiente actividad probatoria de cargo, la cual haya sido sometida al contradictorio en el juicio oral, salvo las excepciones de prueba anticipada y prueba constituida que se rigen por sus particularidades. La justicia penal se imparte con imparcialidad y en un plazo razonable por los órganos jurisdiccionales competentes, teniendo cada persona a la que se le atribuye la comisión de un delito el derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio (art. I, inc. 1 y 2 Título Preliminar CPP).

La sentencia desvirtuará la presunción de inocencia, pero previamente ha de valorarse la prueba individual y conjuntamente, siguiendo las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas

⁴⁴ Maestro en Ciencias Penales y Doctor en Derecho, Profesor del curso de Derecho Procesal Penal en el Pre y Posgrado de la Universidad San Martín de Porres y en Maestría en Derecho Procesal Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de las obras Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I y II, Idemsa, Lima, 2015; y, Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral, Idemsa, Lima, 2010. Juez de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema Para Altos Funcionarios. Concluyó curso de especialización en prueba testifical, razonamiento probatorio del testimonio en la Universidad de Girona. Actualmente maestrando de Razonamiento Probatorio en la Universidad de Girona.

de la experiencia, debiendo justificar el porqué de la decisión; y respetando lo establecido en la Constitución Política del Estado, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú, y todo lo estipulado en el CPP (art. 158, inc. 1, concordado con los art. 155, inc. 1 y art. 393, inc. 2) para que las partes y la ciudadanía puedan ejercer un control de la decisión.

En el Recurso de Nulidad N° 2470-2018-Callao/Sala Penal Transitoria, de fecha 30 de octubre de 2019, en cuyo F.J. 5° establece que “el Tribunal Constitucional sostiene que el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia se torna en un límite al principio de libre apreciación de la prueba por parte del juzgador, ya que dispone la exigencia de un mínimo de suficiencia probatoria para declarar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable”.

Los fundamentos de la presunción de inocencia son específicamente dos: a) La protección del inocente de condenas injustas, lo cual conlleva a imponer la carga de la prueba a la acusación e insistir en probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable; y b) La promoción del Estado de Derecho, o sea se promueve el imperio de la ley, poniéndose énfasis en que la condena y el castigo se reserven para los casos en que se demuestre con *certeza* la culpabilidad del acusado, y que una persona sea objeto de sanciones penales siempre que se demuestre que violó una prohibición legal preexistente y de general aplicación (Stumer, 2018, pp. 50-60).

En cuanto a la dimensión procesal de la presunción de inocencia, ha de constatarse 4 vertientes (Ferrer, 2016, pp. 249-263):

- a) La presunción de inocencia como principio informador del proceso penal: al legislador ordinario se le impone regular de determinada forma el proceso penal y a los jueces se les obliga a interpretar las disposiciones procesales de tal forma que sean compatibles con la presunción de inocencia.
- b) La presunción de inocencia como regla de trato procesal: el Estado no debe tratar al ciudadano como culpable sino como inocente hasta que un tribunal o juez, después de un proceso con todas las garantías, declare probada o no su culpabilidad.
- c) La presunción de inocencia como regla probatoria: conforme a la STC 31/1981 de España, deben cumplirse con estos requisitos procedimentales probatorios para que la presunción sea vencida y no violada: i) debe ser la conclusión de un procedimiento donde haya existido una mínima actividad probatoria de cargo; ii) que sea suministrada

por la acusación; iii) practicada en el juicio oral; iv) y que se haya obtenido respetando las garantías legales y constitucionales.

d) La presunción de inocencia como regla de juicio: se aplica al momento de valorar la prueba, ya que, si la prueba que obra en autos no es concluyente para demostrar la culpabilidad del acusado, entonces la duda se resuelve a favor del reo, declarando su inocencia.

Se puede inferir que la presunción de inocencia tiene una íntima conexión con el estándar de prueba. El problema es que este es demasiado subjetivo, en razón que lo que puede declararse probado para el juez puede no estarlo para el fiscal, y lo que se considera no probado por el abogado defensor puede estar definitivamente probado para el fiscal.

Este limbo de incertidumbre genera inseguridad jurídica al momento de decidir sobre los hechos debatidos en juicio oral. Más aún cuando el estándar de prueba de “más allá de toda duda razonable”, establecido por la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 01-2017/ CIJ-433, basada en las reglas del Código Procesal Penal ,que son generales ,para abrir diligencias diligencias preliminares, formalizar una investigación preparatoria , emitir una acusación fiscal y pronunciar una sentencia , no tiene una clara conceptualización, que puede ser interpretado con un estándar de pruebas muy bajo para desvirtuar la presunción de inocencia y se condene a muchas personas vulnerándose garantías del imputados o con un altísimo estándar como el de “más allá de toda sombra de duda”, el cual impediría cualquier tipo de condena penal y generaría impunidad.

Precisamente, que no se cumpla el estándar de prueba de “más allá de toda duda razonable” generará la absolución del acusado, debido a que se determinó que este no participó en la comisión del hecho punible, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma (in dubio pro reo, la cual es una manifestación de la presunción de inocencia), o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal (art. 398, inc. 1 CPP). Ello demuestra la importancia y necesidad de conocer el estándar de prueba y tratar de hacerlo menos subjetivo, ya que de lo contrario se generarán sentencias absolutorias y condenatorias injustas o erróneas.

Una propuesta de estándar que tiende a su objetivación es desarrollada actualmente por Ferrer (2007, pp. 140-147), que señala que un estándar probatorio se constituye en un nivel o umbral

de suficiencia de pruebas para determinados momentos y decisiones del proceso, consiste en un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales en la declaración de hechos probados. Un falso positivo es una decisión en que se declara probada una hipótesis, siendo esta falsa. Un falso negativo, por su parte, es una decisión en que se declara no probada la hipótesis, siendo verdadera. Las dos decisiones pueden estar fundamentadas correctamente en los elementos de juicio disponibles (ser válidas epistemológicamente), pero fallan en el objetivo de la averiguación de la verdad. Si el estándar es del tipo “preponderancia de la prueba”, los falsos positivos y negativos quedaran distribuidos igualitariamente entre las dos partes. En cambio, en la medida que hacemos más exigente el estándar de prueba, aumentan los falsos negativos y disminuyen los falsos positivos”. Así por ejemplo, sería posible fijar un nivel de exigencia o suficiencia probatoria para declararse probada la hipótesis acusatoria al momento de decidir los hechos de la causa. Según esta propuesta doctrinaria deberían concurrir conjuntamente las siguientes condiciones para la determinación de un estándar:

- “1) 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.
- 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*”.

No obstante, este estándar sería uno de los siete que propone el citado profesor, por lo que su propuesta continúa en desarrollo. Por el momento es imposible presentar un estándar objetivo de prueba tanto para decisiones intermedias como para decisiones finales (condena o absolución). El establecimiento de estándares objetivos responde a un fin epistemológico del proceso que se basa en minimizar el número de errores en la declaración de hechos probados, lo que implica evitar el disenso entre lo que realmente ha ocurrido [en el mundo] y lo que se declara probado en el proceso (Ferrer, 2007, p. 100). Esto significa que un enunciado será verdadero si refleja la realidad y se corresponde con esta (González, s/f)

Lo anterior implica que la verdad de los hechos no solo es un objetivo *per se* ni un objetivo final del proceso penal; antes bien es una condición necesaria de toda sentencia arreglada a la justicia y legítima: no se puede dejar de lado la verdad en la resolución de los casos penales (Taruffo, 2008, p. 23).

Cabe precisar que, la propiedad de ser verdadero no se predica directamente de los hechos (en sentido estricto), sino de los enunciados descriptivos: la verdad se refiere a aquellas características que poseen los enunciados de los que se dice son verdaderos.

1.2 La debida motivación

La motivación de las decisiones judiciales se presenta como una exigencia en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La motivación no solo es una exigencia técnica-jurídica sino que consiste en un fundamento de legitimidad democrática de la función jurisdiccional (Miranda, 2012, p. 151). Toda resolución debe contar con una adecuada motivación, así según lo estipulado en el inc. 3 del art. 394 CPP, la sentencia contendrá: *“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”*.

Una resolución judicial estará justificada jurídicamente si lo es interna y externamente. En el primer caso se exige que el fallo se derive lógicamente de las premisas (normativas y fácticas); mientras que en el segundo caso ya no se trata de una validez lógica de la inferencia, sino en controlar la solidez de la premisa fáctica y de la premisa normativa.

Básicamente, la motivación no es una simple formalidad, sino que debe basarse en las pruebas actuadas (el juez no puede inventar hechos) para declarar los hechos probados (San Martín, 2020, pp. 148-151). Ferrer (2010, pp. 376) acota que: *“la concepción racionalista de la motivación entiende a esta última como justificación de la decisión judicial. Para esta concepción, decir que una sentencia está motivada significa que está debidamente justificada”*.

El profesor español Ferrer pone en evidencia que en muchas ocasiones ha existido confusión entre la motivación, la descripción de las pruebas admitidas y lo expuesto en la audiencia durante la práctica de la prueba. Pero arguye que este último modelo de motivación no cumpliría con las exigencias de una concepción racional de la motivación como justificación de la decisión. Iguartúa refiere que la justificación comienza cuando una vez tomada la

decisión, requiere ser motivada mediante argumentos de diversa naturaleza, pero no con la finalidad de encontrar una decisión sino con el objeto de mostrar que la decisión adoptada se fundamenta en razones adecuadas (Iguartúa, 1995, p. 182).

Para Ferrer (2020, p. 378) el contenido de la motivación puede ser descompuesto en las siguientes partes, que operan como tres premisas y una conclusión:

- 1) El análisis de cada una de los elementos probatorios y la justificación de la fiabilidad otorgada a cada una de ellas (valoración individual de la prueba);
- 2) La valoración del conjunto de las pruebas a los efectos de determinar y justificar el grado de corroboración que estas otorguen a cada una de las hipótesis fácticas en conflicto en el proceso;
- 3) La identificación del estándar de prueba que resulte aplicable a ese tipo de proceso y a la concreta decisión procesal que se adoptará, sea una medida cautelar, la apertura de juicio, la sentencia, entre otras, y
- 4) La conclusión acerca de si, a la luz de las pruebas disponibles y el estándar de prueba aplicable, alguna de las hipótesis fácticas debe ser declarada como probada. Por supuesto, refiere que no solo hay que justificar la declaración de una hipótesis como probada sino también la conclusión de que una hipótesis no alcanza el grado de corroboración suficiente para declararla probada en atención al estándar de prueba que sea aplicable al caso.

Estos serían los componentes que podría identificarse en una motivación racional de las decisiones judiciales. Cabe acotar que en el caso peruano en materia penal los estándares de las decisiones a tomarse en cuenta serían los contemplados en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º1-2017 citada. En suma, como lo refiere Ferrer (2020, p. 374) la debida motivación no solo debe ser entendida como un tipo de justificación de las premisas normativas del razonamiento (*quaestio iuris*) sino también de las premisas fácticas (*quaestio facti*).

1.3 Conceptualización de la inmediación

El Código Procesal Penal establece que el juicio es la etapa principal del proceso, en el cual rigen primordialmente los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación en

la actuación probatoria. La inmediación garantiza que el juez tenga contacto directo con las pruebas, para que así la información no ostente una bajísima calidad y se satisfaga un control de la confiabilidad mínima (Casación N° 09-2007-Huaraz/Sala Penal Permanente, de fecha 09 de noviembre de 2007, F.J. 2°).

La inmediación es un principio transversal que informa todo el proceso penal, rigiendo a plenitud en la etapa probatoria, indistintamente de si es de forma física o a través de medios virtuales. Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 000849-2011-PHC/TC, de fecha 09 de junio de 2011, que establece en su F.J. 6° que:

“(…) el principio de inmediación conforma el derecho a la prueba. De acuerdo con el principio de inmediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria” (el subrayado es nuestro).

Las manifestaciones del principio de inmediación⁴⁵ son las siguientes (Oré, 2016, pp. 178-181):

- a) El órgano jurisdiccional debe tener contacto directo con los sujetos procesales y las pruebas: para observar la conducta y actitud de los sujetos procesales (gestos, miradas, sudoración, modo de decir, etc.) para, en función de ello, determinar la veracidad de sus afirmaciones conforme a las máximas de la experiencia (*perspectiva conductista que posibilita la valoración de la prueba*).
- b) Solo podrá emitir sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional que presenció la práctica de pruebas y estuvo en contacto directo con los sujetos procesales: implica la prohibición del cambio del juez al emitir sentencia, pero el juez puede dictar sentencia y valorar la prueba anticipada y prueba preconstituida (el principio de inmediación se irradia a todas las fases del proceso penal, no siendo exclusivo del juicio oral).

⁴⁵ También se ha sostenido que la inmediación tiene una doble dimensión: a) Perspectiva subjetiva: los medios de prueba han de ser actuados en presencia del juez; b) Perspectiva objetiva: deberá utilizarse los medios de prueba inmediatos, dándose preferencia a aquellas pruebas que estén bajo su inmediata acción (Alsina, citado por San Martín, 2020, p. 116). Lo último permite inferir que se otorgará preferencia a aquel medio de prueba que represente el hecho de forma más directa, debiéndose filtrar los demás por el criterio de utilidad, pudiéndose expulsar del proceso penal por innecesarios.

En contraposición a lo anterior, sostenemos que el contenido del principio de inmediación únicamente tiene un rol de garantía en la formación de la prueba. Se garantiza que no haya ningún objeto o persona interpuesta entre el medio de prueba y la percepción del juez, para que este recoja la información de la forma más fiable posible. Y simplemente eso, el juez no debe valorar nada más que ello. Existen posiciones en la doctrina peruana que pretenden otorgarle a la inmediación un papel que no le corresponde: como método de valoración probatoria.

Como lo ha referido el profesor español Andrés Ibáñez (2007, p. 173) “el examen con inmediación de una fuente personal de prueba no pone en contacto –y menos directo- con los hechos, sino que posibilita percibir aquellos enunciados de contenido fáctico, que, si son adecuadamente interpretados y tratados con corrección formal y mediante máximas de experiencia pertinentes y válidas, podrán aportar información veraz sobre aquellos”.

La inmediación se emplea como método de valoración de prueba cuando se aprecia determinadas características (psíquicas y/o físicas) de los declarantes víctimas, testigos o imputados para otorgarle valor a sus testimonios. Así, cuando un testigo declara ante el fiscal (en su despacho), o en juicio oral, puede manifestar físicamente diversas reacciones como sudar, sonrojamiento, comezón, etc. pero ello no significa necesariamente que está mintiendo como así se pretende valorar. En realidad, existen muchos factores que podrían incidir en dicha manifestación corporal: la timidez puede llegar a ser determinante o inclusive el miedo de no ser creído podría generar el tartamudeo, entre otras opciones. Básicamente, dichas manifestaciones corporales (no verbales) no explican cuál es la causa precisa que las activa (Contreras, 2015, p. 249).

La información que los testigos pueden transmitir a través del lenguaje gestual corporal o gestual, que comúnmente acompaña a sus declaraciones, está llena de ambigüedades (no es susceptible de interpretación sin caer en un error del cual es muy difícil salir). Peor inclusive cuando solo se produce un solo contacto y por quien no posee recursos técnicos para la toma adecuada de una declaración (Andrés, 2007. p. 159).

En conclusión, si bien existe tendencia a tratar de descubrir las mentiras a través de los gestos de una persona o las reacciones de cualquier índole (Nieva, 2017, p. 339)⁴⁶, la intermediación no puede ser considerada un método de valoración probatoria, sino un modo de producción de la prueba (información), ya que el juzgador ha de estar en contacto directo con los testigos (y los demás órganos de prueba), dirija el contradictorio como herramienta cognoscitiva y pueda extraer directamente, y con un alto grado de exactitud, los conocimientos que servirán para decidir en el caso concreto.

Precisamente, para alejarnos de la postura subjetiva que concibe a la intermediación como forma de valoración o apreciación de prueba, el juez debe acudir a conocimientos extrajurídicos o de otras ramas del saber para apreciar la prueba personal como la psicología del testimonio, la cual se dirige a examinar de forma racional la declaración del testigo más no la persona misma que declara (San Martín, 2020, p. 770).

1.4 El erróneo papel de la intermediación en la valoración de la prueba personal

En pre y postgrado de las Facultades de Derecho, en la Academia de la Magistratura, Escuela del Ministerio Público e Institutos Particulares se capacita sobre valoración de la prueba testimonial mediante profesores (incluso reputados juristas) que no conocen la psicología del testimonio⁴⁷ ni cuentan con bibliografía adecuada, lo que se extiende a la doctrina de los libros que publican y son fuente de consulta de los operadores jurídicos.

Por ejemplo, se fomenta a tener en cuenta como criterios técnicos de valoración: la condición de declaración, es decir, el estado del testigo y libertad para hablar, seriedad al juramentar,

⁴⁶ Nieva argumenta que pertenece también a esta tendencia el uso de polígrafo o máquina de supuesta detección de mentiras que se dedica a valorar algunos de los procesos biológicos del individuo, tales como su frecuencia cardíaca o su presión arterial al momento de declarar. Sostiene que algo más prometedor, que continuà en investigación, es el uso del electroencefalograma y la onda P-300 o el de la resonancia magnética funcional por imágenes (fMRI) y la identificación de las reacciones de un supuesto centro de la moral (Nieva, 2017, pp. 340 y 341).

⁴⁷ Ciencia extrajurídica de la cual se esbozarán ideas puntuales más adelante. Por lo pronto cabe tener presente que la Psicología del Testimonio se enfoca en los problemas de la memoria que influyen en la capacidad del testigo de almacenar y posteriormente evocar un suceso. Esto es relevante en la toma de declaración y, por supuesto, en la valoración de la prueba personal.

la seguridad al declarar, la espontaneidad en sus manifestaciones orales, etc. (Oré, 2015, p. 298); que a través del contacto personal directo el tribunal podrá sacar sus propias conclusiones y, en caso de discordia al decidir la sentencia, deberá ser solucionada por aquellos magistrados que presenciaron la actuación de la prueba (Rosas, 2003, p. 525); otro sector doctrinario sostenía que la intermediación afianza una correcta valoración de la prueba, sobre todo si es personal, ya que el tribunal debe observar las reacciones de los órganos de prueba para decidir con mayor fundamento (San Martín, 2015, p. 391), pero este último profesor en reciente publicación, arguye a partir de las investigaciones recientes de psicología de la percepción y de la memoria, críticas en relación a la fiabilidad de los testimonios basados en percepciones sensoriales, refiriendo que la evaluación del testimonio no es puro raciocinio, sino que ha de basarse en la psicología, experiencia y sentido común (San Martín, 2020, p. 792).

Esto es particularmente preocupante, ya que los juicios de memoria son altamente complejos, lo que descarta la obtención de certezas en cuanto a la veracidad o falsedad de las declaraciones prestadas por los órganos de prueba, sino que incluso demuestra los claros problemas de los propios sujetos para determinar si sus relatos se corresponden o no con la realidad en que acontecieron, dado que el recuerdo se ve afectado por una serie de factores que lo borran, modifican o reemplazan (Contreras, 2015, p. 83).

En esta época de pandemia producida por el COVID-19 se cuestionó la implementación de las audiencias virtuales, porque a través de estas **no se encontraban presentes físicamente** los sujetos procesales en audiencia; sin embargo, partiendo del hecho de que lo que se busca es el contacto directo del medio probatorio con el juez, sin ningún tipo de interferencia de por medio, no se vulnera el principio de intermediación. Además, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, en la sentencia recaída en el Exp. N° 02738-2014-PHC/TC, Ica, de fecha 30 de julio de 2015, estableciendo en su F.J. 20, lo siguiente:

“Corresponde analizar ahora si con el uso del sistema de videoconferencia se lesiona el principio de intermediación como elemento del derecho a la prueba. Al respecto, el Tribunal aprecia que el sistema de videoconferencia permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, en tiempo real, sin obstaculizar la percepción sensorial que puedan tener las partes de las pruebas,

admitiendo la interacción visual y auditiva. Por ende, este mecanismo tecnológico no puede ser rechazado por el hecho de que literalmente “no se encuentre presente físicamente” una persona, pues dicho sistema tiene el efecto de adecuar la audiencia de tal manera que puede considerarse al procesado presente activamente. En ese sentido, el Tribunal considera que su utilización no es incompatible con el principio de inmediación que informa al proceso penal”. [Resaltado agregado]

No obstante, sí se evidencian algunos problemas en cuanto a la calidad del vídeo y la conexión a internet, porque a veces sucede que la velocidad del internet es pésima, lo que genera cortes e interferencias molestas que no permiten la fluidez en la actuación probatoria. En relación al vídeo, lo único que debería garantizarse, mínimamente, es que los órganos de prueba viertan la información en audiencia de forma autónoma, sin ninguna presión o injerencia de algún tipo, como podría ser una persona que no aparece en el rango de visión de la cámara que les indica cómo testificar. Más allá de ello, no es necesario garantizar la inmediación para otros fines como la manifestación corporal externa del declarante con fines de valoración de esas condiciones.

2. Valoración de las declaraciones

2.1 La valoración de las declaraciones personales

La valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador para determinar si un hecho postulado por las partes procesales está probado o no, de tal forma que se generarán efectos jurídicos si se declara probada la culpabilidad del acusado, o más bien se refuerza su presunción de inocencia.

Existen 3 momentos en la actividad probatoria, los cuales son lógicamente sucesivos y distintos, aunque al tomar decisiones pueden presentarse entrelazados (Ferrer, 2016, pp. 152-156):

- a) La conformación del conjunto de elementos de juicio (o pruebas): a través de la proposición y práctica de las pruebas se conforma un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las hipótesis sobre los hechos.

b) La valoración de los elementos de juicio: se procede a la valoración de los elementos de juicio disponibles en el proceso penal, bajo el régimen de la libre valoración de la prueba, de forma individual y conjunta. El resultado permitirá saber el grado de confirmación que dispone cada singular hipótesis.

c) La adopción de la decisión sobre los hechos probados: se decide si la hipótesis *x* puede o no declararse probada con el grado de confirmación del que se dispone.

En cuanto a la valoración de las declaraciones personales, existen diferentes criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia que se han de tener en cuenta para otorgar fiabilidad a un testimonio.

El Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 (Requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado), de fecha 30 de septiembre de 2005, se desarrolló una serie de criterios a tomar en cuenta para otorgarle validez a la declaración del agraviado:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición que, por ende, le nieguen aptitud para generar certeza.

b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

c) Persistencia en la incriminación, matizando que el cambio de versión no necesariamente inhabilita la declaración para su apreciación judicial.

También se tiene el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 (Apreciación de la prueba personal en los delitos contra la libertad sexual), de fecha 06 de diciembre de 2011, en cuyo F.J 27° se desarrolla la validez de la retractación de la víctima:

“(…) está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: a) la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -venganza u odio- y la acción

de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar”.

Algunas sentencias son ilustrativas de cómo valorar adecuadamente las declaraciones personales. Por ejemplo, mediante el Recurso de Apelación N° 24-2017-Cusco/Sala Penal Permanente, de fecha 30 de abril de 2018, en su F.J. 9° establece pautas para valorar los testimonios contradictorios de un mismo testigo:

“(…) cuando un testigo ofrece testimonios contradictorios en momentos procesales distintos, el Tribunal Superior puede fundar su convicción en declaraciones anteriores a las proporcionadas en el juicio oral, en tanto en cuanto se cumplan dos requisitos de carácter formal: (i) que éstas se hayan prestado sin violación de garantía alguna, con observancia de las normas de procedimiento que las rigen; y, (ii) que el testimonio se incorpore al plenario mediante el interrogatorio respectivo -solo se requiere una consideración genérica al testimonio anterior, no en sus detalles específicos-, de suerte que se incorpore al debate del plenario de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre esos extremos. Al proceder así el Tribunal Superior, tuvo la oportunidad de contrastar la mayor veracidad de unas y otras, de suerte que la condena no se basó en el interrogatorio previo sino en el resultado del juicio oral”.

La Casación N° 541-2015-Lambayeque/Primera Sala Penal Transitoria, de fecha 27 de febrero de 2017, reforzando el papel de la intermediación en la valoración de la prueba, establece limitaciones al momento de valorar la prueba personal en segunda instancia, conforme a su F.J. 12°:

“(…) si bien la Sala Superior puede volver a valorar la prueba personal actuada en primera instancia, esta se supedita a que haya sido entendida o apreciada con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto; que la narración sea oscura, imprecisa, dubitativa, ininteligible, incompleta, incongruente o contradictoria en sí misma; o, que haya sido desvirtuada por pruebas practicadas en segunda instancia”.

También hubo un pronunciamiento en relación a la valoración de la declaración de los procesados, a través del Recurso de Nulidad N° 1623-2014-Lima/Sala Penal Permanente, de fecha 20 de octubre de 2015, en su F.J. 7°:

“Si se toma como verdaderas [las declaraciones de los procesados], naturalmente se tiene que reconocer eso al íntegro de las mismas, pues resultaría arbitrario considerar verdadero aquello que les incrimina; y falso a aquello que los exculpa siendo la fuente de prueba de su propio testimonio”.

2.2 Especial referencia a la declaración de víctimas de trata de personas

El Acuerdo Plenario N° 06-2019/CJ-116 (Problemas Concursales en los Delitos de Trata de Personas y delitos de Explotación sexual), de fecha 10 de septiembre de 2019, desarrolló dogmática y puntualmente el delito de trata de personas. Así, estableció que: es un delito común, en el cual la víctima es lesionada en su dignidad como consecuencia del proceso por el cual es colocada o mantenida en situación de ser explotada (F.J. 15°). Además, es un tipo alternativo cuyas conductas típicas son: captar, trasladar, transportar, recibir, acoger, retener. Los actos, por lo general previos, están dirigidos a los fines de explotación, siendo un delito doloso y de tendencia interna trascendente (F.J. 16° y 20°). Los medios utilizables para la colocación o mantenimiento de la víctima de trata son diversos: violencia, amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el abuso de poder, el abuso de una situación de vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o de cualquier otro beneficio, para acceder a los requerimientos del sujeto activo (F.J. 17°). Dichos medios no necesitan ser probado en caso de trata de menores de edad (F.J. 18°).

En la investigación de trata de personas, es necesario acreditar sus componentes: conductas, fines y medios (salvo que sean menores de edad). Mayormente se utilizará la prueba indiciaria para acreditar este delito. En cuanto a las declaraciones de las víctimas de trata de personas, es normal que presenten contradicciones sobre el lugar o el momento en que fueron explotadas, es por ello que el criterio de persistencia en la incriminación del Acuerdo Plenario N° 2-2005 debe ser matizado razonablemente. Una persona puede haber sido colocada en la situación de trata mediante el empleo de violencia para someter su voluntad, o mediante

engaños que al final quebraron su voluntad por ya no tener los recursos económicos para volver a su lugar de origen. Todas estas situaciones pueden generar desestabilización mental que impediría un buen almacenamiento del recuerdo en su memoria (los niveles de estrés no son los óptimos para generar un buen recuerdo).

Si hay un cambio de versión de la víctima que busca dejar impune la comisión del delito de trata de personas, habría que cerciorarse de contar con las corroboraciones periféricas necesarias para validar el cambio de versión, o de lo contrario dotarle de fiabilidad a la primera versión la cual es incriminatoria y tiene cierto nivel de corroboración.

Si los tratantes son personas cercanas a la víctima, esta podría sufrir la presión de sus propios familiares o amigos para dejar impune al victimario, lo cual debe ser evaluado por el juzgador al momento de dotar o no de credibilidad a la versión de la víctima de trata. Habría que verificar si hubo contactos entre el procesado y la víctima que hayan tenido como objetivo de variar la versión de esta. Debe recordarse que la credibilidad no solo abarca la mentira, sino también la falta de exactitud generada por otras fuentes diferentes, como la distorsión de la memoria (Manzanero y Gonzáles, 2015, p. 127).

La declaración de la víctima siempre deberá hacerse en entrevista única en Cámara Gesell, por lo que la toma de declaración debe hacerse por un profesional psicólogo que minimice la posibilidad de revictimización al formular preguntas. Esta situación se agrava cuando el primer contacto de la víctima es con el personal policial, el cual podría realizar preguntas estigmatizantes a las víctimas de trata. Una persona que se libera de esa situación de sometimiento y control necesita del apoyo del sistema de justicia y sus operadores: escapar de la trata de personas ya de por sí es complicado, y luego el acudir en busca de ayuda y recibir un trato degradante a la dignidad como ser humano, lo único que genera es revictimización y no desarrollar confianza –para extraer información relevante– entre las víctimas y quienes están *supuestamente* llamados a ayudarlas. La misma situación deplorable puede verificarse en relación al trato que reciben las víctimas de sus propios familiares, cargados generalmente de prejuicios.

Habrán casos en los que la víctima tenga que declarar en juicio oral (las excepciones están desarrolladas en el Acuerdo Plenario N° 1-2011⁴⁸). Cuando esto suceda, hay que erradicar la práctica generalizada de los abogados defensores de que se debe “demostrar la inocencia de la víctima”. Se suele utilizar las técnicas de litigación oral para tratar de “*arrancar la verdad*” a la víctima mayor de edad, en cuanto a que hubo consentimiento para someterse a la trata de personas y así generar impunidad. Lo único que se genera es la revictimización debido al mal entendimiento del rol del abogado defensor: debe probar la no culpabilidad de su patrocinado y no que, por ejemplo: si la víctima es una libertina, ya había trabajado en la prostitución, nunca tuvo pareja estable porque era infiel, le gustaba la vida mundana, etc. Finalmente, no hay que construir absolutamente siempre toda la hipótesis fiscal con base en la declaración de la víctima, puesto que en muchas situaciones esta desaparece, no quiere declarar nada por miedo de sus tratantes o incluso ha desarrollado apego a estos y no quiere perjudicarlos porque los visualizan como *familia*, entre otras situaciones más.

3. La Psicología del Testimonio

3.1 Fundamentos

La valoración racional de una prueba requiere del uso de conocimientos de diversas ramas de la ciencia cuando así sea necesario. Para la concepción racionalista, el hecho de que la valoración de la prueba se declare libre por el derecho denota simplemente que no rigen reglas de prueba legal o tasada que predeterminen el resultado probatorio de forma vinculante para el juez, ahora bien, esa libertad no es absoluta, sino que está limitada por las reglas generales de la epistemología (Ferrer, 2007, pp. 65 y 66).

La apreciación de la prueba testimonial específicamente debe acudir a la psicología del testimonio para identificar las problemáticas y posibles soluciones que pueden surgir en la declaración del sujeto procesal. Los estudios de psicología inciden directamente en la

⁴⁸ Excepcionalmente, el juez penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: a) no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; b) resulte incompleta o deficiente; c) lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; d) ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; e) evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera (F.J. 38°).

evaluación de la declaración del testimonio, pero en su mayoría han sido tratados ligeramente pese a que no tiene una data reciente.

Así ha sostenido Nieva cuando indica que los estudios de psicología del testimonio “se remontan hacia finales del siglo XIX. Como antecedente, puede señalarse que Cattell, fundador de la *Psychological review* en 1894 y Hans Gross son los iniciadores de esta disciplina, aunque la primera obra general de la materia fue publicada por el alemán Hugo Munsterberg en 1908. A partir de ese momento ven la luz numerosos estudios, destacando por su predicamento en la doctrina jurídica sobre todo los trabajos de Lombroso y Gorphe. Se afirma que esta ciencia intenta averiguar la verdad de las afirmaciones de los declarantes teniendo en cuenta diversas variables” (Nieva, 2010, p. 215).

El primer contacto entre psicología y derecho confluyeron en el área del testimonio. Stern fue el psicólogo alemán quien llevó a cabo un experimento en el año 1892: se simuló un altercado entre dos personas una de las cuales, en medio de la discusión, disparó con un revolver sobre la otra. Se utilizaron factores como una buena iluminación y visibilidad, asimismo, los testigos contaban con preparación técnica y cultural [para estos el suceso fue real]. Entre algunas conclusiones que se extrajeron fue que el relato que causaba más impacto e impresión al testigo precisamente era en el que cometían más errores.

La psicología del testimonio “ha estudiado durante los últimos 150 años los testimonios de la víctima y de los testigos. Específicamente, se ha centrado en los factores —o variables como lo refiere Nieva que afectan la exactitud—, con esta finalidad esta ciencia ha diseñado procedimientos que permitan optimizar su obtención y valoración”. Asimismo, la psicología del testimonio se ha dedicado al estudio y análisis de los testimonios de las víctima y de los testigos, abordando aquellos factores que afectan su exactitud (González y Manzanero, 2018).

3.2 Objeto de estudio

Un aspecto novedoso de su campo de estudio es que no se centra en el testimonio de aquella persona que *miente* o tergiversa la información intencionalmente, sino en aquellos testigos honestos que brindan información que —a su consideración— es verdadera. Por ello se ha

afirmado que, «el objeto de estudio de la psicología del testimonio será la memoria del testigo honesto y su funcionamiento» (GONZÁLEZ y MANZANERO, 2018, p. 34).

Es decir, su objeto de estudio será la memoria del testigo honesto, como lo acota la profesora MAZZONI, la psicología del testimonio cuenta con las siguientes características (2010).

- No centra su análisis en el caso del testigo que miente, sino en otros problemas que afectan el testimonio del testigo “honesto”.
- Objeto de estudio: memoria del testigo honesto.
- Basa su estudio en el funcionamiento de la memoria.
- Estudia los errores de la memoria que pueden devenir en errores en las decisiones judiciales.
- Trata de la aplicación de los conocimientos sobre los procesos psicológicos básicos (atención, percepción, memoria y procesos afines) a la obtención y valoración de la prueba testifical.
- Los datos percibidos se transforman en representaciones mentales (trazos de memoria o estímulos funcionales).
- El recuerdo no es “todo o nada” sino que existen estados intermedios. Fenómeno de “la punta de la lengua” (sabemos algo pero no somos capaces de verbalizarlo).
- El cerebro interpreta, deduce, supone y reconstruye lo que puede faltar (añade información de modo automático o inconsciente – conocimientos previos).
- Al recuerdo episódico se añaden datos sobre el hecho que no han sido directamente percibidos y que provienen de otras fuentes (comentarios de otros testigos, de la policía, medios de comunicación).
- Una vez incorporados “recuerdos externos”, las personas no distinguen si son propios o ajenos.

En postura de la profesora Scott (2015, p. 141) “la psicología del testimonio es la ciencia que establece las evidencias sobre el funcionamiento de la memoria de los testigos, planteando que la exactitud de las declaraciones depende de los factores que concurren en cada caso concreto”. Como lo refiere Nieva, esta rama de la ciencia pone en evidencia que la tendencia conductista, es decir, la que valora la gestualidad y conducta del declarante posee graves

problemas de método científico, entre otras razones porque “no es cierto que cuando alguien miente se produzca necesariamente en la persona una serie de cambios físicos”, añade que de optar por esta postura subjetiva sobre la forma de evaluar la declaración personal se está privilegiando a “los buenos actores” que en más de una oportunidad su testimonio suele ser valorado como el de un “veraz declarante” (Nieva, 2017, p. 340).

3.2.1 La memoria

La memoria contiene todas las formas de conocimiento que se adquieren a lo largo de las mil experiencias con las que un ser humano se topa en su vida, desde las acciones más simples, los datos más básicos, a los conceptos más complejos. El estudio de la memoria puede ser clasificado en los siguientes tipos (Mazzoni, 2010):

- Largo plazo: se conserva durante mucho tiempo datos y conocimientos. ¿Quién soy?
- Autobiográfica: reconocer el nombre propio, familia, amigos, costumbres, entre otros. Amnesia: falta de recuerdos del propio pasado.
- Episódica: ¿te acuerdas de aquella película que vimos? Contiene informaciones relativas a diversas experiencias vividas que no aportan a la definición ni al sentido de uno mismo. Es el tipo más utilizado durante el testimonio.
- Semántica: solo conserva el significado de las informaciones y de los conocimientos, relega por completo información referida a espacio-tiempo. El concepto de árbol como idea abstracta.
- Procedimental: cómo se conoce o cómo se actúa

3.3 Procesamiento de información

Los profesores González y Manzanero construyen el siguiente esquema para representar el proceso que atraviesa en la memoria del declarante cuando aprecia determinados hechos acontecidos en el mundo real. Dividen en los siguientes momentos el proceso de información (González y Manzanero, 2018, pp. 63 y ss):

3.3.1 Percepción y atención

Los procesos mentales se ven influidos por factores que determinan que, inevitablemente, no se procese toda la información sobre lo que ocurrió.

Ante hechos delictivos (inesperados y rápidos) las personas tardan en reaccionar y en tomar verdadera conciencia de lo que ocurre. Durante ese momento no se atenderá debidamente a lo que pasa.

Se ha demostrado que en mayor medida somos incapaces de realizar varias tareas. Solo se puede prestar atención a algunas cosas en concreto. Por lo que si ocurren distintos hechos de forma simultánea será imposible para el testigo de percatarse de todos ellos. También cabe acotar que cuando una persona ve un hecho le surgen pensamientos (significados) y sentimientos (valoraciones) que pueden cambiar la percepción de lo real.

3.3.2 Almacenamiento o retención

Los datos percibidos se transforman en representaciones mentales (trazos de memoria o estímulos funcionales).

El recuerdo no es “todo o nada” sino que existen estados intermedios. Tal es el caso del fenómeno de “la punta de la lengua”, es decir, cuando sabemos algo pero no somos capaces de verbalizarlo. El cerebro interpreta, deduce, supone y reconstruye lo que puede faltar, incluso puede añadir información de modo automático o inconsciente, con base en los conocimientos previos de la persona.

Al recuerdo episódico se añaden datos sobre el hecho que no han sido directamente percibidos y que provienen de otras fuentes, por ejemplo, de los comentarios de otros testigos, de la policía o medios de comunicación.

Una vez incorporados “recuerdos externos”, las personas no distinguen si son propios o ajenos.

3.3.3 Evocación, reconstrucción

“A la hora de recordar, más que apretar el botón de reproducir, se oprime el de reconstruir”. El cerebro busca en la memoria las piezas concretas del puzle del hecho. La reconstrucción se ve afectada por diversos factores: el paso del tiempo, recordar supone un esfuerzo de concentración, intentar ocultar datos que no le benefician, las preocupaciones personales,

intentar recordar puede conllevar que se introduzcan más sesgos, las condiciones del entorno, las variables culturales, entre otros.

3.3.4 Comunicación

El recuerdo construido requiere ser comunicado. Pero debe tenerse en consideración que el pensamiento es más rápido que el habla, por lo que, en muchas ocasiones no se llegan a transmitir aspectos que sí se han recordado. Con normalidad, la información que se brinda es de tipo coloquial (sin detalles): “el atracador me amenazó”, se omiten detalles que no considera importantes, se involucra también factores como el nivel cultural del informante y la forma de entrevistar.

3.3.5 Registro

El registro se efectúa respecto de la declaración del testigo. Puede suceder que el entrevistador en lugar de grabar o anotar fielmente los datos, los confía a su memoria y con ello la información sufre todo el proceso señalado anteriormente: percepción, almacenamiento, evocación y comunicación. La información sufre mayores distorsiones y se agrava cuando es la misma persona quien recoge todas las declaraciones (entrevistas sucesivas múltiples) puesto que pueden presentarse algunos errores de anotación. En consecuencia, los testimonios siempre serán imperfectos.

3.4 Problemas en el testimonio

El objetivo de descubrir cuándo un testigo miente o no es contemplado por el CPP, así se puede advertir que uno de los requisitos en las declaraciones de las partes del proceso es el juramento del declarante. En este cuerpo de leyes se utilizan las frases como «prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte» (art. 118.3) o que el testigo deberá «responder la verdad a las preguntas que se le hagan» (art. 163.1) o «debe prestar juramento o promesa de honor de decir la verdad» (art. 170.1), Similar exigencia a los testigos de decir la verdad se puede hallar en los artículos 168, 174.1, 378 y 380 del CPP.

Las referencias normativas previstas en el CPP demuestran la preocupación de nuestros legisladores de que la declaración del testigo sea verdadera. Sin embargo, dichas exigencias

al testigo a decir “la verdad” no aseguran que así lo haga, por el contrario, desde la psicología del testimonio se ha determinado que no puede asegurarse con absoluta certeza cuándo un testigo está o no declarando hechos verdaderos. La fiabilidad del testimonio será relativa porque no existe método o fórmula mágica para establecer «la fiabilidad absoluta de un testimonio» (Mazzoni, 2010, pp. 19 y 20). Por ello, resulta imperativo recurrir a determinados conocimientos de la psicología del testimonio para evaluar, en el contexto del proceso, el testimonio del declarante.

La ciencia de la psicología explica que un testimonio cuenta con problemáticas diversas a la sola determinación de la verdad que pueden afectar la fiabilidad de un testimonio. El testimonio depende en primer lugar de la memoria del testigo (Mazzoni, Giuliana; 2010). La ciencia ha demostrado a lo largo de varias décadas que la memoria está lejos de ser perfecta, y que se encuentra limitada no solo en capacidad, sino también por el efecto de innumerables factores que la distorsionan, provocando errores no intencionados y generando falsos recuerdos. (González y Manzanero, 2018, p. 34).

Scott (2015, p. 141) ha precisado que un testimonio consta de la descripción de un suceso pasado y de las personas que participan en el evento, por ende, se trata de un recuerdo, y la memoria, al tratarse de un proceso cognitivo se ve afectada o alterada por una gran cantidad de causas que se pueden clasificar, según su postura en los siguientes:

- a) Factores del testigo: Cada persona codifica la información y la interpreta de acuerdo a diferencias individuales donde juegan un importante papel experiencias, conocimientos y variables personales. Las variables personales más importantes son: género, edad, capacidad intelectual, estereotipos, ansiedad, implicación y estado mental.
- b) Factores del suceso: Las características del suceso que más influyen en la exactitud de los testimonios son: condiciones perceptivas, tipo de información solicitada, familiaridad, frecuencia y tipo de suceso.
- c) Factores del sistema: Se refieren a todas las variables que pueden afectar a los testimonios desde el momento en que se produce el suceso hasta que se le pide al testigo declarar

Entre los factores que pueden influir en la versión del declarante se encuentra la percepción que realizan los testigos de determinados hechos y cuán precisa puede ser esta. Por ejemplo, también De Paula Ramos acertadamente ha sostenido que los fundamentos científicos han demostrado que *no* es viable lograr un mínimo de fiabilidad de la prueba testifical sobre los aspectos relacionados específicamente a factores como: la distancia, tiempo y velocidad.

El factor de distancia que puede apreciar el testigo ha sido considerada por la jurisprudencia comparada, así la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el Exp. N.º 8565-2017 de 14 junio de 2017, precisó que: «Los psicofisiólogos han explicado que las personas estiman con buena precisión el alejamiento de los objetos ubicados en un radio inferior a dos metros. Pasado ese límite, las personas tienden a subestimar las distancias». También, en 1894 Cattell en su artículo titulado «*Measurements of the accuracy of recollection*» [Medidas de precisión del recuerdo] producto de un estudio de campo, puso en evidencia los serios inconvenientes que se presentan para precisar la estimación de factores relacionados a la distancia y el tiempo (CONTRERAS, 2015, p. 157). Respecto a la velocidad de los objetos o personas, Loftus ha sostenido que en su percepción «influyen en la apreciación personal el tamaño del objeto, así, para el ojo de una persona los objetos que son más pequeños parecen moverse más rápido que los de mayor tamaño» (LOFTUS en CONTRERAS, 2015, p. 175),

Vítor de Paula ha referido en cuanto a los factores de la velocidad y distancia que «el problema no parece ser la estimación en sí de la velocidad y la distancia sino los factores que pueden influir en ella, que pueden tratarse de un proceso inconsciente e ignorado por el mismo testigo» (2019, pp. 120 y 121).

Sobre esta base, se ha propuesto que aquellos testimonios que puedan estar relacionados sobre cuestiones específicas relacionadas con estos dos factores (velocidad y distancia) sean considerados no fiables (De Paula Ramos, 2019, p. 120).

De las diversas problemáticas expuestas se evidencia los sendos problemas de la memoria del testigo que incide directamente en su declaración, estos inconvenientes en la percepción se presentan de forma involuntaria o inconsciente en el declarante honesto (testigo, víctima

o imputado) que brinda la información bajo la creencia que está en lo correcto o que los datos que proporciona son verdaderos. La percepción construye nuestra realidad, da significado a lo que ocurre alrededor y, en ese sentido, comprime cadenas de acciones, en episodios significativos. Precisamente, son los problemas de percepción del testigo, víctima o imputado honesto los que no han sido abordados por la doctrina nacional ni por nuestra legislación que centra su atención en el solo juramento o promesa de verdad de estos sujetos, deja de lado las verdaderas problemáticas que han sido abordadas por la psicología del testimonio.

Se han identificado entre los factores que alteran la memoria los siguientes:

El olvido:

Consiste en la degradación que sufre la memoria con el paso del tiempo. La psicología del testimonio ha determinado que el olvido mayor se produce en las horas o días inmediatos a los sucesos, mientras que después la pérdida del recuerdo es más lenta. No afecta a todo el suceso por igual, a medida que pasa el tiempo, el recuerdo es más “redondo” y más coherente. La memoria va perdiendo los detalles menos consistentes con los que cuenta en su esquema general e incluso es posible que añada datos que encajan en la idea central general (por ejemplo, el agresor tenía una mirada especial, amenazadora) (Diges, 2016, p. 102).

La psicóloga Margarita Diges elaboró a partir de diversos estudios algunos casos importantes relacionados con los problemas que la memoria puede presentar (Diges, 100 y ss).

- **Memoria de sucesos o memorias reprimidas.** Se trata de aquel mecanismo de represión implica que el recuerdo de un suceso traumático puede desaparecer de la conciencia, ser inaccesible a la memoria consciente durante periodos de tiempo muy variables, que pueden extenderse por muchos años o en peor de los casos por el resto de la vida.

Se ha precisado que la represión de dicha memoria permanece inalterada en el inconsciente, esto significa que no se encuentra sujeta a modificaciones o degradaciones que están presentes en la memoria consciente.

- **Memorias de flash.** Se presentan ante un hecho o suceso único y repentino, estas memorias se forman debido a las circunstancias en que uno se enteró de un suceso inesperado y de gran alcance. Se piensa que cuentan con exactitud e inalterabilidad a pesar del paso del tiempo. Ante un evento de gran magnitud e impacto la mayoría de los encuestados refiere tener un recuerdo muy vivido y exacto, “casi fotográfico”, a pesar del transcurso del tiempo (Diges,

2016. p. 94).

No obstante, la memoria que se piensa exacta e inalterable no se refiere en realidad al recuerdo de la noticia o información misma sino de las circunstancias personales en que el testigo lo conoció. Uno de los casos célebres es el de la explosión del cohete Challenger del 28 de enero de 1986.

Los hechos consistieron en que el transbordador espacial Challenger se desintegró 73 segundos después del lanzamiento sobre el océano Atlántico, frente a la costa del centro de Florida, como consecuencia de ello, se tuvo la muerte de todos los miembros de la tripulación.

Al día siguiente del evento catastrófico Neisser y Harsch (1992) plantearon un cuestionario a varios testigos del evento de la destrucción del cohete. Posteriormente, pasados 2 años localizaron a los mismos encuestados. Luego de esta encuesta se concluyó lo siguiente (Diges, 2016, p. 96 y 97):

- 3.3 Concluyen que luego de 24 horas del suceso, la gente tenía un recuerdo bastante exacto de cómo se enteró de la noticia.
- 3.4 5% puntuaron 0, lo que significa que el segundo informe no coincidió en nada con el primero.
- 3.5 De un máximo de 7 puntos para esta pregunta, el 50% de los encuestados obtuvo 2 puntos o menos.
- 3.6 Solo el 7% alcanzaron la puntuación máxima, que implica que dieron las mismas respuestas del primer informe.
- 3.7 Casi ninguno de los encuestados recordaba haber rellenado el cuestionario dos años antes.
- 3.8 Pese al bajo nivel de exactitud la mayor parte de encuestados tenía gran confianza en sus recuerdos.

- **Recuerdos falsos y distorsionados.** La memoria de ningún modo está libre de interferencias externas que puedan distorsionarla y crear falsos recuerdos. Diges refiere el caso de Jean Piaget (1959) para ejemplificar la creación de un recuerdo falso.

“Uno de mis primeros recuerdos fecharía antes de haber cumplido los dos años. Todavía puedo ver con toda claridad la siguiente escena, en la que creía hasta cumplidos los 15 años.

Estaba sentado en mi cochecito y mi niñera me paseaba, cuando un hombre intentó raptarme. Quedé retenido por el cinturón que me sujetaba al asiento, mientras mi niñera intentaba valientemente protegerme del raptor. Ella recibió varios arañazos y aun puedo verlos vagamente en su cara. Luego la gente se agolpó al lado nuestro, llegó un policía con una capa corta y un bastón blanco y el hombre huyó. Puedo ver aún toda la escena e incluso situarla cerca de la estación del metro.

...Cuando tenía unos 15 años, mis padres recibieron una carta de mi anterior niñera, diciendo que se había enrolado al ejército de salvación. Quería confesar sus faltas y, en particular, devolver el reloj que se le había dado como recompensa en aquella ocasión. Había inventado toda la historia del rapto, haciéndose ella misma los arañazos”. Por consiguiente, yo debí oír, cuando era niño, un relato de esa historia, en la que mis padres creían, y la proyecté en mi pasado en forma de recuerdo visual” (Diges, 2016, p. 98).

Lo que había sucedido en realidad fue que la niñera en la historia que inventó proporcionó datos verbales (llegó mucha gente y un policía) y visuales (los arañazos que ella misma se había hecho en la cara) que probablemente hicieron que en la mente de Piaget surja la memoria sobre dichos hechos narrados. Por ello, los resultados de este evento demostrar que se puede sugerir verbalmente un recuerdo falso. Mediante historias que relatan los familiares o demás personas. Este último dato es relevante en el contexto de la declaración de un testigo, en tanto que este, luego de presenciar los hechos recibe diversa información, comentarios o datos adicionales de terceras personas que podrían afectar su recuerdo inicial.

Otro factor identificado en el citado caso de Jean Piaget es la denominada amnesia infantil (Freud) que consiste en la incapacidad de los adultos para recordar sucesos que atravesaron durante sus primeros años de vida. 2-3 años es el límite para el recuerdo infantil.

Otro de los casos que pueden citarse de recuerdos distorsionados es el relatado también por Neisser (1982) que estuvo relacionado con el caso Watergate (1970). Se trata del recuerdo que narró Jhon Dean, asesor de Nixon y este. Luego del escándalo, aquel declaró ante la comisión del Senado detallando con precisión todos sus recuerdos sobre conversaciones y

temas tratados con Nixon y con los demás implicados en el caso, debido a que detallaba con mucha precisión los hechos fue llamado la “grabadora humana”.

Sin embargo, luego de su narración se dio a conocer que en el despacho oval de Nixon se había instalado una verdadera grabadora. Producto de las escuchas de esta grabadora se supo que los hechos y recuerdos narrados por Jhon Dean no fueron del todo exactos, puesto que narraba sucesos que en realidad nunca tuvieron lugar ¿Qué había sucedido? Sus recuerdos fueron alterados fundamentalmente por una motivación egocéntrica y por su puesto por sus conocimientos generales, se concluyó que “incluso cuando intentaba decir la verdad, no podía evitar acentuar su propio papel”, por ejemplo, de la grabación se pudo apreciar que el presidente nunca le dio una bienvenida calurosa ni lo llenó de elogios.

Las sugerencias. (Loftus, Elizabeth; 1974). Otro factor importante en la memoria consiste en las sugerencias que puede recibir el testigo. Se ha demostrado que sugerir al testigo a través de las preguntas la presencia de objetos inexistentes, o cambiar un objeto por otro, produce con frecuencia un claro efecto de sugestión.

En ese sentido, alrededor de un 25% de las personas preguntadas de forma sugestiva aceptan la sugestión y más interesante aun es que los testigos atribuyen a esa respuesta sugerida o sugestionada, la misma confianza que muestran en sus respuestas verdaderas no contaminadas (Diges, 2016). Ahora bien, hasta ahora no ha sido posible encontrar instrumentos fiables que permitan distinguir entre testimonios sugeridos y testimonios reales. La fragilidad de los recuerdos de la memoria se acentúa más cuando se trata de emitir comentarios sugeridos durante la declaraciones de menores (Mazzoni, 2010, p. 83).

Giuliana Mazzoni coloca algunos ejemplos de formulación de preguntas que podrían modificar la memoria del menor de edad, en el contexto de delitos de violación sexual. Estos son algunos ejemplos de mala formulación de preguntas:

- ¿Cuándo se quedan solos en casa, tu papá te toca tus partes íntimas?

Esta pregunta es inadecuada porque si la niña o niño nunca ha hablado de situaciones semejantes previamente se trataría de una pregunta cargada de fuerte sugerencia.

La pregunta incita a una serie de elementos nuevos que podrían conducir a respuestas inventadas y que sin duda pueden modificar el contenido de la memoria de la menor.

- ¿Recuerdas a qué hora entraba en clase el señor que llevaba una cartera roja bajo el brazo?

Eligieron la respuesta sugerida en la pregunta:

60% de niños de 6 años

40% de niños de 9 años

Esto implica, señala Mazzoni, que “basta con una sola pregunta mal formulada para que la mayoría de niños de 6 años respondan con la pregunta sugerida y no con lo que realmente habían visto”. Esto significa que es posible inducir a los niños a recordar eventos que nunca han sucedido. Entonces la pregunta que conviene indicar es si es posible minimizar o evitar la sugestión. Algunas recomendaciones que brinda la profesora Diges es que las preguntas se formulen en el siguiente contexto:

- Buen clima, que cuente todo lo que recuerde, absolutamente, mientras mayor información, mejor.

- Uso de artículos indeterminados:

El cuchillo – un cuchillo pistola (artículo indeterminado)

Era alto/bajo (efecto anclaje, se utiliza adjetivos) – ¿cuánto media el atracador? (genérico)

No era rubio - ¿De qué color era su cabello? (evitar preguntas sugestivas)

- No modificadores marcados (frecuentemente vs. ocasionalmente)

De lo expuesto es posible sostener que la declaración de un testigo, víctima o imputado depende básicamente de su memoria, la psicología del testimonio ha dado a conocer a través de los diversos estudios que es imperfecta, es influenciable, puede ser distorsionada y por ende, no es fiable en grado de certeza. Es el problema que debe abordarse respecto a la prueba testifical.

Como bien lo ha resaltado Taruffo (2013, p. 90) con el fin de que la prueba pueda realmente desempeñar su función epistémica, hace falta que su confiabilidad sea cuidadosamente verificada, el profesor italiano acota que se requiere que sea controlada la credibilidad de los testigos y, por lo tanto, es necesario que la disciplina del proceso incluya el método más

adecuado para su interrogatorio, de modo que se permita verificar los problemas y factores que vician la declaración del sujeto dependiendo del caso concreto.

En consecuencia, el apoyo en otro tipo de conocimientos especializados resulta imprescindible para contribuir con la disminución de errores en las decisiones judiciales. Como ya lo acotaba el profesor peruano MIXÁN MASS, refiriéndose a la psicología en el proceso penal, «no nos hagamos la ilusión de que ya conocemos cada uno de estos fenómenos psíquicos por el simple hecho de recordar sus nombres, es necesario ser consecuentes y reactualizar nuestros conocimientos» (1988, p. 38).

4. Problemas identificados respecto de la inmediación en la prueba testimonial, así como de su corroboración en el proceso penal peruano

En el Perú rige libre valoración de la prueba, conforme a la sana crítica, debiéndose motivar la sentencia fáctica y jurídicamente para el control intersubjetivo por las partes procesales y ciudadanía. Taruffo (2013, p. 89) refiere que cuando se habla de libre convencimiento o de evaluación fundada en las reglas de la sana crítica se hace referencia a la necesidad que el juez formule una evaluación racional de la eficacia de las pruebas. Esta debe desarrollarse y fundarse en un razonamiento lógicamente estructurado, mediante una o más inferencias lógicamente controlables.

También Ferrer (2007, p. 44) sostiene que “la libre valoración de la prueba es libre solo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminan el resultado de esa valoración. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que unos conjuntos de elementos de juicio aportan a una hipótesis está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad”.

Existen problemas relacionados a la apreciación de la prueba testimonial, debido a que la regulación legal no es epistemológica y las prácticas del Ministerio Público y abogados defensores, así como la jurisprudencia, evidencian la formación subjetivista de magistrados

que no valoran las declaraciones personales conforme a los avances científicos, especialmente la psicología del testimonio ni tampoco se motiva suficientemente la corroboración de cada una de las declaraciones testificales.

4.1 Declaración del testigo-víctima

En Perú, para la declaración del agraviado rigen las mismas reglas que para testigos (art. 171, inc. 5 CPP), que la doctrina conoce como “testigo-víctima” y existe jurisprudencia suprema penal vinculatoria que ha establecido circunstancias que se deben tener en cuenta para su valoración. Es el acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, de 30-09 del 2005

En el caso de delitos sexuales cuando las víctimas son menores de edad resulta fundamental para la protección de su indemnidad sexual y garantizar el derecho de defensa del investigado la actuación de la prueba anticipada, conforme al artículo 242 y ss. del CPP, reformada en Diciembre del 2016 por el Decreto Legislativo 1307, adelantándola a diligencias preliminares, con cámara gesell o sala de entrevista con intervención de psicólogos, que es a solicitud de los sujetos procesales, y el “Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell”, aprobado por Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ, de 25 de julio de 2019.

Para valorar la declaración de la víctima se debe considerar las circunstancias del Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema N° 2-2005/CJ-116, Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva: no deben existir relaciones entre agraviado e imputado que se basen en odio, enemistad, u otras emociones que puedan incidir en la no imparcialidad de la declaración; b) Verosimilitud, que incide en la coherencia, solidez de la declaración, la cual debe estar rodeada de corroboraciones periféricas; y c) Persistencia en la incriminación, en sus aspectos esenciales.

Al respecto, en la Casación N° 1179-2017-Sullana, de fecha 10 de mayo de 2018, el Tribunal Supremo controló la valoración realizada por el Tribunal Superior, en función de los

parámetros de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Así, el Juez de Primera Instancia determinó que la versión de la agraviada no es fiable porque las relaciones con el imputado se quebraron y que ello generaba rechazo (habría incredibilidad subjetiva) (F.J. 4°); sin embargo, no existe automáticamente una pérdida de fiabilidad en el testimonio de la víctima, con motivo del delito cometido contra ella, pues es absolutamente normal que se genere rechazo o miedo al agresor. En realidad, lo único que debió hacerse es analizar el testimonio, compatibilizarlo con las actuaciones probatorias y relacionarlo con elementos periféricos (F.J. 5°).

Por otro lado, también la Corte Suprema ha emitido el Acuerdo Plenario N° 01-2011, *Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual*, estableciendo doctrina jurisprudencial en cuanto a la retractación de la declaración de la víctima y su correspondiente corroboración objetiva.

El recuerdo de las víctimas se deteriora transcurrido un plazo temporal y está en constante reconstrucción cada vez que la víctima recuerda los hechos, estando latente la posibilidad que se contamine con información del entorno, las preguntas sugestivas, los comentarios de otros, etc. resultando importante la aplicación de la prueba anticipada lo más rápido posible (Sotoca, Muñoz, González y Manzanero, 2013, p. 115). Para minimizar estos efectos perjudiciales, las entrevistas en Cámara Gesell constituyen una herramienta fundamental para que tanto los fiscales, abogados defensores y jueces puedan realizar las preguntas necesarias que contribuyan a la confirmación de sus hipótesis.

No existen legal ni jurisprudencialmente estándares probatorios precisos, sino generales, respecto a la corroboración periférica de las declaraciones personales; y las partes no contribuyen con las preguntas a declarantes que permitan establecer su exactitud, ni en los alegatos finales realizan razonamientos probatorios de verificación que coadyuven a evitar errores al establecer hechos con ellos⁴⁹.

⁴⁹ Esto se agrava cuando se está investigando un caso de abuso sexual, altamente clandestino, que podría devenir en impunidad, o en una condena errónea.

A través de la Casación N° 1923-2018-Cusco, de fecha 05 de octubre de 2020, se estableció que el Tribunal Superior realizó una motivación defectuosa, ya que fue incompleta (al no justificar las decisiones relevantes respecto a la valoración integral de la prueba personal) e insuficiente (no indicó los criterios de inferencia ni justificó las premisas de las que partió) (F.J. 6°). En cambio, el Juzgado Penal mencionó y correlacionó todas las pruebas relevantes, concluyendo la responsabilidad penal del acusado (llama la atención que, frente a todo el acervo probatorio, la Sala de Apelaciones haya considerado que no había corroboración periférica, demostrándose que su decisión solamente fue subjetiva).

Lo mismo se puede advertir en disposiciones del Ministerio Público, que archivan casos por deficiente investigación fiscal relacionada con problemas probatorios, entre ellos indebida apreciación de declaraciones personales. Como muestra se presentará 2 sentencias de amparo del Tribunal Constitucional, en las cuales se analizaron resoluciones de fiscales provinciales penales que archivaron denuncias por delitos de violación a la libertad sexual, y una vez solicitada la revisión ante el Fiscal Superior, la declaró infundada; por lo que quien se consideró agraviada estimó que se violaron sus derechos fundamentales relacionados al debido proceso, entre ellos el derecho a la prueba, e interpuso proceso constitucional de acción de amparo que en las 2 primeras instancias judiciales se declararon infundadas y llegaron finalmente al TC vía recurso de agravio constitucional:

a) Sentencia recaída en el Exp. N° 03090-2012-PA/TC, de fecha 04 de noviembre de 2013, en la cual se critica que se haya considerado la existencia de falta de pruebas respecto al estado mental de la demandante, pero nunca se practicó diligencia alguna que corrobore su enfermedad (F.J. 9°); y se afirmó que la víctima consintió, sin embargo, paradójicamente se asume que la agraviada no se percató de la forma en que el agresor le practicó el acto sexual (F.J. 10°). O sea, el fiscal por su intermediación al tener al frente a la víctima y tomar su declaración, íntima y subjetivamente, no solo concluyó el consentimiento de ella, sino también su enfermedad mental; desconociéndose cómo se debe examinar a una persona que presente o se indique tenga una enfermedad mental (no aplicó la psicología del testimonio).

b) Sentencia recaída en el Exp. N° 05121-2015-PA/TC, de fecha 24 de enero de 2018, en la cual se critica que no se explicitaron las razones por las cuales se concluyó que hubo consentimiento de la víctima (a pesar que las pericias médicas acreditaban lesiones genitales producto de relaciones sexuales violentas) (F.J. 24-25). Y resulta increíble que se haya

considerado como un factor de credibilidad de versión del investigado, que la víctima no denunció los hechos inmediatamente, sino 42 días después, apelando a su edad y sus conocimientos de derecho, y que no se haya considerado la exactitud y credibilidad de su declaración corroborada con los demás actos de investigación que indique (F.J. 28°) desconociéndose Acuerdo Plenario Penal Supremo 2-2005, la psicología del testimonio, reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940 y Ley Orgánica del Ministerio Público, en cuanto a la cantidad de información que se requiere para formalizar denuncia penal (ahora hablamos de estándar conforme sentencia plenaria casatoria penal 1-2017), que son indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la comisión de un delito, conforme al artículo 77 vigente a la fecha de los hechos, ahora el artículo 77, inciso 6 del citado CPP, modificado por el decreto legislativo 1206.

Hace 3 meses el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio – Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica, absolvió a un acusado de violación sexual mediante la sentencia recaída en el Exp N° 002822-2019-90-1401-JR-PE-0350⁵¹, de fecha 08 de octubre de 2020. Realizando un razonamiento erróneo, específicamente en su F.J. 35°, se argumentó que como la trusa de la presunta agraviada era de color rojo con encaje en zona delantera, su uso no guarda relación con la personalidad tímida que ella presenta. Si se la puso cuando salió con el imputado, se infería un consentimiento (asumiendo el rol de mujer pasiva, complaciente y

⁵⁰ Hay algunos puntos cuestionables de la sentencia en cuanto a la correcta aplicación de máximas de la experiencia en el caso concreto. Para Stein, las máximas de la experiencia son juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, de cuya observación se han inducido y pretenden tener validez para todos los casos. Por ejemplo, para poder afirmar que hubo tentativa de homicidio o lesiones personales, se tiene en cuenta: clase de arma, reiteración en su empleo, región afectada y distancia. Si una persona diestra en el manejo de armas de fuego dispara a un hombre, a unos 50 centímetros de distancia, una sola vez, a los pies, ese comportamiento nos permite concluir que trataba de lesionar. ¿De dónde hemos sacado esas conclusiones? No de un caso ni de la suma de muchos; sino de algo independiente a estos que nos permite inferir que en los casos venideros (no sucedidos) ese será el comportamiento de quien quiere herir y no matar (no cabe duda que esa generalización surge de la observación. Por otro lado, para González Lagier, las máximas de la experiencia son generalizaciones empíricas; mientras que para Abel Lluch son reglas o normas de experiencia de naturaleza no jurídica, o sea, reglas generales de carácter empírico, siendo conclusiones extraídas de percepciones singulares pertenecientes a variados campos de conocimiento, como técnicos, científicos e incluso comunes. Finalmente, Taruffo refiere que son tres las funciones de las máximas de experiencia: la función heurística (porque sirven para formular hipótesis sobre los hechos), función epistémica (permite determinar la verdad de enunciados fácticos), función justificativa (porque también fundamentan el razonamiento valorativo en las sentencias).

tímida en relación al hombre). Esta no es una máxima de la experiencia, sino un estereotipo de género aplicado al caso concreto⁵².

4.2 Testimonio de referencia

El testigo de referencia es aquel que no ha presenciado los hechos, sino que simplemente se los han contado (Nieva, 2017, p. 355). El art. 158, inc. 2 CPP desarrolla las reglas de valoración en cuanto a los testigos de referencia, en el siguiente sentido: “En los supuestos de testigos de referencia (...) solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria”.

Además, existe una limitación en el CPP en relación a su peso probatorio: el art. 166° inciso 2 CPP establece que deberá instarse, aun de oficio, lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Y, en caso que se niegue a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado.

Existe la posibilidad que no se pueda encontrar a la persona que percibió los hechos, o que esté demasiado atemorizado como para presentarse a declarar, tanto en fase de investigación preparatoria como en juicio oral (Rovatti, 2020, p. 33); pero esa persona pudo habérselo contado a terceras personas (testigos indirectos). Y hay casos en los que únicamente se cuenta con testigos de referencia que han devenido en absolución por falta de pruebas. Al respecto Ferrer (2007, p. 43) afirma que se excluyen elementos de juicio, como la declaración del testigo de referencia, por que tienden a ser considerados de bajo valor epistemológico ante el peligro de que una mala valoración tienda a darles más valor del que tienen.

Por ejemplo, el Recurso de Nulidad N° 173-2012-Cajamarca, de fecha 22 de enero de 2013, en su F.J. 3° establece que el testimonio indirecto no es admisible como prueba única para

⁵² El inadecuado conocimiento de las reglas de experiencia implica que lo resuelto era solo la apreciación personal que hacía un juzgado colegiado, integrado por 2 mujeres y un hombre, para no darle valor a la declaración personal de la víctima que sostenía que no había autorizado la relación sexual

desvirtuar la presunción de inocencia, y lo rechaza de manera tajante, sobretodo porque el fiscal tampoco incorporó a juicio datos relacionados a la contextualización, coherencia, coincidencia, etc., que son aportes de la psicología del testimonio (no investigó ni preguntó adecuadamente, por lo que lógicamente no podía discutirse en el plenario algo que *no existía* ni tampoco podía fundarse sentencia sobre ello). En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 73-2015-Lima, de fecha 20 de septiembre de 2017, el cual establece que, si todos los testigos son de oídas y sin ninguna otra prueba, entonces el Tribunal no puede dictar sentencia condenatoria (F.J. 26°).

Esto significa que se trata de un medio de prueba poco o mínimamente fiable que requiere, por tanto, ser reforzado con otros elementos corroboradores de los enunciados que expresa el declarante.

4.3 Valoración de la prueba personal en segunda instancia

En el contexto de resolución de apelaciones de sentencias por la segunda instancia, el CPP regula en el art. 425°, inc. 2 una limitación importante en torno a la valoración de la prueba en dicha instancia de mérito: “La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia” (el resaltado es nuestro).

En Perú existe jurisprudencia que exacerba la inmediación, a tal punto de encontrar límites a la valoración probatoria, condicionándola a que el cambio del valor probatorio tenga como base prueba actuada en segunda instancia. Se habla de las zonas opacas y de las zonas abiertas⁵³, por ejemplo en la Casación N° 5-2007-Huaura/Sala Penal Permanente, de fecha 11 de octubre de 2007, en su F.J. 7°: i) Las zonas opacas son los datos expresados por los

⁵³ Utilizando como fundamentos jurídicos lo relacionado a estas zonas o sobre el notable valor de la inmediación, se tiene variada jurisprudencia de la Corte Suprema, por ejemplo: Casación N° 3-3007-Huaura, de fecha 07 de noviembre de 2007; Casación N° 153-2010-Huaura, de fecha 22 de noviembre de 2011; Casación N° 195-2012-Moquegua, de fecha 5 de septiembre de 2013; Casación N° 385-2013-San Martín, de fecha 05 de mayo de 2015; Casación N° 636-2014-Arequipa, de fecha 03 de febrero de 2016; etc.

testigos estrechamente ligados a la intermediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera), no siendo susceptibles de supervisión y control en apelación (es imposible su variación); ii) Las zonas abiertas son aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del órgano juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencias y los conocimientos científicos.

El problema evidenciado jurisprudencialmente es que se otorga valor a los datos físicos obtenidos por la intermediación por el estado mental del Juez o conocimiento psicológico, no estando demostrado científicamente que por tono de voz o gestos del declarante, se establezca su credibilidad, conforme a lo enseñado por la Psicología del Testimonio, y son imposibles de controlar, por lo que no puede servir la intermediación como un método de valoración probatoria, ni tampoco limitar la actuación en segunda instancia, debiéndose cambiar de paradigma: de centrarse en la persona del testigo ahora el interés debe ser por la declaración y los problemas de la memoria.

Se avala que el juez de primera instancia, por intermediación al percibir que el testigo lloró, rio, se puso nervioso, tartamudeó, etc., le asigne un valor probatorio a dicho comportamiento, lo cual puede o no estar incluido en la motivación de la sentencia, y que no puede ser objeto de control en segunda instancia, salvo lo relacionado a las “zonas abiertas”.

La intermediación, entendida como relación de proximidad espacio-temporal, utilizada reflexivamente como medio de captación de datos perceptibles para hacerlos objeto de valoración racional explícita, es susceptible a la crítica de terceros. Pero, interpretada como forma de percepción íntima de un lenguaje gestual tenido por no expresables con palabras y que no se podrían comunicar de otro modo, entonces la intermediación se torna en una vía de escape al deber de motivar; o sea, en una garantía de irracionalidad del juzgamiento (Andrés, 2007, p. 59).

Evidentemente, si el juez se convence con base en las manifestaciones corporales externalizadas del fuero interno, ello implica una valoración irracional de la prueba personal

, que será fácilmente controlable al analizar la motivación de la sentencia; pero ¿y si no se explicita ese pseudorazonamiento en la sentencia? He allí el grave problema, en todo caso el juez debería siempre verificar que haya otras pruebas que racionalmente la corroboren y, en caso negativo, no dar por probada la declaración.

4.4 Testimonios especiales

El CPP no incorpora una regulación específica en cuanto a las víctimas con discapacidad intelectual. Dedicar algunas líneas para considerar como un **testimonio especial** (art. 171 CPP) al testigo mudo, sordo o sordomudo, o cuando no hable castellano, o deba recabarse declaraciones testimoniales de menores y de personas que hayan sido víctimas de hechos que las hayan sido afectadas psicológicamente (en este exclusivo supuesto se dispone su recepción en privado, bajo las reglas de la prueba anticipada, la intervención de un especialista psicólogo y el acompañamiento de un familiar).

Está latente la posibilidad de revictimización (sobre todo por el prejuicio asumido de que la credibilidad de los testimonios de personas con discapacidad intelectual es menor que la procedente de personas sin dicho déficit) y generación de impunidad, ya que es fundamental obtener de su propia declaración, datos que puedan forjar una línea de investigación para recabar informaciones periféricas para sancionar a los culpables. Los índices de denuncia son bajos por la desesperanza de un sistema de justicia que es indiferente a las necesidades concretas de estas personas (Recio, Alemany y Manzanero, 2012, pp. 55-57).

4.5 Deber de decir la verdad

Conforme al art. 163°, inc. 1 CPP, todo testigo tiene el deber de “responder a la verdad a las preguntas que se le hagan”. Si alguien tiene una información falsa, pero cree realmente que es verdadera, la transmitirá sin que por ello mienta, configurándose así un error sincero (De Paula, 2019, pp. 84-85). Ello implica que solo un testigo que, deliberadamente, quiera

transmitir información que no se corresponda con la realidad, es el que debería ser sancionado en el proceso penal.

Es imposible adentrarse en la mente de una persona para saber si miente o en realidad comete un error sincero, y en el caso de una *falsa* declaración en juicio oral, se requiere meticulosidad⁵⁴ para saber, quizás, las verdaderas intenciones del testigo⁵⁵.

En conexión con el *deber de decir la verdad*, se tiene que en el CPP existen diversas menciones al **juramento**. Por ejemplo, en cuanto al desarrollo del interrogatorio de agraviados y testigos en investigación preparatoria (art. 170°, inc. 1 CPP), también en el examen de testigos durante el juicio oral (art. 378°, inc. 1 CPP), el testimonio de miembros del cuerpo diplomático (art. 168° CPP), etc.

La ordalía es el antecedente del juramento en las declaraciones de personas: al juramentar se lo hace por Dios y si no profesa religión por su honor ; pero el juramento de la devoción del declarante y *de quienes lo oyen* (fiscal y policía principalmente al momento de investigar, y el juez durante la prueba anticipada o el juicio oral propiamente dicho) no evita que no tenga problemas de percepción y/o en la memoria y que la declaración sea errónea. Pero en un proceso penal que sea epistemológico resulta absurdo que persista en el Código el juramento, al igual que su versión laica que sería la promesa de decir la verdad. Inclusive si se anudan consecuencias penales en el caso de su quebrantamiento, ni siquiera haría falta que se jure o se prometa (Nieva, 2010, p. 45).

La verdad de la declaración no depende del ánimo interno del declarante (por cierto, imposible de controlar por el interrogador), sino de factores asociados a la exactitud de la memoria, objetivamente controlables o posible de estimar su control. De esta forma, se

⁵⁴ Lógicamente, ello no se detecta con la simple intermediación, sino que se requiere la instauración de un proceso penal en específico para ese testigo que se reputa ha mentido en juicio.

⁵⁵ En el Recurso de Nulidad N° 3046-2015-Lima, de fecha 30 de mayo de 2017, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema concluyó en el F.J. 6° que la testigo absolutamente mintió y que por ello debía ser procesada por el delito de falso testimonio en juicio (art. 409° CP), pero no se argumentó si efectivamente tal persona declaró lo que sabía (error sincero) o realmente confabuló con el condenado, obviándose la psicología del testimonio

contribuirá a que el *ideal regulativo* sea la búsqueda de la verdad, la cual orientará los comportamientos de las partes procesales y del juez en las actividades destinadas a la decisión sobre los hechos (cabe recordar que no existen verdades absolutas, ni siquiera en la ciencia, por lo que solo es posible comprobar verdades relativas, como ocurre en todos los campos de la experiencia) (Taruffo, 2020, p. 191).

4.6 Reconocimiento de personas

El reconocimiento de personas está regulado en el art. 189° CPP, y el Protocolo de Actuación Interinstitucional Específico de Reconocimientos, presentándose deficiencias advertidas por la Psicología del Testimonio (especialmente por el desmedido rol atribuido a la intermediación que podría sesgar la actuación o el juicio definitivo de lo que se plasmará en el acta de reconocimiento), que se enuncian:

En primer lugar (I), el CPP omite pronunciarse acerca del tamaño de la rueda (cantidad de personas que la integran), posibilitando que en la práctica esta sea compuesta de mínimo 2 personas, aumentando notablemente el índice de error en la identificación de inocentes como culpables.

En segundo lugar (II), el reconocimiento múltiple por parte de una persona está regulada en el inc.4 de la citada norma: “Si una persona debe reconocer a varias, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto, siempre que no perjudique el fin de esclarecimiento o el derecho de defensa” (el subrayado es nuestro). Los recursos cognitivos se agotan con mayor intensidad en un reconocimiento múltiple, y cuando se procede a realizar este tipo de diligencia, es muy probable que se identifique a una o varias personas más por familiaridad que como resultado del proceso de recuperación de la memoria (Manzanero, 2006, p. 13)

En tercer lugar (III), no se impide a nivel normativo que una vez realizado el reconocimiento fotográfico no se pueda realizar un posterior reconocimiento en rueda de personas. Esto es problemático ya que, al simplemente mostrar las fotografías al testigo, ya se estaría viciando el posterior procedimiento de identificación en rueda. Sucede que en esta el testigo podría señalar a la persona de la fotografía, mas no al autor del delito (Manzanero, 2006, p. 15).

En el Recurso de Nulidad N° 2062-2016-Ica, de fecha 03 de octubre de 2017, la menor víctima de 8 años sufrió tentativa de violación sexual, siendo fundamental la identificación

de su presunto agresor. Se realizó un reconocimiento fotográfico en su propia casa, 7 meses después de sucedidos los hechos, siendo ese el principal fundamento para no vincular al acusado con el hecho delictivo (F. J. 6°). Se desconoció que los testigos infantiles no tienen la capacidad para distinguir realidad y fantasía, no difiriendo mucho que los adultos ni que sean más susceptibles a la sugestión que estos. Además, la capacidad para reconocer caras que no son familiares tiende a aumentar con la edad (Manzanero, 2006, pp. 7-8). Si bien los delitos contra la libertad o indemnidad sexual generalmente son clandestinos, un reconocimiento fotográfico no puede ser descalificado *per se* bajo esas condiciones anotadas por la Corte Suprema.

Finalmente (IV), el CPP refiere que la forma en que se presenta la rueda es simultánea (“*en presencia de todas ellas*”). Esto no es recomendado ya que favorece los juicios relativos, o sea, se evalúa cada componente de la rueda en términos de su grado de parecido con lo que recuerda del sospechoso, señalándose al final al que más se parece (Manzanero, 2006, p. 19). Por lo que lo ideal sería que sea en forma sucesiva uno por uno todo el grupo reunido para ello y que sea una sola vez y si no reconoce al imputado que está dentro de ellos ya no se vuelva a practicar esta, por qué no hay espontaneidad y pierde fiabilidad, porque ya sería la segunda vez que lo ve en el nuevo grupo y por intuición lo puede reconocer

5. Conclusiones y propuestas para garantizar la presunción de inocencia, la inmediación en la toma de declaraciones personales y corroboración conforme a la Psicología del Testimonio

5.1 Declaración del testigo-víctima

Debe capacitarse a los jueces y Fiscales de todos los grados, abogados defensores, profesores universitarios y estudiantes de derecho para que las partes formulen preguntas sobre los hechos y establezcan si hubo problemas en la percepción y de la memoria, e identifiquen cuándo existe o no una corroboración periférica y los jueces motiven al respecto sobre fiabilidad de declaración.

Son los jueces quienes decidirán finalmente si declaran corroborada o no la hipótesis fiscal o defensiva, por lo que si bien las enseñanzas sobre Psicología del Testimonio deben ser

conocidas por todos los operadores jurídicos, las partes para que produzcan preguntas que las apliquen, es fundamental formar a los jueces en dicha ciencia extrajurídica, como sobre corroboraciones objetivas de declaraciones, porque es subjetivo e irracional para ello las expresiones verbales y corporales, por lo que la Academia de la Magistratura debe incorporarla, como curso obligatorio y los jueces puedan aplicarla en la valoración de las declaraciones personales, y llegar a la verdad con un alto grado de probabilidad.

La valoración científica de la prueba testifical tendrá capacidades epistémicas; o sea, capacidad real para producir conocimientos científicamente seguros, siempre que se trabaje con corroboraciones objetivas. Así se podrá analizar y criticar las formas de producción de todas las pruebas, con el objetivo de que no se utilicen ordalías disfrazadas de pruebas racionales para sentenciar (De Paula, 2019, p. 142).

Por ello, los operadores jurídicos deben conocer que el objeto de la corroboración es un enunciado emitido por el testigo sobre el hecho principal. O sea, el dato corroborador versa sobre alguna circunstancia que guarda relación con el hecho principal, y cuya constatación refuerza la veracidad de lo declarado por el testigo. Además, la fuente de corroboración debe ser necesariamente ajena a este (Ramírez, 2020, p. 219).

Entonces ha de descartarse como testimonio corroborador la de la madre, a quien la víctima le contó sobre la violación que sostiene sufrió. A lo mucho el testimonio de la madre tendrá utilidad probatoria en relación a lo observado directamente por ella, por ejemplo, los signos externos de victimización de la supuesta víctima cuando narró los hechos (Ramírez, 2020, p. 243).

Respecto al párrafo anterior, se debe ser precavido con el modelo traumatogénico, el cual sostiene que la respuesta más habitual ante una situación de victimización es el desequilibrio del estado psicológico previo. El problema es que el ser humano usualmente afronta una situación traumática prevaleciendo respuestas resilientes y recuperación espontánea; y no debe dejar de considerarse que muchas víctimas pueden resultar asintomáticas (no significando que el hecho ilícito no haya acaecido). Al final se produce una argumentación tautológica: el trauma existe porque el testigo está traumatizado, y el testigo está en dicho estado porque ha vivido el trauma (Scott, Manzanero, Muñoz y Köhnken, 2014, pp. 58-61). En síntesis, que no haya victimización externa apreciable no significa que el hecho delictivo no haya sucedido, debiendo valorarse racionalmente todas las pruebas, por lo que a la

inmediación debe otorgársele su verdadero valor (garantía en la producción de la prueba), y no dotarla de capacidades de las cuales carece.

5.2 Testimonio de referencia

En Perú se reconoce que sería perjudicial desechar el testimonio de referencia, pero para que tenga peso probatorio se requiere corroboración, lo cual es razonable. Sin embargo, la existencia de varios testigos de referencia que tienen un origen diverso, que narran los hechos de forma coherente, contextualizada y convergente (por ejemplo, familiares, amigos, desconocidos, agentes policiales, etc.) puede ser un indicador de fiabilidad de lo que narra (Ramírez, 2020, p. 243).

En otras palabras, se puede fundar una sentencia condenatoria en testigos de referencia para buscar la verdad, siendo el hecho penal un secreto a voces, y desapareciendo los testigos directos o forzados a callar, que no hubiese manera alguna de demostrar lo sucedido. Y, si la desaparición de los testigos directos se debe a una muerte violenta o no esclarecida, por ejemplo, también sirve de apoyo a la credibilidad de los testigos de referencia (las muertes sistemáticas pueden ser un elemento corroborador más) (Nieva, 2010, p. 282).

Por lo expuesto, se propone la reforma del art. 158, inc. 2 CPP, en el siguiente sentido: “(...). En el caso de testigos de referencia deberá valorarse su pluralidad, coherencia en la declaración, coincidencia, contextualización, verosimilitud y origen diverso de estos, conforme a la sana crítica. En caso existan pruebas que corroboren los testimonios indirectos, se reforzará el valor probatorio; pero la ausencia de estas no implicará insuficiencia probatoria siempre que se sigan los parámetros esbozados anteriormente”⁵⁶.

5.3 Valoración de la prueba personal en segunda instancia

⁵⁶ El texto actual a la letra refiere: “Artículo 158.2: En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria”.

La jurisprudencia debe ejercer una labor orientadora y didáctica, como bien se hizo a través de la Casación N° 96-2014-Tacna, de fecha 20 de abril de 2016, la cual estableció en su F.J. 6° que la prueba personal debe valorarse más que sobre la base de las emociones del declarante, sobre el testimonio del mismo, así se analizar: i) La coherencia de los relatos; ii) La contextualización del relato; c) Las corroboraciones periféricas; y d) Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante. Lamentablemente no es muy acogida esta jurisprudencia innovadora, por lo que la práctica profesional se limita mayormente a aplicar las enseñanzas de la psicología conductista.

Por lo expuesto, se propone la siguiente modificación al art. 425°, inc. 2 CPP: “La Sala Penal Superior puede valorar independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas personal, pericial, documental, preconstituida. anticipada. En el caso de las pruebas personales, la Sala Penal Superior ejercerá el control del contenido de la declaración, para establecer su corroboración objetiva, contrastándolo con pruebas actuadas en primera instancia o incorporadas en sede de mérito”⁵⁷ (Subrayado agregado).

5.4 Testimonios especiales

Es necesario adaptar los procedimientos para la toma de declaración de las personas con discapacidad intelectual a sus especiales circunstancias, evitando revictimizarlos e identificando las situaciones de vulnerabilidad (Recio, *et al*, 2012, pp. 55 y 56); y debe contarse con un profesional capacitado como *facilitador*, el cual tendrá como objetivos principales: planificar adecuadamente la entrevista para obtener un testimonio de calidad; analizar la capacidad de la víctima para transmitir sus ideas; identificar de qué forma adaptar la entrevista al desarrollo cognitivo, emocional y conductual de la víctima, logrando que esta pueda ofrecer una declaración con garantías (Recio, *et al*, pp.61-62), tanto para su propia integridad como para respetar el derecho de defensa del imputado (o acusado)

⁵⁷ El artículo actual establece: “Art. 425.2. La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”.

Deberá desarrollarse un protocolo mediante el cual se establezca la forma de intervención del *facilitador*, siguiendo quizás el modelo de los cuerpos policiales londineses, que cuenta con la figura del ISVA (Independent Sexual Violence Advisor), que es un facilitador independiente en casos de abusos sexuales a personas especialmente vulnerables (Recio, *et al.*, p. 62); o algún otro modelo científico y exitoso, requiriéndose adaptar sus contenidos a la realidad peruana.

En conclusión, se propone modificar el CPP para que sea incorporado como un testimonio especial en el art. 171°, inc. 3, a la persona que sufre de discapacidad intelectual: “Cuando deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente (incluidas las personas que sufren discapacidad intelectual), (...)”.

5.5 Deber de decir la verdad

Debería modificarse el artículo 118 del CPP así: “todo testigo tiene el deber de ser sincero u honesto al responder a las preguntas que se le hagan”⁵⁸. En este sentido, el delito de “Falsedad en juicio”, regulado en el art. 409° CP deberá interpretarse como un elemento normativo, en cuanto al extremo del testigo, lo relativo a la *falsa declaración sobre los hechos de la causa*, por lo que no será responsable penalmente el testigo que cometa errores sinceros al momento de declarar en juicio oral.

Debe enfatizarse judicialmente la evaluación de los factores de influencias sobre la exactitud de las testimoniales, quedando en un segundo plano la verificación de si hay o no criterios de credibilidad: ha de verificarse la existencia de factores que explican las características presentes en las declaraciones aportadas por los testigos y víctimas, los cuales pueden ser

⁵⁸ El artículo 118 del CPP a la letra refiere: 1. Cuando se requiera juramento, se recibirá según las creencias de quien lo hace, después de instruirlo sobre la sanción que se haría acreedor por la comisión del delito contra la Administración de Justicia. El declarante prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte. 2. Si el declarante se niega a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir la verdad, con las mismas advertencias del párrafo anterior.

agrupados en: i) factores de codificación, y ii) factores de retención y recuperación (Manzanero y González, 2015, pp. 125-126).

5.6 Reconocimiento de personas

En cuanto a (I), el diseño de la rueda busca establecer todos los controles necesarios que permitan concluir que una identificación positiva se debe exclusivamente a que el sospechoso es el autor del delito. Será imparcial la rueda siempre que el sospechoso tenga la misma probabilidad de ser elegido que cualquiera de los demás que componen la rueda (Manzanero, 2006, p. 17), por lo que, los cebos no deben diferenciarse del sospechoso en cuanto a vestimenta, estatus social y otras características superficiales. Recomendando como propuesta de modificación que el inc. 1 del art. 189° CPP establezca que el número de componentes de la rueda sea 6, incluido el sospechoso a identificar y que solo se practique por una vez.

Respecto a (II), se propone modificar el extremo relacionado al *reconocimiento múltiple de personas en un solo acto*, debiendo siempre centrarse la identificación en un sospechoso por rueda. Así se contribuirá a identificar personas conforme al recuerdo de la memoria.

En relación a (III), para reducir la posibilidad de identificaciones erróneas se recomienda que si se tiene indicios acerca de la participación de una persona en un hecho punible, entonces debe realizarse necesariamente la identificación en rueda de personas, siendo el reconocimiento fotográfico una diligencia subsidiaria en caso no pueda ser traído el imputado (tal como lo regula el inc. 2 del art. 189° CPP); pero para cerrar la posibilidad de realización de ambas, una tras de otra, debe prohibirse legalmente que no es viable tal forma de proceder⁵⁹.

En relación a (IV), se recomienda la presentación secuencial de la rueda; o sea, el testigo contrastará el parecido de cada componente de la rueda con su memoria y decidirá si es lo suficientemente parecido como para identificarlo. La presentación secuencial de la rueda se

⁵⁹ Precisamente, si se realiza el reconocimiento fotográfico *con todas las garantías*, ya no es necesario realizar un posterior reconocimiento de personas, y si el testigo se equivocó al señalar, ello es un claro indicio de que su memoria presenta fallas, y con mayor razón no debe ser sometido a una nueva diligencia de identificación.

ha revelado como una buena estrategia para llevar al testigo a que cambie el proceso de juicio relativo por uno de carácter más absoluto, esto es, a que evalúe el parecido de cada componente de la rueda con su memoria y decida si el parecido es suficiente como para identificarlo (22% menos de falsas identificaciones) (Manzanero, 2006, p. 19). En esta línea, deberá modificarse el art. 189°, inc. 1 CPP⁶⁰, indicando que *la identificación se hará de manera secuencial* y no de forma simultánea, o sea uno por uno se le mostrará a quienes intervengan en la diligencia.

Finalmente, sería óptimo convocar a un psicólogo forense experimental en los casos que la prueba de identificación sea determinante: la prueba proviene exclusivamente del recuerdo que tenía la víctima sobre el hecho punible y de la persona implicada. Este profesional daría cuenta de temas relacionados a la percepción, atención, memoria, pensamiento (en general, factores psicológicos), así como la experimentación de estos procesos y su influencia en los casos concretos (Diges, 2016, pp. 49-52).

⁶⁰ El citado artículo 189.1 establece: “Cuando fuere necesario individualizar a una persona se ordenará su reconocimiento. Quien lo realiza, previamente describirá a la persona aludida. Acto seguido, se le pondrá a la vista junto con otras de aspecto exterior semejantes. En presencia de todas ellas, y/o desde un punto de donde no pueda ser visto, se le preguntará si se encuentra entre las personas que observa aquella a quien se hubiere referido en sus declaraciones y, en caso afirmativo, cuál de ellas es”.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. (2007). *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. (2010). «Sobre prueba y motivación». En: TARUFFO, Michele, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y CANDAU PÉREZ, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2.ª edición. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- DE PAULA RAMOS, Vítor. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*. Madrid: Marcial Pons.
- DIGES, MARGARITA. (2016). *Testigos sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*. Madrid: editorial Trotta.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- IGARTÚA SALAVERRRÍA, Juan. (1995). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- KÖHNKEN, Günter, MANZANERO, Antonio y SCOTT, Teresa. (2015). *Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones*. Anuario de Psicología Jurídica 25 (2015). pp. 13–19. Madrid. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3150/315040291003.pdf>.
- MAZZONI, Giuliana. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Madrid: Trotta.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Lima: Jurista Editores.
- MIXÁN MASS, Florencio. (1988). *Derecho procesal penal*. 2.ª ed. T. I. Trujillo: Ediciones Jurídicas.

- NIEVA FENOLL, Jordi. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- NIEVA Fenoll, Jordi. (2017). *Derecho procesal III. Proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele. (2011). *La prueba de los hechos*. 4.^a ed. Traducción de Ferrer Beltrán, Jordi. Madrid: Trotta.