



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL

Trabajo de investigación

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Autores:

Almanza Altamirano, Frank

Neyra Flores, José Antonio

Paúcar Chapa, Marcial

Portugal Sánchez, Juan Carlos

LIMA-PERÚ

2018

| | |
|-------------------|---|
| Contenido | |
| Presentación..... | 4 |

CAPÍTULO I

La prueba indiciaria

Marcial Páucar Chapa

| | |
|------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1. Aspectos generales de la prueba indiciaria..... | 5 |
| 1.2. La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos..... | 7 |
| 1.3. Prueba indiciaria y tendencia interna trascendente..... | 24 |

CAPÍTULO II

La prueba prohibida

Juan Carlos Portugal Sánchez

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1 A título de introducción..... | 28 |
| 2.2. El derecho a probar..... | 28 |
| 2.3. La licitud como límite constitucional al derecho a la prueba..... | 35 |
| 2.4. La regla de exclusión en el ordenamiento jurídico peruano..... | 35 |
| 2.5. Excepciones a la exclusión de la prueba ilícita..... | 38 |
| 2.6. Los efectos reflejos de la prueba ilícita..... | 47 |
| 2.7. La prueba prohibida en las principales decisiones del tribunal constitucional..... | 49 |
| 2.8. La prueba prohibida en las principales decisiones de la corte suprema de justicia de la república..... | 53 |
| 2.9. La audiencia de tutela de derechos como mecanismo procesal de exclusión de la exclusión probatoria..... | 61 |

CAPÍTULO III

Apuntes sobre la etapa de juzgamiento y la actuación probatoria en dicha etapa

Frank Robert Almanza Altamirano

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.1. Introducción..... | 64 |
| 3.2. Principales principios que sustentan la etapa de juzgamiento..... | 64 |
| 3.3. El juicio oral y su importancia en el nuevo proceso penal..... | 69 |
| 3.4. La oralidad de la etapa de juzgamiento..... | 70 |
| 3.5. Atribuciones del juez en la etapa de juzgamiento..... | 71 |
| 3.6. Instalación de la audiencia del juicio oral..... | 71 |
| 3.7. La conclusión anticipada, conformidad ante la acusación..... | 72 |
| 3.8. Ofrecimiento de nuevos medios de prueba o los no admitidos en la etapa intermedia..... | 73 |
| 3.9. Desvinculación y acusación complementaria..... | 73 |
| 3.10. La actuación probatoria..... | 74 |
| 3.11. El examen del imputado..... | 74 |
| 3.12. Examen de testigos y peritos..... | 75 |
| 3.13. La prueba documental y el trámite para su actuación probatoria..... | 76 |
| 3.14. Deliberación y sentencia..... | 78 |
| 3.15. Conclusiones referentes a la etapa de juzgamiento..... | 80 |

CAPÍTULO IV
La valoración de la prueba
José Antonio Neyra Flores

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 5.1. Concepto de valoración de la prueba | 82 |
| 5.2. Sistemas de valoración de la prueba | 85 |
| 5. 3. La relación entre la valoración de la prueba y el derecho a la motivación | 100 |
| 5. 4. La impugnación de la valoración de la prueba | 102 |
| 5. 5. La valoración y el estándar de prueba | 112 |
| 5. 6. Recomendaciones finales..... | 118 |
| Bibliografía | 121 |

Presentación

Uno de los temas actuales, que exige una continua capacitación, en el Derecho Procesal Penal es la Prueba.

Por eso los cuatro profesores miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, hicimos la presente investigación, desarrollando 4 puntos principales como son:

- Prueba Indiciaria, a cargo de Marcial Páucar Chapa.
- La Prueba Prohibida, a cargo de Juan Carlos Portugal Sánchez.
- Apuntes sobre la etapa de juzgamiento y la actuación probatoria en dicha etapa, a cargo de Frank Almanza Altamirano.
- La Valoración de la Prueba Penal a cargo de José Antonio Neyra Flores.

Que ponemos a consideración de la comunidad jurídica, esperando pueda contribuir a la formación de los operadores dentro de su conocimiento de la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

Y así garanticemos los derechos constitucionales del imputado a la presunción de inocencia, motivación de resoluciones y tutela judicial efectiva y a las víctimas el segundo y tercero.

Dr. José Antonio Neyra Flores
Profesor de Derecho Procesal Penal

CAPÍTULO I

La prueba indiciaria

Marcial Páucar Chapa*

1.1. Aspectos generales de la prueba indiciaria

1.1.1 Concepto

Nuestro ordenamiento procesal penal actual no ofrece un *concepto legal de prueba*, tan sólo aspectos de su actividad, objeto, valoración y utilización, menos una definición normativa de prueba indiciaria.

Por dicha razón se debe recurrir a la doctrina y la jurisprudencia a efectos de conocer sus alcances. García Caveró en esa misma perspectiva acota: “En la doctrina procesal, la prueba por indicios es entendida, por lo general, como aquella prueba que se dirige a convencer al órgano judicial de la verdad o certeza de hechos que no constituyen la hipótesis de incriminación, pero que, en atención a leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia, permiten tenerla razonablemente por cierta”¹.

Un aspecto que no debe dejarse de lado es su relación con la prueba directa, pues pareciera que la prueba indiciaria tiene un menor peso probatorio o que tuviera la desafortunada condición de cenicienta entre las demás pruebas, como la confesión que ha sido considerada clásicamente como la reina de las pruebas. En efecto, Cubas Villanueva advierte dicho problema: “A pesar de que tanto la prueba directa, como la prueba indiciaria, tienen reconocimiento jurisdiccional, ya que ambas son capaces de generar convicción judicial y están sujetas a la objetividad y seguridad de la fuente de prueba; algunos detractores de la prueba indiciaria sostienen que ésta no muestra seguridad y es muy riesgosa por el alto grado de subjetivismo que contiene”².

Esa postura resulta a todas luces distorsionada y poco seria, así por ejemplo, en opinión de Talavera Elguera: “En cualquier caso penal, el acervo probatorio puede estar constituido por pruebas directas o pruebas indirectas; las primeras revelan la manera en

* Fiscal Adscrito a la Segunda Fiscalía Superior Nacional de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio. Docente de la Universidad San Martín de Porres. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal Penal.

¹ GARCÍA CAVERO, Percy. “La prueba indiciaria en el proceso penal”. ARA Editores, Lima, 2011, p. 33

² CUBAS VILLANUEVA, Víctor Manuel; “El nuevo proceso penal peruano, Teoría y Práctica de su implementación”, Palestra, Lima, 2009, p. 353

que ha sucedido un hecho imputado, mientras que las segundas permiten inferir esto a partir de hechos probados no constitutivos del delito o de la intervención de una persona en el mismo. (...) El hecho de que una prueba sea indirecta, no la priva de ser en rigor una prueba, en la medida que es una fuente de conocimiento de un hecho, y se orienta a confirmar o no enunciados fácticos mediante la utilización de una inferencia. Lo relevante es la posibilidad de racionalidad, justificación y control de dicha inferencia³.

Por su parte, Sánchez Velarde adoptando una posición de resguardo, critica abiertamente el tratamiento diferenciador y minimizador que usualmente se le brinda a la prueba indiciaria: “Mención especial, merece el tema de la controvertida “prueba indiciaria”, la cual no es un medio de prueba, sino un tipo de prueba, tan igual como la prueba directa y tiene virtualidad para fundamentar válidamente una sentencia condenatoria⁴”.

1.1.2. Prueba indiciaria e inversión de la carga de la prueba

También se debe poner énfasis en diferenciar el uso de *prueba indiciaria* y la *inversión de la carga de la prueba*, pues esta última se da en el escenario de los procesos civiles, donde su naturaleza descansa en el principio dispositivo, lo que no ocurre en el proceso penal cuya génesis de su desarrollo reposa sobre el principio acusatorio.

De este modo, bien afirma Gálvez Villegas: “En este sentido, en el proceso penal, el imputado no tiene ninguna obligación o carga probatoria y, para atribuirle responsabilidad penal, el órgano acusador (Ministerio Público), deberá presentar la prueba suficiente capaz de desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste en calidad de derecho fundamental. Consecuentemente, al no haber cargas probatorias en el proceso penal, tampoco podrá presentarse ningún caso de inversión de la carga de la prueba⁵”. Es evidente entonces, desde el principio acusatorio, que es el Fiscal quien debe recabar todos los elementos de prueba necesarios para la formulación de la hipótesis incriminatoria, por ende, no puede confundirse el uso de prueba indiciaria con la imposición de la carga de la prueba.

³ TALAVERA ELGUERA, Pablo; “*La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*”. Academia de la Magistratura, Lima, 2009, p. 137.

⁴ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; “*El Nuevo Proceso Penal*”, Editorial IDEMSA, Lima, 2009, p. 273.

⁵ GÁLVEZ VILLEGAS; “*El Delito de Lavado de Activos*”. Editorial Grijley, Lima, 2004, p. 266.

Lo que en realidad se propugnó en la Convención de Viena de 1988, en el artículo 5°.17 fue una inversión de la carga de la prueba, pero para casos de decomiso, es decir, a situaciones vinculadas a lo que actualmente se conoce como “riqueza emergente”. El citado texto señala: “Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso (...)”. Esta política va a irradiar sus alcances a varios sistemas jurídicos, bajo la denominada “*explicación razonable del origen ilícito*”, lo cual sí es exigido al momento de la imputación de operaciones de lavado de dinero.

1.2. La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos

1.2.1. Características propias

Ahora bien, la prueba indiciaria⁶ en el ámbito de los delitos de lavado de activos adquiere características propias respecto a su aplicabilidad en otros delitos.

a. Compleja

En primer lugar, es una prueba indiciaria *compleja* porque ha de construirse por indicios acreditados mediante pericias especializadas, técnicas especiales de investigación⁷, así como la cantidad de información que se ha de procesar, es decir, su elaboración debe obedecer a un orden fáctico seguido de una concatenación de un sinnúmero de indicios.

b. Conectiva

También podemos afirmar que es una prueba indiciaria *conectiva* toda vez que en la mayor parte de su construcción ha de enlazarse con indicios no necesariamente relacionados sólo al hecho investigado, sino que en la mayoría de casos puede estar en conexión con actividades ilícitas subyacentes (por ejemplo, vinculación con

⁶ Al respecto, es de precisar que aquí la “*prueba indiciaria*” ha de ser utilizada conectivamente tanto para demostrar el conocimiento del origen ilícito como los actos propios de las operaciones de lavado de activos.

⁷ Cfr. ROSAS YATACO, Jorge. “*Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional*”, en “*La Reforma del Proceso Penal peruano: Anuario de derecho penal 2004*” (Director José Hurtado Pozo). Fondo Editorial PUCP - Universidad de Friburgo, Lima, 2004, p. 293; dicho autor señala que la prueba indiciaria tiene su aserto en la práctica judicial cuando se van descubriendo los hechos en las investigaciones criminales con auxilio de una criminalística cada vez más avanzada.

organizaciones criminales o miembros de estas, incluso por el uso de la denominada *prueba trasladada*⁸).

b. Normativizada

Tal vez una de las características más resaltantes es que es una prueba indiciaria *normativizada* pues su uso no sólo forma parte de las recomendaciones brindadas por los principales instrumentos internacionales como la Convención de Palermo del año 2000— aprobada por el Perú mediante Res. Leg. N° 27527, y ratificada mediante D.S. N° 088-2011-RE—, sino que su utilización ha sido establecida normativamente por muchos sistemas jurídicos (tanto del europeo-continental como del anglosajón), para su aplicación a los delitos de lavado de activos, tal como el caso peruano con el D.L. N° 1106.

Incluso el texto actual de la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306 que modificó la Ley N° 27693, en su literal 6.4 (*Obligación de declarar el ingreso y/o salida de dinero y/o instrumentos negociables del país*) señala: “La no acreditación del origen lícito del dinero o de los instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” en el plazo establecido, se considera **indicio** de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio de la presunta comisión de otros delitos⁹”.

⁸ Podemos encontrar en las investigaciones que un agente puede haber actuado en calidad de integrante de una organización criminal. No importará que el agente haya actuado en forma individual, bastará que haya ejecutado su acción siguiendo el plan establecido por la organización. Bajo esos alcances, la verificación de la existencia de una organización criminal, podría alcanzar singular importancia para el uso de la denominada “prueba trasladada” que se encuentra en el artículo 261° del C. de P.P., modificado por D.L. N° 983, del 22 de julio de 2007, cuyo texto es el siguiente: “En los delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir, la Sala a pedido de las partes o de oficio podrá realizar las actuaciones probatorias siguientes: (...) Las pruebas admitidas y practicadas ante un Juez o Sala Penal podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Sin necesidad de que concurran tales motivos, podrán utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial. La oposición a la prueba trasladada se resuelve en la sentencia. (...) La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir determinada, o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada conforme al artículo 283.”

⁹ Resulta importante señalar que el legislador nacional ya en anteriores oportunidades ha mantenido la tendencia en el uso de prueba indiciaria en el delito de lavado de activos, incluso *indubio pro reo*, así por ejemplo, el párrafo *in fine* (incorporado mediante Ley N° 27225, del 17-12-99), del Art. 296°-B del C.P. (modificado por Ley N° 26223, del 21-08-93) establecía: “La condición de miembro del directorio, gerente, socio, accionista, directivo titular o asociado de una persona jurídica de derecho privado, no constituye

c. Estandarizada

También es una prueba indiciaria *estandarizada* porque sus lineamientos contruidos en base a tipologías han sido elaborados por las principales agencias mundiales de lucha contra el lavado de activos, tales como el GAFI (FATF por sus siglas en inglés), por lo que no se trata de un simple tipo de prueba por indicios, sino que el perfil de su diseño obedece a los presupuestos más exigentes y a estudios forjados por expertos y consultores internacionales.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe evitar mantener en el subconsciente jurídico la idea equivocada de que la prueba indiciaria es una suerte de prueba amparada en el *indubio pro societatis*, es decir, que la prueba indiciaria es una construcción de indicios a favor de la Sociedad y por ende del Ministerio Público¹⁰. En mi opinión, no es acertado ese razonamiento por una sencilla razón: la incoación de un proceso penal y la imputación de cargos merece de la prueba indiciaria un doble esfuerzo probatorio, por un lado servir de soporte de la presunta responsabilidad o inocencia del investigado, específicamente del *thema probandum*, y por otro, que los indicios que la conforman se entrelacen entre ellos, de modo que ninguno excluya a otro, por tanto no se trata de una suma aritmética de indicios, por el contrario, se refiere a elevar el estándar, nivel o calidad de la prueba indiciaria, la cual pueda generar convicción más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*).

1.2.2. Base normativa

En el *plano normativo*, la última parte del segundo párrafo del artículo 10° del D. L. N° 1106 señala: “*El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso*”. En este dispositivo normativo se resalta, al igual que en el texto de la Ley N° 27765, que las investigaciones para determinar el conocimiento del origen ilícito de los bienes, efectos, dinero o ganancias,

indicio suficiente de responsabilidad en la comisión del delito de lavado de dinero, en cuyo proceso penal se encuentre comprendido otro miembro de dicha persona jurídica.”

¹⁰ CAFERATA NORES, José I. *Proceso Penal y Derechos Humanos. La Influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. p. 72-73; sostiene que el imputado puede acreditar su inocencia mediante la introducción de pruebas de descargo, sin que sean pasadas por alto o éstas sean ocultadas, es decir, de debe investigar con objetividad.

deben recurrir al uso de la prueba indiciaria, pero además que ello debe obedecer a un análisis de caso por caso.

Dichos indicios, pueden ser por ejemplo, en primer lugar, el aumento inusitado de riquezas de quien realiza las procedimientos de ingreso de dinero o bienes al mercado o el manejo de montos de efectivo que por su elevada cuantía, canal de flujo de las transferencias, características del negocio mercantil llevado a cabo, razonabilidad de las inversiones o por tratarse de dinero en efectivo pongan en evidencia operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. En segundo lugar, la inexistencia de negocios legales que justifiquen el aumento de capital o las transmisiones dinerarias. En tercer lugar, la constancia de algún vínculo o nexo con actividades criminales, con individuos o grupos relacionados con las mismas. Y en cuarto lugar, utilización de documentos falsos o confeccionados sobre algunos verdaderos, para aparentar transacciones inexistentes.

1.2.3. Derecho comparado

En el Derecho comparado, en legislaciones como la brasileña, parte de la doctrina en ese país no se encuentra de acuerdo con el uso de la prueba indiciaria en materia de lavado de activos.

En ese sentido Callegari acudiendo a una postura garantista de bases constitucionales sostiene: “El legislador brasileño una vez más ha ido demasiado lejos en la redacción del precepto que establece que es suficiente para la acusación del delito de blanqueo sólo indicios del delito previo. A nuestro juicio, el precepto no está de acuerdo con las garantías constitucionales de la amplia defensa y de la presunción de inocencia. De acuerdo con este precepto, el acusado tendrá que defenderse de una acusación de blanqueo de capitales basada en un delito previo que no ha quedado probado, es decir, que sólo hay indicios de su existencia¹¹”.

¹¹ CALLEGARI, André Luis, “*Lavado de Activos*”, Ara Editores, Lima, 2009, p. 288”. Asimismo, la Ley No. 9613 brasileña, Art. I establece el siguiente texto legal en el delito de blanqueo de capitales: “*Ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movilización, o propiedad de bienes, derecho o valores provenientes directa o indirectamente de crímenes: De tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o drogas afines. De terrorismo. De contrabando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción. De extorsión mediante secuestro. Contra la administración pública, inclusive con exigencia, para sí o para otro, directa o indirectamente, de cualquier ventaja, como condición o precio para la práctica o la omisión de actos administrativos. Contra el sistema financiero nacional. Practicado por organización criminal.*”, tipo penal sancionado con una pena de reclusión de tres a diez años y multa.

Por el contrario, en el derecho anglosajón la *prueba indiciaria* es comúnmente conocida como “*circumstantial evidence*”, y precisamente en dicho sistema jurídico ha sido bastante extensa la aplicación de dicho tipo de prueba en las investigaciones de lavado de activos. Por ejemplo, Wouter sostiene: “Estas reglas aplicables proporcionan la prueba indiciaria de operaciones de lavado de activos, los cuales requieren un análisis especial por parte de los operadores: (i) intentar abrir una cuenta sin proporcionar la información requerida; (ii) solicitar la conversión de moneda de baja denominación a moneda de alta denominación, cheques, transferencias electrónicas u otros valores de fácil operación; (iii) realizar frecuentemente depósitos en una determinada cuenta y casi inmediatamente solicitar una transferencia electrónica, dejando un mínimo de monto en la cuenta, cuando esta actividad es incompatible con el negocio o la información de los antecedentes del clientes; y (iv) cuando transferencias usuales de fondos son efectuadas, evidenciando que dichos fondos no correspondan totalmente con las actividades económicas individuales¹²”.

En el Derecho español, resulta también muy interesante lo declarado en una Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en año 2008: “Más aún, de acuerdo con las autoridades españolas, la probanza del origen ilícito de los activos afectados no necesariamente implica un requerimiento de demostrar por prueba directa que los activos derivan de un delito particular, es suficiente tener prueba indiciaria convincente del origen delictivo de los bienes¹³”.

Confirmando lo expuesto, Magro Servet ha explicado: “Desde la perspectiva probatoria, que en realidad es la más relevante y dificultosa en este tipo delictivo, señala la Sentencia del TS de 10 de enero de 2000, que la prueba directa prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de “lavado” del dinero procedente de aquélla, por lo que la prueba indirecta será la más usual, y al respecto no estará de más recordar que ya el art. 3.3. Instrucción de 30 de julio de 1990 previene de la legalidad de la prueba indiciaria para obtener el juicio de certeza sobre el conocimiento, intención o finalidad requeridos entre los que está en de blanqueo de dinero, art. 3.1

¹² WOUTER H Muller/KÄLIN Christian/GOLDSMITH, John G. “*Anti-Money Laundering: International Law and Practice*”. John Wiley & Sons, Chichester (UK), 2007, p. 190

¹³ Council of Europe - Parliamentary Assembly. “*Working Papers*” - 2008, Ordinary Session (Third Part), Council of Europe Publishing, Volume VI, Documents 11628-11672, p. 95

Instrucción de 30 de julio de 1990. (...) Y debe recordarse asimismo que según reiterada y constante doctrina jurisprudencial tanto del TC como de esta Sala de casación el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, siempre que existan indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuarlos por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable¹⁴”.

Con una visión más garantista, en el derecho alemán existen serias críticas en torno a la utilización normativa del tipo penal para la facilitación probatoria a través de la prueba indiciaria (*Indizienbeweis*). En esa línea discursiva Abel Souto nos condensa esa realidad en los siguientes términos: “Las dificultades probatorias sobrevenidas incluso han llevado al legislador alemán a fundamentar la extensión del tipo penal del blanqueo al ámbito de la imprudencia grave respecto al no reconocimiento del origen de los bienes, justificación que ha sido criticada por la doctrina con asertos como el de VOGEL, según el que ‘el Derecho penal material no debería tener función de facilitación procesal’ o el de LAMPE, para el cual ‘la ampliación de la punibilidad por meros motivos procesales contradice el principio de culpabilidad’”¹⁵.

1.2.4. Contraindicios

a. Caso absolutorio

En el *ámbito jurisprudencial*, la Corte Suprema de Justicia de la República ha tenido más de una ocasión para pronunciarse respecto a procesos por delitos de lavado de activos, y con ello, formulando sus bases probatorias sobre el uso de prueba indiciaria, sin embargo, cabe señalar que someter un caso a un riguroso examen mediante prueba indiciaria, debe permitir no sólo encontrar la responsabilidad penal, sino también la inocencia del imputado, ese sentido observamos el siguiente caso:

“Que, en lo relativo al acusado [...], Presidente del Hotel [...] Sociedad Anónima y Gerente General de [...] Sociedad de Responsabilidad Limitada, operadora del Casino [...], se tiene que fue acusado porque realizó dos operaciones con el imputado [...], en

¹⁴ MAGRO SERVET, Vicente. “*Delitos socioeconómicos*”, Grupo Editorial El Derecho y Quantor, Madrid, 2010, p. 383

¹⁵ ABEL SOUTO, Miguel, “*El blanqueo de dinero en la normativa internacional*”, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, p. 176

los años mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho; la primera, referida a la adquisición del catorce por ciento de las participaciones de [...] Sociedad de Responsabilidad Limitada por un monto total de un millón trescientos veinte mil dólares americanos; y, la segunda, circunscripta a un préstamo personal de aquél por un monto de doscientos ochenta y cuatro mil dólares americanos, mutuo celebrado el treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho (minuta) y elevado a escritura pública el nueve de septiembre de ese año; que ambas operaciones están documentadas y, en el caso de la primera, contabilizadas en la empresa, incluso la transferencia de participaciones se comunicó –conforme a la ley de la materia– a la Comisión Nacional de Casinos de Juego, que anunció la operación los días veintitrés y veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y siete en los Diarios [...] y [...]; que el imputado [...], para estas operaciones, utilizó el sistema financiero, en especial de sus cuentas en el [...] Bank; y, a su vez, el imputado [...] ha venido pagando la deuda contraída con dicho encausado.

Que la empresa Hotel [...] Sociedad Anónima, al año mil novecientos noventa y siete, tiene deudas a largo plazo con el sistema financiero nacional y celebró un arrendamiento financiero para la ampliación del hotel con una segunda torre, así como fluido de ingresos relacionados con las operaciones comerciales propias de su giro; que el informe pericial contable de fojas diez mil novecientos seis, ratificado a fojas doce mil ciento ochenta y dos, acredita no sólo que las empresa Hotel [...] y [...] estaban operativas y que la primera registra deudas financieras sustantivas a consecuencia de su actividad mercantil pero a través de transacciones propias de la actividad bancaria, sino que tanto el valor de la transacción referida a la venta de participaciones de [...] era razonable en función al valor del negocio en su conjunto, cuanto que todas las operaciones realizadas por ambas empresas tienen sustento documentario.”

(Sala Penal Permanente de la Corte Suprema/R.N. Nº 2202-2003/Callao, del 23 de mayo de 2004).

En el presente caso, del *extremo absolutorio* podemos advertir cómo mediante prueba indiciaria se puede concluir la falta de elementos de prueba suficientes para determinar la responsabilidad penal del agente en el delito de lavado de activos.

La construcción de los fundamentos de la absolución reposan precisamente en la antítesis de los postulados que sirven de prueba indiciaria para imputar delito de lavado de activos, por ejemplo: “*existencia de negocios lícitos*”, “*explicación razonable sobre los montos y transacciones de dinero*”, “*justificación en el aumento de capital*”, “*usodel sistema financiero de modo adecuado*”, entre otros.

b. Caso condenatorio

A continuación presentamos el extracto de una sentencia en la que se desarma la prueba indiciaria construida por la defensa del investigado, en base a *contraindicios*.

“A. *Con relación a la imputación por lavado de activos:*

Cuestión previa. Para efectos de la determinación de la responsabilidad del Acusado “X”, respecto a la imputación fiscal por lavado de activos, la Sala estima que si bien la imputación está vinculada al supuesto fáctico constituido por el crecimiento desmesurado de la Empresa “A”, en el periodo del 92 al 95, dicho crecimiento puede estar relacionado a la inyección de capitales de procedencia ilícita con anterioridad a dicho periodo. La valoración que se haga entonces respecto a actividades ilícitas, anteriores a dicho periodo, no implica desvincularse de la acusación fiscal, ni supone inobservar el principio de legalidad, teniendo en cuenta que:

a) La verificación del acto de lavado, a través de la Empresa “A”, en los términos de la imputación fiscal, se habría verificado en el periodo antes mencionado (supuesto fáctico). Empero, ello no es óbice para que en la valoración de la imputación el juzgador evalúe la existencia de hechos determinantes anteriores a dicho periodo; esto es, que los bienes de capital utilizados para constituir Empresa “A” pueden haberse obtenido por una actividad ilícita anterior.

b) La circunstancia que dichos bienes hayan sido generados con anterioridad a la vigencia del tipo penal de lavado de activos, no excluye la posibilidad que se utilice en un acto de lavado posterior a la vigencia del tipo penal, teniendo en cuenta el carácter secuencial y concatenado del delito en mención. Lo decisivo para fundar la responsabilidad por este delito, a nivel del tipo subjetivo, es el conocimiento por parte del agente de la procedencia ilícita del bien reciclado.

Formuladas estas digresiones, el análisis valorativo que hará el Colegiado incluirá el periodo de constitución de la Empresa “T”, para luego evaluar la constitución y crecimiento de la Empresa “A”.

Constitución de la Empresa “T”. La Sala considera pertinente precisar, que el acusado no ha podido sustentar con documentos los ingresos que formaron el capital social para la constitución de la citada empresa. En este contexto, los elementos de juicio que avalan tal afirmación son los siguientes:

(i) El propio dicho del encausado, quien en la sesión de audiencia de fecha 17 de noviembre de 2004, argumentó que por el transcurso del tiempo no existen archivos que acrediten la procedencia del dinero. En este sentido, la declaración del acusado se ve corroborada con el Informe Contable N° 26-10-97-DINANDRO, el cual guarda relación con el Informe Contable N° 39 – DIRF, su fecha 05 de agosto de 1983, en el cual se concluye que la Empresa “T” no cuenta con las operaciones realizadas durante los ejercicios contables de 1980 a 1981, hallándose incompleta la correspondiente al año de 182, tal como se advierte de fojas 53,826 del Tomo J – 3.

(ii) Aunado a ello, en los años precedentes a la creación de la citada empresa, el Acusado “X” contaba con menos de 18 años de edad, habiendo sido separado de la Escuela de la Fuerza Aérea mediante Resolución Ministerial N° 593 – 75/ AE de fecha 22 de abril de 1975 y dado de baja con Resolución Ministerial N° 1724-76/ AE, de fecha 18 de octubre de 1976. Hecho que es corroborado con el Oficio Reservado U – 50 SGFA - CIO 736 que obra en autos de fojas 78,940 a 78,941.

(iii) Además, es importante precisar que años antes a la creación de la citada empresa, se produce la muerte del padre del acusado, señor “Y”. A los familiares sobrevivientes no se les otorgó ningún pago de seguro o indemnización, tal como se advierte del Oficio N° 108-2005 -PROMIEN - MINSAs, el cual adjunta la Resolución N° 877 -77 -SA, que obra en el Tomo T – 4, anexo 26 del Parte Ampliatorio N° 25-11-97– DINANDRO que obra a fojas 2,838 del expediente.

(iv) Por otro lado, no obstante que el Acusado “X” ha manifestado que la citada empresa le reportó utilidades, debe mencionarse además que las mismas fueron producto de los seguros cobrados a raíz de los accidentes que sufrían las aeronaves, no siendo sólido el fundamento que dichos accidentes hayan sido consecuencia de acciones

terroristas. En este sentido, el Colegiado considera que este tipo de acciones constituyen una modalidad propia de las organizaciones delictivas para darle apariencia legal al dinero proveniente de actividades ilícitas, reinsertándolos en el mercado financiero para evadir todo tipo de control. Indicio claro está que debe ser corroborado con otros indicios contingentes.

(v) Por otro lado, es de precisar que el Acusado “X” sustenta en forma reiterada durante el desarrollo del proceso, su solvencia económica tomando como referencia el Parte Ampliatorio N° 25-11-97– DINANDRO. No obstante, el Colegiado concluye que dicho documento carece de valor probatorio, por las razones que a continuación se detallan:

En el citado documento no se acredita instrumentalmente el aporte de los socios fundadores de la Empresa “T” para su constitución en el año de 1980. En este sentido, la Sala considera que la señora “W” viuda de “Y” no se encontraba en posibilidades económicas para aportar los S/.800,000.00 nuevos soles iniciales para la conformación de la Empresa “T”, toda vez que ésta recibía una exigua pensión por viudez. Asimismo, el aporte de los S/.50,000.00 mil soles por parte del Acusado “X” no se sustenta en actividades lícitas o trabajos estables ya que el citado encausado había sido recientemente separado de la Fuerza Aérea.

Asimismo, en el citado parte no obra documento alguno que avale la procedencia de los US\$ 23,855.00 dólares americanos, con los cuales la Empresa “T” adquirió su primera avioneta en el año de 1980, ni tampoco el aumento de capital social que con fecha 12 de febrero del año en mención se realizó por parte de los socios, el cual se vio incrementado en S/.14,000.00 soles adicionales.

En este contexto, el Colegiado precisa que si bien el Acusado “X” ha venido sosteniendo que dicho aumento de capital provenía del cobro del seguro por el siniestro de la avioneta de matrícula OB – 1189, esta versión queda desacreditada ya que la aseguradora recién hizo efectivo el pago en abril de 1982, es decir, cerca de dos años posteriores al incremento del capital social de la Empresa “T”.

(Corte Superior de Justicia de Lima/Primera Sala Penal Para Procesos con Reos en Cárcel/Expediente N° 24-2001, Sentencia de fecha 19 de diciembre del 2005).

1.2.5. Función

Respecto a la *función* de la prueba indiciaria para la construcción de lo que se desea demostrar en la investigación de lavado de activos, Madinger ha sostenido: “Pero, ¿cómo establecemos que las operaciones, de cualquier forma que las realicen, provienen de una actividad ilícita específica? La prueba indiciaria puede ser utilizada para relacionar los fondos y la actividad ilícita específica. Aquí es donde la investigación de casos de lavado de activos sigue una estrategia de “dos pistas”: Pista uno es la prueba de la transacción financiera, y pista dos es la prueba de la infracción subyacente. Dado que estas dos aproximaciones usualmente requieren diferentes técnicas de investigación, las cosas se pueden complicar un poco. Las Cortes han acordado que la prueba indiciaria puede ser utilizada para establecer que el dinero proviene de una actividad ilícita específica”¹⁶.

Tal dato es indispensable para poder construir y desarrollar la prueba indiciaria en el plano operativo. En esa misma línea, Stessens opta por reconocer que más allá de la simple tecnicidad de su utilización, se debe acudir a ella en base a toda la información que se ha recabado en la investigación: “Aun cuando el hecho que un investigado pueda haber concebido sospechas acerca del origen de los ganancias no sea técnicamente suficiente para imputarle directamente un delito de lavado de activos doloso, es preciso señalar que esa información, donde aparezca, puede algunas veces ser usada como prueba indiciaria para inferir tanto dolo directo como dolo eventual¹⁷”.

1.2.6. Parámetros probatorios

Es evidente, claro está, que la prueba indiciaria que se proponga demostrar el delito de lavado de activos ha de concebirse dentro de los *parámetros mínimos probatorios*. Dichos alcances son resaltados por Toyohama Arakaki, quien refiere: “En las investigaciones fiscales por delito de lavado de activos deberá considerarse la necesidad de contar con indicios que acrediten la existencia del delito y la responsabilidad penal del procesado, los que deberán ser suficientes como para que el juzgador decida

¹⁶ MADINGER, John. “*Money Laundering: A Guide for Criminal Investigators*”, CRC Press, 3th edition, New York, 2012, p. 27. Cabe señalar que el autor utiliza las siglas SUA para referirse a “*specified unlawful activity*” cuya traducción es “*actividad ilícita específica*”.

¹⁷ STESENS Guy; “*Money Laundering - A New International Law Enforcement Model*”. Cambridge studies in international and comparative law. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 2000, p. 126

iniciar la investigación judicial. Los indicios que se deberán obtener en la investigación tendrán que ser objetivos, suficientes, razonables, no contradictorios y legítimamente obtenidos. (...) Los indicios que se deberán tener en cuenta en las investigaciones por delito de lavado de activos giran en cuanto se refieren a las operaciones bancarias sospechosas o inusuales, los desbalances patrimoniales detectados, la ausencia de actividades económicas lícitas, la presencia de actividades lícitas pero insuficientes para la generación de los activos que poseen, así como la vinculación existente con el delito que genera los activos, que generalmente se trata del tráfico ilícito de drogas u otros propios de la criminalidad organizada, así como otro tipo de indicios que se puedan presentar en el caso penal”¹⁸.

Continuando con el diseño trazado, tenemos que resaltar que en una investigación el Fiscal no sólo deberá recabar o recolectar información valiéndose de las medidas establecidas procesalmente a su alcance, sino que deberá realizar una ardua *tarea de verificación y contraste* sobre las pruebas obtenidas del investigado. Ello parte por entender su importancia por dos razones importantes, el primero dado por el *principio de objetividad* (inciso 2 del artículo IV del Título Preliminar del N.C.P.P.) toda vez que el titular de la carga de la prueba ha de verificar si el acerbo probatorio presentado por la defensa se encuentra amparable en derecho¹⁹, y el segundo, por la alta probabilidad que dicha información al presentar una sola vulnerabilidad podría tener un “*efecto dominó*” sobre el resto de pruebas.

Piénsese en la remisión de gran cantidad de documentación contable presentada por el investigado y con ella, más miles folios para revisar. Sin embargo, al advertirse una sola página de alguna minuta levantada en protocolo notarial “*sin firmas*” o de fechas de certificación notarial “*anteriores*” a la fecha de elaboración del documento original, abrirían la posibilidad de sostener que gran parte de dichas pruebas podrían ser documentos falsos, por lo que el caso puede empezar a armarse sobre esa base. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse mediante prueba indiciaria sólo la mera

¹⁸ TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel. “*La Prueba Indiciaria y el Delito de Lavado de Activos; Análisis y Comentarios a la Ejecutoria Suprema R. N. Nº 2202-2003-CALLAO*”; en *Diálogo con la Jurisprudencia*, No 145, Octubre 2010, Año Nº 16, p. 246.

¹⁹ *Cfr.* BOVINO, Alberto. “*Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 216; quien comenta, a modo de ejemplo, que si el fiscal norteamericano, en su actividad persecutoria oculta prueba que puede servir para la defensa, la condena, si es obtenida, será revocada, porque el fiscal impidió que la otra parte presentara el caso del modo más conveniente para el interés del investigado.

realización de alguna de las modalidades de lavado de activos, sino que además debemos acudir en búsqueda a través de ella de la *responsabilidad penal* del investigado.

Ha sido Lamas Puccio quien fundamentalmente ha mostrado preocupación de hacer esa diferenciación: “No se trata sólo de una verificación a través de alguna forma de participación directa en cualquiera de las conductas tipificadas en la ley (conversión, transferencia, encubrimiento, ocultación, posesión o adquisición), sino de demostrar un margen importante de intencionalidad y responsabilidad en la participación o práctica de cualquiera de estas diligencias²⁰”. También es menester resaltar que el manejo de la *recopilación de los indicios* debe obedecer a patrones o estándares que permitan brindar objetividad y legitimidad a la prueba indiciaria. Así, en torno a la Auditoría Forense, Cano C. y Lugo C. sostienen: “Las evidencias se convierten en pruebas legales para acusación si cumplen con los siguientes requerimientos de ley:

- Ordenadas por un juez competente para investigar y recopilar evidencias.
- Obtenidas bajo un sistema técnico de investigación y planificación.
- No haber cometido errores o mala práctica por negligencia o inexperiencia.
- No deben ser recopiladas en forma tendenciosa o maliciosa para incriminar a alguien.
- No debe obtenerse evidencia por un solo investigado.
- Documentar ampliamente paso a paso los diferentes procedimientos.
 - Fecha, hora y lugar
 - Nombre de los investigadores
 - Relación de las evidencias y declaraciones juradas
- Cualquier falla en el proceso de recopilación y obtención de evidencias puede anular la investigación y las evidencias pueden ser descartadas por la fiscalía, el juez o la defensa que puede interponer una contrademanda o pedir la anulación del juicio²¹”.

Un problema que muchos operadores han enfrentado en el análisis es la imputación residual por delito de lavado de activos respecto de delitos de defraudación

²⁰ LAMAS PUCCIO, Luis; “*Tráfico de drogas y lavado de dinero*”, Servicios Editoriales Didi de Arteta S.A., Lima, 1992, p. 106

²¹ CANO C., Miguel/LUGO C., Danilo, “*Auditoría Forense en la Investigación criminal del lavado de dinero y activos*”, Esfera Editores, Bogotá, 2004, p. 19

tributaria²². Y es que precisamente nuestro país ha seguido un proceso de formalización tributaria que le ha permitido alcanzar estándares internacionales para la creación de espacios para la inversión extranjera, no obstante ello, tal como lo advierte precisamente el Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, aún una de las principales vulnerabilidades estructurales es la “*Informalidad Económica*”, es decir, gran parte del grupo de los ciudadanos de a pie todavía no regulariza sus negocios, no emiten facturas ni boletas, no presentan declaraciones juradas, no cuentan con licencias de funcionamiento, entre muchos otros.

Nada ajeno a la realidad resulta la situación que genera los delitos de defraudación tributaria como fuente generadora de operaciones de lavado de activos, bajo esos alcances Lamas Puccio refiere lo siguiente: “Una base importante para poder operar o dar inicio a una investigación conducente a descubrir esta clase de delitos, es la que proporciona medios tributarios o fiscales correspondientes. En algunos países los procesos penales por evasión de impuestos se ha desarrollado lo que se conoce como la teoría del patrimonio neto. Esta teoría relacionada más que todo a la comisión de delitos contra los ingresos del fisco establece que, si se puede demostrar que durante un periodo fiscal determinado el patrimonio neto de una persona ha aumentado en un monto mayor al de los ingresos que declara, se puede ingerir que tal exceso representa ingresos no declarados y objetos de investigación²³”.

1.2.7. Tratamiento en la Jurisprudencia

Mediante el Acuerdo Plenario Nº 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la República estableció como Precedente Vinculante el fundamento jurídico cuarto de la Ejecutoria Suprema R.N. Nº 1912-2005/Piura, donde se establecieron los presupuestos materiales de la *prueba indiciaria*, necesarios para enervar la presunción constitucional de inocencia:

²² Cfr. Acuerdo Plenario Nº 02-2009/CJ-116, sobre el desarrollo jurisprudencial más consolidado y reciente en el tema “*Regulación Tributaria*”; en la doctrina por todos cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Felipe. “*Las modalidades del delito de defraudación tributaria*”, en “*20 Años de Vigencia del Código Penal peruano*” PARIONA ARANA, Raúl (Dir.) Grijley. Lima, 2012. pp. 609-648; SAN MARTÍN CASTRO, César; “*Estudios de Derecho Procesal Penal*”; Grijley, Lima, 2012, pp. 577-604

²³ LAMAS PUCCIO, Luis “*Tráfico de drogas y lavado de dinero*”, Servicios Editoriales Didi de Arteta S.A., Lima, 1992, pp. 106-107

“Cuarto: Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos Pahn Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, **(a)** éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, **(b)** deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, **(c)** también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son–, y **(d)** deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar– pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera –esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe–; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo”.

Debe resaltarse que estos parámetros sirven para fortalecer el estándar de suficiencia de la prueba indiciaria de modo general, y que válidamente debe ser recogido para la construcción de prueba indiciaria en un caso de lavado de activos.

Es decir, partir de un '*hecho base*' que se quiera probar (por ejemplo, incremento inusual de patrimonio o conexión indirecta con actividades criminales), que a su vez se encuentre sustentado por una '*pluralidad de indicios*' (boletos de viajes a destinos que coinciden con los de narcotraficantes, llamadas telefónicas que los vinculen, aparición de tatuajes que lo identifiquen como miembro de una organización, fotografías del agente en conversación con personas investigadas, entre otros) y sobre todo que se refuercen entre sí y no excluyan los unos de los otros, aquí podríamos terminar con el siguiente razonamiento: "*no basta una ingente cantidad de indicios sino un razonable cúmulo de indicios pero de calidad*".

Por otro lado, conforme aparece en el fundamento jurídico trigésimo cuarto del Acuerdo Plenario Nº 03-2010/CJ-116, se debe tomar como indicios para la construcción de prueba indiciaria en los casos de delito de lavado de activos lo siguiente:

- A. Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un ***incremento inusual del patrimonio*** del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etcétera.
- B. Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, ***dinámica de las transmisiones***, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificar estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferro, etcétera.

- C. La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable *insuficiencia de negocios lícitos* que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.
- D. La *ausencia de una explicación razonable* del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darle o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios –tal situación, conforme aclaró la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen-.
- E. La constatación de algún *vínculo o conexión con actividades delictivas* previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Ese vínculo o conexión – contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delitos graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción- ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relacionados con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de aumento de patrimonio, durante el periodo de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.

Respecto al incremento patrimonial, encontramos autores como García Cavero que lo denominan “*cambio de situación económica*”, quien explica: “El incremento injustificado del patrimonio se considera un indicio de que la fuente de riqueza sea la comisión de un hecho delictivo que genera ganancia. La jurisprudencia nacional ha calificado a este indicio como especialmente útil en la prueba del delito de lavado de activos, mientras que en otros países se ha utilizado especialmente en delitos tributarios. Se toman en consideración, en concreto, hechos como el manejo de grandes cantidades de dinero inusuales en las prácticas comerciales ordinarias, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o la constatación de algún vínculo con

actividades delictivas que generen ganancias”²⁴. En el mismo sentido, Miranda Sánchez ha sostenido: “El incremento patrimonial que ha presentado en un lapso de tiempo, por lo general en el 99% de todos los casos quienes están vinculados a la actividad de legitimación de capitales, no puede justificar el dinero que tienen ni las propiedades que tienen. Entonces surge aquí también un apoyo o herramienta procesal importante, recomendada por la Convención de Viena y que ha sido denominada, a mi parecer, erróneamente como inversión de la carga de la prueba patrimonial²⁵”.

1.3. Prueba indiciaria y tendencia interna trascendente

1.3.1. Los delitos de tendencia interna trascendente

Según Bramont-Arias Torres: “Los delitos de tendencia interna trascendente requieren de un motivo o finalidad que trasciende la mera realización dolosa de la acción. En otras palabras intensifica su acción²⁶”. Nuestro panorama *político-criminal* ha demostrado su uso en algunos delitos de configuración internacional, así por ejemplo, la modalidad de posesión con fines de comercialización, en el delito de Tráfico Ilícito de drogas, establecido en el segundo párrafo del artículo 296° del Código Penal señala: “*El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito (...)*”.

De otro lado, el delito de Trata de Personas, regulado en el artículo 153° del Código Penal, modificado por Ley N° 28950, publicada el 16 enero 2007, es otro claro ejemplo de delito de tendencia interna trascendente: “*El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la*

²⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. “*La prueba indiciaria en el proceso penal*”. ARA Editores, Lima, 2011, p. 68

²⁵ MIRANDA SÁNCHEZ, Rosendo, “*Legitimización de capitales y técnica de investigación*”, en AAVV, “*Lucha contra el Narcotráfico: Un reto global*”, Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, Lima, 2000, p. 81.

²⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, “*Manual de Derecho Penal – Parte General*”, Eddili, Cuarta edición, Lima, 2008, p. 221.

esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos (...)”.

Dicha naturaleza jurídica de su estructura fue incluso consolidada en el fundamento jurídico décimo quinto del Acuerdo Plenario Nº 03-2011/CJ-116: “En efecto, el delito de trata de personas (...) es un delito de tendencia interna trascendente donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar el dolo con que éste actúa (...)

Por último, el delito de Colusión, el cual sufrió dos modificatorias a su texto el año 2011, originado por el intenso debate político-criminal sobre los efectos de establecer un delito de resultado o un delito de peligro y de tendencia interna trascendente. De este modo, el texto actual del primer párrafo del artículo 384° del Código Penal, modificado mediante Ley Nº 29758, publicada el 21 julio 2011, señala: “*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierne con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)*”.

Precisamente, además de ser un delito de peligro abstracto, esta modalidad del delito de Colusión ha quedado armada típicamente como un delito de tendencia interna trascendente donde el agente deberá realizar la conducta típica con la finalidad de defraudar el Estado o entidad u organismos de éste, según ley. Así pues, es que observamos la voluntad del legislador nacional de ceñirse en estricto a los lineamientos establecidos en algunos de los principales instrumentos internacionales, tales como la Convención de Viena de 1988, Convención de Palermo de 2000, y de sus dos Protocolos Adicionales, entre ellos el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños”, *and last but not least* la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

1.3.2. Su facilitación probatoria en la investigación

Podemos concluir que los *delitos de tendencia interna trascendente* procuran llevar las finalidades delictivas de los agentes al ámbito de la tipicidad subjetiva, el cual está comprendido en la mayoría de los casos por el dolo, y estando a que el dolo se

acredita o constata a través de “*prueba indiciaria*”, su uso incuestionablemente facilita la actividad probatoria en la investigación por las siguientes razones:

- 1) Evita a la investigación la pesada tarea de buscar elementos de prueba que corroboren la materialización de algún resultado producido por el delito, sobre todo de delitos de carácter transnacional y de difícil detección.
- 2) Facilita a la investigación la recolección de los medios de prueba, pues requerirá de la investigación más agudeza y minuciosidad, pero sin entrapamientos y obstaculizaciones.
- 3) Proporciona a la investigación iniciarse de forma adecuada en la calificación jurídica, señalamiento de diligencias, control de plazos, entre otros, con la proyección de una adecuada y sólida teoría del caso que eventualmente será llevada a juicio oral.
- 4) Permite a la investigación concentrar sus fuerzas en otros objetivos, también importantes y urgentes, como por ejemplo las medidas procesales reales.

En palabras de Ruiz Rodríguez: “En definitiva, la utilización de elementos subjetivos específicos distintos del dolo en los Códigos y Leyes penales debe responder al criterio de excepcionalidad ya que, como se ha visto, se trata de hacer intervenir al sistema penal en supuestos extremos, supuestos que se encuentran en la misma línea divisoria entre lo punible y lo impune, frontera donde las garantías materiales y formales del sistema deben funcionar siempre con todo rigor²⁷”. Por ende, podemos afirmar que ha sido un acierto del legislador brindar nuevamente al delito de lavado de activos una configuración, no sólo de delito de peligro abstracto²⁸, sino también de “*delito de tendencia interna trascendente*”, en tanto en cuanto, se trata de un caso excepcional que

²⁷ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. “*Encubrimiento y receptación. Los específicos elementos subjetivos del injusto*”, en AAVV, “*Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam*”, Vol. II, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 609

²⁸ Resulta muy útil recordar aquí los fundamentos brindados para la solicitud de la Reparación Civil en los *delitos de peligro*, y que han sido desarrollados en el fundamento jurídico décimo del Acuerdo Plenario N° 06-2006-/CJ-116: “A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aun cuando es distinto el objeto sobre el recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados”.

ofrece al Ministerio Público mejores alcances en la tarea de búsqueda de elementos de prueba de este delito.

CAPÍTULO II

La prueba prohibida

Juan Carlos Portugal Sánchez^{29 30}

2.1 A título de introducción

Es tema recurrente en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional los estudios y trabajos relacionados al derecho a la prueba, a sus ámbitos de interpretación y al análisis que desde los criterios de ponderación, ante un conflicto existente, se han desarrollado sobre ellos. Se hallan entre los más clásicos aquellos referidos a la problemática presente entre el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la inviolabilidad de domicilio frente al concepto abstracto e indeterminado de verdad judicial y/o trascendencia de la relevancia pública de la información.

Aunque ciertamente este análisis sea útil, no es el único escenario en donde existe tensión entre dos derechos o garantías; son varios los escenarios que graficaremos en el presente trabajo para una mejor comprensión. Veremos en este marco de análisis el concepto de prueba prohibida, los límites constitucionales y legales a su regulación, y, naturalmente, las excepciones presentes sobre el particular, analizados desde la definición brindada por la academia con el apoyo de la múltiple casuística. Asimismo, estudiaremos el marco legal peruano en torno a su regulación.

2.2. El derecho a probar

En el marco de un debido proceso penal, el derecho a la prueba constituye una de las máximas expresiones del ejercicio democrático del *ius puniendi* estatal. Contribuye, a partir de la información producida a través de ella, a la construcción de una decisión

²⁹ Miembro del Centro de Derecho Procesal Penal de la USMP. Abogado por esta misma casa de estudios. Maestrando en Ciencias Penales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de especialización en Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional Humanitario y Justicia e Impunidad por la American University Washington College of Law, y en Argumentación Jurídica por la UNMSM. Especialista en Litigación Oral por la UNAULA, Colombia. Con estudios de especialización en Contraexamen a testigos frágiles, informantes y policías por la California Western School, EE.UU. Docente de los cursos de Análisis Jurisprudencia Penal-Procesal Penal y Bases de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la USMP. Ex docente del curso de Técnicas de Litigación Oral en la Facultad de Derecho de la UPSJB. Ex coordinador de la Cátedra Luis Alberto Bramont-Arias de la Facultad de Derecho de la UPSJB. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Abogado litigante en asuntos penales y constitucionales, expositor en congresos, diplomados y cursos referidos al Nuevo Código Procesal Penal. Autor de diversos artículos jurídicos en revistas jurídicas nacionales. Miembro honorario del Colegio de Abogados de Apurímac y del Colegio de Abogados de Huánuco.

³⁰ El presente artículo cuenta con la colaboración de Sheyla Cusi Fabián, estudiante del IX Ciclo de la Facultad de Derecho de la USMP.

judicial más justa y legítima. Y es que el lenguaje del juicio, en palabras de Maurice Baytelman y Duce, será siempre el lenguaje de las pruebas; solo mediante esta y a través de esta, se obtendrá una decisión fundada en Derecho.

Consiste en el derecho constitucional implícitamente reconocido a todo sujeto procesal que participa en una investigación y proceso penal, de producir evidencia o prueba, de cargo o de descargo, para formar la convicción del juzgador acerca de la existencia o inexistencia de un determinado suceso. En ese mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 06712-2005 (Caso Magaly Medina), precisando que:

“Una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se garantiza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente (...)”

Como garantía constitucionalmente genérica, su ámbito de tutela normativa trascienden a todo tipo de investigación o procesal estatal, no situándose únicamente en el ámbito penal. Significa, en definitiva, que sus efectos jurídicos se extienden de la misma manera al ámbito arbitral, administrativo, castrense, universitario, político, entre otros.

En esa línea de ideas, como acertadamente afirma Luciano Castillo:

“Que las partes tengan el derecho a probar un hecho, significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de pruebas relevantes y admisibles para apoyar su versión en el litigio. Para parte que alega un hecho significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuenta; para la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos derechos”³¹.

³¹ TARUFFO, Michele. La prueba. Traducción de Laura Manrique y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 56.

2.2.1 Contenido esencial del derecho a probar

Como todo derecho de rango constitucional, el derecho a la prueba ofrece un ámbito esencial de protección constitucional, integrado por elementos que se relacionan e integran entre sí. Son los siguientes:

- El derecho de ofrecer o postular prueba destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba.
- El derecho de admisión de estas pruebas
- El derecho de actuación probatoria
- El derecho de conservación o inalterabilidad de la prueba
- El derecho de valoración, en forma adecuada, suficiente y razonada de las pruebas postuladas, admitidas, actuadas e incorporadas para su actuación.

El contenido esencial del derecho fundamental a probar, en palabras de Luciano Castillo, posición que compartimos, se traduce en la facultad de las partes de recurrir al Estado para exigir o peticionar la actividad probatoria, la cual debe concretizarse y ejecutarse en las mejores condiciones y garantías de eficacia, en los ámbitos de la producción, ofrecimiento, admisión, conservación, actuación y valoración fundamentada de la prueba³².

Nos referiremos concretamente a cada uno de ellos:

a. Derecho a ofrecer medios de prueba: Consiste en el derecho de ofrecer, postular y/o presentar los medios probatorios necesarios bien para acreditar cada una de las afirmaciones fácticas bien para contrarrestar aquellas deducidas por la parte contraria. Supone, en definitiva, en líneas del maestro Michelle Taruffo:

“Que las garantías procesales de las partes serian meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio. Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al

³² CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. La prueba prohibida. Su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en la jurisprudencia. Gaceta Jurídica, 2014, p. 27

debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes”³³.

El Código Procesal Penal del año 2004 regula el derecho a ofrecer medios de prueba necesarios para la defensa en el artículo IX de su Título Preliminar, al señalar el derecho *a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas en la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes.*

Como expresamos líneas *supra*, al ser el derecho a la prueba un derecho de configuración legal, este no es absoluto, ilimitado o a discreción de su oferente. Es pues la ley, quien establece el modo y la forma como se ofrecerán y admitirán estas; y es tu texto expreso también el baremo de control que todo juez debe realizar. Expresiones de ello lo encontramos en el artículo 155 y 156 de Código Procesal Penal, al momento de regular la pertinencia³⁴, conducencia³⁵, utilidad³⁶, preclusión³⁷ y licitud³⁸ de la prueba, requisitos que, de un lado, constituye un carga de deber argumentativo por parte de quien la ofrecerá; y del otro, un límite a su admisión indiscriminada y sesgada a cargo de los jueces.

Otra muestra clara de ello lo encontramos en la regulación legal recaída sobre las reglas probatorias de la prueba nueva en juicio de primera instancia (artículo 373 numeral 1 y 2), prueba en segunda instancia (artículo 422.2) del Código Procesal Penal, cuyo texto señala de modo expreso que solo se admitirán los siguientes medios de prueba: a) los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; b) los

³³ TARUFFO, Michele. Ob. Cit., p. 56.

³⁴ Artículo 155.2 del Código Procesal Penal le prescribe al juez la obligación de excluir la prueba que es impertinente. “La pertinencia exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto del proceso”, y aquello que se pretende acreditar es el denominado “tema de prueba” (thema probandum), es decir, aquel conjunto de hecho concretos que constituyen en concreto proceso “objeto de prueba”. En ese sentido, el artículo 156.1 del NCPP prescribe: “son objeto de prueba los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

³⁵ Está regulada en la parte in fine del artículo 155.2 del NCPP. Para García Rada “la idoneidad es la adecuación de la prueba al objeto perseguido por ella. Si se trata del delito de lesiones, es idóneo acreditarlas mediante certificado médico, no lo será pretender hacerlo con testigos”.

³⁶ utilidad del medio de prueba, es decir, la vinculación que hay entre la prueba y el objeto del proceso. Este presupuesto está también regulado en la parte final del artículo 155.2 del NCPP.

³⁷ En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios; pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria. Sobre la pertinencia, el Código Procesal Penal confiere a la defensa la facultad de utilizar medios de prueba, siempre que sean pertinentes (art. IX T.P.). La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere que el aporte probatorio sea pertinente (art. 352.5.b, CPP); en caso contrario, el juez las excluye mediante auto motivado art. 155.2, CPP).

³⁸ Finalmente, cuando a la licitud de los medios de prueba, estos no pueden ser admitidos si se han obtenido violando el contenido esencial de los derechos fundamentales o violando la legalidad procesal.

propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y, c) los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

b. El derecho de admisión de la prueba: Consiste en que los medios ofrecidos por las partes deben ser admitidos o rechazados, bajo los límites y condiciones *supra* señaladas. Sobre el mismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“Se vulnera el derecho a la prueba cuando estos son denegados sin cumplir los presupuestos de admisibilidad, aunque también recalca que no siempre el órgano jurisdiccional está en la obligación de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido admitidos. En ese sentido, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no son pertinentes, legítimos, útiles, así como manifiestamente excesivos”³⁹.

c. El derecho de actuación probatoria: Consiste en la actividad probatoria realizada por el juez bajo los principios de inmediación (en vivo y en directo, sin intermediarios, entre el juez y los sujetos procesales, entre el juez y la prueba), oralidad (como máxima expresión de un sistema acusatorio), concentración (las audiencias se desarrollarán sucesivamente, de forma ininterrumpida), publicidad, con ciertas excepciones (no hay mayor democracia que un Derecho Penal en donde se permita el control de la opinión pública en las sesiones de audiencia), y el principio de contradicción, realizada en el marco de un juicio oral, expresada, entre otros, por ejemplo, a través del examen, contraexamen, reexamen y recontraexamen, debate pericial o también al momento de oralizar documentos.

d. El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba: Supone el aseguramiento de la producción de la prueba y la conservación de la misma. En cuanto a la primera, la producción o actuación de la prueba, una vez admitida la prueba esta tiene que actuarse, le corresponde al juez hacer cumplir dicho cometido, para ello está dotado de los mecanismos legales como las medidas coercitivas para hacer comparecer a testigos, peritos o agraviados renuentes a prestar sus declaraciones, tal como lo prescribe el artículo 379.1 del Código Procesal Penal. En ese sentido, el titular no solo tiene el derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos, sino, además, a que su actuación no sea defectuosa, arbitraria o irregular, es decir, a que sea conforme con una serie de principios

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 6712-2005-HC/TC

que delimitan su contenido y regulan su ejercicio, como el de publicidad, contradicción, intermediación, comunidad y colaboración, sin olvidar las particulares cuestiones de cada caso concreto y los principios de equilibrio, razonabilidad y motivación adecuada⁴⁰.

Sánchez Carrión nos propone algunos ejemplos de infracción a este derecho, en cuanto a este primer elemento, cito:

- Cuando a pesar de establecer claramente la norma la solución al a práctica de la prueba en un supuesto concreto, el órgano judicial adopta una decisión contraria a la práctica de dicha prueba, ocasionando indefensión constitucional.
- Cuando, admitida una prueba, no se practica a causa de una inactividad achacable en exclusiva al órgano judicial.
- Cuando admitida inicialmente la práctica de una prueba, el órgano judicial deniega posteriormente dicha práctica mediante una nueva resolución, bien de oficio o a causa de algunos recursos de parte que le haga modificar su inicial decisión.
- Cuando la prueba admitida se practica fuera de la sede o del plazo legalmente prevista, a causa de negligencia de los órganos judiciales o del plazo legalmente previsto, a causa de negligencia de los órganos judiciales, y no se admite luego su unión a los autos o no se tiene en cuenta en la sentencia o resolución definitiva⁴¹.

El cuanto a lo segundo, aseguramiento y conservación de la prueba, involucra que toda autoridad judicial tome las previsiones de preservación y mantenimiento de la prueba ofrecida, hasta su correspondiente actuación. De ahí que importe un deber legal a cargo de los jueces, con respecto a la prueba ofrecida por el oferente, acerca de su inalterabilidad. Una muestra de ello lo encontramos en la regulación prevista para la prueba anticipada (242 y siguientes del Código Procesal Penal, y prueba pre-constituida, como las incautaciones de bienes u objeto relacionados con el delito (artículo 218), el registro de las comunicaciones objeto de intervención (artículo 231), el aseguramiento e incautación de documentos privados (artículo 233 y 234), entre otras medidas.

⁴⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Ara Editores, Lima, 2001, pág. 130. Citado en CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob. Cit., p. 31.

⁴¹ SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín. La vertiente jurídica constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español. En: Revista de Derecho Político. N. 42, Madrid, 1996, p. 195. Citado en CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob. Cit., p. 32.

e.- El derecho a la valoración y motivación de la prueba: Consiste en la exigencia constitucional para que los jueces mediante resolución debidamente motivada darán respuesta al ciudadano, del resultado de la valoración individual y conjunta de las pruebas ingresadas y actuadas en el proceso, con un criterio objetivo, razonable y ponderado; respetando las reglas de la sana crítica y basados en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos⁴².

Compartimos la posición del profesor Domingo García Rada con relación al concepto de valoración que debe recaer en toda decisión judicial. En su definición:

“Es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido”. Cada medio de prueba es susceptible de valoración judicial. No existe pauta que indique cuantos y cuales son necesarios para formar convicción. Escapa a la ley por ser operación en la esfera de lo espiritual. La valoración debe entenderse como un conjunto de operaciones mentales referentes al estado crítico de las pruebas actuadas en un proceso, tanto las aportadas por las partes como las adquiridas directamente por el juez. Es la actividad exclusiva del juez. Las personas del proceso son colaboradoras. Colabora con el juez el testigo que relata los hechos que vio, el perito que señala la naturaleza de una mancha, el inculpado que, al negar su autoría, ofrece datos sobre quienes pudieron ser los responsables, el agraviado que cuenta la forma como se desarrollaron los hechos, el Ministerio Público cuando interroga a los testigos, inculpado o agraviado, etc. Es decir, todas las personas del proceso -principales y auxiliares- colaboran con el juez en su tarea de formarse convicción. De la apreciación de la prueba depende que exista armonía entre sentencia y justicia. Vida, Honor y patrimonio del inculpados dependen de que el juez obtenga éxito en esta tarea⁴³”.

Así, en definitiva, el contenido esencial de esta manifestación a la valoración judicial de la prueba está relacionada a que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. Y esto, naturalmente supone un doble grado de exigencia judicial; en primer lugar, la exigencia del juez de no

⁴² CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob. Cit., p. 33.

⁴³ GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. Eddili, Lima, 1984, p. 185.

omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; esto es, prohibición a la omisión de valoración probatoria; y en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables, dentro de un razonamiento de argumentación que no únicamente se reduce a brindar razones, sino que estas además sea una información producida y actuada en juicio, con dosis de logicidad y coherencia. Solo así, y más allá de los gustos y finuras, una decisión judicial estará desprovista de razones de capricho y arbitrio.

2.3. La licitud como límite constitucional al derecho a la prueba

Como hemos señalado anteriormente, el derecho a la prueba no es absoluto ni ilimitado. Su límite, por excelencia, está íntimamente relacionado a la prohibición de valoración de aquella prueba obtenida con vulneración a los derechos fundamentales, bien en su obtención, recepción o valoración.

De un tiempo a esta parte, existe consenso dogmático en establecer cierto tipo de restricciones a este derecho, derivadas esencialmente tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión -límites intrínsecos-.

Así pues, en cuanto a la exclusión de la prueba por su anotada característica de licitud, la consecuencia jurídica que asume nuestro ordenamiento jurídico es su exclusión, en cualquiera de los escenarios que plantea nuestra norma adjetiva, esto es, de forma directa o indirecta, bajo la teoría del fruto del árbol envenenado. Veamos que nos propone nuestro sistema normativo.

2.4. La regla de exclusión en el ordenamiento jurídico peruano

Expresamente nuestra Carta Magna no reconoce de modo expreso el derecho a la prueba prohibida. Reconocer una categoría de prueba tóxica para el debido proceso significaría auspiciar una justicia ilimitada, discrecional en donde la verdad se obtenga a cualquier precio, a costa y en sacrificio de las libertades y garantías de todo ciudadano. Un Estado Constitucional, democrático y convencional de derecho es contrario a esta corriente.

Sí existe, sin embargo, dentro del ámbito de protección constitucional, límites materiales a su modo de obtención, uso y valoración. Uno de estos límites se encuentra constituido en la prohibición de obtener evidencia probatoria lesionando derechos fundamentales, o en buena cuenta, adquirirlas de manera ilícita en contravención con nuestro orden jurídico.

De un análisis sistemático de la Constitución Política, podríamos tímidamente destacar la regulación de dos disposiciones relacionadas indirectamente a ella. Veamos.

Artículo 2. Son derechos fundamentales

(...)

10) Derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados

“Las comunicaciones, telecomunicación o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”.

24. h) Derecho a la libertad y seguridad personales

“Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (...). Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

Ahora bien, como también es de la opinión Talavera Elguera, somos de la idea que su regulación no importa, *prima facie*, que no puedan existir otras disposiciones similares o que deban ser vistas como una nómina cerrada, cuando a que esta regla de prohibición se reduce únicamente a estos supuestos, y no cuando se trate de pruebas obtenidas con vulneración de otros derechos fundamentales distintos. Su regulación no involucra, en ese sentido, una exclusión de otras modalidades que casuísticamente puedan presentarse.

2.4.1 la regla de exclusión en el código procesal penal de 2004

Naturalmente, nuestro sistema procesal penal no ha sido ajeno al reconocimiento de la exclusión de la prueba prohibida, muy por el contrario, le ha otorgado una disposición autónoma tanto a nivel de su Título Preliminar como en las disposiciones sustanciales propiamente.

En efecto, El artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal intitulado “Legitimidad de la prueba” expresamente reconoce la licitud únicamente de aquellas pruebas obtenidas bajo un procedimiento legal y constitucionalmente válido, no obstante, hace una alusión especial de exclusión únicamente a aquellas obtenidas de manera contraria al contenido esencial que posee cada derecho fundamental, con lo cual, es ciertamente válido afirmar, a *contrariu sensu*, que sí es posible, al menos para su debate y deliberación, aquellas obtenidas lesionando el contenido o ámbito relativo a todo derecho. Sin duda una discusión académica que más adelante dilucidaremos.

A nivel del Título Preliminar su regulación literal es la siguiente:

1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Veamos su regulación en otras disposiciones contenidas en dicho cuerpo adjetivo.

Artículo 159

“El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Artículo 393

1. “El juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio”.

Como vemos, la fórmula usada en el Código Procesal Penal es de una naturaleza prohibitiva o mandatoria, aunque como expresamos en líneas anteriores, con cierta dosis de flexión en cuanto a la permisión de este tipo de prueba cuando se trata de

lesiones al contenido relativo (y no esenciales) de los derechos fundamentales, situación a ser resuelta por el operador judicial en cada caso concreto. Esta manifestación de permisión es permanentemente resuelta y legitimada por nuestro sistema judicial bajo la teoría del riesgo, de buena fe, descubrimiento inevitable y ponderación de intereses.

Entre tanto, el uso del término indirectamente supone la normativización del reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, esto es, que los efectos o consecuencias probatorias igualmente obtenidas productos de la obtención de una prueba ilícita (piénsese, por ejemplo, la ubicación de un arma o a la captura de determinadas personas producto de un testimonio a base de tortura, o el uso de mecanismos asfícticos o de amenaza para lograr que un funcionario público delate el pacto colusorio) son extensivamente excluidas y rechazadas de todo análisis y posterior valoración judicial.

2.5. Excepciones a la exclusión de la prueba ilícita

Las excepciones a la regla de la exclusión en la valoración de la prueba prohibida, en puridad, esencialmente desarrollada por la jurisprudencia norteamericana. A ellas nos referiremos.

a. Fuente independiente: Se presente cuando al acto ilegal, y a sus secuelas derivadas, puede llegarse, *prima facie*, de forma autónoma e independiente a través de otras evidencias probatorias desconectadas o desvinculadas con la violación constitucional producida, de manera que cuando exista la posibilidad de adquirirla mediante una *fuentes independiente*, entonces su contenido probatorio resulta válido.

En palabras de Talavera Elguera: “Aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado, se puede igualmente arribar a sus consecuencias por vías legales independientes”⁴⁴, o como señala Luciano Castillo: “En realidad la fuente independiente se fundamenta en la existencia de dos o más caminos de investigación y resulta que se considera fuente independiente aquella que no ha seguido el camino de la fuente considerada ilícita sino una alternativa. Por ejemplo, tras una declaración bajo tortura el sospechoso confiesa el lugar en el que se escondió el arma homicida, evidencia que naturalmente debe ser excluida debido a la invalidez de la declaración. Sin embargo,

⁴⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba Penal. Instituto Pacífico, 2017. Lima, p. 239.

paralelamente un testigo declara saber dónde está escondida el arma, información que permite encontrarla⁴⁵.

b. Descubrimiento inevitable: Se aplica cuando la actividad ilícita (ejemplo: allanamiento domiciliario sin orden judicial) y sus consecuencias (incautación de drogas) se hubieran conocido por otros caminos que, en el futuro, indefectiblemente se hubiesen presentado, prescindiendo de la actuación contraria a derecho (persona que presencio el ingreso de la droga al domicilio y estaba dispuesta a denunciarlo)⁴⁶. Dicho de otro modo, se produce cuando tarde o temprano, y de cualquiera forma, inevitablemente la prueba obtenida ilegítimamente es encontrada.

Si bien algunos tribunales la han rechazado sobre la base de que constituye un incentivo para que la policía actué ilegalmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos admitió para casos en que se acreditara por el Estado: a) Que la policía no había actuado de mala fe y con el propósito de acelerar la investigación, recurriendo a un medio ilegal; y b) que efectivamente la prueba no podía haber permanecido oculta⁴⁷.

El profesor Manuel Miranda Estrampes nos relata el origen de esta teoría. El origen de dicha excepción se sitúa en el caso *Nix v. Williams*, 467 U.S.431 (1984), en un interrogatorio ilegal el imputado confesó ser el culpable de un homicidio y condujo a la policía donde había enterrado a la víctima. Si bien se excluyó la confesión del imputado, no se aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal, ya que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios, según un plan que incluía la zona donde se localizó el cadáver⁴⁸.

Así, durante el juicio, la fiscalía probó que, al momento de obtenerse la declaración invalida, la zona donde se hallaba el cadáver estaba siendo rastreada por una gran cantidad de agentes policiales y colaboradores. La Suprema Corte norteamericana sostuvo entonces que el descubrimiento de esa prueba era inevitable, y que por lo tanto no existía entre la ilegalidad policial y la prueba un nexo de entidad suficiente como para justificar su exclusión. (<https://es.scribd.com/document/314269645/La-Prueba-pdf>)

⁴⁵ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob. Cit., p. 56.

⁴⁶ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. Cit., p. 240.

⁴⁷ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. Cit., p. 17

⁴⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Segunda Edición, revisada y ampliada. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 127.

c. Buena fe: De origen estadounidense, esta teoría se produce cuando bien por error bien por negligencia o ignorancia -el común denominador es la ausencia de intención- se lleva a cabo un acto procesal lesivo a una garantía constitucional. Es recurrente el uso de esta excepción en actos ejecutivos de allanamiento, intervenciones o registros corporales y requisas⁴⁹.

En esta perspectiva, Talavera Elguera -con acierto-, señala que esta excepción opera cuando la policía actúa de buena fe y en cumplimiento de una orden judicial aun cuando luego se determine que esa orden estuvo mal dictada. El fundamento que se ha dado para admitir esta excepción es que ningún sentido tiene intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiada en que obraba conforme a derecho⁵⁰. De esta manera, como señala Villegas Paiva:

“Con esta excepción, ya no se trata simplemente de limitar o excluir la eficacia refleja de la prueba ilícita, sino que la excepción de la buena fe actúa neutralizando la propia aplicación de la regla de la exclusión, admitiendo la utilización probatoria de aquellos elementos obtenidos directamente con violación de derechos fundamentales”⁵¹.

Mencionaremos algunos ejemplos para una mejor comprensión. En la STCE 22/2003, el Corte Suprema de los EE.UU analizó una presunta denuncia por violencia de género de una ciudadana (a la luz del caso, denunciante) en contra de su esposo. Según la denuncia, se trató de un supuesto de entrada y registro policial en el domicilio del detenido durante el cual se encontró un arma de fuego de propiedad del acusado. Sobre el particular, la sentencia apreció una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria considerando que únicamente el consentimiento prestado por la esposa era insuficiente para validar legalmente dicha intervención. Así, en su fundamento octavo señaló que:

“El consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto del

⁴⁹ Su origen se remonta al caso León Vs United States (1984), en donde por vez primera la Corte Suprema de los Estados Unidos asume y construye esta teoría. En dicho caso se analizó la validez de la prueba obtenida como consecuencia de una orden de allanamiento no sustentada en causa probable para su emisión, situación que ignoraban los policías que la llevaron a cabo.

⁵⁰ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. Cit., p. 243.

⁵¹ VILLEGAS PAIVA, Elki. La Prueba en el proceso penal: En: La regla de la exclusión de la prueba ilícita: Fundamento, efectos y excepciones. Pacífico Editores, 2015. Lima, p. 244-245.

titular de la inviolabilidad domiciliare, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa. Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido”.

En suma, la sentencia admite la introducción, actuación y valoración de esta prueba, no obstante, aunque reconoce que fue obtenida lesionando derechos (inviolabilidad de domicilio), no es menos cierto que reconoce también que como quiera que los agentes policiales habían actuado en la creencia de hacerlo lícitamente, sin representarse ni intencional (dolosamente) ni imprudentemente (culposamente) la lesión del derecho fundamental, esto es, de manera accidental, operaba la buena fe de estas sobre la evidencia. De ahí que la sentencia afirme que la exclusión probatoria de esta intervención, y los efectos derivados de esta (esto es, la incautación del arma), sea un remedio impertinente y excesivo.

Otro ejemplo lo encontramos en el caso Arizona Vs. Evans, en donde un agente policial, tras constatar vía informática que había una orden de detención contra el sospechoso procedió a su detención y durante su cacheo encontró marihuana. Con posterioridad se descubrió que la orden de detención había sido suspendida judicialmente pero nunca se había modificado el expediente automatizado. La Corte Suprema permitió, no obstante, que se presentaran las pruebas en contra del acusado al estimar que, en este caso, la actuación policial se llevó a cabo de buena fe, con fundamento en una información basada en un error del propio personal judicial.

Ahora bien, pese a que en nuestro de sistema de justicia viene acogándose esta posición, hay un sector importante de la academia, entre quien destaca Miranda Estrampes, para quien esta teoría no puede ser aplicable debido a la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Así, sostiene que lo verdadera relevante en la prueba ilícita no son las creencias de los concretos agentes actuantes (policiales o judiciales) sino la constatación objetiva de la violación de un derecho fundamental. Constatada su presencia la consecuencia debe ser la prohibición

de admisión y la prohibición de valoración de la prueba así obtenida pues está en juego la propia noción de proceso justo o equitativo (debido proceso)”⁵²

d. La ponderación de intereses en conflicto: Cesar San Martín Castro sostiene que tratándose de la lesión a un derecho fundamental material, no hay necesidad de acudir a juicio de ponderación alguno, en la medida que la doctrina de la exclusión de la prueba prohibida se construye en nuestro ordenamiento en términos absolutos; sí por el contrario, señala el autor, ocurre lo contrario cuando se trata de derechos fundamentales de naturaleza procesal, en donde el juicio de ponderación resulta de esencial importancia⁵³.

El profesor español Gálvez Muñoz ha postulado un conjunto de criterios para operativizar la ponderación. Estos son: a) la gravedad o entidad objetiva de la infracción; b) la intencionalidad del infractor; c) la naturaleza y entidad objetiva que tenga el hecho investigado por el infractor; d) la dificultad probatoria; e) la naturaleza rígida o flexible del derecho fundamental afectado; f) la inevitabilidad o no del descubrimiento de la prueba por medios lícitos; y g) las consecuencias de la aplicación de la regla de exclusión sobre otros bienes y valores dignos de protección⁵⁴.

e. Nexo causal debilitado: En definición de Gonzales Cussac, esta excepción opera allí donde, aunque establecida una relación causal, la imputación objetiva- o conexión de antijuricidad- se quiebra por la actuación voluntaria de alguien. Así, señala que en los supuestos de confesiones precedidas de intervenciones declaradas nulas; sin embargo, para que aquellas sean admitidas, han de estar informadas previamente de la declaración de nulidad de las anteriores diligencias, así como que ha de ser prestada libre y voluntariamente, esto es, sin presiones⁵⁵.

A manera de ejemplo, aquella persona que es intervenida ilegalmente y presta declaración preliminar, sin embargo, como quiera que el proceso de intervención fue declarado nulo, tal actuación fue invalidada, pero es el caso, que con posterioridad, en el juzgamiento, voluntariamente el procesado se presenta y presta declaración, inclusive con la aclaración de la ilicitud de su primigenia declaración. En este caso, concluye el autor,

⁵² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit., p. 65.

⁵³ SAN MARTIN CASTRO. Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal”. En: Proceso & JUSTICIA, N, 4, Lima, 2003, p. 64.

⁵⁴ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Navarra, Aranzandi, 2003, p. 125-126.

⁵⁵ GONZÁLEZ CUSSAC. José. La conexión de antijuricidad en la prueba prohibida. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 230.

la relación causal entre la actuación primigenia y la posterior no se ha roto, pero esta atenuada, justamente por la acción voluntaria e informada del imputado.

Sobre el mismo, explica el profesor Neyra Flores:

“Se argumenta que la confesión, en este caso, es un acto independiente sanador, que rompe la cadena con la lesión inicial, pero se debe tener en cuenta que si no hubiera dado la inicial afectación al derecho fundamental, no se hubiera dada la última prueba, por lo cual aún existe nexo causal”⁵⁶.

Graficamos lo dicho en líneas *supra* con el siguiente ejemplo que nos propone Castillo Gutiérrez⁵⁷, a propósito del caso Wong Sun. “A” es detenido ilegalmente por la Policía, e imputa en su declaración a “B”. Tras ello, la policía detiene a “B”, incauta droga en el registro de su domicilio, y este inculca a “C”, este concurre voluntariamente ante la policía y se declara culpable. En el proceso, “A” logra excluir la evidencia de la droga secuestra a “B”, alegando que deriva directamente de su previa detención ilegal. Sin embargo, la demanda de “C” para que su confesión fuera también anulada no prospero: fue declarada como un hecho que interrumpió la cadena causal. Subrayar que, aunque la declaración de culpabilidad de “C” fue voluntaria y espontánea, al no haber sido informado previamente de la nulidad de la detención y en consecuencia del registro y aprehensión de drogas, no debió considerarse como válida.

En nuestro país, en el caso del ex presidente Alberto Fujimori, aceptó esta tesis. Así, en su fundamento 148, a la luz de esta excepción, dicho tribunal señaló que:

“Es claro, a partir de las declaraciones del periodista Guerrero Torres y de los videos que presento que en la edición de archivo de Panamericana Televisión no aparecen las escenas propaladas por el programa “La Ventana Indiscreta”; por lo tanto, la entidad afectada de alguna posible sustracción de un documento de archivo no es Panamericana de Televisión. No existe, por lo tanto, conocimiento exacto del modo como se obtuvo el documento fílmico que sirvió de fuente al programa “La Ventana Indiscreta”. Ahora bien, si este documento fílmico se hurto o no, carece de relevancia constitucional, pues en todo caso está probado que

⁵⁶ NEYRA FLORES, José. Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral. IDEMSA. Lima, 2010, p. 684.

⁵⁷ CASTILLO GUTIERREZ, Luciano. Ob. Cit., p. 62.

uno de los intervinientes en la escena de la entrevista-personal de SIN, con la obvia autorización y conocimiento del entrevistado y entrevistador, más aún si la entrevista se produjo en la sede de esa institución -fue quien grabo lo acontecido. Más allá de cualquier defecto del video -concretamente la edición “cuestionable” de su contenido para configurar un documento fílmico específico acorde con un reportaje de actualidad -se ha producido un supuesto muy claro de “atenuación del vínculo” pues el entrevistador afirmó la realidad de conversaciones previas y la intervención anticipada de Montesinos Torres, quien le transmitía consejos o le daba indicaciones al general EP Picón Alcalde sobre cómo debía declarar”⁵⁸.

f. Teoría del riesgo: Esta teoría propone que la prueba obtenida no lesiona derechos fundamentales, toda vez que no hay afectación importante al secreto de las comunicaciones por ser un acto que realiza un participante de la comunicación.

Sánchez Córdova nos señala que esta teoría se entiende cuando dos personas se comunican y una le expresa o cuenta a la otra una actividad delictuosa o relacionada con el delito, de manera que asume el riesgo que su interlocutor lo delate, por ejemplo: Un policía graba a una persona sin saberlo su interlocutor, mientras los dos hablan de cómo se va a llevar a cabo un delito. Sobre la base de esta intervención a las comunicaciones se realizan detenciones y se encuentran los efectos del delito”. En el presente caso, no hay violación al derecho a la intimidad del emisor por cuanto el interlocutor es titular del derecho a las comunicaciones y el emisor asumió su propio riesgo al confiar una actividad prohibida a su interlocutor, de manera que asume el riesgo que su interlocutor lo delate. En el presente caso, no hay violación al derecho a la intimidad del emisor por cuanto el interlocutor es titular del derecho a las comunicaciones y el emisor asumió su propio riesgo al confiar una actividad prohibida a su interlocutor⁵⁹.

Así, Asencio Mellado es categórico en sostener que:

“La grabación, filmación o captación de una conversación realizada por uno de los comunicantes sin conocimiento del otro, cualquiera que sea su contenido, no

⁵⁸ Sala Penal Especial. Sentencia recaída en el Expediente A.V. 19-2001 de fecha 07 de abril de 2009. Caso Alberto Fujimori por los delitos de secuestro, lesiones y asesinato en agravio de Luis Alberto León Borja y Otros.

⁵⁹ SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan. La prueba prohibida. En: Actualidad Jurídica. Tomo 183, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2009, p. 134.

afecta ni al derecho a la intimidad personal, ni al relativo la protección del secreto de las comunicaciones, de manera que en caso alguno puede concluirse la ilicitud de tales instrumentos y por ello su pérdida de valor probatorio”⁶⁰.

En nuestra jurisprudencia nacional, tenemos pronunciamientos como el de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el Expediente N° 21-2001 “caso miembro del Tribunal Constitucional” se pronuncia en el sentido que:

“La supuesta indefensión de sus derechos (del acusado), provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su copartícipe Vladimiro Montesinos Torres (...). Por lo que es el y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario del *vinere contra factum proprium* (no se puede actuar contra los hechos propios). En tal orden de ideas, la incautación por parte del Estado del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado, (...) deviene improcedente lo sostenido por el acusado de haberse violado sus derechos fundamentales al a intimidad o privacidad (to right of the privacy).

El caso Kouri Bumachar⁶¹ representa el caso más emblemático en donde el sistema judicial peruano aplicó esta teoría. El video evidencia la compra dineraria de un congresista electo Alberto Kouri Bumachar a manos del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, con la finalidad de que este, durante su ciclo parlamentario, renuncie de su bancada original (Perú Posible) y ocupe un lugar en la bancada oficialista, y de esta manera sumar un voto más para el propósito reeleccionista del ex presidente Alberto Fujimori. Analizaremos diversos tópicos desarrollados en esta sentencia.

La sentencia valora la presencia de dos interlocutores con especiales características. Si bien advierte que no puede existir un trato diferenciado entre particulares y funcionarios públicos en cuanto al umbral de protección del derecho a la intimidad, aun cuando las instalaciones en donde se produzco la conversación era una entidad estatal, Servicio de Inteligencia Nacional, también admite como criterio de

⁶⁰ ASECIO MELLADO, José María y UGAZ SANCHEZ-MORENO, José Carlos. Prueba ilícita y lucha anticorrupción (el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”). Grijley, Lima, 2008, p. 683.

⁶¹ Corte Superior de Justicia de Lima. Sentencia recaída en el Expediente 017-2001, Sala Penal Especial “B” de fecha 09 de julio de 2003.

valoración especial el contenido público o particular de esta conversación, y el efecto de trascendencia social que esto significa. Con todo, señala que:

“(…) Es importante resaltar además que las conversaciones filmadas se efectuaron dentro de las instalaciones de una entidad estatal como lo era el Servicio de Inteligencia Nacional, y se presentó entre dos funcionarios públicos. Con esto no se quiere decir que por la simple calidad de los intervinientes en la conversación, se pueda delimitar de forma distinta el ámbito de protección de los derechos que como individuos les corresponde, sino que adicionalmente, debe considerarse si el contenido de las conversaciones sostenidas tienen relevancia pública o no, o en todo caso se encuentran amparados por algún resguardo especial, como lo tendrían si se trataran temas de seguridad nacional, característica esta carente en las conversaciones contenidas en los videos, que sirven hoy como fuente de prueba”⁶².

(…)

Asimismo, es menester relieves que aun tratándose de la vulneración de este derecho, no atribuible al Estado o algún órgano conformante de este, de tratarse de un documento cuyo contenido acredita la comisión de un acto ilícito, o presente indicios de este, el Estado como tal a través de sus poderes y órganos encargados no solo de la investigación, sino además del ejercicio del *ius puniendi*, no puede obviar y dejar de lado la posible conculcación de bienes jurídicos que por su trascendencia han sido protegidos a través de la tipificación de determinadas conductas lesivas o de peligro, haciendo prevalecer un derecho fundamental que si bien es importante no puede oponerse buenamente como escudo protector de delitos.

La sentencia asimismo analiza, *prima facie*, que si bien toda restricción a un derecho fundamental debe ser previamente autorizada judicialmente (reserva de la ley y garantía de judicialidad de las medidas que limitan derechos fundamentales), reconoce la posibilidad de su admisión y posterior valoración cuando la intervención de esta no fue

⁶² Corte Superior de Justicia de Lima. Sentencia recaída en el Expediente 017-2001, Sala Penal Especial “B” de fecha 09 de julio de 2003.

realizada por agentes extraños al proceso de comunicación entre los interlocutores válidamente constituidos, sino por uno de los que participó de ella. Veamos:

“Al respecto, este Colegiado debe señalar que efectivamente, el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, se encuentra constitucionalmente amparado, siendo un derecho fundamental de todo individuo y por tal, su respeto no solo es exigido al Estado, sino a cualquier persona en general, coligiéndose del citado dispositivo constitucional que podría vulnerarse este ámbito de protección, solo por mandato judicial. Entiéndase además que cualquier forma de limitación de derecho, y sobre todo de carácter fundamental, se haya reservada siempre a la expedición de una ley. Siendo así cabe analizar, si las grabaciones en cinta de video (como en el caso de autos) o tal vez magnetofónicas, efectuadas respecto a las conversaciones (entiéndase; comunicaciones) por uno de los intervinientes de estas, puede ser considerada conculcatoria del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y por ende, en base a esta razón, impugnársele dentro de un proceso judicial regular seguido respetando las garantías del debido proceso (...) Así tenemos que, como es de público conocimiento el procesado Vladimiro Montesinos Torres filmó una serie de conversaciones mantenidas con autoridades, funcionarios, militares y demás personajes de la vida pública nacional, muchas de ellas probatorias de conductas ilícitas (...) es criterio de este Colegiado que dado que estas filmaciones fueron efectuadas por uno de los intervinientes de las conversaciones, no implica en principio la vulneración del derecho fundamental alegado, el mismo cuya protección, como se mencionara, se garantiza frente a la intervención de factores extraños a la comunicación; máxime si el contenido de estas no se encuentra dentro del ámbito de lo privado o íntimo.

2. 6. Los efectos reflejos de la prueba ilícita

Los efectos reflejos de la prueba ilícita se conocen también como pruebas prohibidas o ilícitas por derivación, o sea aquellas pruebas en sí mismas lícitas, pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba ilícitamente recogida. Es el caso, por ejemplo, de la confesión arrancada mediante tortura, en que el acusado

indica dónde se encuentra el producto del delito, que viene a ser regularmente incautado. O el caso de interceptación telefónica clandestina, por medio de la cual la policía descubre un testimonio de hecho que, en declaración regularmente prestada, incrimina al acusado⁶³. Así, en palabras de Parra Quijano:

“Restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco tales pruebas legales pueden ser admitidas”⁶⁴.

El profesor Pablo Talavera⁶⁵ nos relata la historia de esta teoría:

“La llamada doctrina del “fruto del árbol venenoso o envenenado” tuvo su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí recibe el nombre de fruit of the poisonous tree o, más simplemente, fruit doctrine. Su origen se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co Vs. United States* (1920) en el que la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimidar a una persona para que entregara documentación cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Posteriormente, en el caso *Nardone Vs. United States* (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones. Para casos posteriores de aplicación de esta doctrina, pueden verse, entre otros, el caso *Wong Sun Vs. United States* (1963): exclusión como prueba de dichos testigos y de objetos a los que se llegó como consecuencia de un allanamiento y arresto ilegal; caso *Brown Vs. Illinois* (1975): exclusión de una confesión prestada por una persona arbitrariamente detenida, caso *Davis Vs. Mississippi* (1969): exclusión de huellas dactilares tomadas de

⁶³ TALAVERA ELGUERA. Ob. Cit., p. 234-235.

⁶⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. Pruebas ilícitas. En: *Revista Iut et Veritas*. Año VIII, 14, Lima, junio de 1997, p. 39.

⁶⁵ TALAVERA ELGUERA. Ob. Cit., p. 235-236.

una persona detenida ilegalmente, aun cuando correspondían con las halladas en la escena del crimen”.

2.7. La prueba prohibida en las principales decisiones del tribunal constitucional⁶⁶

El Tribunal Constitucional en su larga data ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la exclusión de la prueba, por ilícita. En el denominado caso “Edmi Lastra Quiñonez”⁶⁷ la ha definido de la siguiente manera:

“La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable (...)”.

Como vemos, son dos los postulados conceptuales que, en apariencia, asumen una sinonimia según lo allí expuesto, cuando lo cierto es que ambos parten de infracciones distintas. En el primer caso, estamos en estricto frente a la ineficacia de la prueba por violación de los derechos fundamentales; mientras que en la segunda no existe tal lesión, por cuanto aquí la lesión es producida a una norma de rango adjetivo, de legalidad procesal. En una la consecuencia directa será la exclusión, mientras que en la otra, dependiendo de su magnitud, el vicio podrá ser subsanado o convalidado.

Más adelante, con cierta profundidad, en el Expediente 2333-2014-HC/TC, el Tribunal Constitucional desarrolla los efectos relacionados a su exclusión cuando esta obtención (en el caso, una declaración testimonial) es llevada a cabo mediante actos de violencia física o psicológica. Así:

“En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho. Al respecto, el 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

⁶⁶ Nos basaremos, en parte, en los casos planteados por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob. Cit., 157-180

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 02053-2003-HC/TC

tiene como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas. El funcionario estatal que emplee la violencia injustificada incurre en la comisión de ilícito justiciable penalmente”⁶⁸.

En otro de sus casos, el Tribunal Constitucional excluyó⁶⁹ la valoración de una prueba que afectó el derecho a las comunicaciones y papeles privados del afectado. La trascendencia de este caso no radica únicamente en las razones que determinaron su exclusión, sino que se trató de un caso en el campo del Derecho Laboral, de interacción disciplinaria entre empleado-trabajador.

Veamos. Rafael Francisco García Mendoza, trabajador de la empresa Servicios Postales del Perú (SERPOST S.A.), fue despedido por haber sido sorprendido utilizando indebidamente recursos públicos dentro del horario de trabajo, realizando labores de índole particular, ajenas al servicio y al motivo de su contratación. Se pudo acreditar que el referido trabajador envió material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico, con lo cual, a criterio de su empleador, este hecho denotaba una falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo.

El Tribunal inutilizó la prueba presentada por la empresa bajo los siguientes fundamentos:

“(…) queda claro que la controversia planteada permite considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable”.

Más adelante, el Tribunal realiza un análisis de legalidad constitucional de la medida adoptada por el empleador, reconociendo en el fondo la posibilidad de esta restricción cuando esta provenga de una autoridad judicial, independientemente del argumento de la propiedad y uso del bien mueble. Así, sostuvo que:

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2333-2014-HC/TC

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1058-2004-AA-TC

“En efecto, conforme lo establece el artículo 2, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o la entidad donde labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo”.

Luego de este análisis, ingresa propiamente a una valoración de los efectos legales, y ciertamente probatorios, derivadas de esta obtención, *prima facie*, ilícita, concluyendo, en definitiva, que como quiera que esta intervención al derecho constitucional a la privacidad de las comunicaciones (y que involucra extensivamente también las cartas o correspondencias particulares o personales) fue obtenida de manera contraria al texto de la ley y a la garantía de reserva judicial, los efectos obtenidos a través de ella carecían de todo valor probatorio. Si bien reconoce el derecho de sanción que todo empleador tiene respecto a un uso inadecuado de los bienes que entrega al trabajador para el ejercicio de su función, reconoce del mismo modo que para adoptar decisiones de intervención al contenido de las comunicaciones (que insistimos, la norma la reserva a la autoridad judicial), necesitaba obligatoriamente la autorización judicial. Así, concluye en que:

“En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violaciones de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por lo tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no

permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio”. No con razón Antonio Pérez Luño, citando a J. Ruiz Jiménez, dice: “Si la intimidad es un valor fundamental de ser hombre, uno de sus bienes básicos, no cabe duda de que ha de reflejarse en la existencia colectiva como un derecho natural o fundamental, que el ordenamiento debe proteger contra cualquier violación por parte de los demás hombres, y más aun de las instituciones o comunidades que estos forman”⁷⁰.

Uno de los casos más emblemáticos acerca de esta problemática sin duda alguna estuvo representado en el caso Quimper Herrera, conocida por en el etiquetamiento mediático como “Los Petroaudios”⁷¹. Se trató igualmente de resolver un caso producto de una intervención al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Los abogados de Quimper Herrera solicitaron la nulidad del auto de apertura de instrucción dictado en un proceso penal que se le seguía como autor de los delitos contra la Administración Pública -patrocinio ilegal, cohecho propio pasivo y tráfico de influencias-, y como presunto cómplice primario del delito de negociación incompatible. Los letrados sostenían principalmente que la calificación fiscal se construyó en base a pruebas obtenidas con afectación al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones de sus patrocinados, pues los audios difundidos por los medios de comunicación social habían sido obtenidos con vulneración a dicho derecho fundamental, al reproducir conversaciones interceptadas a su patrocinado, sin autorización judicial, y posteriormente reproducidas, editadas y descontextualizadas.

El Tribunal Constitucional parte haciendo una diferencia acerca de la prueba calificada como prohibida de aquella calificada como irregular, para luego realizar un análisis sobre la relatividad de los derechos fundamentales, pese a sustentar que la obtención de medios de prueba son -inadmisible- si se viola un derecho fundamental, asumiendo la teoría de la exclusión absoluta de la prueba; por otro lado, por vez primera el tribunal postula que la prueba ilícita es un derecho fundamental y lo ubica como un derecho implícito contenido en la Carta Magna. Sostiene en ese sentido que:

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1058-2004-AA-TC, fundamento 18.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 655-2010-PHC-TC

“(…) la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud”⁷².

2.8. La prueba prohibida en las principales decisiones de la corte suprema de justicia de la república⁷³

En la historia de la Corte Suprema de Justicia existen también algunos casos que merecen ser analizados y recordados. Uno de ellos está referido al allanamiento y registro domiciliario realizados sin orden judicial en la Galería “El Polo”.

En este caso, se trató de un proceso penal seguido por el delito de terrorismo ocurrido en atentado al Centro Comercial El Polo. Así, en ese escenario, en un operativo denominado “Ojo Demolición 2002” destinado a la identificación, detención, ubicaciones y captura de presuntos terroristas, efectivos policiales allanaron el domicilio de dos personas requisitorias, con la presencia tardía de un representante del Ministerio Público y sin autorización judicial alguna, incautándose diversos supuestos objetos del delito. Ninguna de las personas que ocupaban el inmueble dieron su consentimiento para que la policía ingresara al domicilio y, menos aún se encontraban en estado de flagrancia delictiva.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema resolvió confirmar la sentencia absolutoria, sustentando su determinación en la imposibilidad de valorar en la sentencia prueba prohibida. En efecto, en la ejecutoria (R.N. 4824-200513) de fecha 24 de mayo de 2006, señaló lo siguiente:

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 655-2010-PHC-TC, fundamento 17.

⁷³ De igual manera, nos basaremos en los casos planteados por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob. Cit., 181-210

“(…) En el caso de autos, se aprecia que los registros domiciliarios efectuados en los domicilio de las encausadas (…) han sido realizados con clara afectación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, pues estos no revistieron las formalidades de ley, -inmediatez y flagrancia- por ende, el material incautado y decomisado a las encausadas no puede ser valorado convenientemente, por ello es que resulta correcta la decisión del Tribunal a quo respecto a la absolución de Pilar Sulena Montenegro Soria al no existir otro elemento de prueba que la vincule con el grave delito imputado”.

Si bien en la actualidad no existe una posición dominante sobre los escenarios en los cuales es posible el ingreso de la autoridad policial a un domicilio sin incurrir en algún delito (inviolabilidad de domicilio, por excelencia), no obstante las excepciones que hemos planteado en líneas precedentes, el máximo guardián de los derechos fundamentales⁷⁴ ha esbozado tímidamente algunos escenarios en los cuales es posible esta intervención, sin riesgo.

- a.** Que la intromisión en el espacio físico e intimado (domicilio) con el consentimiento del titular de este derecho resulta legítima, siempre que el pedido de ingreso manifieste de manera indubitable el motivo preciso de su cometido y que a su vez sea plenamente comprendido por el sujeto pasivo, quien es el señalado a decidir por la intrusión en el ámbito de su intimidad. Sin dicho presupuesto tal autorización resulta inválida.
- b.** Resulta legítimo el ingreso de efectivos de la Policía Nacional en el domicilio de una persona sin su previa autorización siempre que se tenga conocimiento fundado, directo e inmediato, que deje constancia evidencia de la realización de un hecho punible, el gravísimo peligro de su perpetración o en su caso de la persecución continuada del infractor que se refugia en él. Ello implica (la urgente intervención a efectos de detener al infractor, evitar que se cometa el hecho punible y, accesoriamente, efectuar las investigaciones y/o los registros con ocasión el delito en cuestión.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03691-2009-PHC/TC

- c.** La intervención urgente sancionada para los casos e flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los delitos de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por consiguiente, en los delitos de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada la interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial; pues, aun cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de la flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la extrema urgencia.
- d.** Una llamada telefónica de una tercera persona que denuncia la posesión de objetos o elementos ilícitos en el interior de un domicilio no puede comportar el conocimiento fundado, directo e inmediato de la realización del hecho punible (que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes) que habilite a la autoridad pública a prescindir del mandado judicial correspondiente pretextando la configuración de la situación delictiva de la flagrancia”.

Años más tarde, la Corte Suprema de Justicia volvió nuevamente a conocer debido a una sentencia decretada por la Sala Penal Nacional contra otros procesados a quienes se les reservó el juicio respecto a quienes afrontaron el primer caso. Fue conocido en los albores jurídicos como el “Polo II”.

De la misma forma como ocurrió con el primer caso, la Sala Penal Nacional absolvió a los acusados bajo la teoría de la regla de la exclusión, posteriormente declarada nula por la Corte Suprema. En esencia, los fundamentos, desde la perspectiva de Espinoza Goyena⁷⁵, ciertamente diferentes respecto a los fundamentos del primer caso, fueron los siguientes:

- El derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto y por lo tanto en situaciones excepcionales puede verse afectado.

⁷⁵ ESPINOZA GOYENA, Julio. La prueba prohibida en la jurisprudencia nacional. En: <http://190.12.76.211/alertainformativa/index.php?contenido&com=contenido&id=10899>.

- Se utilizó la “teoría de la ponderación de intereses en conflicto”, así como la “teoría del nexo causal atenuado” a efectos de darle valor a la prueba obtenida ilícitamente. Así, se estableció lo siguiente:

“(…) que si se asume la concepción o “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”, es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio -ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entra y registro- no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida- en este caso- la inviolabilidad domiciliaria-, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal- que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias cuando, al final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente la gravedad del delito objeto de acreditación (...); por otro lado, se sostiene en la referida ejecutoria que: “(…) con anterioridad los factores que determinaron la incursión domiciliaria -lugar y tiempo de ejecución- y, en especial, las diligencias de seguimiento previo y las ya obtenidas en la propia investigación hacen aplicable la doctrina del denominado “caso probable” plasmada, por ejemplo, en la sentencia recaída en el asunto Souza contra Estados Unidos resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos (mil novecientos ochenta y cuatro), en cuya virtud se atenúa la regla de exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial siempre que se acredite que en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el juez la hubiera emitido de haberla solicitado (...)”⁷⁶.

⁷⁶Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad 426-200514 de fecha diecinueve de julio de dos mil siete.

- Se estableció que todo el material incautado y decomisado eran medios de prueba excepcionalmente validos por existir una justificación razonable y compatible con las circunstancias particulares del caso. Con el propósito de generar en el lector una mayor comprensión sobre el particular, vemos necesario transcribir el extracto de este fundamento décimo. Cito:

“Que los fundamentos para absolver a las acusados Giovanna Marilú Anaya Nalvarte y María Delia Vidal Mariño no son razonable; que, en el caso de la acusada Anaya Nalvarte, es de tener en cuenta que el derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio no es absoluto, el mismo que establece en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a la entrada y registro a un predio, por consiguiente, la propia Carta Magna autoriza restringir la libertad domiciliaria en supuestos excepcionales y calificados -el articulo dos párrafo nueve dice: Toda persona tiene derecho. “A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en el ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que habita o sin mandato judicial. Salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...); que es así que la irrupción de las autoridades en un recinto resguardado por la inviolabilidad domiciliaria solo puede darse sin mandamiento judicial cuando en aquel lugar hay una situación de flagrancia o es inminente la consumación de una conducta punible, de tal manera que si no se dieran estas dos hipótesis el allanamiento extrajudicial constituye una de los injerencias arbitraria prohibidas no solo por la Constitución Política del Estado, sino también por instrumentos internacionales -el articulo décimo séptimo numeral uno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en (...) su domicilio (...)”, y el articulo décimo primero numeral dos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en (...) su domicilio (...)”-; que de autos aparece que miembros de la DIRCOJE venían efectuando un sigiloso seguimiento a los acusados Meza Majino y a su conviviente Anaya Nalvarte, quienes cohabitaban en el mismo inmueble, al punto que con el objetivo de la búsqueda y obtención de evidencias o elementos de prueba que los vinculara o asociara

con el atentado terrorista en el Centro Comercial “El Polo”, contando con la anuencia y presencia del representante del Ministerio Público y por la urgencia del caso, en función a los signos evidentes o percepción sensorial de su vinculación delictiva en función al seguimiento efectuado, decidieron ingresar a su vivienda, oportunidad en que fueron atendidos por la acusada Anaya Nalvarte quien por registrar una orden de captura (por delito de traición a la patria) fue aprehendida; que en el registro domiciliario se halló evidencia pertinente y relevante, entre otros, ropa de Meza, Majino, diversa documentación de claro contenido y vinculación terrorista y un costal con nitrato de amonio, que convertido de anfo se utiliza en acciones de sabotaje o estragos; que si se asume la concepción o “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”, es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio -ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro- no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida -en este caso, la inviolabilidad domiciliaria-, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal -que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia-, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración de una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias cuando, a final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación -su propia dimensión como consecuencia del estrago generado- y, en especial, al as circunstancias que determinaron su obtención, en la que la noción de urgencia o inevitabilidad y el comportamiento y niveles de seguridad adoptados por la autoridad legítima para la consecución de la evidencia será determinante; que, en el presente caso, a posteriori, no solo se tiene el concurso del Ministerio

Publico -que concede garantía de limpieza en el acto de intervención domiciliar-, sino que con anterioridad los factores que determinaron la incursión domiciliaria – lugar y tiempo de ejecución- y, en especial, las diligencias de seguimiento previo y lo ya obtenido en la propia investigación hacen aplicable la doctrina del denominado “caso probable” plasmada, por ejemplo, en la sentencia recaída en el asunto Souza contra Estados Unidos resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos (mil novecientos ochenta y cuatro), en cuya virtud se atenúa la regla de exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial siempre que se acredite que en el momento de registro ya existían indicios suficientes para que el juez la hubiera emitido de haberla solicitado; que esto último ocurrió en el presente caso, pues estando acreditado que uno de los lugares que visitaba el acusado Meza Majino era la vivienda e la acusada Anaya Nalvarte, ubicada en la avenida Rimacpampa sin número sector cuarto B Asentamiento Humano Balnearios – Ventanilla -quien por lo demás tenía una requisitoria por delito de Traición a la Patria-, era muy probable que en dicho predio se albergaría a dirigentes, cuadros y militantes de la organización terrorista e Sendero Luminoso o bienes delictivos vinculados a la misma: que es así que por lo relevante de la investigación en curso -el momento culminante y decisivo de la actuación policial fiscal-, la gravedad del delito cometido y el tiempo o momento del propio acto e intervención que es trascendental en atención a que caía la noche, había pocos efectivos policiales en ese momento y el lugar estaba relativamente aislado, incluso la propia encausada menciona que con motivo de su detención y de sus gritos advirtió que sus vecinos se acercaron al lugar (véase fojas siete mil treinta y siete) decidieron intervenir simultáneamente a ambos acusados -con una diferencia de treinta minutos-, y evitar de este modo que la acusada Anaya Nalvarte sea avisada de la intervención policial de su conviviente el acusado Meza Majino, y que huyera o desapareciera evidencias comprometedoras: que justamente por la oportuna intervención policial garantizada con la presencia del representante del Ministerio Público y en presencia de dos de sus vecinos (Inocente Melchor Gregorio y Elba Ceferina Abanto Cotrina) es que se descubrió un cumulo de evidencias señalados en el acta de fojas

cuatrocientos noventa del expediente acumulado y que la vinculan no solo con el acusado Meza Majino, sino con el delito de terrorismo y específicamente con el atentado al Centro Comercial “El Polo” (en el acta de fojas quinientos sesenta y nueve se verifico que en el croquis encontrado en la vivienda del a acusada Anaya Nalvarte figura como objetivo principal el Banco de Crédito del Centro Comercial “El Polo”); que, por lo tanto, el objeto con de los allanamientos propósitos domiciliario no ha sido tiene desproporcionado legítimos perseguidos, justificación razonable y fue compatible con las circunstancias particulares del caso, por lo que no se está frente a una prueba de valoración prohibida por existir una excepción razonable que la permite: que, en ese sentido, esta fuente de prueba es jurídicamente admisible y debe ser incorporada al proceso como un medio de prueba excepcionalmente valido; en consecuencia, debe efectuarse un nuevo juicio oral al respecto (...).”

En otro caso, que en apariencia tiene respuestas que chocan entre sí, la Corte Suprema de Justicia de la República⁷⁷, de un lado, realiza un análisis acerca de los escenarios de ilicitud en una orden de allanamiento y registro domiciliario; y del otro, sin embargo, rescata las pruebas obtenidas a partir de este acto ilícito, calificándolas como válidas, bajo el argumento de la inminencia de perpetrarse un delito las pruebas que se obtengan del allanamiento. Señalamos de modo concreto el argumento:

“(…) que si bien el allanamiento al indicado domicilio se llevó a cabo sin obtener previa orden judicial, este se produjo una vez que los policías observaron la llegada del vehículo conducido por Montalvo Buckley y el ingreso de una mujer, que descendió del mismo, al inmueble en cuestión respecto del cual se contaba con una información confidencial -motivo de la vigilancia policial -en el sentido que era utilizado para comercializar clorhidrato de cocaína; que esa nota de urgencia -motivada por el ingreso al predio de una persona que momentos antes había llegado en el vehículo-, la fundada sospecha de la concreción de un acto de trafico inminente y, desde luego, la posible fuga de la indicad mujer -criterio ex ante- así como el ulterior hallazgo de droga en su interior -criterio ex post-, denotan que

⁷⁷ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad 1912-2004, Lima, 13 de octubre del dos mil cuatro

el allanamiento se produjo mediando fundado peligro de la inminente perpetración de un delito grava; que, en tal virtud, la mencionada incursión y la subsecuente ocupación de drogas, de dos balanzas de precisión y de otros documentos incautados, al no vulnerar el derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio protegido por los artículos dos, numeral nueve de la Constitución -que prohíbe el acceso a un domicilio salvo que media autorización judicial o de la persona que la habita que se esté ante un supuesto de flagrancia delictiva o de muy grave peligro de perpetración de un delito -son definitivamente legítimas, de suerte que las fuentes de prueba aseguradoras conservan pleno valor probatorio (...).

2.9. La audiencia de tutela de derechos como mecanismo procesal de exclusión de la exclusión probatoria

Es conocido que una de las máximas razones que motivaron la creación del Código Procesal Penal de 2004 fue la adopción y regulación de otro tipo de audiencias autónomas a las del juzgamiento oral. Estas, conocidas como audiencias previas al juicio oral, que se presentan con expresión y rostro propio durante la etapa de investigación preparatoria, tienen por especial propósito controlar el exceso en la conducción de la investigación a cargo del representante del Ministerio Público, cuanto a lesiones cuanto a garantías lesionadas producto de ella.

Dentro de ellas, la audiencia de tutela de derechos constituye el escenario específico para debatir, dilucidar y resolver oralmente aspectos relacionados a la exclusión o admisión de actos de investigación generados como resultado a una obtención, *prima facie*, obtenida ilegalmente.

Y sostenemos que se tratan de actos de investigación o evidencia -cualquiera sea la denominación pero siempre desarrollada durante una fase indagatoria o preliminar- porque técnicamente la prueba adquiere esta denominación (con excepción de la prueba anticipada y pre-constituida) una vez que supera el filtro del control de admisibilidad probatoria en el marco de una audiencia de control sustancial de todo requerimiento acusatorio, ante un Juez de Investigación Preparatoria, y no antes, en fase preliminar o de formalización de investigación preparatoria, en donde los actos que propiamente se actúen aún no han adquirido esta denominación. Hasta entonces, insistimos, lo que habrá será un acto de investigación o evidencia prohibido, ilícito, pero no prueba.

El Acuerdo Plenario 04-2010-CJ/116 intitulado: Audiencia de tutela: Fundamentos jurídicos, establece precisamente la posibilidad de acudir ante un Juez de Investigación Preparatoria ante una situación descrita anteriormente, de manera que será a través de esta audiencia en donde, oído los argumentos de exclusión como acto de investigación en el marco de una investigación preparatoria por parte de la defensa; y seguramente de su licitud de valoración a cargo del Fiscal, la autoridad judicial resolverá dicha situación; excluyéndola o permitiendo su conocimiento.

Veamos lo dicho por la instancia suprema sobre el particular:

“Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente -en los casos en los que esta sea la base de sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vida propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71 NCPP. La posibilidad de sacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba -axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentran establecidos en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba- regulado en el artículo 159° del acotado Código- que establece que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Los anotado hace viable que en la Audiencia de tutela cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección”⁷⁸.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario 04-2010-CJ/116 intitulado: “Audiencia de tutela: Fundamentos jurídicos.

Si bien la audiencia de tutela de derechos constituye el mecanismo apto para excluir evidencia, cierto es también, que ante una derrota en ella, por defecto, es posible plantear, por su manifiesta ilicitud, la exclusión de la prueba dentro del control de admisibilidad probatorio que realiza el Juez de Investigación Preparatoria en el marco de una audiencia de control sustancia de la acusación, o bien, por último, solicitar su inutilización de valoración en juicio oral. Son dos los momentos, entonces, en donde es posible impulsar la exclusión de prueba prohibida, y uno para impulsar su inutilización.

CAPÍTULO III

Apuntes sobre la etapa de juzgamiento y la actuación probatoria en dicha etapa

Frank Robert Almanza Altamirano⁷⁹

3.1. Introducción

El juzgamiento es la etapa principal del proceso. Se realiza dándose cumplimiento a todas las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú. El medio de comunicación que se emplea en el juzgamiento es la oralidad, que facilita la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. La audiencia se desarrolla en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión.

3.2. Principales principios que sustentan la etapa de juzgamiento

3.2.1. El principio de contradicción

Es tal vez el principio más importante que establece el NCPP para el juzgamiento, lo reconoce expresamente el Título Preliminar y el artículo 356° del mismo NCPP. Consiste en la facultad de control de la actividad procesal de la contraparte o parte adversa, mediante la articulación de oposiciones que generan incidentes sobre diversas cuestiones de actuación probatoria. La articulación de este principio es medular y activo en todo el proceso penal acusatorio, pero especialmente se manifiesta en la etapa de juzgamiento ante la producción probatoria, bajo la premisa de la confrontación. El juzgamiento es un escenario donde se lleva información al Juez, utilizando para ello las fuentes de prueba (testigos, peritos, documentos y objetos); dichas fuentes de prueba son traídas por las partes, pero la información que proporcionan no será de calidad, si se omite la contradicción, que es un control de calidad de la información.

La articulación del principio de contradicción en la etapa de juzgamiento se va a ver efectuada en la realidad, mediante la metodología de las Técnicas de Litigación Oral; mediante estas técnicas de producción probatoria, los litigantes producirán evidencia que

⁷⁹ Fiscal Superior Penal De Lima. Profesor en la Academia de la Magistratura, Universidad San Martín de Porres y ESAN.

confirme sus proposiciones fácticas de su *Teoría del Caso*. El *contrainterrogatorio*, las objeciones, etc., son manifestaciones del principio de contradicción.

La etapa de juzgamiento se constituye como el medio formal de disputa, en donde va a coexistir una contraposición de los argumentos formulados en el alegato inicial del fiscal (resumen de su acusación y evidencia que sustentara la misma) y los alegatos iniciales de la defensa técnica del acusado.

El principio de contradicción rige todo el debate donde se enfrentan intereses contrapuestos y se encuentra presente a lo largo del juicio oral, lo cual permite que las partes tengan principalmente:

- El derecho a actuar medios de pruebas.
- El derecho a controlar la producción de prueba de la parte adversa, mediante la utilización de objeciones que generan incidentes, y teniéndose la facultad de contraexaminar.

La contradicción genera que la prueba producida sea de calidad; es decir, mediante la contradicción, en el escenario del contraexamen, por ejemplo, se va a efectuar un test de calidad de la prueba, si pasa este test de calidad, se instituirá como una prueba de calidad que deberá sustentar con validez alguna presunción fáctica.

Los testigos y peritos, e incluso el procesado, cuando declaren en el juicio y proporcionen su información al juez, deberán ser sometidos al contradictorio a través del *contraexamen*.

3.2.2. El principio de igualdad de armas procesales

El nuevo sistema procesal penal acusatorio con rasgos adversariales, es diametralmente antagónico al sistema inquisitivo, que acoge el antiguo sistema normativo el sistema procesal acusatorio, se condice con un sistema republicano y con la vigencia del Estado de Derecho, está regido por sólidos principios, conforme a lo que está expresamente previsto en el artículo I del Título Preliminar del NCPP:

Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio... Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la constitución en este Código. Los jueces

preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

Se deben reconocer a las partes los mismos medios de ataque y defensa; es decir, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

Este principio es esencial en un sistema acusatorio adversarial, cuyo desarrollo depende las partes y en el que la imparcialidad del juez está garantizada; aquí se nota con nitidez la neutralidad e imparcialidad, al punto que no puede disponer de oficio la realización del proceso, ni la realización de pruebas, salvo las excepciones previstas en la ley.

3.2.3. Principio de inviolabilidad del derecho de defensa

Este principio está amparado en el artículo 139º, inciso 14, de la Carta Política del Estado: “(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”, por otro lado, toda persona será informada inmediatamente a través de forma oral y escrito de las causas o razones de su detención y tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este, desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

En este mismo orden de ideas, el artículo IX del Título Preliminar del nuevo ordenamiento adjetivo señala que: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formula en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad”. Con ello, el sistema procesal garantiza el derecho a contar con un abogado defensor, un letrado, que ejerza la defensa técnica, asimismo, el Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso.

3.2.4. Principio de publicidad del juicio

Se fundamenta en el deber de que asume el Estado de efectuar un juzgamiento transparente, esto es facilitar que la nación conozca por qué, cómo, con qué pruebas, quiénes, etc., realizan el juzgamiento de un acusado. El principio de publicidad está garantizado por el inciso 4 del artículo 139º de la Constitución Política, por los tratados

internacionales, el inciso 2 del artículo I del Título Preliminar y el artículo 356° del NCPP en donde se señala: “(...) rigen especialmente la oralidad, **la publicidad**, la intermediación y la contradicción en la actuación probatoria (...)”.

Este principio se instituye como uno de vital importancia. Es una forma de control de la sociedad en la etapa de juzgamiento, ello no quiere decir que en las audiencias previas, se instituye la publicidad, consiste en garantizar el acceso a la sociedad, al ciudadano el poder presenciar el desarrollo del debate y en consecuencia de controlar la actividad de las autoridades que administran justicia, siendo así, una garantía para el imputado que se ve violentado por el *ius puniendi* estatal.

Respecto a este principio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S. 8-12-83) ha señalado:

La función política de control del poder judicial que cumplen los particulares, a través de su presencia en un acto judicial público, consiste, precisamente, en la verificación del cumplimiento de las condiciones, requisitos y presupuestos jurídicos por parte de quienes desempeñan la tarea de administrar justicia.

Existen excepciones, al principio de publicidad, como lo señala taxativamente el artículo 357°:

1. El juicio oral será público. No obstante ello, el juzgado mediante auto especialmente motivado podrá resolver, aún de oficio, que el acto oral se realice total o parcialmente en privado, en los siguientes casos:
 - a) Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio.
 - b) Cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional.
 - c) Cuando se afecte los intereses de la justicia o, enunciativamente, peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado, así como cuando sucedan manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia.

- d) Cuando esté previsto en una norma específica.
2. El Juzgado también podrá disponer, individual o concurrentemente, con sujeción al principio de proporcionalidad, las siguientes medidas:
 - a) Prohibir el acceso u ordenar la salida de determinadas personas de la Sala de Audiencias cuando afecten el orden y el decoro del juicio.
 - b) Reducir, en ejercicio de su facultad disciplinaria, el acceso de público a un número determinado de personas, o, por las razones fijadas en el inciso anterior, ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas.
 - c) Prohibir el acceso de cámaras fotográficas o de filmación, grabadoras, o cualquier medio de reproducción mecánica o electrónica de imágenes, sonidos, voces o similares, siempre que considere que su utilización puede perjudicar los intereses de la justicia y, en especial, el derecho de las partes.
 3. Desaparecida la causa que motivó la privacidad del juicio se permitirá el reingreso del público a la Sala de Audiencias. El juzgado, con criterio discrecional, podrá imponer a los participantes en el juicio el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaren o conocieren.
 4. Los juicios sobre funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieran a derechos fundamentales garantizados por la Constitución son siempre públicos.
 5. La sentencia será siempre pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario.

3.2.5. Principio de unidad y concentración

En el desarrollo de la etapa de juzgamiento se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. La audiencia tiene carácter unitario.

La audiencia se desarrolla en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. Las sesiones sucesivas, sin perjuicio de las causas de suspensión y de lo dispuesto en el artículo 360º, en lo referente a continuidad, suspensión e interrupción del juicio, después de la instalación de la audiencia, esta seguirá en sesiones continuas e

ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión.

La audiencia solo podrá suspenderse de forma excepcional por:

- Por razones de enfermedad del Juez, del Fiscal, del imputado o su defensor.
- Por razones de fuerza mayor o caso fortuito.
- Cuando este Código lo disponga.

La suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles, superado el impedimento, la audiencia continuará, previa citación por el medio más rápido, al día siguiente, siempre que este no dure más del plazo fijado inicialmente. Cuando la suspensión dure más de ese plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.

Por otro lado, si en la misma localidad se halla enfermo un testigo o un perito cuyo examen se considera de trascendental importancia, el Juzgado puede suspender la audiencia para constituirse en su domicilio o centro de salud, y examinarlo. A esta declaración concurrirán el Juzgado y las partes. Las declaraciones, en esos casos, se tomarán literalmente, sin perjuicio de filmarse o grabarse. De ser posible, el Juzgado utilizará el método de videoconferencia.

3.3. El juicio oral y su importancia en el nuevo proceso penal

El modelo acusatorio con rasgos adversativos, expresado en el NCPP establece en su artículo 356° que el juicio es la etapa principal del proceso penal común y ello obedece, que el juzgamiento, tiene como referentes normativos a la Constitución de 1979 (artículo 233°), Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.1°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14.1°).

Por otro lado, el nuevo código adjetivo, en su artículo 356°, es el escenario apropiado para la contraposición legítima y transparente de la pretensión punitiva del Ministerio Público y la pretensión de defensa o libertaria del imputado y su patrocinador, ámbito, además, en que estos sujetos procesales actúan la prueba pertinente para producir información de calidad que, valorada por el tercero imparcial, esto es, por el órgano jurisdiccional,

constituido por los juzgados penales unipersonales o colegiados (artículos V.1 del TP y 28 del NCPP); soporte el fallo de absolución o condena, puesto que toda sentencia habrá de sustentarse solo en lo actuado en juicio, bajo estricta inmediación.

Se debe realizar sobre la base de una acusación que le corresponde al Ministerio Público sustentar, bajo el principio de contradicción en la actuación probatoria, es la etapa estelar porque en ella se va a producir la prueba y definir la controversia jurídica, las *Teorías del Caso* en disputa van a converger, estas dos tesis que se enfrentan serán absueltas mediante la convicción, a través de la sentencia.

La oralidad como afirma el profesor argentino Alberto **BINDER**, es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal porque permite preservar la inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial. La oralidad es un instrumento, un mecanismo, la inmediación o la publicidad (principios políticos y garantías que estructuran el proceso penal)⁸⁰.

El modelo procesal penal peruano del Código del 2004 señala que el juicio oral es la etapa principal del sistema acusatorio; sin embargo, tal como lo reconocen agudamente Mauricio **DUCE** y Andrés **BAYTELMAN**, lo paradójico es que en estos sistemas de enjuiciamiento criminal el porcentaje de casos que van a juicio oral es menor en relación a los ingresos en el propio sistema y que responden más bien a una orientación y objetivo en el diseño, esto es que menos casos lleguen a juicio oral⁸¹.

3.4. La oralidad de la etapa de juzgamiento

La oralidad es el medio idóneo para articular, otros principios propios del juzgamiento, así toda comunicación deberá ser oral, la audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta. El acta contendrá una síntesis de lo actuado en ella y será firmada por el juez o juez presidente y el secretario. Los jueces, el fiscal y la defensa de las partes pueden hacer constar las observaciones al acta que estimen convenientes. Asimismo, la audiencia podrá registrarse mediante un medio técnico, que como ha venido haciéndose en los distritos que han entrado en vigencia el NCPP, podrá ser la grabación de voz o la grabación en video y voz. El acta y, en su caso, la grabación en soporte técnico,

⁸⁰ BAYTELMAN A. Andrés, y J. Mauricio DUCE. *Óp. cit.*, p. IV y ss.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 6 y ss.

demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

Al ser la comunicación netamente oral, toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada de esa forma, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella. Está prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin, salvo quienes no puedan hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, en cuyo caso intervendrán por escrito, salvo que lo hagan por medio de intérprete.

3.5. Atribuciones del juez en la etapa de juzgamiento

El juez penal o el juez presidente del juzgado colegiado dirigirán el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo. Le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes. Está facultado para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa. También lo está para limitar el uso de la palabra a las partes y a sus abogados, fijando límites igualitarios para todos ellos, de acuerdo a la naturaleza y complejidad del caso, o para interrumpir a quien hace uso manifiestamente abusivo de su facultad, se instituye el poder de corrección disciplinaria que detenta el juez, asimismo, el poder disciplinario permite al Juez mantener el orden y el respeto en la Sala de Audiencias, así como disponer la expulsión de aquel que perturbe el desarrollo del juicio, y mandar detener hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agreda a los jueces o a cualquiera de las partes, sus abogados y los demás intervinientes en la causa, o impida la continuidad del juzgamiento, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar. En el caso de que un acusado testigo o perito se retire o aleje de la audiencia, sin permiso del Juez o del Juez presidente, se dispondrá que sea traído a la misma por la fuerza pública.

3.6. Instalación de la audiencia del juicio oral

La audiencia solo podrá instalarse con la presencia obligatoria del Juez Penal o, en su caso, de los jueces que integran el juzgado penal colegiado, del fiscal, asimismo, verificará la correcta citación a las partes, así como la efectiva concurrencia de los testigos y peritos emplazados. La inasistencia de las demás partes y de los órganos de prueba

citados no impide la instalación de la audiencia. Hay que señalar, que la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor.

Instalada la audiencia, el Juez enunciará el número del proceso, la finalidad específica del juicio, el nombre y los demás datos completos de identidad personal del acusado, su situación jurídica, el delito objeto de acusación y el nombre del agraviado.

El Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación; es decir, su *Teoría del Caso*, que contendrá, las proposiciones fácticas, la calificación jurídica y las evidencias que serán actuadas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil efectuarán la misma labor y, finalmente, la defensa técnica, expondrá en el término que disponga el juez su *Teoría del Caso*.

Terminada la exposición de la *Teoría del Caso* de las partes, mediante el alegato inicial, el juez informará al acusado de sus derechos y le indicará que es libre de manifestarse sobre la acusación o de no declarar sobre los hechos. El acusado en cualquier estado del juicio podrá solicitar ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o complementar sus afirmaciones o declarar si anteriormente se hubiera abstenido. Asimismo, el acusado en todo momento podrá comunicarse con su defensor, sin que por ello se paralice la audiencia, derecho que no podrá ejercer durante su declaración o antes de responder a las preguntas que se le formulen.

3.7. La conclusión anticipada, conformidad ante la acusación

El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado, conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.

Si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el juez previo traslado a todas las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola

aplicación de la pena y/o a la fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba que deberán actuarse. <https://myslide.es/documents/codigo-procesal-penal-peru.html>

Si son varios los imputados y solamente algunos de ellos, admiten los cargos, con respecto a estos últimos se aplicará la conformidad y se expedirá sentencia, continuando el proceso respecto a los no conformados.

3.8. Ofrecimiento de nuevos medios de prueba o los no admitidos en la etapa intermedia

Las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Solo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación. Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes, la resolución que dispone la admisión o no de los medios de prueba no es impugnabile.

3.9. Desvinculación y acusación complementaria

Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente.

Por otro lado, el fiscal, podrá introducir un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el Fiscal deberá advertir la variación de la calificación jurídica, todo ello lo deberá sustentar oralmente.

Asimismo, si a través del debate contradictorio, se da la existencia de hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración

del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del

juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La suspensión no superará el plazo de cinco días.

3.10. La actuación probatoria

Como lo advierte el artículo 375° del NCPP, en cuanto al orden de la actuación probatoria:

Artículo 375°

1. El debate probatorio seguirá el siguiente orden:

a) Examen del acusado.

b) Actuación de los medios de prueba admitidos; y, (testigos y peritos-órganos de prueba).

c) Oralización de los medios probatorios.

2. El Juez Penal, escuchando a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse las declaraciones de los imputados, si fueran varios, y de los medios de prueba admitidos.

3. El interrogatorio directo de los órganos de prueba corresponde al Fiscal y a los abogados de las partes.

4. El Juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío.

3.11. El examen del imputado

El imputado puede acogerse al silencio y rehusarse a efectuar declaración, puede si así lo estima conveniente declarar de forma total o parcialmente, si se niega a declarar, el juez le informará que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Ministerio Público.

Si el imputado acepta ser examinado, deberá aportar libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso, las preguntas deberán ser orientadas a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil, las interrogantes deberán ser directas, claras, pertinentes y útiles, así no se admiten preguntas repetidas sobre aquello que el imputado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria.

Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y sugestivas, en este último aspecto debemos incidir indicando lo siguiente, según las técnicas de litigación, es pertinente que el que empiece a interrogar directamente sea el abogado de la Defensa Técnica, si bien es cierto que el Código manifiesta que el abogado defensor deberá ser el último en examinar, haciendo una interpretación desde la doctrina procesal penal de producción probatoria, que son otras que las técnicas de litigación oral, el abogado defensor debe examinar directamente al imputado y después, deberá ser *contraexaminado* por el Ministerio Público⁸².

Por otro lado, el juez declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisibles las preguntas prohibidas, asimismo, en este punto y colegido con el anterior párrafo se entiende que si bien es cierto el Código manifiesta que no se permiten preguntas del tipo sugestivo, por interpretación el contraexamen se estructura, con este tipo de preguntas, por ello, en este escenario de litigación estas preguntas deben ser permitidas y no ser objetables.

3.12. Examen de testigos y peritos

El examen de los testigos se sujeta —en lo pertinente— a las mismas reglas del interrogatorio del acusado. Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba, realizando un examen directo y luego las demás partes, utilizando el *contraexamen*, los testigos no podrán comunicarse entre sí antes de ser examinados ni deberán ver, oír o ser informados de lo que ocurriera en la sala de audiencia.

El juez controlando el debate, moderará el examen y evitará que el testigo conteste preguntas capciosas, sugestivas (salvo como dijimos en párrafos anteriores, si se está

⁸² Las técnicas de litigación oral son la articulación apropiada en este escenario tan particular, como el juicio oral, en donde la actividad de las partes es sumamente estratégica. QUIÑONES VARGAS, Héctor, Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño. Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa, DPK Consulting USAID, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2003.

contraexaminando) o impertinentes, y procurará que el examen se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.

El examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario se ordenará la lectura del dictamen pericial, se les pedirá que expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.

Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria, (utilización de declaraciones previas en el examen directo), asimismo, se dispondrá lo mismo; es decir, la utilización de una declaración previa, si surge una contradicción, generalmente este último supuesto se da en el *contraexamen*⁸³.

Asimismo, mediante el examen directo y contraexamen del acusado, testigos o peritos se puede presentar la prueba material, durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella. La prueba material son: los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, por ejemplo, el arma incautada que es prueba material de un homicidio.

3.13. La prueba documental y el trámite para su actuación probatoria

La prueba documental para que sea actuada en la etapa de juzgamiento, deberá ser introducida al debate mediante la lectura, entre las pruebas documentales que contempla el Código tenemos:

- a) Las actas que contienen la prueba anticipada.
- b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones.

⁸³ Bajo los alcances de las técnicas de litigación oral se imprime la premisa de que la prueba no habla sola, sino a través de los litigantes. La mejor forma de producir la mayor cantidad de información de calidad es a través de los interrogatorios (examen directo y contraexamen). En este sentido, BAYTELMAN A. Andrés y J. Mauricio DUCE. *Óp. cit.*, pp. 12 yss.

- c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se dará lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.
- d) Las actas que contienen la declaración de testigos, actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior.
- e) Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez que contienen diligencias objetivas e irreproducibles, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, allanamiento, entre otras.

http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/libros1/contenidos/La_Prueba.pdf

Una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra por breve término a las partes para que, si consideran necesario, expliquen, aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido, con ello se solventa el principio de contradicción, con este trámite existe gran diferencia, en el antiguo sistema que recoge el Código de 1939, promulgado en 1940, puesto que la lectura se da solo a prueba documental, anticipada, no permitiendo que dé lectura a actos de investigación.

Concluida la actividad probatoria, propia de las partes, el juzgador excepcionalmente podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El juez cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes, de lo contrario, estaría actuando parcializado por alguna de ellas y quebraría el sistema interpartes y la imparcialidad.

El último escenario, de actividad procesal, que tienen las partes enfrentadas en el contradictorio, es el escenario de litigación denominado: alegato de clausura, o de cierre, en el que las partes se dispondrán a exponer sus inferencias sobre la producción probatoria, este ejercicio de litigación es netamente argumentativo, donde se contrasta la

evidencia y las proposiciones fácticas, que hayan sido probadas, para solventar la tesis de culpabilidad o solventar la tesis de inocencia, según sea el caso.

El Código indica que se desarrollará en el siguiente orden:

- a) Exposición oral del Fiscal.
- b) Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil.
- c) Alegatos del abogado defensor del acusado.
- d) Autodefensa del imputado.

Asimismo, como bien sabemos, la comunicación entre las partes es oral, respetando el principio de oralidad, es por ello que no podrán leerse escritos, solo notas de ayuda memoria, o el empleo de medios gráficos, o audiovisuales, como por ejemplo, las diapositivas para una mejor ilustración al juez, esto último no muy practicado por nuestros abogados, si en otras latitudes geográficas, como la americana.

Terminados los alegatos de cierre, corresponde la defensa materia o autodefensa, o también llamada última palabra del acusado o imputado. Culminado este trámite el juzgador, declarará cerrado el debate.

3.14. Deliberación y sentencia

Después de los alegatos de cierre y la defensa material del imputado, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta, la cual no podrá extenderse más de dos días, ni podrá suspenderse por más de tres días en caso de enfermedad del juez o de alguno de los jueces del Juzgado Colegiado.

En los procesos complejos el plazo es el doble en todos los casos previstos en el párrafo anterior, asimismo, transcurrido el plazo sin que se produzca el fallo, se quebrará el juicio y deberá realizarse nuevamente pero con otro juez unipersonal o colegiado según sea el caso.

Necesariamente, las decisiones del colegiado se deben adoptar por mayoría, si no se efectúa consenso en relación con los montos de la pena y la reparación civil, se aplicará el término medio, asimismo, de establecer la pena de cadena perpetua se requerirá decisión unánime de todo el colegiado.

El juzgador deberá utilizar únicamente para la deliberación pruebas que hayan sido actuadas en el juicio oral, deberá examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás, para llegar a convicción, la valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

La sentencia debe contener lo siguiente:

- La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado.
- 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.
- Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo.
- La parte resolutive, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito.

Usualmente, se leerá tan solo su parte dispositiva por el director de debates o por el mismo juez unipersonal, y los fundamentos que motivaron la decisión expuesta en la parte dispositiva que no será otra cosa que el fallo, absolviendo o condenando. Posteriormente, en este mismo acto, se anunciará el día y la hora para la lectura integral de la sentencia, la que deberá llevarse a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan.

Al concluir la lectura de la sentencia, el juez preguntará a quien corresponda si interpone recurso de apelación, no es necesario que en ese acto se fundamente el recurso, asimismo, también puede reservarse la decisión de impugnación.

3.15. Conclusiones referentes a la etapa de juzgamiento

- Fase esencial del proceso común.
- Escenario de la prueba.
- La imparcialidad del Juez Penal.
- La publicidad y su herramienta idónea: la oralidad.
- La oralidad y su empleo mediante las técnicas de litigación.
- El juzgamiento como escenario natural del Juez.
- La tarea del Juez no es actuar pruebas sino valorar el resultado de la que actúen los otros sujetos procesales.
- Preguntas del Juez y pruebas dispuestas de oficio: excepcionalidad de las mismas.

CAPÍTULO IV

La valoración de la prueba

José Antonio Neyra Flores*

Una vez concluida la fase del juicio oral destinada a la actuación probatoria⁸⁴, se da inicio a la etapa de valoración de la prueba, considerada por algunos autores como el momento culminante del desarrollo procesal.⁸⁵

De la valoración de la prueba en materia doctrinaria podemos afirmar que desde sus inicios no se realizó un profundo desarrollo temático, es más, si hacemos un seguimiento histórico a esta institución procesal observaremos que los juzgadores y tratadistas de aquel entonces la daban por supuesta sin estudiarla previamente⁸⁶, es decir, que se aplicaba de manera empírica entre los juzgadores, no existían estudios o grandes discusiones al respecto.

Es con el devenir de los años y con el esfuerzo realizado por diversos juristas a la largo de la historia que se ha podido ahondar cada vez más en esta categoría, y al día de hoy podemos hablar de una Teoría de la prueba -desde una vista mucho más general- y en específico de la importancia de la valoración probatoria.

Consideramos que se han realizados varios intentos por clasificar la actividad probatoria y sistematizarla, tal como lo veremos en páginas posteriores, dentro de los cuales consideramos a los autores Serra Domínguez, Montero Aroca, Calamandrei, entre otros que llegan a similares conclusiones, dentro de los cuales aún no existe un consenso de lo que podría significar los pasos o fases de la valoración probatoria.

Similar realidad se presenta respecto del concepto de la valoración de la prueba, que muchos tratadistas o autores nacionales han tomado como tema de estudio y

* Juez de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Poder Judicial, Doctor en Derecho, Profesor del curso de Derecho Procesal Penal en el Pre y Posgrado de la Universidad San Martín de Porres. 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.

⁸⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2007. p. 41-47, se distingue tres momentos fundamentales en la toma de decisiones del juicio oral, los cuales son independientes, sucesivos pero que se interrelacionan para lograr un cometido, obtener una decisión judicial. Estos momentos son: a) la conformación del conjunto de elementos del juicio oral, b) la valoración de estos elementos, c) la adopción de la decisión judicial.

⁸⁵ JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2012. p. 715.

⁸⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons. Madrid. 2010, p. 374.

desarrollo en sus libros de Derecho procesal Penal, pero que claramente no lo han desarrollado.

5.1. Concepto de valoración de la prueba

Tal como menciona Montero Aroca, la valoración de la prueba es uno de los temas relativos a la actividad probatoria que más se ha cuestionado y sobre los que más inexactitudes se han dicho.⁸⁷ Es por ello que existen diversas perspectivas conceptuales, como las siguientes:

Según Jauchen la valoración probatoria "es el momento culminante del desarrollo procesal en el que el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis crítico y razonado sobre el valor acreditante que los elementos probatorios introducidos tengan."⁸⁸

Para Nieva Fenoll, la valoración de la prueba es la "actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso."⁸⁹

Devis Echandía señala que "por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido."⁹⁰

Según Taruffo, la valoración de la prueba "tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio."⁹¹

Finalmente, citaremos a Xavier Abel Lluch, quien nos señala que: "la valoración de la prueba consiste en determinar la eficacia, tasada o libre, de la información obtenida con la interpretación"⁹²

Ahora bien, debemos tener en cuenta - preliminarmente- en qué momento del juicio oral se hace presente o se realiza la valoración de la prueba.

⁸⁷ MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad: Ensayo Polémico sobre el nuevo proceso penal*. Editorial Thomson - Civitas. Pamplona. 2008. p. 436.

⁸⁸ JAUCHEN, Eduardo. *Óp. Cit.* 715.

⁸⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. *Óp. cit.*, p. 34

⁹⁰ DEVIS ECHEANDIA, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006. p. 16.

⁹¹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Marcial Pons. Madrid, 2008. p. 132.

⁹² ABEL LLUCH, Xavier. *Diez tesis sobre la valoración de la prueba, dos propuestas de la lege ferenda y un decálogo sobre motivación*. En: *Derecho probatorio y la decisión judicial*. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2016. p. 45.

Para tal objetivo tendremos en cuenta lo propuesto por el autor Ferrer Beltrán, quien en su libro *Valoración racional de la prueba judicial* propone que existen tres momentos en la actividad probatoria judicial, los cuales son: 1°) La conformación del conjunto de elementos del juicio oral, 2°) La valoración de estos elementos, y, 3°) La adopción de la decisión judicial.

Tesis vista desde una perspectiva epistemológica de la prueba:

La *primera fase* marca el inicio de la actividad probatoria la cual se caracteriza por la entrega y admisión de medios de prueba, esta -ordinariamente- se desarrolla en la Etapa intermedia del proceso que está a cargo del juez de la investigación preparatoria. Pero no debemos olvidar que extraordinariamente también se puede producir en la investigación preparatoria y al inicio del juicio oral, con la prueba anticipada y la nueva prueba respectivamente.

La *segunda fase* corresponde a la valoración del conjunto de elementos que han sido admitidos, se infiere que le precede la actuación, solo podrá valorar y considerar las pruebas que han sido actuadas en el juicio, ubicándolo así dentro de la primera fase de la actividad probatoria.

La *tercera fase* es propiamente la toma de decisión del órgano jurisdiccional, luego de que la valoración de la prueba le asignará algún valor o grado de confirmación a cada prueba, que servirán de base para sustentar la decisión del juzgador, es decir que generen convicción en el juzgador para fallar a favor o en contra del acusado.

Esta clasificación dogmática de las etapas en la actividad probatoria no dista mucho de las etapas o fases que prevé nuestro Código Procesal Penal, e indican los diferentes autores nacionales que tratan el tema, cómo Arsenio Oré Guardia⁹³, César San Martín⁹⁴, José Neyra Flores⁹⁵, entre otros; que si bien no comparten la división de Ferrer, consideran el ofrecimiento y actuación como etapas diferentes, sí reconocen a la actuación o práctica de los medios probatorios como otra etapa, y no hacen mayor reconocimiento a la etapa de decisión judicial. Advertimos que nuestros autores realizan un desarrollo

⁹³ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual Derecho Procesal Penal: La prueba en el proceso penal*. Tomo III. Editorial Reforma. Lima, 2015. p. 72 - 116.

⁹⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal - Lecciones*. INPECPP Fondo Editorial, CENALES Fondo Editorial. Lima. 2015. p 571 - 574.

⁹⁵ NEYRA FLORES, José. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Idemsa. Lima, 2015. p. 235 - 237.

doctrinario interpretando las disposiciones de nuestro Código Procesal Penal, y el autor de referencia realiza un desarrollo netamente dogmático, en síntesis, al comparar los aportes de los autores en el tema, puede que existan diferencias respecto de la denominación o agrupación de las fases de la actividad probatoria pero sustancialmente se refieren a lo mismo.

Ahora sí, antes de presentar al lector nuestro concepto de valoración de la prueba, primero hemos de desmembrar lo dicho por los autores antes propuestos para reunir las características fundamentales de la misma y poder presentar los aspectos con los cuales estamos de acuerdo:

- a) La valoración de la prueba es una actividad jurisdiccional fundamental.⁹⁶ Actividad encomendada a los jueces unipersonales o colegiados, según sea el caso, donde se hace notar el nivel democrático y garantista del sistema penal.⁹⁷
- b) La valoración se realiza sobre las pruebas admitidas por el juez de la etapa intermedia o por el juez del juicio oral (prueba nueva o de oficio) y que hayan sido actuadas en la etapa correspondiente del juicio, claro que existe la excepción de la prueba anticipada regulada por nuestro Código, pero en suma todas las pruebas que serán valoradas deben ser ofrecidas, admitidas y practicadas en el proceso.⁹⁸ Excluyendo a las pruebas que no hayan sido incorporadas por medios legales que prevé nuestro ordenamiento o que hayan sido obtenidas violando derechos fundamentales.⁹⁹
- c) El objeto de la valoración es fijar o interpretar un valor a los resultados obtenidos de la actuación probatoria, se otorgará según las leyes que rigen al ordenamiento y en sí, al sistema de valoración probatorio que hayan adoptado.
- d) El resultado de la valoración son los resultados preliminares que tienen lugar en la mente del juzgador posterior al análisis individual y en conjunto de las pruebas actuadas, que serán materializados en la motivación de la sentencia. Para IGARTUA, el resultado probatorio es el desenlace de las operaciones mentales

⁹⁶ ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho Probatorio*. Bosh. España, 2012. p. 464.

⁹⁷ HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Gaceta Jurídica. Lima, 2012. p. 27.

⁹⁸ Al respecto, véase, para adicionales referencias: FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. Cit. GIMENO, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª Edición. Editorial Thomson - Civitas. Pamplona, 2015.

⁹⁹ CHAIA, Rubén. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2010. p. 117 - 133.

realizadas por el juez sobre los elementos de prueba, las cuales le llevarían a concluir la confirmación o no de los hechos imputados.¹⁰⁰

Esta etapa de la actividad probatoria se dará independientemente del sistema empleado, tal y como ha venido ocurriendo desde que comenzaron los primeros juicios en la historia hasta el día de hoy. Es necesario establecer o reconocer que metodología deberán utilizar los juzgadores para valorar las pruebas.

5.2. Sistemas de valoración de la prueba

Como ya hemos mencionado en la introducción de este capítulo, en un principio los jueces no tenían reglas, manuales o leyes que limitaran su actividad jurisdiccional, tampoco existen registros que nos permitan apreciar mediante qué métodos o preceptos se valoraba en aquel entonces las pruebas aportadas al proceso, entonces podemos inferir que aquel juzgador utilizaba su razón para fallar a favor de quien más pruebas haya presentado o más convicción le haya generado mediante su testimonio o la aportación de pruebas al proceso.¹⁰¹

Asimismo, que esto significó que a los jueces encargados de la actividad jurisdiccional se les otorgue como una potestad propia de su función la aplicación de criterios libres para valoración de las pruebas, prestándose a obvios favorecimientos, sin que tengan que rendir cuenta de los mismos.

Con el paso del tiempo y el notorio incremento de las injustificadas decisiones de los jueces era necesario reaccionar, y las sociedades de aquel entonces comenzaron preguntándose cómo se podrían frenar tales situaciones y ofrecer así un juicio justo en el que nadie se vea favorecido injustificadamente y en el que todos sean medidos por las mismas reglas.

Es así que surgen las ideas de limitar o reglamentar estándares que aplicarían los jueces para la valoración probatoria, primera respuesta adoptada por la necesidad en la que se veían de mejorar, qué se debe atender, bajo qué directrices o procedimientos debe sujetarse para así adoptar un sistema de valoración que convenga a su ordenamiento.

¹⁰⁰ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El Comité de Derechos humanos, la casación penal española y el razonamiento probatorio*. Editorial Thomson - Civitas. Madrid, 2004. p. 109.

¹⁰¹ NIEVA FENOLL, Jordi. *Óp. Cit.*, p. 37 - 40.

Apoyaremos lo expuesto por Rubén Chaia, cuando señala que los distintos sistemas de valoración de la prueba son producto de la diferencia de criterios entre jueces y dogmáticos, que responden a la época, el grado de desarrollo de la sociedad, la conformación del sistema de persecución penal, y el diseño de la política criminal de estado.¹⁰² Cabe puntualizar que dentro de esos criterios de la época y el grado de desarrollo, es necesario observar el nivel de aporte o avances entre las problemáticas planteadas por los juristas y las posibles soluciones o motivación de los jueces en el producto de su actividad jurisdiccional, las sentencias.

Ahora desarrollaremos los tres sistemas de valoración probatoria que se han considerado doctrinariamente y que pueden ser identificados a lo largo de la historia.

5.2.1 Sistema de prueba legal o tasada

El sistema de prueba legal surge como una respuesta al anterior sistema de libre valoración de los jueces, prefija o establece mediante la ley la eficacia conviccional de cada prueba a valorar en el proceso.

Devis Echandía¹⁰³, considera que la denominación apropiada a este sistema sería 'tarifa legal' ya que con la primera nada aporta al mismo pues el carácter legal de la prueba es indiscutible en la práctica y la doctrina, así como una condición necesaria para que la prueba sea admitida en el proceso, no solo en este sistema sino en cualquier otro que verse sobre la valoración probatoria. En cambio, al utilizar el segundo término de 'tarifa legal' sí se hace uso de una correcta denominación ya que alude a la técnica legislativa que tiene por objeto definir a establecer el valor probatorio de la prueba antes de su actuación, si y solo si está corresponde a las exigencias antes mencionadas.

En palabras de Arsenio Oré Guardia el sistema de tarifa legal es "aquel que instituye de forma predeterminada el valor probatorio de las pruebas a través de una ley."¹⁰⁴ Es decir, que en este sistema la ley preliminarmente fija las condiciones en base a las cuales el juzgador deberá convencerse de la existencia de un hecho o circunstancia o en qué casos no corresponde su convicción. Además se fija las condiciones de cómo la valoración de las pruebas se llega a concretar en el proceso. Según Chaia esta regulación

¹⁰² CHAIA, Rubén. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires, 2010. p. 135.

¹⁰³ Citado por ORÉ ARSENIO, Arsenio. *Óp. Cit.* 105.

¹⁰⁴ ORÉ ARSENIO, Arsenio. *Óp. Cit.* 105.

opera en tres sentidos: 1) Limitación de los medios, 2) Se implanta el procedimiento a seguir, y 3) Establece el valor de cada prueba presentada al proceso.¹⁰⁵

Como señala Varela¹⁰⁶ el sistema de prueba tasada, fue impuesto como una reacción contra fallos descalificatorios debido a la arbitrariedad y la discrecionalidad absoluta de los jueces en tales decisiones. Siendo esto así, se tienen registros a través de la época romana hasta la edad moderna que el ímpetu de restringir la libre valoración del juez mediante leyes fue en aumento, pero también es de notar que el sistema de tarifa legal nunca se llegó a extinguir por completo, prueba de ello es que en algunos ordenamientos existen rezagos de pruebas de valoración tasada como en Italia, Portugal, Grecia, España, Suecia, Finlandia e incluso Alemania, tarifas legales que van desde declaraciones, prueba documentales, documentos privados, públicos, la confesión y el juramento¹⁰⁷.

Es necesario acotar que al ser - el sistema de tarifa legal - una respuesta reactiva a la primera forma de valoración probatoria también llega a tener excesos de similar magnitud que el sistema al cual se contraponía los cuales también serán mencionados y desarrollados en el presente apartado.

Antes de hablar de aquellos excesos anotaremos las ventajas que la doctrina reconoce al sistema de tarifa legal, para luego contrastarlas con sus desventajas y concluir si realmente aquello que reconocían era un aporte de este sistema o significó la causa para que las grandes críticas en su contra.

En principio no es muy común encontrar autores que alaben las 'grandes ventajas' del sistema de tarifa legal ya que la mayoría se concentra en resaltar la deformación que significó este sistema para la actividad jurisdiccional del juez al momento de valorar las pruebas.

Según Serra Domínguez las leyes que regulan la tarifa legal de valoración probatoria recogen criterios condensados a través de los años, y más que un limitador de

¹⁰⁵ CHAIA, Ruben. *Óp. Cit.*, p. 140.

¹⁰⁶ VARELA, Casimiro. *Valoración de la prueba*. 2° Reimpresión, 2° Edición. Buenos Aires. 2012. p.154.; En el mismo sentido puede verse NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. *Óp. Cit.* p. 46.; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994. p. 36-37.

¹⁰⁷ Para un mayor entendimiento y detalle de los países que aún mantienen el sistema de prueba tasada en sus ordenamientos revisar NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. *Óp. Cit.*, p. 52 - 65.

su función pretende ser una ayuda para el juzgador.¹⁰⁸ Partiendo de esta premisa Xavier Abel Lluich anota los siguientes puntos que corresponden a varios autores citados en su obra:

- 1) Este sistema congrega las garantías seguridad y certidumbre en el tráfico jurídico. Garantías que significan una constante búsqueda y fabricación de nuevas normas que aseguren llegar a ellas para el éxito de un ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que las partes al saber de antemano el valor de las pruebas que pueden aportar al proceso, tienen la certeza previa de cómo fallará el juez generando acerca de la valoración de las mismas, así que las partes aprovechen tal situación y se preocupen en encontrar los medios de pruebas adecuados que en suma signifiquen una alta probabilidad de obtener resultados a favor de la parte que aportó tales pruebas.¹⁰⁹
- 2) La estereotipación de la máxima de experiencia más idónea, en la medida que las normas de tarifa legal significan la creación de determinadas experiencias de corte legal y que resuelve satisfactoriamente los casos particulares en los que se llega a aplicar.¹¹⁰

Finalmente en palabras de Arsenio Oré, "lo cierto es que al final dicho sistema de tarifa legal, no hace otra cosa que sustraer los elevados criterios subjetivistas de la propia actividad de valoración que muchas veces, se puede confundir con actos de arbitrariedad."¹¹¹

Estas ventajas, como acabamos de señalar, hubieran significado un gran aporte y reforma de la mala aplicación del sistema de libre valoración, pero como todo a lo largo de la historia no se sabe cuándo es que se debe hacer un alto y entender que ha sido suficiente lo logrado hasta el momento, creemos que esa falta de capacidad de los legisladores al momento de seguir imponiendo un sistema tarifa legal significó su decadencia, deviniendo así en las sonadas desventajas que se le atribuyen y que desarrollaremos a continuación.

¹⁰⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios al código civil y las compilaciones*. Tomo XVI. 2º Edición. EDERSA. Madrid, 1981. p. 19. Citado por ABEL LLUCH, Xavier. *Óp. Cit.* p. 467.

¹⁰⁹ COLOMER HERÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2003. p. 207. Citado por ABEL LLUCH, Xavier. *Óp. Cit.* 469.

¹¹⁰ CABAÑAS GARCÍA, Juan. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Trivium. Madrid, 1992. p. 94.

¹¹¹ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Óp. Cit.* p. 106.

En principio, consideramos que el sistema de tarifa legal fue desplazado porque la realidad de la aplicación de justicia no era tan favorable o concordante con la correcta -excesos- debido a que los jueces al verse atados de manos por las rigurosas leyes de estándar de la prueba concluían por dictar sentencias absolutorias del proceso en lugar de pronunciamientos sobre el fondo.

Es decir, en este sistema se consideraba *prueba plena* cuando la única consecuencia que se producía de su aportación, admisión y actuación en el proceso era deducir -valorar- la culpabilidad del acusado, en ese sentido, el acusado solo podrá ser condenado si existieren pruebas plenas que acrediten su delincuencia. Esta regla absoluta niega totalmente la posibilidad que los jueces funden una sentencia condenatoria en pruebas semiplenas, ya que en este último caso siempre se procederá a la absolución del acusado por no alcanzar el estándar probatorio del sistema de tarifa legal aplicado.

Ahora enumeramos otras desventajas que consideramos atribuible a este sistema:

- 1) La actividad de valoración del juez se mecanizó, generando así la pérdida de reflejos de los juzgadores al desplegar su actividad de valoración, y siendo sustituido en esta labor por el legislador. En palabras de Chaia, con este sistema se llegó a la sacralización y burocratización de la labor judicial.¹¹²
- 2) En relación al juez Devis Echandia¹¹³ y otros autores concuerdan que este sistema encarceló su conciencia convirtiéndolo en un pleno recepcionador de las pruebas para darles un valor que - aunque él no lo crea así- ha sido establecido por ley, es decir aunque se contraponga a su razonamiento lógico.
- 3) En relación con la anterior pauta, la valoración de las pruebas en el proceso se convirtió en una serie de pasos secuenciales y necesarios a seguir para llegar al fin del proceso, sin importar - claro está - el resultado de aquella etapa de la actividad probatoria ya que era suficiente que se cumpliera la valoración tasada de las pruebas que se había prefijado.

¹¹² CHAIA, Rubén. *Óp. Cit.*, p. 141.

¹¹³ DEVIS ECHANDIA, Hernesto. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Temis. Bogotá, 2002. p. 94.

- 4) Así mismo, Gascón Abellán¹¹⁴ y otros señalan que la aplicación de este sistema desfigura el objetivo del proceso cognoscitivo: la búsqueda de la verdad, es decir que lo restringe a la búsqueda de una verdad legal.

El sistema de prueba legal existió por siglos en la Europa Continental pero, se desplomó desde finales del S. XVIII, y ha sido sustituido - existen excepciones en algunos ordenamientos procesales- por el principio de libre convicción del juez.¹¹⁵

En síntesis podemos alegar que el sistema de valoración legal o tarifa legal se creó con un buen fin -en aquél entonces- ya que, pretendía orientar la actividad del juez¹¹⁶ al valorar las pruebas presentadas en el proceso, significó que el legislador -un ente ajeno al proceso en particular- fije reglas que predeterminaban el valor de las pruebas y así evitar que el juez base sus decisiones en arbitrios o meras subjetividades.

Esta intención loable ataca directamente el problema presentado por el sistema de libre valoración pero, como anotamos al inicio de este apartado el legislador no supo cuando eran suficientes las leyes que se creaban para tal fin, llegando al punto de suprimir la discrecionalidad del juez, y que claramente esto propició ciertas consecuencias que hemos calificado como desventajas para este sistema.

5.2.2 Sistema de íntima convicción

El sistema de íntima convicción deriva del sistema de la libre valoración de las pruebas del cual no se tiene datos exactos o registros históricos que nos aseguren la forma o el tiempo en que aparece en el proceso. Se dio como un sistema impuesto por la tradición y la herencia.

Es válido pensar que este sistema nació como una característica innata a los primeros juicios en la historia, ya que, esos tenían como premisa que el conciliador -el juez- determine sobre los alegatos -y pruebas- presentados por las partes -parte que acusa y parte acusada- mediante su propio análisis que alegato generó mayor convicción en él, condenando al culpable o dando a cada quién lo que le pertenecía.

¹¹⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. 2ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2004. p. 157.

¹¹⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Metropolitana. Santiago de Chile, 2009. p.100.

¹¹⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *Óp. Cit.*, p. 49.

En el sistema de libre valoración el juez forma su convicción sobre las pruebas presentadas en el proceso sin sujetarse a ninguna ley que predetermine el valor que le debe dar a las pruebas. Se conocen dos formas de libre valoración: *íntima convicción* y *sana crítica*.

Es necesario entender que el sistema de íntima convicción surge sucesivamente después de que el sistema de tarifa legal presentara falencias en su aplicación que hicieron necesario y apremiante encontrar otra manera de valorar las pruebas. O en este caso, reformar un sistema que ya se había utilizado con anterioridad y resultó ser la mejor opción para contrarrestar las deficiencias del actual sistema.

En palabras de Chaia "este sistema es el reverso de la moneda del modelo de pruebas tasadas: la ausencia de toda norma que determine el valor que el juzgador debe acordar a las pruebas y la innecesidad de dar explicaciones o motivar las sentencias..."¹¹⁷

Para Arsenio Oré Guardia "el juez deja de ser un autómatas de la ley y se convierte en un aperador con amplios márgenes de discrecionalidad para valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica"¹¹⁸

Es decir, que en la vigencia de este sistema la ley no establece ninguna regla para orientar al juez en su actividad de valorar las pruebas. El juez de manera deliberada puede convencerse, según su *íntima convicción*, de la existencia o no de los hechos objeto del proceso, valorando las pruebas presentadas según su leal entender.

Asimismo, de lo dicho por los autores citados otra característica es que al juez - a diferencia del sistema de tarifa legal- no se le exige la motivación de sus decisiones judiciales, es decir, se le desligaría de cualquier criterio racional de valoración¹¹⁹ en donde la decisión de las pruebas es el producto de una actividad no razonada -irracional- del juez motivada por su discrecionalidad y subjetividad lo cual en palabras de Taruffo, significó una involución de la forma de como concebir la valoración de las pruebas.¹²⁰

¹¹⁷ CHAIA, Rubén. *Óp. Cit.*, p. 142.

¹¹⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Óp. Cit.* p. 107.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducido por Daniela Accatino, Ed. Marcial Pons. Madrid, 2010. p. 185.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 185.

Las dificultades no solo radicaban en la absoluta intimidad¹²¹ que le era dotada al juez para valorar las pruebas, ni la falta de motivación exigible, sino también que al otorgarle estas facultades al tribunal *a quo* se imposibilita al Tribunal de segunda instancia pronunciarse sobre la actividad valorativa que desempeñaban estos órganos judiciales.¹²²

En palabras de Bacigalupo, en lugar de poner acento en el aspecto racional de la valoración de la prueba, revestía de un carácter intangible a la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia.¹²³ Es por eso que era necesario que la valoración de la pruebas sea orientada por criterios menos íntimos, que no broten de pura conciencia del juzgador, pero que a la vez sean más objetivos y vigentes socialmente,¹²⁴ deseo que fue asegurado por el camino de la sana crítica racional, la cual nos ocuparemos de desarrollar en lo que sigue.

5.2.3 Sistema de la sana crítica racional

El sistema de la sana crítica racional deriva, del sistema de libre valoración y algunos autores consideran que este sistema y el de íntima convicción se necesitan el uno del otro, es decir, son complementarios.¹²⁵ Otra parte de la doctrina no encuentra punto de distinción entre ambos.¹²⁶

Por derivar de la libre convicción claro está que la característica básica de este sistema es que el juez no está atado a ninguna ley que preestablezca el valor que debe asignar a las pruebas en el proceso, pero no quiere decir que se encuentre desvinculado de las reglas de la razón.¹²⁷

Al retornar al sistema de la libre valoración de la prueba, se puso un alto a la expansión del sistema de tarifa legal con una modificación: la motivación razonada de las sentencias, en palabras de Taruffo "la discrecionalidad -del juzgador- en la valoración de

¹²¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*. En Doxa, Cuadernos de Filosofía de Derecho, n° 12, 1992. p.156

¹²² FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Ed. Iustel. Madrid, 2005, p. 235.

¹²³ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLI. Fasc. II, 1988. p. 375.

¹²⁴ IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Óp. Cit.*, p. 33.

¹²⁵ En ese sentido, SENTIS MELLEDO. *La prueba*. 1978; CHAIA, Rubén. *La prueba en el proceso penal*.

¹²⁶ Véase, MANZINI, CALAMANDREI, CAFFERATA NORES, JAUCHEN, entre otros.

¹²⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Metropolitana. Santiago de Chile, 2009. p. 102.

las pruebas se ejercerá según criterios que garanticen el control racional de la misma."¹²⁸ Lo cual significa que el juez está obligado a fundar sus decisiones en reglas de la sana crítica racional para lograr una decisión intersubjetivamente válida y justificable.¹²⁹

Adicionalmente significó una mejora a las críticas de carácter ideológico que se le hacían al anterior sistema como: las consecuencias negativas que tienen para las garantías del proceso, y el alto grado de arbitrariedad de los jueces en sus decisiones.¹³⁰

En palabras de Chaia, la determinación y eficacia de las pruebas en este sistema se dan a partir del uso de reglas lógicas y de las máximas de experiencia integrando así una compleja trama lógico-experimental que debe ser desarrollada por el juez como razón motivante de la sentencia¹³¹:

a. Las máximas de las experiencias

Según Stein, las máximas de experiencia son: "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares cuya observación se han deducido y que por encima de esos casos pretenden validez para otros nuevos."¹³² Es decir, son patrones o directrices que han sido adquiridos a lo largo de la experiencia común y que orienta o es la base de la lógica humana.

En palabras de Florencio Mixán Máss, las máximas de experiencia "expresan el acervo de la experiencia colectiva sobre aquello que aconteció o acontece reiteradamente en la sociedad o en la naturaleza, razón por la que adquiere la categoría de pauta general que se transmite de generación en generación. Es una síntesis del proceso de abstracción colectiva, del saber colectivo de estirpe tradicional."¹³³

Estas máximas de experiencia deben ser pertinentes y vigentes, ya que, por el paso del tiempo al ser propia de una determinada época no estará vigente al momento de su uso.

¹²⁸ TARUFFO, Michele, IBAÑEZ, Perfecto, CANDAU, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2º Edición. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2010. p. 23.

¹²⁹ TARUFFO, Michele. *Óp. Cit.* 23.

¹³⁰ GONZALES LAGIER, Daniel. *Argumentación y prueba judicial*. En: Estudios sobre la prueba. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2006, p. 111 y 112.

¹³¹ CHAIA, Rubén. *Óp. Cit.*, p. 153

¹³² STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traducido por: De la Oliva A. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1990. p. 22.

¹³³ MIXÁN MÁSS, Florencio. *Cuestiones epistemológicas de la investigación y de la prueba*. 2º impresión. BLG Ediciones. Trujillo, 2006. p. 232.

b. Reglas de la lógica

Respecto de las reglas de la lógica, la jurisprudencia se refieren a ellas en apenas dos palabras o cortas frases en las que son mencionadas ligeramente, pero no se especifica ni se motiva a qué reglas exactamente se refieren y cuales han hecho uso al momento de valorar.

Cabe resaltar que las reglas de la lógica formal se entienden como una operación silogística, es decir, una situación en la que se tienen dos premisas y una conclusión, y, donde la primera premisa es la regla por excelencia a la cual la segunda premisa, que son los hechos, se subsumirá para devenir en una conclusión formal. Y todos aquellos razonamientos que no obedezcan este razonamiento lógico serán falacias y devendrán en contradicciones o absurdos lógicos.¹³⁴

Consideramos que los principios lógicos que se refiere el legislador permiten evaluar si el razonamiento, en tanto estructura discursiva, es formalmente correcto; es decir, si no ha violado alguna ley del pensar.

Couture afirma que las reglas de la lógica implican el respeto de ciertos principios básicos, los cuales resultan aplicables al proceso:

- a) **El principio de identidad**, en cuya virtud una cosa solo puede ser igual a sí misma.
- b) **El principio de contradicción**, en razón del cual una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí. Es decir que: "*la misma cosa no puede ser y no ser a la vez, y bajo el mismo respecto*".
- c) **El principio de razón suficiente**, que señala que las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia. Este es el principio en donde se complementan las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia. La ley de la razón suficiente se formula así: para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada; es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera.

¹³⁴ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. *El nuevo proceso penal: Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*. Grijley. Lima, 2011. p. 272.

d) **El principio del tercio excluido**, mediante el cual si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes. Este principio es similar al de contradicción; enseña que entre dos proposiciones contradictorias, necesariamente una es verdadera y la otra es falsa, y que ambas no pueden ser verdaderas y falsas a la vez.

De esta manera el uso de los principios de la lógica en la función valorativa del juez lo orientan a realizarla de manera congruente con el fin que fundamenten sus resoluciones sin falencias en el razonamiento de su estructura discursiva.

c. Las reglas de la ciencia (Conocimientos científicos o técnicos)

La ciencia y el proceso tienen en común su finalidad, es decir, la búsqueda de la verdad. La ciencia fue incluida en este sistema desde que el legislador puntualizó que para valorar las pruebas en el proceso se debe seguir la sana crítica y esta se debe apoyar, entre otros, a los principios del conocimiento científico o reglas de la ciencia.

Es innegable mencionar que la ciencia se ha diseminado en diversos ámbitos de la vida cotidiana y académica, desde la medicina hasta la ciencia jurídica y hoy por hoy la ciencia es un soporte casi necesario para fundar las decisiones judiciales sobre la corroboración de los hechos materia del proceso.

Los denominados 'conocimiento científicos' son aquellos discursos atribuidos a grupos de expertos que gozan de prestigio social y que se circunscriben en ciertas áreas del conocimiento.¹³⁵ Es decir, que los conocimientos científicos se distinguen cualitativamente de cualquier otro tipo de conocimiento en razón de la persona que accedió y trabajó sobre ellos; de la forma en cómo estos adquirieron tales conocimientos; y, del modo en que fueron fijados...¹³⁶

El experto o perito (para el proceso) sería, entonces, una fuente de conocimiento para el juez, convirtiéndose así en el portador –indirecto– de una prueba ya que el juez no tiene contacto inmediato con el objeto de la pericia, lo que hace del perito el candidato necesario para llevar a cabo la actuación de estas pruebas mediante su

¹³⁵ BOURDIEU, Pierre. *El oficio de científico: Ciencia de la ciencia y reflexibilidad*. Ed. Anagrama. Barcelona, 2003.

¹³⁶ COLOMA CORREA, Rodrigo y AGUERO SAN JUAN, Claudio. *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 41 N° 2, 2014. pp. 673-703.

testimonio. De lo cual podemos entender, siguiendo a la autora Carmen Vázquez que la prueba pericial –y científica- generalizando resulta ser un testimonio, prueba que se actuará conforme a las reglas establecidas para la categoría en la que se encuentra.¹³⁷

Siendo esto así, los conocimientos científicos sirven como elemento para confirmar los enunciados sobre los hechos en función a su validez científica, y del grado de atendibilidad que les corresponde en el ámbito científico. En este sentido, el caso *Daubert vs. Merrel Down* hace precisiones realmente importantes que permiten orientar a los jueces para atender la exclusión o admisión de medios de prueba científicos.

El precedente *Daubert*, fue elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos para flexibilizar la “Doctrina Frye”, incorporando más criterios o guías que puede utilizar el Juez para decidir la admisión de una prueba científica, no necesariamente en conjunto, ni de forma exclusiva. Este caso fue relacionado al fármaco *Bendectin* ampliamente prescrito para aliviar las náuseas matutinas. Los demandantes alegaron que la droga causó defectos de nacimiento en su primogénito. El Tribunal señaló que existía una gran cantidad de evidencia epidemiológica que sugería que no hay relación entre el uso del fármaco por parte de una gestante y los defectos de nacimiento del feto. Los peritos de parte contrarrestaron tal argumento con otros tipos de datos, incluidos estudios en animales e investigaciones in vitro, concluyendo que la droga había causado defectos de nacimiento en los fetos. La decisión final del Tribunal fue que al existir gran cantidad de evidencia en contra de los estudios presentados por la parte, ese dictamen no era suficiente para plantear un juicio ordinario.

Este caso apunta los criterios que el juez debe atender para excluir o admitir los medios de prueba científicos, lo que claramente marca un estándar probatorio para tales medios.¹³⁸

- a) **La controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica en que se fundamenta la prueba**, esto significa que la teoría ha sido probada de forma empírica (*tested*), no solo en el contexto neutro que brinda un laboratorio, es decir que esta teoría o técnica se pueda reproducir o sea demostrable.

¹³⁷ VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. *De la prueba científica a la prueba judicial*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2015. P. 44-46.

¹³⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Ed. Jurista Editores. Lima, 2012. p. 143.

- b) **El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.** Es necesario que la técnica misma advierta el porcentaje de error en el que se puede incurrir, negar esto haría a simple vista del trabajo científico una teoría inconsistente, ya que, nada es certero al 100%.
- c) **La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión,** permitiendo de esta forma su revisión y control por otros expertos miembros de la comunidad científica.
- d) **La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada** (*general acceptance test*). Es innegable que siempre pueden existir teoría o comentarios que no compartan cierta técnica o teoría propuesta, pero en esos casos es necesario llegar a un consenso entre los mismos.
- e) **La existencia y el mantenimiento de estándares y controles (protocolos) relativos a la concreta técnica o teoría** (*standards and controls*). Esto permitirá que los ajenos a la producción de tal teoría o técnica puedan controlar el correcto desenvolvimiento de la misma.

Las dos primeras anotaciones corresponden al contenido de la prueba científica es decir a su validez y los otros tres corresponden al grado de atendibilidad que les corresponde en el ámbito científico. Todos estos lineamientos forman parte de una planificación técnica para la valoración de la prueba científica, lo que produce un estándar probatorio que apunta directamente a la calidad de las pruebas periciales.¹³⁹

Estándar que ha marcado un hito en la valoración de las pruebas científicas y que sirve de precedente para ordenamientos como el nuestro. Prueba de ello, se encuentra el caso Walter Oyarce (R.N. N°1658-2014 - Lima del 5 de marzo de 2016), que atendiendo a los presentes criterios determina que “*La contundencia de la prueba testimonial (directa) y los probados indicios de cargo no pueden verse enervados frente a los posibles escenarios que arroja una prueba pericial de descargo basada en probabilidades, con cuestionamientos razonables y que, esencialmente, no alcanzan para eliminar lo afirmado por los testigos.*”

¹³⁹ VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. *Óp. Cit.*, P. 137.

En el presente caso la prueba pericial no cumplió el nivel de prueba exigido por el estándar probatorio importado (Caso Daubert) lo cual no es condición suficiente para poder enervar los otros medios de prueba testimoniales en el caso, ya que, el tribunal consideró a esta prueba con un grado de cuestionamiento alto en el caso.

De manera contraria, tenemos la Revisión de Sentencia N° 32-2015 / Lambayeque en la cual un condenado por el delito de violación sexual a una menor de edad pudo enervar el resultado probatorio al presentar una prueba nueva de ADN obtenida posteriormente a la condena, que desvirtuó su paternidad, razón por la cual la Sala declaró fundada su demanda de revisión y como consecuencia se absolvió al accionante. En esta sentencia la prueba científica y el valor asignado por el juzgador enervó todo un resultado probatorio de un caso sobre el cual ya se había decidido y que posiblemente no hubiese podido conseguir si no fuese porque la prueba científica ha cobrado gran relevancia, calidad y valor semejable por la alta fiabilidad de su contenido.

De la misma forma nuestro ordenamiento ha previsto mediante el Acuerdo Plenario 1-2015/CIJ-116 del 21 de junio de 2016 establecer un esquema de valoración de las pericias antropológicas, de la siguiente manera:

"En cuanto a su sistemática formal e interna, las pericias antropológicas, siguiendo la propuesta del citado documento orientador, debe configurarse observando el siguiente esquema: a) La procedencia b) Los antecedentes c) El nombre del procesado d) El motivo del análisis e) El método de análisis y las técnicas usadas f) Los resultados g) Las observaciones h) Las recomendaciones i) Las conclusiones."

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce la importancia del avance de la ciencia en el proceso y establece como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

"(..) en los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba. La dactiloscopia, la balística, la patología, entre otros, son ejemplos de esta proyección de los conocimientos científicos en el campo de la investigación criminal. En esa línea, la explicación de la evidencia científica en el ámbito del proceso contribuye al

esclarecimiento de los hechos y sirve como fundamento para un pronunciamiento condenatorio o absolutorio.”

(Casación 292-2014, Ancash / 27 de febrero de 2016)

Lo expuesto concuerda con lo establecido por el legislador peruano en el Código Procesal Penal del 2004 en el art. 158° que dice: “*En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.*”

Por lo que la valoración no se realiza por reglas legales apriorísticas, sino advirtiendo la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial.¹⁴⁰ Con el fin de orientar la actividad valorativa de los órganos judiciales y de conglomerar las diferentes tesis al respecto, el Acuerdo Plenario 4-2015/CIJ-116 (21 de junio de 2016) estableció en su fundamento 15, lo siguiente:

"La valoración de la prueba cuenta con dos fases en las que el juez debe tener en cuenta criterios distintos: (i) La primera fase de la valoración es meramente un control de legalidad sobre la existencia o no de actividad probatoria lícita (juicio de valorabilidad), y en caso de su existencia, si ésta tiene un sentido incriminatorio. (ii) La segunda fase es ya de la valoración en sentido estricto, cuyo objeto es determinar tanto si existen elementos de prueba de cargo o incriminatorio y, luego, si tal prueba existente es suficiente o no para condenar."

La Sala Penal Permanente, en la Casación 96-2014, Tacna, de fecha 20 de abril de 2016, precisa que correspondería tener en cuenta en el sistema de la sana crítica racional:

"Quinto. En un sistema de sana crítica la valoración de la prueba no se deja librada a la íntima convicción del juez, al contrario, debe valorarla teniendo en consideración las circunstancias cambiantes locales y temporales, así como las particularidades del caso concreto, mediante una valoración razonada, la que debe ser motivada, a través de criterios normativos que sirven al juez en una actitud prudente y objetiva con la finalidad de emitir juicios de valor."

¹⁴⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Óp. Cit., p. 591.

Es necesario recalcar que la valoración de las pruebas mediante la sana crítica es un proyecto que se encuentra a medio camino, ya que es necesario institucionalizar el sistema y delimitar a qué se refiere –en específico- el artículo 158 del NCPP y que esas palabras, es decir, las reglas que integran la sana crítica, no sea una frase repetida que utilicen los juzgadores para justificar sus decisiones, incurriendo en las mismas falencias del anterior sistema. Por lo tanto, es necesario seguir apostando por terminar de entender o establecer criterios que orienten al juzgador, en nuestra jurisprudencia.

5. 3. La relación entre la valoración de la prueba y el derecho a la motivación

De manera preliminar conviene precisar, conforme a Manuel Atienza, que fundamentar una decisión es diferente a explicarla. Mientras que para fundamentar es necesario dar razones que justifiquen un curso de acción, para explicar se requiere indicar los motivos (los antecedentes causales de una acción). Y que cuando hablamos de motivar las sentencias se quiere decir que estas deben estar fundamentadas¹⁴¹.

De acuerdo al art. 139 inc. 5 de la Constitución Política del Perú todas las resoluciones judiciales deberán ser motivadas de manera escrita en todas las instancias. Siendo ello así, la valoración de las pruebas, proceso, a partir del cual el órgano jurisdiccional toma la decisión de absolver o condenar a una persona, no es indiferente a esta obligación.

Así también lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional en sendos pronunciamientos tales como el Exp. N° 02403 – 2013 – PHC/TC – Lima, José Luis Mamani Gonzáles (Alcalde de la Municipalidad Distrital de Surquillo); Exp. N° 00213 – 2013 – PHC/TC – Lima Norte, Pesareci Torres Chirinos; Exp. N° 04714 – 2012 – PHC/TC – Junín, Elvis Poma Matos y el Exp. N° 01410 -2012 – PHC/ TC – Lima Norte, Orlando AnticonaValdiviezo, en los que estableció que uno de los contenidos del derecho a la debido proceso es el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente en relación a las pretensiones oportunamente invocadas por las partes en cualquier clase de proceso.

De la misma manera, señalo que la necesidad que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables, porque mediante la motivación, por

¹⁴¹ ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Ariel Derecho, 1997, p. 31.

un lado, se garantiza que la impartición de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes y por otro lado, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

Nieva Fenoll manifiesta que debemos tener en cuenta la diferencias entre la valoración que se hacen de las pruebas y la motivación de la misma. La motivación es una expresión de la valoración de las pruebas, un concepto que alcanza a la expresión de todos los pensamientos judiciales contenidos en un juicio jurisdiccional, mientras que la valoración de la prueba constituye solamente uno de esos pensamientos¹⁴².

Según Michelle Taruffo la motivación es un discurso justificativo constituido por argumentos racionales y en tanto tiene un reconocimiento constitucional, cumple con dos funciones, la *endoprocesal*, según cual la motivación de la sentencia está encaminada a facilitar la impugnación; y, la *extraprocesal*, porque la motivación representa la garantía del ejercicio jurisdiccional, ello se condice de una concepción democrática del poder, conforme a la cual el ejercicio del mismo debe ser controlable desde fuera¹⁴³.

En otro estudio, Taruffo señaló que “así como no puede hablarse de decisión justa (o justificada) si falta una determinación verdadera de los hechos de la causa, del mismo modo no se puede hablar de una decisión motivada si el juez no indica específicamente, y mediante argumentos racionalmente articulados, las bases cognoscitivas, los criterios de valoración de la prueba y el juicio final que deriva de esta valoración. La falta de una adecuada motivación de estos aspectos esenciales en la decisión no implica solamente un ejercicio arbitrario del poder por parte el juez, sino que implica también la violación de una de las garantías fundamentales de la administración de justicia”¹⁴⁴.

En el Exp. N° 728 – 2008 – PHC/ TC, Lima, Giuliana Llamoya Hilares, el Tribunal Constitucional estableció, en relación al derecho a la debida motivación, que el examen acerca de si una resolución judicial ha violado o no el derecho a la debida motivación, debe partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de tal forma que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo

¹⁴² NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 197.

¹⁴³ TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y motivación*. En *Consideraciones sobre la prueba judicial* de Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso CandauPérez, 2º ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, Madrid, 2010, pp. 37 y 38.

¹⁴⁴ TARUFFO, Michele. *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*, p. 92. Consulta: 05 de enero de 2018. Véase en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc2j6v2>.

pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, más no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis.

Ahora, en el proceso penal, teniendo en cuenta que a las conclusiones probatorias se llega a partir de razones objetivas, el juez debe motivar esas razones, las cuales deberán ajustarse a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, tal como lo ha establecido el art. 158 del CPP¹⁴⁵.

De lo descrito hasta el momento, tenemos que la motivación de la valoración de la prueba resulta imprescindible, lo contrario da lugar a que se interpongan recursos tanto de apelación como de casación. En las próximas líneas evaluaremos la relación que hay entre los recursos y la valoración de la prueba.

5. 4. La impugnación de la valoración de la prueba

Conforme al art. 139 inc. 6 de la Constitución Política del Perú es un derecho de la función jurisdiccional la pluralidad de instancia. En esa medida, el Tribunal Constitucional¹⁴⁶ ha señalado que dentro del contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de instancia se encuentra el derecho de toda persona a ejercer un recurso eficaz contra, por ejemplo, la sentencia que imponga una condena penal. Asimismo a señalado que el derecho a los medios impugnatorios, es de configuración legal, por ende, corresponde al legislador crearlos y establecer los requisitos que se deben cumplir para ser admitidos.

En ese sentido, el legislador en el Libro Cuarto del Código Procesal Penal del Perú reguló “La Impugnación”, estableciendo cinco medios impugnatorios: recurso de reposición, apelación, casación y queja y la acción de revisión. A lo largo de cuarenta y un artículos, se previó los requisitos para su admisión y el procedimiento a seguir en cada uno de los medios impugnatorios señalados.

Los medios impugnatorios, de acuerdo a Gimeno Sendra, serían el “conjunto de actos de postulación a través de los cuales la parte gravada por la resolución definitiva puede obtener su revisión, ya sea por el mismo órgano judicial que la dicto, ya sea por

¹⁴⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, INPECCP, Lima, 2015, p. 596.

¹⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp. N° 02964 – 2011 – PHC/TC – Arequipa, Mauricio Ponce Núñez.

otra superior, con el objeto de evitar errores judiciales y asegurar la aplicación correcta y uniforme del derecho”¹⁴⁷.

Como se ha manifestado al inicio de este capítulo, teniendo en cuenta que la valoración se realiza al término del proceso penal, delimitaremos el estudio de los medios impugnatorios, analizando por ello el recurso de apelación y casación.

5.4.1 El recurso de apelación y la valoración de la prueba

La regulación del recurso de apelación se encuentra previsto en los arts. 416 al 426 del CPP. Se manifiesta que es el medio impugnatorio de más trayectoria histórica, donde se da un verdadero reexamen por parte de un tribunal superior verificando si la situación de hecho y de derecho que se resolvió en primera instancia fue el correcto¹⁴⁸. La apelación puede ser interpuesta por cualquier motivo, las únicas limitaciones son las que exigen la impugnación en general y de conformidad con la resolución que le sirve de objeto¹⁴⁹.

Así, en relación a la valoración de la prueba en el recurso de apelación, en un estudio anterior, hemos señalado que siendo la apelación un recurso ordinario cabe la reparación de cualquier error de juicio o de juzgamiento (*error in iudicando*) independientemente de si se produjo en la aplicación de normas o en la apreciación de hechos (*error in iure*) o la valoración de la prueba (*error in facto*)¹⁵⁰.

En esa línea, de manera coherente con el modelo de apelación adoptado, limitado con aplicaciones moduladoras del modelo de apelación plena, en nuestro proceso penal¹⁵¹, el legislador estableció que una vez recurrida la sentencia y admitida a trámite, la Sala de Apelaciones correrá traslado del escrito de apelación por un plazo de 5 días y luego de ello comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de 5 días (art. 421 del CPP).

¹⁴⁷ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*, 2º ed., Civitas, 2015, p. 864.

¹⁴⁸ BERDICHEVSKY, Adrián. *Reposición y apelación* en Los recursos en el procedimiento penal de Julio Maier, Alberto Bovino y Fernando Díaz (compiladores), 2º ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 122.

¹⁴⁹ AYÁN, Manuel. *Recurso de apelación* en Medios de impugnación en el proceso penal Manuel N. Ayán (coordinador), Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007, p. 48.

¹⁵⁰ NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I, Idemsa, Lima, 2015, p. 601.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 855.

Respecto del último punto, César San Martín¹⁵² señala que existen dos motivos a través de los cuales se puede impugnar la valoración de la prueba en un recurso de apelación:

- i. *Impugnar la lógica del razonamiento*: Este es un motivo que puede ser interpuesto cuando la valoración de la prueba no se guió por criterios lógicos, de constatarse ello la Sala de Apelaciones está facultado para reinterpretar todo el resultado probatorio.
- ii. *Impugnar la propia motivación*: Se podría invocar cuando en primera instancia las razones que llevaron a optar por una determinada conclusión es inexistente o deficiente.

Nuestro CPP en el art. 422, habilita a que las partes puedan ofrecer prueba nueva, en tres supuestos:

- a. Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia.
- b. Los propuestos que fueron indebidamente denegados, cuando hayan formulado su respectiva reserva.
- c. Los admitidos pero no actuados por causa no imputables a él.

Para comprobar lo que acabamos de señalar, podemos remitirnos a la Casación N° 290 – 2011, Cañete, emitida por la Sala Penal Permanente con fecha 9 de agosto del 2012, donde se indicó que la Sala Penal de Apelaciones hizo bien en desestimar el pedido del recurrente en cuanto ofreció como prueba nueva una pericia de parte, referida a su capacidad sexual, ello con la finalidad de demostrar que existe una desproporción entre su pene y el diámetro del himen de la menor, en amparo de lo dispuesto por el art. 422 inc. 2, puesto que el recurrente se encontraba en la posibilidad de ofrecer dicha prueba en el momento respectivo.

En relación a la prueba nueva actuada en segunda instancia, se puede afirmar que el tribunal superior si realiza una verdadera valoración de los medios probatorios. Rigiendo para ello los mismos criterios de la libre valoración de la prueba. Luego,

¹⁵² SAN MARTÍN CASTRO, César. *Óp. Cit.*, pp. 596 al 597.

conforme al art. 425 del CPP, la Sala Penal de Apelaciones solo podrá valorar de manera independiente la prueba pericial, documental, preconstituida y la anticipada.

Asimismo, queda previsto en la misma disposición, que la Sala Penal de Apelación no podrá asignar un valor probatorio diferente a la prueba personal que fue objeto de inmediación por parte del juez o colegiado de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

Tal como ha quedado establecido en la Casación N° 107 – 2010, La Libertad, emitida por la Sala Penal Permanente con fecha 14 de abril del dos mil once, que el CPP no impide que en segunda instancia se efectúe una evaluación o análisis sobre la prueba personal actuada en primera instancia, sino únicamente establece como exigencia – poniendo de relevancia la importancia de la inmediación en la actuación probatoria – que existan nuevas pruebas.

Nuestro mismo ordenamiento procesal, ha establecido que la limitación para la valoración de la prueba personal ya valorada en primera instancia se encuentra en la inmediación, al respecto la Casación N° 54 – 2010, La Libertad, emitida por la Sala Penal Permanente con fecha tres de marzo de dos mil once, refiere que uno de los principios y presupuesto de una correcta valoración de los medios probatorios incorporados y actuados es la inmediación, ya que permite el acercamiento del Juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir una sentencia justa. En la inmediación se pueden diferenciar dos planos:

- i. Entre quienes participan en el proceso y el tribunal, para lo cual se exige la presencia física de estas personas; la vinculación entre los acusados y el Tribunal Juzgador es una inmediatez que se hace efectiva a través de la oralidad.
- ii. En la recepción de la prueba, para que el Juzgador se forme una idea de los hechos y para que sea posible la defensa se requiere que la prueba sea practicada en juicio, la inmediatez da lugar a una relación interpersonal directa.

Del mismo modo señala que el principio de inmediación trasciende en cuanto la valoración de los medios probatorios (testimonial, peritaje y referencial), pues si no se actuaron en audiencia ante el Juzgador es imposible que se les pueda dotar de un verdadero valor probatorio. El juicio oral, materialización del principio de inmediación, es el ámbito normal en el que se actúan los medios probatorios y el Juzgado Unipersonal

o Colegiado es quien debe otorgarles un determinado valor probatorio; por lo que si el Colegiado Superior no tiene ante sí un testigo (prueba personal) no podrá otorgarle un valor probatorio distinto sin la actuación de otros que las cuestionen.

Aun siendo cierto que no se puede cambiar el valor asignado a las pruebas personas en primera instancia, en la Casación N° 05 - 2007, Huaura, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, con fecha 11 de octubre de 2007, estableció que con arreglo al principio de inmediación y oralidad se reduce el criterio fiscalizador del tribunal de apelación pero no se elimina.

Señala que en la valoración, se pueden identificar dos zonas una opaca y otra abierta. La zona opaca, representado por los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación, tales como, el lenguaje, la capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso y otros, no son susceptibles de supervisión y control en apelación. Mientras que las zonas abiertas sí pueden ser controladas por el tribunal de apelación, en tanto se tratan de aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido prueba, ajenos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, serán evaluados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

En la Casación N° 13 – 2011, Arequipa, emitida por la Sala Penal Permanente con fecha 13 de marzo del 2012, se señaló que el principio de inmediación delimita de manera clara el ámbito de la valoración de la prueba personal haciendo una diferencia entre lo que es la percepción directa, que solo puede ser realizada por el órgano jurisdiccional presente en el juicio oral, de la valoración racional que puede ser hecha por el Tribunal Superior.

Siguiendo el razonamiento expuesto, la Casación N° 75 - 2011, Huaura, emitida por la Sala Penal Permanente con fecha 03 de abril del 2012, manifiesta que el art. 425 del CPP se refiere en estricto a la valoración de pruebas personales y no a limitación de la valoración de las pruebas periciales, por ello, en tanto que el perito se refiere únicamente al contenido de su pericia, realizando una explicación técnica y acorde a la valoración del contenido de los alcances de la prueba pericial, es posible realizar una valoración independiente de la realizada a nivel de primera instancia.

Por último, en relación a este tópico, contamos con una jurisprudencia vinculante reciente en la que la Sala Penal Permanente, en la Casación N° 96 - 2014, Tacna, de fecha 20 de abril de 2016, reconociendo que es posible realizar un control más no una revaloración de la prueba personal actuada en primera instancia, señaló que en el sistema de valoración la sana crítica, la prueba personal debe valorarse, en función no de las emociones del declarante, sino del testimonio del mismo, de tal forma que se deberá analizar:

- a) La coherencia de los relatos, empezando por la persistencia en su incriminación, sin contradicciones.
- b) La contextualización del relato, es decir, que ofrezca detalles de un marco o ambiente en que se habrían desarrollado los hechos del relato.
- c) Las corroboraciones periféricas, como otras declaraciones, hechos que sucedieran al mismo tiempo, etc.
- d) Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.

Para afirmar que hay contradicción en el testimonio, esta deberá apreciarse en la misma manifestación, y no concluir a partir de la comparación que se hace entre las diversas declaraciones que hubiera prestado el agraviado o el testigo en el transcurso del proceso.

Asimismo, la falta de coherencia entre una declaración y otra deberá ser analizada y valorada cuando estas versiones son apreciadas con manifiesto error o la apreciación infringe las reglas de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia, de otra forma se estaría revalorando la prueba y no realizando un control de la valoración.

5.4.2 El recurso de casación y la valoración de la prueba

La casación encuentra su antecedente histórico en la *querella nullitatis*, propio del derecho estatutario del medioevo italiano, el cual suponía un medio de impugnación diferente a la apelación, a través de la cual se podía impugnar ante un juez superior una sentencia afectada de ciertos errores de procedimiento o de derecho sustancial¹⁵³.

¹⁵³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel. *La casación y el derecho a recurrir en el sistema acusatorio*. Serie: Juicios Orales, N° 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, p. 18.

Su origen inmediato se encuentra en Francia, surgió como una consecuencia de la concepción positivista y la moderna noción de la división de poderes instaurada por la Revolución francesa. En sus inicios este recurso fue concebido, como el mecanismo que tenía el Poder Legislativo para evitar que los jueces del Antiguo Régimen se opusieran a sus designios, incumpliendo las leyes que promulgaron¹⁵⁴.

El cambio en la forma de entender la casación tardó un tiempo, y se gestó a lo largo del s. XIX, cuando se abandonó el positivismo radical, ya que es el momento en el que se aceptó que la función judicial no se limita a ser “la boca que pronuncia la palabra de la ley” sino que cumple también una función interpretativa¹⁵⁵. Es a partir de esta última forma de entender la casación que se han venido construyendo los modelos de casación en los distintos países.

Actualmente, el recurso de casación, regulado en los art. 427 al 436 del CPP, es concebido como un medio impugnatorio extraordinario que produce efectos devolutivos, y de acuerdo al caso será extensivo. En dicho recurso se somete a conocimiento del Tribunal Supremo, a través de unos motivos tasados, sentencias y autos definitivos que fueron dictados por órganos colegiados con la finalidad de alcanzar la anulación de la resolución recurrida, en virtud, de la existencia de un vicio en la aplicación o interpretación de las normas de derecho procesal o material, que le sean aplicables al caso¹⁵⁶.

Como se ha señalado una de las características esenciales del recurso de casación es su carácter extraordinario, sustentada en el hecho que solo es posible admitirla en función de la concurrencia de unas causales que están determinadas previamente en el art. 429 del CPP. Estableciendo cinco causales para recurrir en casación:

- i. Inobservancia, indebida o errónea aplicación de las garantías constitucionales, sea de carácter material o procesal.
- ii. Inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad.
- iii. Inobservancia, indebida o errónea aplicación de la ley penal.
- iv. Falta o manifiesta ilogicidad de la motivación.

¹⁵⁴ ASENCIO MELLADO, José María. *El recurso de casación en El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y constitución. Giovanni Priori Posada (coordinador). Palestra, Lima, 2015, p. 479.

¹⁵⁵ ASENCIO MELLADO, José María. *Óp. Cit.*, p. 481.

¹⁵⁶ GIMENO SENDRA, Vicente. *Óp. Cit.*, p. 910.

- v. Apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional.

Establecidas ya las causales, y circunscribiéndonos a nuestro objeto de estudio, hay consenso en la doctrina en afirmar que resulta improcedente inducir un nuevo examen de los medios de prueba que dieron base a la resolución recurrida, puesto que el valor de las pruebas no está preestablecido y corresponde a la propia apreciación del tribunal de juicio determinar el grado de convencimiento que pudieran producir quedando dicho examen apartado de la inspección casacional¹⁵⁷.

De la misma manera, López Iñiguez afirma que el recurso de casación se refiere en exclusiva a las cuestiones de derecho, sea sustantivo o procesal, lo que tendría como corolario, en principio, la exclusión de las cuestiones de hecho y por ello de todo problema que tenga que ver con la valoración de las pruebas¹⁵⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, Nieva Fenoll¹⁵⁹, nos da cuenta de los supuestos en los que existe la posibilidad que el tribunal de casación analice la valoración de las pruebas:

- a) Cuando el juez haya pasado por alto la aplicación de una norma de prueba legal.
- b) Cuando el juez sobrepase los límites de lo razonable en la valoración probatoria, de tal forma, que ninguna de sus conclusiones están sustentadas en ninguna lógica racional.
- c) Cuando hay una inadecuada aplicación de la regla de la carga de la prueba, esto es, el juez no ha valorado el material probatorio y adelantándose ha declarado que la prueba era insuficiente.

En el mismo sentido San Martín, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina, afirma que aun la naturaleza restrictiva del recurso de casación, la que imposibilita modificar conclusiones de hecho, no impide determinar si la

¹⁵⁷ BARBERÁ DE RISO, María Cristina. *Recurso de casación en Medios de impugnación en el proceso penal* Manuel N. Ayán (coordinador), Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007, p. 120.

¹⁵⁸ LÓPEZ IÑIGUEZ, María Gabriela. *El recurso de casación penal: vicios formales en Los recursos en el procedimiento penal de Julio Maier, Alberto Bovino y Fernando Diaz (compiladores)*, 2º ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 138.

¹⁵⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 355 y 356.

motivación de la decisión en el plano fáctico y en la interpretación de las normas legales, ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional¹⁶⁰.

Es a partir de dichos supuestos que pasaremos a detallar algunos casos emitidos por la Corte Suprema:

Con fecha 14 de octubre de 2010 la Sala Penal Permanente, en la Casación N° 7 – 2010 Huaura¹⁶¹, resolvió un caso en el que un sujeto condenado a 8 años de pena privativa de la libertad interpuso su recurso de casación alegando falta motivación puesto que la Sala de Apelaciones no valoro la pericia psicológica que se le práctico y que fue debidamente expuesto en el juicio oral por una perita.

En dicha resolución la Sala se pronunció señalando que el Tribunal de Apelación incurre en una infracción grave por falta de motivación si omite la valoración de pruebas esenciales y decisivas introducidas correctamente en el debate, pues tiene que evaluarlas para fundamentar la sentencia. No obstante, es soberano en cuanto a la selección de las pruebas, en tanto no está obligado a considerar a todas las pruebas introducidas, sino solo las que sean esenciales, decisivas, pertinentes, relevante y útiles. Careciendo de eficacia la omisión de una prueba que no reúna estas peculiaridades.

Por otro lado, preciso que para determinar si la prueba omitida es decisiva, se acude al método de la supresión hipotética: la prueba será decisiva y su validez afectara de manera fundamental a la motivación cuando – si mentalmente se la repusiera – las conclusiones hubieran sido necesariamente distintas. Es decir, aun admitiendo hipotéticamente la prueba omitida, no se anularía el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia, pues no es capaz de desvirtuar el mérito de los otros elementos de convicción utilizados por los Jueces de Apelación de acuerdo a la sana crítica racional.

La Sala Penal de la Corte Suprema asevera que admitir que toda omisión de valoración de la prueba legal introducida en el debate provoca *per se* la invalidación de la sentencia por falta de motivación, sería recoger un rígido y trivial formalismo para anular procesos sobre la base de pruebas que no son sustanciales.

¹⁶⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Recurso de apelación y casación humana* en Teoría de la impugnación, Karina Vilela Carbajal (coordinadora), I Jornada de Derecho Procesal - Universidad de Piura, Palestra, Lima, 2009, p. 33.

¹⁶¹ ALVA MONGE, P. y SÁNCHEZ TORRES, A. *Las casaciones penales en el Perú*. T. I, Jurista Editores, Lima, 2015, pp. 578 – 580.

Siguiendo el mismo razonamiento la Corte Suprema, en la Casación N° 73- 2010 Moquegua, de fecha 14 de abril del 2011, emitida por la Sala Penal Permanente. En un caso en el que la Sala Superior valoro la declaración de la menor agraviada sin tener en cuenta que esta había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia, resolvió, utilizando el método de la supresión hipotética, que la valoración de dicho medio de prueba no ocasiona vicio en la sentencia de vista ya que dicha valoración no fue esencial ni decisiva para resolver el caso judicial a favor del imputado ni enervaba las demás pruebas de cargo e indicios que se verificaron en su contra.

En la Casación N° 40 – 2011, Huaura, de fecha 20 de marzo de dos mil once, la Sala Penal Permanente resolvió que aun cuando las testimoniales de los peritos y sus respectivos informes fueron oralizados en el juicio oral y tal actuación no debió realizarse, si la defensa técnica del acusado no objeto su admisión, incorporación y actuación y al contrario permitió que se actúe dicha prueba sin realizar observación alguna; y además se tiene que la supresión hipotética de dicha actuación no cambia el resultado condenatorio al existir otras pruebas de cargo que enervan la presunción de inocencia, entonces no puede alegarse una inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal, vinculado al debido proceso en la vertiente del principio acusatorio.

En la Casación N° 40 – 2011, Huaura, emitido por la Sala Penal Permanente, de fecha 20 de marzo de dos mil once, se dijo que el tribunal de apelación incurre en una infracción grave por falta de motivación si omite la valoración de pruebas esenciales y decisivas introducidas correctamente en el debate, pues tiene que evaluarlas para fundamentar la sentencia. Empero, es soberano en cuanto a la selección, en tanto no está obligado a considerar todas las pruebas introducidas, sino solo las que sean esenciales, decisivas, pertinentes, relevantes y útiles. Por ello carece de eficacia la omisión de una prueba que no reúna estas particularidades.

Este mismo razonamiento también es aplicado en la jurisprudencia comparada, así, podemos observar que en Colombia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el Proceso N° 35446 del 2011, manifestó lo siguiente “la trascendencia en los falsos juicios (identidad, existencia y raciocinio), implica que el demandante haga un análisis objetivo de todo el conjunto probatorio con inclusión de la prueba en relación con la que predica el error, para demostrar que si no se hubiese tenido en cuenta, la decisión habría sido distinta esa premisa permite suponer que la libelista no descubrió un error de

apreciación probatoria trascendente, sino que pretende prolongar la discusión planteada ante los jueces, convirtiendo su demanda en un alegato de instancia”¹⁶².

En la jurisprudencia española también es de recibo tal razonamiento, la Primera Sala del Tribunal Supremo, con fecha 01 de octubre de 2010, expuso que la valoración probatoria excepcionalmente podría tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, estos eran, que el agravio se funde en un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o en la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador. En tanto que al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva¹⁶³.

5. 5. La valoración y el estándar de prueba

Continuamente se señala que para que el juzgador emita una sentencia condenatoria deberá haber llegado, finalizado el juicio oral, a una convicción más allá de toda duda razonable, lo contrario implicaría que absuelva al imputado en virtud *indubio pro reo*. A este grado de convicción que debe alcanzar el juez penal se le ha denominado estándar de prueba más allá de toda duda razonable.

Este estándar, importado del sistema judicial anglosajón (*beyond a reasonable doubt*), exige que el resultado probatorio a partir de las pruebas actuadas en juicio tengan tal claridad que no se posible establecer una hipótesis plausible diferente favorable al acusado¹⁶⁴.

En relación a este estándar tenemos que la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido uniforme. En algunas ejecutorias señalaba la importancia de esta garantía señalando que “presunción de inocencia impone la duda razonable como factor de decisión”, tiempo después se señaló que “actualmente no existe un criterio de razonabilidad de la duda, fundamentalmente en razón a su vaguedad extrema” y como consecuencia asumieron la postura de Ferrer Beltrán, la cual será desarrollada más

¹⁶² MORENO RIVERA, Luis Gustavo. *La casación penal. Teoría y práctica bajo la nueva orientación constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2013, p. 287.

¹⁶³ ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio*. José María Bosch Editor e Instituto e probática y derecho probatorio, España, 2012, p. 526.

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*, pp. 1 y 2. Consulta: 20 de enero de 2018. Véase <https://www.uv.es/cefd/15/fernandez.pdf>.

adelante. Luego, en posteriores ejecutorias se señaló que la duda razonable constituye uno de los pilares sobre los que descansa el proceso penal en un Estado Constitucional de Derecho, y como tal se verifica que cuando en el proceso se actúen pruebas, “tanto de cargo como de descargo, que llevan al Juzgador a una oscuridad que le impide arribar a la certeza, debido a que ambas partes procesales (acusadora y acusada) han aportado elementos a favor de sus posiciones”¹⁶⁵.

Como señala Rivera Morales algunas legislaciones iberoamericanas está consagrado de manera expresa el estándar de más allá de toda duda razonable, tal es el caso de Panamá y Chile. Sin embargo, en otros ordenamientos este estándar se encuentra como una consecuencia del reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia y como derivación de él el *principio in dubio pro reo*¹⁶⁶. Nuestro país se encuentra en el segundo supuesto, ya que el estándar en mención no se encuentra establecido de manera expresa pero sí el derecho a la presunción de inocencia.

En el proceso penal el derecho a la presunción de inocencia impone un mandato de prohibición de la arbitrariedad. Es por ello, que las herramientas procesales que actúan en el proceso deben, inevitablemente, apuntar a este ideal de racionalidad y objetividad. Es en este punto donde adquiere importancia fundamental el estándar de prueba. Que vendría a ser un instrumento del proceso y tendría como función principal permitir al juez alcanzar o no la convicción según si las pruebas aportadas en el juicio son suficientes para destruir la presunción de inocencia, ergo, funge de garantía de protección de este derecho¹⁶⁷.

Desarrollando el derecho a la presunción de inocencia, Mercedes Fernández López señala que esta impone la existencia de determinadas reglas que indican cómo deben ser el procedimiento probatorio y las características que deben reunir cada uno de los medios de prueba para que puedan fundamentar una sentencia de condena. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español asevera que cuando se habla de la

¹⁶⁵ DELGADO ALATA, Dante Gustavo. *Duda razonable y estándar de prueba penal apuntes introductorios*. Revista Postgrado Scientiarvm, Vol. 2, N° 01, enero de 2016, pp. 9 y 10. Consulta: 20 de enero de 2018. Véase en http://www.scientiarvm.org/cache/archivos/PDF_856493720.pdf.

¹⁶⁶ RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 311.

¹⁶⁷ REYES MOLINA, Sebastián. *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XXV, N° 02, Diciembre, 2012, páginas 229 al 247. Consulta: 20 de enero 2018. Véase en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art10.pdf>.

actividad probatoria y su relación con el derecho a la presunción de inocencia se atienden a dos cuestiones, primero, a que existan actuaciones procesales destinadas a obtener el convencimiento judicial acerca de la verdad o falsedad de los hechos segundo, dicho convencimiento solo puede obtenerse en presencia de verdaderos actos de prueba, esto es legítimo, y finalmente advierte que no solo es necesario que hayan actos de pruebas legítimos sino que éstos deberán ser suficientes para obtener el convencimiento judicial¹⁶⁸.

En relación a este estándar Parra Quijano manifiesta que se introdujo a los ordenamientos chileno y colombiano, que lo reconocen explícitamente, no fue más que una frase despojada de todo, puesto que este tiene un origen en la certeza subjetiva, y en la ordenamientos en los que se valora de conformidad con las reglas de la sana crítica la certeza es objetiva¹⁶⁹.

Taruffo manifiesta que el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable, está construida sobre una razón moral antes que jurídica, puesto que busca evitar que una persona siendo inocente sea declarada culpable, por lo tanto, para condenar la demostración de culpabilidad del acusado deberá ser de grado muy elevado, casi equivalente a la certeza¹⁷⁰. Lo cual si entendemos en cuenta que los hechos tratados en un proceso son pasados pues no es posible.

A su vez, Ferrer Beltrán se ha pronunciado aseverando que aun cuando este admita que se produzcan dudas siempre que no sean razonables, la falta de razonabilidad de la duda, o de los criterios para establecer que eso sea así hace que se vuelva un estándar con una vaguedad extrema puesto que no indican el umbral o nivel de suficiencia de la prueba que sea intersubjetivamente controlable¹⁷¹.

Por las críticas expuestas pasaremos a comentar las propuestas que existen en torno al estándar probatorio formulados a partir de una concepción racional de la prueba,

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005, pp. 141 – 142.

¹⁶⁹ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*, 18 ° ed., Librería Ediciones del Profesional LTDA, Medellín, 2011, p. 837.

¹⁷⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 273 y 274.

¹⁷¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Grijley y Castillo Alva y Abogados, Lima, 2016, p. 223.

en los cuales tenemos a los teóricos Taruffo, Larry Laudan, Gascón Abellán y Ferrer Beltrán.

Michelle Taruffo nos dice que los estándares de prueba pueden ser entendidos como el conjunto de directrices - aunque generales y flexibles – que buscan regir la valoración de la prueba en el contexto de la decisión final sobre los hechos en litigio¹⁷².

Por otro lado, para Marina Gascón Abellán¹⁷³ el estándar de prueba serán aquellos criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho, es decir, cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que describe el hecho. Y partiendo de que ello ocurre cuando el grado de probabilidad o certeza alcanzado por esa hipótesis se considere suficiente, la construcción de estándares de prueba, a los que ella denomina SP, deberá determinar dos cosas:

- i. Qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera.
- ii. Los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad o certeza exigido.

Así, identifica dos modelos de evaluación racional del grado de probabilidad de las hipótesis: a) basados en la aplicación de métodos o instrumentos matemáticos y b) basados en esquemas de confirmación, las cuales corresponden a la denominada probabilidad matemática o estadística y la segunda a la probabilidad lógica o inductiva¹⁷⁴.

El modelo matemático, formulado principalmente en función del Teorema de Bayes, permite medir el impacto que ejerce la introducción de nuevos elementos de prueba en la probabilidad subjetiva previa del hecho que se pretende probar. De esta forma busca dotar de una precisión absoluta, a través de la asignación de números, el grado de probabilidad que debe alcanzar la hipótesis fáctica, sin el cual no fuera posible justificar su aceptación como verdadera¹⁷⁵.

¹⁷² TARUFFO, Michele. *La prueba*. Óp. cit. p. 137.

¹⁷³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, N° 28, 2005, p. 129. Consulta: 24 de enero de 2018. Véase en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf.

¹⁷⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2º ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 161 y ss.

¹⁷⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Óp. cit. p. 132.

En relación a este modelo coincidimos con las críticas esbozadas por Gascón¹⁷⁶ y Taruffo¹⁷⁷ en cuanto que no es viable, en tanto que resultan insuficiente para dar cuenta de la prueba en los procesos judiciales y que podrían resultar razonable solo en casos muy particulares en los que concurren condiciones específicas de validez del cálculo estadístico y de su aplicación en el caso en concreto.

El segundo modelo, denominado inductivo, parte de una premisa fundamental la cual es que el “conocimiento judicial de los hechos solo permite conclusiones en términos de probabilidad”¹⁷⁸. Al respecto, Schum señala que las “probabilidades que asignamos a nuestras conclusiones dependen de la prueba que tenemos. Si agregamos nueva prueba, tenemos que *revisar* nuestras probabilidades. Una característica de las conclusiones inductivas es que ellas son de naturaleza *provisional* y están sujetas a cambio, a la luz de la nueva prueba que obtenemos”¹⁷⁹. Sin embargo, debemos tener en cuenta que en el proceso se establecen plazos para la presentación de la prueba, por lo que podemos señalar que las conclusiones una vez finalizado el juicio oral son “firmes”, exceptuando los supuesto en los que las partes decidan recurrir y en los cuales nos remitiremos a los expuestos en los tópicos precedentes.

Gascón anota que el concepto de probabilidad nos remite a la idea de grados de confirmación, esta idea dota de racionalidad a la valoración de la prueba. Los grados confirmación definen la aceptabilidad o no de las hipótesis fácticas, planteadas por las partes, en virtud de todo el conjunto de material probatorio disponible y de su resistencia a las contrapruebas o refutaciones¹⁸⁰.

En el mismo sentido, Taruffo advierte que el “grado de confirmación de un enunciado resulta de inferencias lógicas que toman en cuenta la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles respecto de un determinado enunciado, su grado de fiabilidad y coherencia”¹⁸¹.

¹⁷⁶*Ibidem*. p. 132.

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 247 y 248.

¹⁷⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Óp. cit. p. 173.

¹⁷⁹ SCHUM, David. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. Traducción de Orión Vargas, Orión Vargas, Bogotá, 2016, p.83.

¹⁸⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Óp. cit. p. 179.

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Óp. cit. p. 248.

Para observar el grado de confirmación deberá observarse que, primero, la hipótesis debe justificarse, ello se harán en función de las pruebas disponibles y su mayor probabilidad en relación a las otras hipótesis; empero, aún justificadas no se debe olvidar, como vimos que lo anoto Schum, que el estatus epistémico de una hipótesis es solo la probabilidad, por ende, no es infalible, deberá estar sujeta a una revisión si surgen nuevas pruebas que hagan improbable la hipótesis fáctica elegida¹⁸².

Como habíamos indicado al inicio, otro jurista especialista en este tema es el conocido profesor de la Universidad de Girona, Jordi Ferrer Beltrán, quien partiendo que en el proceso penal lo que se discute son las hipótesis fácticas que esbozaban cada una de las partes en función de hechos pasados, expresa que si bien no podemos alcanzar certezas acerca de ninguna hipótesis, si es posible tener razones para preferir una hipótesis explicativa, en vista que no todas las hipótesis fácticas tendrán pues el mismo grado de fundamentación o corroboración¹⁸³.

Ferrer, al proponer el estándar de prueba, manifiesta que para considerar probada la hipótesis de culpabilidad deberá verificarse dos condiciones:

- i. La hipótesis debe tener un alto nivel de contrastación, explicar los datos disponibles y ser capaz de predecir nuevos datos que, a su vez, hayan sido corroborados.
- ii. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia. Por ello están excluidas de refutación las hipótesis implausibles, las que no son compatibles con los datos proporcionados por el caso y las meras hipótesis *ad hoc* (ella misma no es empíricamente contrastable).

El autor, reconoce que aun con ese estándar es posible cometer errores, ya que siempre será posible formular una nueva hipótesis alternativa compatible con la inocencia que al momento de decidir no la imaginamos, lo cual sería pues un reflejo del carácter inseguro del razonamiento inductivo¹⁸⁴.

¹⁸² GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Óp. cit. p. 179.

¹⁸³ FERRER BELTRÁN, Jordi. Óp. cit., p. 218.

¹⁸⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. Óp. cit., p.236.

Para terminar con el t3pico de est3andar de prueba y valoraci3n de la prueba, desarrollaremos algunos aportes cr3ticos que hiciera Larry Laudan. Para este autor el est3andar de prueba tiene por funci3n principal el distribuir errores de conformidad con un consenso informado sobre los costes o da1os respectivos de los falsos positivos y los falsos negativos, entiende a los primeros como las absoluciones equivocadas y a los segundos como las condenas err3neas¹⁸⁵.

Es en este an3lisis que Larry Laudan, siguiendo la teor3a de la decisi3n, observa que el est3andar probatorio establecido actualmente no logra el prop3sito mencionado. La raz3n es que la mayor3a de los sistemas penales prev3n reglas que conceden ventajas probatorias asim3tricas a la defensa en los juicios orales. As3 por ejemplo, entre los varios que expone, tenemos las exclusiones de pruebas prohibida (que aun siendo perjudiciales aportan informaci3n relevante para resolver el caso), luego la exigencia que se hace a la fiscal3a de poner en conocimiento toda prueba exculpatoria, mientras que el acusado no tiene la obligaci3n de poner en conocimiento de la fiscal3a las pruebas incriminatorias y por 3ltimo un acusado no puede ser sancionado a pesar que haya prueba contundente que indique que su testimonio anterior era falso.

Laudan considera que la forma de revertir esta situaci3n y como consecuencia procurar un est3andar de prueba viable, es eliminando asimetr3as y reglas de disequilibrio probatorio y empezar a tratar los juicios orales en materia penal como si ellos fueran una genuina indagaci3n emp3rica. Sin embargo, sabe que ello ser3a muy radical y plantea tambi3n una salida alternativa, la cual ser3a realizar un estudio emp3rico actual de los m3rgenes de error manejados en el sistema probatorio de nuestra preferencia, una vez definidos se evaluara si el da1o resultante minimizan el riesgo de incurrir en algunos de los dos tipos de error, esto es, el ser condenado o absuelto equ3vocamente, de ser negativa la respuesta se deber3 reformular el est3andar probatorio haci3ndolo, inevitablemente, menos exigible o se deber3 reducir las reglas de disequilibrio hasta llegar a minimizarlos.

5. 6. Recomendaciones finales

De acuerdo a lo desarrollado en relaci3n a la valoraci3n de la prueba, podemos formular las siguientes recomendaciones:

¹⁸⁵ LAUDAN, Larry. *Por qu3 las reglas procesales asim3tricas hacen imposible calcular un est3andar de prueba racionalmente justificado*. Traducci3n de Pedro Haddad. En *Debatiendo con Taruffo*. Jordi Ferrer Beltr3n y Carmen V3zquez (coeditores), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 343 y ss.

- a. Es de vital importancia que los jueces a la hora de emitir sus sentencias motiven las razones por las que valoro en uno u otro sentido los medios actuados en el juicio oral, ello en virtud de la exigencia establecida por nuestra Constitución y porque en un Estado democrático es preciso que se tenga un control sobre los poderes que ejerce cualquier autoridad.
 - b. Evitar la insuficiente, inadecuada o aparente motivación puesto que violara la motivación suficiente y producirá la interposición de medios impugnatorios tales como el recurso de apelación y casación.
 - c. Los operadores jurídicos tengan en cuenta, las formulaciones de estándar de prueba realizadas a partir de las concepciones racionales de la prueba.
 - d. Compartir las propuestas realizadas por Jordi Nieva Fenoll para realizar una adecuada valoración de la prueba, sobre la formación de los jueces en materia probatoria y la imparcialidad que debe primar en la valoración de la prueba¹⁸⁶.
 - e. La formación de los jueces en materia probatoria se debe mejorar, priorizando justamente la enseñanza en la valoración de la prueba. Se debe enfocar en dos bloques, el primero, en *la averiguación de los hechos*, el juez debe ser capaz de organizar los hechos que vaya extrayendo de los medios de prueba y en especial de la prueba pericial, para eso deberá explicarse al juez la manera de trabajar de los peritos; el segundo, *la credibilidad*, esto significa que el juez debe aprender a valorar la credibilidad que resulte de cada medio de prueba, resultando importante que el juez conozca temas como la psicología del testimonio, la credibilidad del dictamen pericial, la credibilidad de los documentos, etc.
 - f. Los jueces deben asegurar al máximo la imparcialidad judicial. Nieva señala que la imparcialidad es una garantía fundamental del proceso, puesto que su más mínima pérdida condicionara el resultado probatorio.
 - g. El juez será imparcial cuando se halle “fuera por completo, real y aparentalmente, de los intereses de las partes y del propio proceso en sí mismo considerado. Que no le mueva otro impulso que realizar la justicia”.
- Se considera que la parcialidad influye más decisivamente en el momento de la valoración de las pruebas, que se puede afirmar que “sin imparcialidad no es posible la valoración de la prueba”.

¹⁸⁶NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Óp. Cit. pp. 151 – 208.

h. Un juez honesto deberá ser consciente de esas situaciones y tratará de evitarla, asimismo las partes deberán estar atentas para controlar si se encuentran frente a un supuesto de parcialidad y recusar al juez y en caso no funcionase interponer algún recurso.

Bibliografía

1. ATIENZA, Manuel. Tras la justicia. Ariel Derecho, 1997.
2. ABEL LLUCH, Xavier. Derecho Probatorio. Bosh. España, 2012.
3. ABEL LLUCH, Xavier. Diez tesis sobre la valoración de la prueba, dos propuestas de la lege ferenda y un decálogo sobre motivación. En: Derecho probatorio y la decisión judicial, Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, 2016.
4. ABEL SOUTO, Miguel, “El blanqueo de dinero en la normativa internacional”, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002.
5. ALVA MONGE, P. y SÁNCHEZ TORRES, A. Las casaciones penales en el Perú. T. I, Jurista Editores, Lima, 2015.
6. AMBOS, Kai, “La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: lavado de dinero”, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, traducción de Dino Carlos Caro Coria, Bogotá, 2004.
7. AMBOS, Kai, “Las Prohibiciones de Utilización de Pruebas en el Proceso Penal Alemán. Fundamentación Teórica y Sistematización”, en AAVV, “El Derecho Procesal Penal frente a los Retos del Nuevo Código Procesal Penal”, Ara Editores, Lima 2009.
8. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. En Doxa, Cuadernos de Filosofía de Derecho, n° 12, 1992.
9. ANGULO ARANA, Pedro. “La Investigación del Delito” en “Selección de Lecturas”, Comisión Especial de Implementación del Código Procesal – Ministerio de Justicia/Instituto de Ciencia Procesal Penal - INCIPP, Lima, 2009.
10. ARIAS MINAYA. “El lavado de dinero en el Perú” en AAVV. “Narcotráfico: Amenaza al Crecimiento sostenible del Perú”. Macroconsult; 2da ed., Lima, 2011.
11. ARMENTA DEU, Teresa, “Lecciones de Derecho Procesal Penal”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.
12. ASECIO MELLADO, José María y UGAZ SANCHEZ-MORENO, José Carlos. Prueba ilícita y lucha anticorrupción (el caso del allanamiento y secuestro de los “Vladivideos”). Grijley, Lima, 2008.

13. ASENCIO MELLADO, José María. El recurso de casación en El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y constitución. Giovanni Priori Posada (coordinador). Palestra, Lima, 2015.
14. ATIENZA, Manuel. Tras la justicia. Ariel Derecho, 1997.
15. ATKINS Richard D. "The Alleged Transnational Criminal: the Second Biennial International Criminal Law Seminar". Martinus Nijhoff Publishers. The Hage (The Netherlands), 1995
16. AYÁN, Manuel. Recurso de apelación en Medios de impugnación en el proceso penal Manuel N. Ayán (coordinador), Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007.
17. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLI. Fasc. II, 1988.
18. BARBERÁ DE RISO, María Cristina. Recurso de casación en Medios de impugnación en el proceso penal Manuel N. Ayán (coordinador), Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007.
19. BEARE Margaret E./SCHNEIDER Stephen; "Money laundering in Canada: chasing dirty and dangerous dollars". University of Toronto Press, Toronto, 2007.
20. BERDICHEVSKY, Adrián. Reposición y apelación en Los recursos en el procedimiento penal de Julio Maier, Alberto Bovino y Fernando Diaz (compiladores), 2o ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
21. BONGARD, Kai. "Wirtschaftsfaktor Geldwäsche: Analyse und Bekämpfung", Deutscher Universitäts-Verlag GmbH, Wiesbaden, 2001.
22. BOOTH Robin/FARREL Q.C. Simon/BASTABLE Guy/YEO Nicholas. "Money Laundering Law and Regulation – A Practical Guide", Oxford University Press, Nueva York, 2011.
23. BOURDIEU, Pierre. El oficio de científico: Ciencia de la ciencia y reflexibilidad. Anagrama. Barcelona, 2003.

24. BOVINO, Alberto. “Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
25. BOWDEN, Stephen. “Money Laundering: Key Issues and Possible Action”. Commonwealth Secretariat. EconomicAffairsDivision. London, 1997.
26. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Felipe. “Las modalidades del delito de defraudación tributaria”, en “20 Años de Vigencia del Código Penal peruano” PARIONA ARANA, Raúl (Dir.) Grijley. Lima, 2012
27. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. “Manual de Derecho Penal – Parte General”, Eddili, Cuarta edición, Lima, 2008.
28. BUQUET, Alain. “Manual de criminalística moderna: La ciencia y la investigación de la prueba”. Siglo XXI Editores, 1^{era} edición en español, México D.F., 2006.
29. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Ara Editores, Lima, 2001.
30. BUSUIOC, Madalina. “How Money is Being Laundered”, en UNGER, Brigitte. “The Scale and Impacts of Money Laundering”, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2007.
31. CABAÑAS GARCÍA, Juan. La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Trivium. Madrid, 1992.
32. CAFERATA NORES, José I. “Proceso Penal y Derechos Humanos. La Influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.
33. CALLEGARI, André Luis, “Lavado de Activos”, Ara Editores, Lima, 2009.
34. CANO C., Miguel/LUGO C., Danilo, “Auditoría Forense en la Investigación criminal del lavado de dinero y activos”, Esfera Editores, Bogotá, 2004.
35. CANO Castaño, Donaliza y LUGO C., Danilo, “Auditoría Financiera Forense, en la Investigación de: Delitos económicos y financieros, Lavado de dinero y activos, Financiación del Terrorismo”, ECOE Ediciones, Bogotá, 2009.
36. CARO CORIA, Dino/ASMAT COELLO, Diana. “El Impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de Noviembre de 2010 y

- N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la Delimitación y Persecución del Delito de Lavado de Activos”, en AAVV. “Imputación y Sistema Penal – Libro Homenaje al Prof. Dr. César Augusto Paredes Vargas”, ARA, Lima, 2012
37. CARO JOHN, José Antonio, “Normativismo e Imputación Jurídico Penal, Estudios de Derecho Penal Funcionalista”, ARA Editores, Lima, 2010.
 38. CARO JOHN, José Antonio; “Consideraciones sobre el ‘delito fuente’ del lavado de activos y su incidencia para determinación del ‘riesgo imputacional’ de una institución financiera”, en CARO JOHN, José. “Dogmática Penal aplicada”; Editorial ARA Editores, Lima, 2010.
 39. CASTILLO ALVA, José Luis. La necesidad de determinación del “delito previo” en el delito de Lavado de Activos. Gaceta Penal & Procesal Penal N° 4, Oct- 2009, Lima, 2009
 40. CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. La prueba prohibida. Su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en la jurisprudencia. Gaceta Jurídica, 2014.
 41. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. El nuevo proceso penal: Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria. Grijley. Lima, 2011.
 42. CHAIA, Rubén. La prueba en el proceso penal. Hammurabi. Buenos Aires, 2010.
 43. CHAVARRÍA, Jorge/ROLDÁN, Manuel. “Auditoría Forense”, Editorial EDIUNED, San José, 1995.
 44. COLOMA CORREA, Rodrigo y AGUERO SAN JUAN, Claudio. Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 41 N° 2, 2014.
 45. COLOMER HERÁNDEZ, Ignacio. La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales. Valencia, Editorial Tirant lo Banch, 2003.
 46. CUBAS VILLANUEVA, Víctor Manuel; “El nuevo proceso penal peruano, Teoría y Práctica de su implementación”, editorial Palestra, Lima, 2009.
 47. DELGADO ALATA, Dante Gustavo. Duda razonable y estándar de prueba penal apuntes introductorios. Revista Postgrado Scientiarvm, Vol. 2, N° 01, enero de 2016.

Consulta: 20 de enero de 2018. Véase en http://www.scientiarvm.org/cache/archivos/PDF_856493720.pdf.

48. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I. Temis. Bogotá, 2002.
49. DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006.
50. DINI, Lamberto, “The Problem and its Diverse Dimensions” en SAVONA, Ernesto, “Responding to Money Laundering International Perspectives”, Hardwood Academic Publishers, 2nd edition, Amsterdam, 2000.
51. ESPINOZA GOYENA, Julio. La prueba prohibida en la jurisprudencia nacional. En: <http://190.12.76.211/alertainformativa/index.php?contenido&com=contenido&id=10899>.
52. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable. Consulta: 20 de enero de 2018. Véase <https://www.uv.es/cefd/15/fernandez.pdf>.
53. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Prueba y presunción de inocencia. Madrid, Ed. Iustel, 2005.
54. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. “Secreto e Intervención de Las Comunicaciones en Internet”. Civitas, Madrid, 2004.
55. FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2007.
56. FERRER BELTRÁN, Jordi. Motivación y racionalidad de la prueba. Grijley y Castillo Alva y Abogados, Lima, 2016.
57. FERRO VEIGA, José Manuel. “Aspectos Legales sobre el delito fiscal, la investigación patrimonial y el blanqueo de capital: Radiografía de las tramas y de la Delincuencia Organizada Nacional y Transnacional”. Editorial Club Universitario. Alicante, 2011.

58. FERRO VEIGA, José Manuel. “Propiedad Inmobiliaria. Blanqueo de capital y crimen organizado”. Editorial Club Universitario. Alicante, 2012
59. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Navarra, Aranzandi, 2003.
60. GÁLVEZ VILLEGAS; “El Delito de Lavado de Activos”; Editorial Grijley, Lima, 2004.
61. GARCÍA CAVERO, Percy, “Derecho Penal Económico – Parte Especial”, Tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2007.
62. GARCÍA CAVERO, Percy. ¿Debe regularse una responsabilidad de las personas jurídicas?, en “20 Años de Vigencia del Código Penal peruano”; PARIONA ARANA, Raúl (Dir.) Grijley. Lima, 2012
63. GARCÍA CAVERO, Percy. “La prueba indiciaria en el proceso penal”. ARA Editores, Lima, 2011.
64. GARCÍA GIBSON, Ramón; “Prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo”; Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), Primera edición, México D.F., 2009.
65. GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. Eddili, Lima, 1984.
66. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, 2º ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.
67. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, N° 28, 2005, p. 129. Consulta: 24 de enero de 2018. Véase en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf.
68. GILMORE, William C. “Dirty Money: The Evolution of Money Laundering Countermeasures”. Council of Europe Publishing. Belgium, 1999.
69. GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. 2º Edición. Editorial Thomson - Civitas. Pamplona, 2015.
70. GOMEZ COLOMER, Juan. El proceso penal alemán: Introducción y normas básicas. Bosch. Barcelona, 1985.

71. GOMEZ INIESTA, Diego J., “El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español”, CEDECS Editorial, Barcelona, 1996.
72. GÓMEZ INIESTA, Diego. “Medidas Internacional contra el Blanqueo de Dinero y su Reflejo en el Derecho Penal Español” en Estudios de Derecho Penal Económico. ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus (Editores), Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1994.
73. GONZALES LAGIER, Daniel. Argumentación y prueba judicial. En: Estudios sobre la prueba. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2006.
74. GONZÁLEZ CUSSAC. José. La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
75. GUARIGLIA, Fabricio, “Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
76. HAIREBEDIÁN, Maximiliano y GORGAS, María de los Milagros, “Cuestiones prácticas sobre la investigación penal”, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2004.
77. HDEZ. HIGUERAS, Juan; “Los Paraísos Fiscales”, Editorial AKAL, Madrid, 2005.
78. HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. La prueba en el Código Procesal Penal de 2004. Gaceta Jurídica. Lima, 2012.
79. HESS ORTHMANN, Christine /MATISON HESS, Kären. “Criminal Investigation”. 10th edition. Delmar. New York. 2012.
80. HIKAL, Wael. “Introducción al estudio de la Criminología”. Editorial Porrúa. 1^{era} edición, México D.F., 2009
81. HOPTON, Doug. “Money Laundering: A Concise Guide for All Business”. 2nd edition. Gower, Surrey (GB), 2009.
82. HUFNAGEL, Sven. “Der Strafverteidiger unter dem Generalverdacht der Geldwäsche gemäß 261 StGB: eine rechtsvergleichende Darstellung (Deutschland, Österreich, Schweiz und USA)”, Tenea, Berlin, 2004

83. HURTADO POZO, José/PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; “Manual de Derecho Penal - Parte General”; Editorial IDEMSA, 4ta edición, Lima, 2011, Tomo II.
84. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. El Comité de Derechos humanos, la casación penal española y el razonamiento probatorio. Editorial Thomson - Civitas. Madrid, 2004.
85. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.
86. JAKOBS, Günter/CANCIO MELIÁ, Manuel. “Derecho Penal del Enemigo”. Thompson-Civitas. Madrid. 2003
87. JASON-LLOYD, Leonard, “The Law on money-laundering, Statues and Comentary”, editorial Frank Cass, London, 1997.
88. JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la prueba en materia penal. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.
89. KLEIN, Lilian B; “Bank Secrecy Act/Anti-money laundering”; Nova Science Publishers, New York, 2008.
90. LAMAS PUCCIO, Luis; “Inteligencia Financiera y Operaciones Sospechosas”; Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
91. LAMAS PUCCIO, Luis; “Tráfico de drogas y lavado de dinero”, Servicios Editoriales Didi de Arteta S.A., Lima, 1992.
92. LAUDAN, Larry. Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado. Traducción de Pedro Haddad. En Debatiendo con Taruffo. Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vázquez (coeditores), Marcial Pons, Madrid, 2016.
93. LEVY, Steven Mark; “Federal money laundering regulation: banking, corporate, and securities compliance”; Aspen Publishers, New York, 2003.
94. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Instituciones de Derecho Procesal Penal”. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

95. LÓPEZ IÑIGUEZ, María Gabriela. El recurso de casación penal: vicios formales en Los recursos en el procedimiento penal de Julio Maier, Alberto Bovino y Fernando Diaz (compiladores), 2º ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
96. MADINGER, John. “Money Laundering: A Guide for Criminal Investigators”, CRC Press, 3th edition, New York, 2012.
97. MAGRO SERVET, Vicente. “Delitos socioeconómicos”, Grupo Editorial El Derecho y Quantor, Madrid, 2010.
98. MEINI MÉNDEZ, Iván, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
99. MILL DE PEREYRA, Rita A., “Escuchas Telefónicas. Grabaciones” en AAVV, “Prueba Ilícita y Prueba Científica”, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.
100. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Segunda Edición, revisada y ampliada. Bosch Editor, Barcelona, 2004.
101. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba en el proceso penal acusatorio. Lima: Jurista Editores, 2012.
102. MIRANDA SÁNCHEZ, Rosendo, “Legitimización de capitales y técnica de investigación”, en AAVV, “Lucha contra el Narcotráfico: Un reto global”, Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, Lima, 2000.
103. MISSIEGO DEL SOLAR, Joaquín. “Apuntes sobre la etapa intermedia en el nuevo Código Procesal Penal”, en Revista Ius et Praxis N° 40. Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2009
104. MIXÁN MÁSS, Florencio. Cuestiones epistemológicas de la investigación y de la prueba. 2º impresión. BLG Ediciones. Trujillo, 2006.
105. MONTERO AROCA, Juan. La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal: un estudio jurisprudencial. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
106. MONTERO AROCA, Juan. Proceso Penal y Libertad: Ensayo Polémico sobre el nuevo proceso penal. Editorial Thomson - Civitas. Pamplona, 2008.

107. MORENO RIVERA, Luis Gustavo. La casación penal. Teoría y práctica bajo la nueva orientación constitucional. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2013.
108. nciones Telefónicas, en El Delito de Tráfico de Drogas. ÁLVAREZ GARCÍA, Javier (Coord.). Tirant lo blanch, Valencia, 2009
109. NEYRA FLORES, José Antonio. “Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral”. Idemsa, Lima, 2010.
110. NEYRA FLORES, José. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I y II. Lima: Idemsa, 2015.
111. NICKELL Joe /FISCHER John F. “Crime Science: Methods of Forensic Detection”. Univesity Press of Kentucky. Lexington – Kentucky, 1999.
112. NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.
113. ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso”, en AAVV. El Nuevo Código Penal peruano. Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código Penal y Estudios sobre Derecho Penal. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2011
114. ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual Derecho Procesal Penal: La prueba en el proceso penal. Tomo III. Lima: Editorial Reforma, 2015.
115. PAOLI, Letizia/FIJNAUT, Cyrille; “Organised Crime in Europe, Concepts, Patterms and Control Policies in the European Union and beyond”; Editorial Springer, The Netherlands, 2004.
116. PAREDES PALACIOS, Paul. Prueba y presunciones en el proceso laboral. 1º Edición. ARA Editores. Lima, 1997.
117. PARRA QUIJANO, Jairo. Pruebas ilícitas. En: Revista Iut et Veritas. Año VIII, 14, Lima, 2013.
118. PASSAS, Nikos/ GROSCHIN, Richard B. “International Undercover Investigations” in FIJNAUT, Cyrille/MARX, Gary T. “Undercover: Police surveillance in comparative Perspective”, Kluwer Law International, The Hague (The Netherlands), 1995.

119. PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. “El nuevo delito de financiamiento del terrorismo en el Perú” en Gaceta Penal & Procesal Penal Nº 42. Dic. 2012, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
120. PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. “La Nueva Ley Penal de Lavado de Activos: D.L. Nº 1106” en Revista Jurídica del Perú Nº 135 – Mayo 2012, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
121. PETERSON, Marilyn B. “Money Laundering: Typologies, Methods, and Current Trends” in SHANTY, Frank/ MISHRA, PatitPaban. “Organized Crime: From Trafficking to Terrorism”. ABC-CLIO Inc., California, 2008.
122. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; “Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios”; Editorial IDEMSA; Lima, 2010.
123. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; “Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo”, Editorial Grijley, Lima, 2007.
124. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; “Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal”, editorial IDEMSA, Lima, 2009.
125. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; “Criminalidad Organizada”; Editorial IDEMSA, Lima, 2006.
126. QUIROZ SALAZAR, William, “La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú”, en Revista Oficial del Poder Judicial N° 2/1, Lima, 2008.
127. REUTER Peter/TRUMAN, Edwin M. “Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering”. Institute for International Economics. Washington D.C., 2004.
128. REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XXV, N° 02, Diciembre, 2012, páginas 229 al 247. Consulta: 20 de enero 2018. Véase en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art10.pdf>.
129. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel. La casación y el derecho a recurrir en el sistema acusatorio. Serie: Juicios Orales, N° 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013.

130. ROSAS YATACO, Jorge. “Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional”, en “La Reforma del Proceso Penal peruano: Anuario de derecho penal 2004” (Director José Hurtado Pozo). Fondo Editorial PUCP - Universidad de Friburgo, Lima, 2004
131. ROSE-ACKERMAN, Susan. “Corruption and government: causes, consequences, and reform”. Cambridge University Press, Cambridge, 1999
132. ROXIN, Claus, “La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro” en “La Teoría del delito en la discusión actual”; Editorial GRIJLEY; Traducción de Manuel Abanto, Lima, 2007.
133. ROXIN, Claus; “Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
134. RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. “Encubrimiento y receptación. Los específicos elementos subjetivos del injusto”, en AAVV, “Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam”, Vol. II, Ed. Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001
135. SALAZAR LANDINEZ, Sara Magnolia; “La Acción Extinción frente al lavado de activos”, en A.A.V.V. “Estudios de Derecho Penal Económico”; Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
136. SALINGER, Lawrence M.; “Encyclopedia of White-Collar & Corporate Crime”. Vol. N° 2; Sage Publications, California, 2005.
137. SAN MARTÍN CASTRO, César. La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas, en “La Reforma del Proceso Penal peruano: Anuario de derecho penal 2004” (Director José Hurtado Pozo). Fondo Editorial PUCP - Universidad de Friburgo, Lima, 2004
138. SAN MARTÍN CASTRO, César. Recurso de apelación y casación humana en Teoría de la impugnación, Karina Vilela Carbajal (coordinadora), I Jornada de Derecho Procesal - Universidad de Piura, Palestra, Lima, 2009.
139. SAN MARTÍN CASTRO, César; “Estudios de Derecho Procesal Penal”; Editorial Grijley, Lima, 2012.

140. SAN MARTIN CASTRO. Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal”. En: *Proceso & JUSTICIA*, N, 4, Lima.
141. SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan. La prueba prohibida. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 183, *Gaceta Jurídica*, Lima, febrero de 2009.
142. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “El nuevo proceso penal”, Editorial IDEMSA, Lima, 2009.
143. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. “Magistratura y Prensa” en *Revista Oficial del Poder Judicial*. N° 2/1, Lima, 2008
144. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Una Cuestión Procesal Recurrente: Las Interve
145. SAVONA, Ernesto U./DE FEO, Michael A. “International Money Laundering Trends and Prevention/Control Policies” en SAVONA, Ernesto Ugo, “Responding to Money Laundering: International Perspectives”. Hardwood Academic Publishers, 2nd Edition, The Netherlands, 2000.
146. SCHOTT, Paul Allan. “Reference Guide to Anti-Money Laundering And Combating the Financing of Terrorism”. Second Edition and Supplement on Special Recommendation IX, The World Bank/The International Monetary Fund. Washington D. C., 2006.
147. SCHUM, David. Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico. Traducción de Orión Vargas, Orión Vargas, Bogotá, 2016.
148. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Comentarios al código civil y las compilaciones. Tomo XVI. 2° Edición. Madrid: EDERSA, 1981.
149. STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez. Traducido por: De la Oliva A. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
150. STESENS Guy; “Money Laundering - A New International Law Enforcement Model”, Cambridge studies in international and comparative law; Cambridge University Press; Cambridge (UK), 2000.
151. TALAVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba Penal. Instituto Pacífico, 2017. Lima.

152. TALAVERA ELGUERA, Pablo; “El Derecho Procesal Penal del enemigo en la Legislación comparada (Parte I)” en JUSTICIA Y DEMOCRACIA Nº 10/2011, Revista de la Academia de la Magistratura, Fondo Editorial AMAG, Lima, 2011.
153. TALAVERA ELGUERA, Pablo; “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal”; Academia de la Magistratura, Lima, 2009.
154. TARUFFO, Michele, ANDRÉS, Perfecto, CANDAU, Alfonso. Consideraciones sobre la prueba judicial. 2º Edición. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2010.
155. TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. Consulta: 05 de enero de 2018. Véase en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc2j6v2>.
156. TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. En Consideraciones sobre la prueba judicial de Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Candau Pérez 2º ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, Madrid, 2010.
157. TARUFFO, Michele. La prueba, artículos y conferencias. Santiago de Chile: Metropolitana, 2009.
158. TARUFFO, Michele. La prueba. Traducción de Laura Manrique y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.
159. TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos. (Traducido por: Daniela Accatino) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2010.
160. TIEDEMANN, Klaus, “Manual de Derecho Penal Económico – Parte Especial”; Editorial GRIJLEY, Lima, 2012
161. TIRADO ESTRADA, Jesús José. “La influencia del proceso de los Estados Unidos de America en los Códigos Procesales Penales reformados de Europa y América”, en JUSTICIA Y DEMOCRACIA Nº 10/2011, Revista de la Academia de la Magistratura, Fondo Editorial AMAG, Lima, 2011
162. TONG, Stephen/BRYANT, Robin P./HORVATH, Miranda A. H. “Understanding Criminal Investigation”. Wiley - Blackwell. Oxford (UK), 2009.

163. TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel; “La Prueba Indiciaria y el Delito de Lavado de Activos; Análisis y Comentarios a la Ejecutoria Suprema R. N. Nº 2202-2003-CALLAO”; en Diálogo con la Jurisprudencia, Nº 145, Año Nº 16, Octubre 2010.
164. TURNER, Jonathan E. “Money Laundering Prevention: Deterring, Detecting, and Resolving Financial Fraud”. Wiley, New Jersey, 2011.
165. UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José; “Prevención de Lavado de Activos: Tendencias en la Regulación Peruana según Resolución SBS Nº 6561-2009” en “El Derecho Penal Económico, Cuestiones Fundamentales y Temas Actuales”, Alfredo E. Pérez Bejarano (Coordinador), ARA Editores, Lima, 2011.
166. VARELA, Casimiro. Valoración de la prueba. 2º Reimpresión, 2º Edición. Buenos Aires: 2012.
167. VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Ed. Marcia Pons. Madrid. 2015.
168. VILLEGAS PAIVA, Elki. La Prueba en el proceso penal: En: La regla de la exclusión de la prueba ilícita: Fundamento, efectos y excepciones. Pacífico Editores, Lima, 2015.
169. VOGEL, Don. “Financial Investigations: A Financial Approach to Detecting and Resolving Crimes”. DIANE Publishing, New York, 1999.
170. WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General (Traducción de Carlos FontánBalestra) Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956
171. WESSELS Johannes/ BEULKE Werner. “Strafrecht, allgemeiner Teil die Straftat und ihr Aufbau”. C.F. Müller, Heidelberg, 2009
172. WILLIAMS, Phil/ SAVONA, Ernesto. The United Nations and Transnational Organized Crime. Frank Cass & Co. Ltd., Oregon, 1996
173. WOUTER H Muller/KÄLIN Christian/GOLDSMITH, John G. “Anti-Money Laundering: International Law and Practice” John Wiley & Sons, Chichester (UK), 2007
174. PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio, 18º ed., Librería Ediciones del Profesional LTDA, Medellín, 2011.

JURISPRUDENCIA

A. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 6712-2005-HC/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 655-2010-PHC-TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 02053-2003-HC/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2333-2014-HC/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1058-2004-AA-TC

B. PODER JUDICIAL

- Sala Penal Especial. Sentencia recaída en el Expediente A.V. 19-2001 de fecha 07 de abril de 2009. Caso Alberto Fujimori por los delitos de secuestro, lesiones y asesinato en agravio de Luis Alberto León Borja y Otros.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Sentencia recaída en el Expediente 017-2001, Sala Penal Especial “B” de fecha 09 de julio de 2003.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad 426-200514 de fecha diecinueve de julio de dos mil siete.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad 1912-2004, Lima, 13 de octubre del dos mil cuatro.

C. ACUERDO PLENARIO

- Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario 04-2010-CJ/116 intitulado: “Audiencia de tutela: Fundamentos jurídicos.

D. AGENCIAS INTERNACIONALES Y NACIONALES

- COMMONWEALTH SECRETARIAT. “*Combating money laundering and terrorist financing: a model of best practice for the financial sector, the professions and other designated businesses*”. Commonwealth Secreteriat, 2nd edition, London, 2006.

- COUNCIL OF EUROPE - PARLIAMENTARY ASSEMBLY. “*Working Papers*”
- 2008, Ordinary Session (Third Part), Council of Europe Publishing, Volume VI,
Documents 11628-11672, 2008.
- FBI - FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. “*Financial investigative
techniques money laundering*”. United States Department of Justice, Federal Bureau
of Investigation, 1984.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL - Grupo del Banco Mundial,
“*Unidades de Inteligencia Financiera, Panorama General*”, traducido por Adriana
Russo y Carlos Viel, Washington D.C., 2004
- GAFI - Grupo de Acción Financiera Internacional “*Estándares Internacionales
sobre el Enfrentamiento al Lavado de Dinero, el Financiamiento del Terrorismo y
la Proliferación/ Recomendaciones del GAFI*”/2012
- MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE LA NACIÓN. “*Boletín del
Observatorio de la Criminalidad*”, Año 2, Nº 6, Junio 2011.
- UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO DE COLOMBIA.
“*Tipologías de lavado de activos relacionadas con exportaciones ficticias y
contrabando*”. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección de Impuestos
y Aduanas Nacionales. Unidad de Información y Análisis Financiero de Colombia,
2006.
- UNODC [UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME]; “*Estimating
Illicit Financial Flows Resulting from Drug Trafficking and other Transnational
Organized Crimes- Research Report*”, Vienna, Octubre, 2011.