

APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA A LA VALORACIÓN PRUEBA PENAL: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO PROCESAL PENAL PERUANO

Joel Segura Alania[∞]

Estado de la cuestión:

La valoración de la prueba es un tema complejo y delicado, especialmente porque aborda una actividad fundamental del Juez y, por extensión, del sistema de justicia; importa entonces saber cómo desarrolla su actividad o sobre qué bases o metodología realiza dicho proceso. En dicha actividad el Juez no solo interpreta el derecho, sino el hecho y la prueba del hecho; para ello los sistemas han establecido reglas, principios y criterios que la hacen razonable y racional.

En nuestro país existen aproximadamente 2,700 jueces, de todas las instancias, y gran parte de ellos reciben críticas constantes sobre su labor: si valoraron o no correctamente los hechos, la prueba y la norma a aplicar. Sin dejar de lado el porcentaje de cuestionamientos injustificados o de mala fe (realizados muchas veces por quienes no han obtenido decisión favorable a sus intereses), considero que en general debe verse esto como una suerte de llamada de atención, no solo para los Magistrados, sino también para las instituciones que forman a los abogados (Universidades Nacionales y Privadas), para los que eligen a los magistrados (Consejo Nacional de la Magistratura), para los capacitadores o formadores constantes del Magisterio (Academia de la Magistratura), porque son parte involucrada en formar, elegir y capacitar a los jueces. La alerta apunta para evaluar si los Jueces están tomando o no buenas decisiones; toda la sociedad exige en las sentencias fundamentos y razones justas.

Analizar si el Juez toma buenas o malas decisiones implica analizar su manera de valorar las pruebas, por cuanto a partir de ello se dará por probado un hecho, para finalmente evaluar si encuadra o no en una norma penal (tipo penal), y determinar si el procesado es responsable para luego aplicarle una consecuencia jurídica.

Sin duda no es tarea fácil, pero ante todo el magistrado debe ser consciente que su labor tiene un efecto en la sociedad, en su entorno laboral y hasta académico (si ejerce docencia), nos dice Andrés Ibáñez, citando a Aarnio, que “la gente exige no solo decisiones dotadas de autoridad, sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del

[∞] Profesor del curso de Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Academia de la Magistratura.

juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones...maximizar el control público de la decisión”¹. Su relevancia es obvia e imprescindible en el sistema; las buenas decisiones se darán a partir del manejo de un conjunto de conocimientos y experiencias.

Por otro lado, la valoración de la prueba en el contexto de la Filosofía y en especial de la argumentación jurídica –en su concepción estándar–, en especial a partir de sus representantes como Alexis y Makolmic (según refiere el profesor Atienza², éstos proponen no contraponer la lógica a la dialéctica, la retórica, la oratoria, etc., sino integrarla) exige al Juez especiales capacidades, que antes tenían (Roma, por ejemplo) los abogados.

Planteo este contexto porque el Juez tiene que ser consciente en la actualidad que su toma de decisión esta dividida epistemológicamente en dos contextos claramente definidos. Un primer contexto denominado de descubrimiento y otro segundo de justificación³.

Respecto del primer contexto, el Juez pondrá en práctica su aspecto intuitivo, crítico y prima su primera impresión respecto de los hechos y las pruebas; este contexto es mejor entendido a partir del aporte del premio novel Daniel Kahneman (psicólogo norteamericano-israelí), que describe en su libro “Thinking. Fast and slow” (Pensamiento rápido y lento), que sostiene que la toma de decisiones humanas sea a partir dos sistemas: el ‘sistema 1’, que es un sistema esclavo de las emociones por tanto es intuitivo, actúa rápido y automáticamente y mientras que el ‘sistema 2’, por el contrario, funciona como un agente racional, asociada a menudo con la experiencia subjetiva, la elección y la concentración. A partir de una comparación se puede indicar que en los juicios los jueces utilizan los dos sistemas y que éstos se engarzan a su vez con los contextos en el que se divide su estudio, es decir, en el contexto del descubrimiento estará regido por el sistema 1 y el contexto de justificación por el sistema 2; las decisiones debe ser analizada (desde la lógica y otras ciencias).

Para Atienza⁴ la toma de decisión en el contexto de descubrimiento es la etapa en la cual el Juez pone en práctica su experiencia y es en ella que desarrolla una buena intuición, es en dicho proceso que se encuentran involucrados elementos como la psicología, sociología, el conocimiento de las idiosincrasias, entre otros (por ejemplo: a partir de esa aproximación es que suelen creer o no a un testigo). Para la filosofía y en especial para la argumentación es una parte de poca importancia, porque no está ajena a los errores. ¿Qué importa entonces? La motivación de la decisión. Aquí entra el silogismo judicial y el

¹ Andrés Ibáñez, Perfecto. En Andrés Ibáñez y Alexy, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa*. Serie Estado de Derecho y Función Judicial. UNAM, México, 2006, 34.

² Atienza Rodríguez, Manuel. Conferencia “*como argumentar frente a un caso difícil*” en el Congreso organizado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, ciudad de Yucatan - México.

³ Atienza Rodríguez, Manuel. *En su conferencia magistral...*

⁴ Atienza Rodríguez, Manuel. *En su conferencia magistral...*

contexto de justificación no es otra cosa que dar las razones de porque se da por probado un hecho y se aplica una norma en el caso en concreto.

Otro tema en la valoración es que responde a un proceso histórico, basta recordar el sistema de la prueba tasada –la regla del *testis unus testis nullus*⁵–, ahora rige en la mayoría de modelos el sistema de la sana crítica o libre convicción en la valoración de la prueba. Este sistema permite que el Juez tenga más libertad para decidir, no arbitrariamente sino racionalmente, con una exigencia de carácter constitucional: la motivación. El sistema exige un examen crítico de todos y cada uno de los elementos de prueba esenciales para la decisión, así como también impone al juez el deber de motivar o fundamentar adecuadamente la decisión, de tal suerte que puedan las partes, los ciudadanos y la casación conocer y controlar el *iter* lógico seguido para sustentar la sentencia⁶.

Corresponde ser conscientes del deber de explicar razones (fundamentos) de la decisión, labor poco sencilla a veces, dependerá del contexto del caso, la experiencia en la gestión, el manejo de categorías epistemológicas, o disciplinas científicas, limitaciones que harían difícil incluso un caso simple para algunos con experiencia; demás está hacer hincapié en la forma de argumentar. Respecto de esta última, el profesor Atienza sostiene que el novel campo de la argumentación, en su inicio, trató de oponer la lógica jurídica a otros tópicos como la retórica, pero en la actualidad existen dos importantes autores como Neil MacCormick⁷ y Robert Alexy⁸, que postulan por complementar la lógica judicial con disciplinas como la retórica, semántica y dialéctica, que permitirán desde sus materias elementos para una sentencia lógica, clara y razonable. Con estas combinaciones respecto del estándar de cómo argumentar se hace más complicada la tarea al Juez, pero es un perfil al que deben orientarse.

¿Qué busca el sistema de justicia? Decisiones justas, racionales y razonables, con menor grado de arbitrariedad posible, sin dejar de lado los contextos y la particularidad de los casos existe cierta orientación a buscar estándares, no creo que se trate de volver a la prueba tasada, basta recordar que no solo no

⁵ Testigo único es como ningún testigo.

⁶ Mora Mora, Luis Paulino y Gonzáles Alvarez, Daniel . *La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional “Un Códice tipo di Procedura penale per “América Latina”. Roma, Italia, septiembre de 1991. p. 6.

⁷ Neil MacCormick, en su obra *Legal Reasoning and Legal Theory*, publicada en 1978, ha ido afinando algunos aspectos a lo largo de los años. Como anglosajon elabora su teoría al hilo de la experiencia. Podemos aprender de él a aplicar los criterios de universalidad, de consistencia y coherencia y de consecuencias de la decisión, para evaluar la ley o la decisión del juez.

⁸ Robert Alexy, en su obra *Theorie der juristischen Argumentation*, publicada en 1978. Como germano adopta un punto de vista más normativo desde un principio, lleva al ámbito de la práctica jurídica las ideas de Habermas. Del elaboradísimo sistema de Alexy es de resaltar la sencilla idea según la cual, para que la ley o decisión sean correctas han de seguir unos procedimientos racionales.

evitaba el arbitrio judicial, sino que lo estimulaba⁹. La prueba tasada reducía la valoración judicial de la prueba a cero (principal crítica); viendo un lado positivo, en algunos contextos estuvo dotado buenas intenciones, como un sistema idóneo para garantizar la objetividad y uniformidad de juicio contra la arbitrariedad del juez (muchas veces necesario en organizaciones judiciales caóticas, con juez sin cultura y formación técnico-jurídica¹⁰). No justificamos dicho medio pero el punto es no olvidar este dato histórico.

Si las ciencias y/o disciplinas tienen especial preocupación por abordar el tema de la toma de decisiones judiciales, un Juez actualizado no debe ser ajeno a estos avances, dado que fundamentalmente le ayudarán a su labor de realizar juicios lógicos, correctos y bien fundamentados.

A. Algunas categorías vinculadas con la valoración de prueba:

Esta aproximación es importante porque permite vincular cuestiones conceptuales y algunas categorías que forman parte y preceden la labor de valorar pruebas.

a. El concepto de valoración de la prueba y sus categorías.

Partamos definiendo el significado de ‘valoración de la prueba’, para tal efecto acudo al postulado por Nieva Fenoll¹¹, quien la define como “la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”. Cabe precisar que no se pretende pasar por alto los grandes debates al respecto, que sin duda enriquecerían el tema, ni la discusión sobre la definición del tema, sino que nos parece, junto a lo ya mencionado, que tiene un correlato con la realidad, su desarrollo y práctica.

Siguiendo al mismo autor, la valoración de la prueba es una actividad que se realiza mientras se interpreta, se aprecia o se fija la prueba. Como seres humanos que somos muy críticos y en cada momento de nuestra vida.

No veo las categorías diferenciadoras –como: interpretación y valoración o fijación y valoración– desde una vertiente estrictamente práctica, pero tiene todo un aporte para su estudio y entendimiento. Siguiendo este último aspecto, como categoría es elemental identificar una categoría general como la ‘apreciación’ y dentro de ella la interpretación y la valoración según postula Montero Aroca¹², o interpretación y valoración según Calamandrei¹³, o fijación y

⁹ Gimeno Sendra, Vicente. *Los principios del proceso penal*. VV.AA. Derecho Procesal, t. II (Proceso penal), Valencia, 1990, 78.

¹⁰ Igartua Salaverria, Juan. *Una interpretación funcional de la “libre valoración” de las pruebas penales*. Fragmento de una ayuda a la investigación financiada por la Universidad del País Vasco, publicado en <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2551899.pdf> (visitado el 17 de abril de 2013).

¹¹ Nieva Fenoll, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires. 2010. p. 34.

¹² Montero Aroca, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Cizur Menor, 2005. p. 543.

valoración para Sentís Melendo¹⁴. Pero en el plano operativo y práctico estas categorías interactúan simultáneamente.

Andrés Ibáñez señala que la valoración o apreciación conjunta de la prueba solo puede producirse en un segundo momento. Recordemos que el contexto de la decisión es el primer momento o sistema 1 (Daniel Kahneman); es el contacto con el dato fáctico del caso, que muchas veces son afirmaciones simples en otras complejas; el dato fáctico ingresa como hipótesis o mejor dicho pretensión o postulación (objeto de debate y prueba: la acusación para el derecho penal), que viene acompañada de determinadas fuentes de información con capacidad de aportar datos idóneos para la confirmación de la misma (evidencias). Incluso nos atreveríamos a decir que es propio de los sistemas orales, en los que solo a partir de lo que se oye o ve en el juicio se resuelve, pero este sistema no es propio de nuestro modelo, como señalamos líneas antes; apareja errores porque está regido por la intuición, la exigencia de la motivación exige una mayor reflexión que no deja de lado un juicio intuitivo pero agrega razonabilidad, que debe ser perfectamente explicable.

Un segundo momento será más reflexivo -propio de nuestro modelo- (ayuda mucho el apunte, porque permite ver y revisar nuevamente detalles o cruces de información que en un primer momento no podía tener, o con los medios actuales sería volver a ver el video). En este contexto se revisa o vuelve a revisar las evidencias ya de manera conjunta para explicar la decisión. De forma natural el resultado de cada medio probatorio irá produciendo su efecto en la conciencia del juez, le aportará un grado de información, generando un estado de conocimiento abierto a la integración de nuevos datos precedentes de los restantes medios de prueba.

Un aporte interesantísimo que ayuda a comprender la valoración de la prueba, es la división de bloques que realiza Nieva Fenoll¹⁵ que para fines formativos postula en su trabajo sobre la valoración de la prueba; que un Juez preocupado por realizar mejor su trabajo debe manejar previamente para mejor resolver. Al respecto el autor no indica que existen dos bloques:

- **1° La averiguación de la verdad.**

En el cual el operador judicial deberá tener presente cuatro ámbitos:

- a) los hechos jurídicos más característicos:
 - a.1) los hechos que constituyen prueba directa
 - a.2) el listado de indicios

- b) la obtención de vestigios:

¹³ Calamandrei, Piero. *La genesi logica della sentenza civile*, en *Opere Giuridiche*, vol. 1, p. 21.

¹⁴ Sentís, S. *Valoración de la prueba*, en *la prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1979, p. 240.

¹⁵ Nieva Fenoll, Jordi. *La valoración de la prueba*. Cit., 163.

- b.1) las diferentes técnicas periciales
 - b.2) la técnica del interrogatorio

 - c) la motivación de los hechos:
 - c.1) la ordenación de los hechos averiguados
 - c.2) la debida exposición de las presunciones

 - d) la imparcialidad y la prueba:
 - d.1) circunstancias que provocan parcialidad
 - d.2) mecanismos de evitación de la parcialidad.
- **2° La credibilidad.**

Recomienda tener presente cuatro componentes:

- a) la psicología del testimonio: deberá saber cómo funciona la memoria, la valoración de las respuestas, valoración de la conducta del declarante.

- b) los criterios científicos de calidad: deberá conocer los criterios científicos de calidad, la profesionalidad del perito, la coherencia interna del dictamen y la ciencia privada del juez.

- c) la credibilidad en el reconocimiento judicial: deberá saber las condiciones de observación y la ciencia privada del juez.

- d) la credibilidad de los documentos: deberá conocer de la interpretación de textos y la contextualización de los documentos. Según su propuesta, con todo este conocimiento el juez recién podría estar preparado para afrontar la valoración de la prueba.

Lo planteado por el profesor Nieva Fenoll nos lleva a examinar en nuestro país de la currícula universitaria y los cursos de la Academia de la Magistratura. El estándar de conocimientos previos para valorar prueba es un primer paso, pero la realidad ya ha demostrado que la aplicación es más compleja y solo la práctica la hace viable.

Cuando afirmamos que la valoración es la percepción que tiene el Juez de los resultados de la actividad probatoria, cabe completar que dicha percepción se hará a partir de un conjunto de conocimientos. Conocimientos que es necesario tener (y que solo algunos que con mucho empeño personal han logrado adquirir y desarrollar, permitiéndoles afrontar con mayor éxito casos difíciles).

b. El juez y la función jurisdiccional.

Montero Aroca y otros sostienen que entre las varias funciones de jurisdicción que tiene el juez debe centrarse en uno en especial, ésta es su vinculación con la valoración de la prueba. Afirma que el Juez es el último garante de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo, después de él no

hay nadie más. En este sentido, al tratarse de la aplicación de la pena, el proceso penal se convierte en garantía de respeto de la libertad (interés individual) frente a la seguridad (interés colectivo), de modo que ninguna pena puede imponerse fuera del ejercicio de la función jurisdiccional y del proceso¹⁶. Por lo que el Juez tiene una función política que cumplir, que es ejercer la *jurisdictio*¹⁷.

El profesor Montero vincula la valoración de la prueba con la *jurisdictio*, su relación intrínseca sugiere que en ambos, dentro del contexto del derecho penal, es la imposición de una pena, que es aplicar el derecho objetivo a través de un proceso. La condición es que la pretensión acusatoria del Fiscal, único órgano legitimado para instar tanto la acción como la pretensión penal, ha sido sustentada con suficientes elementos de pruebas. El Juez cierra el sistema con su decisión (*jurisdictio*).

c. Función de la prueba en el proceso.

La respuesta no es muy pacífica. Para ello parto desde un consenso general: la función que cumple la prueba es buscar la verdad. En el derecho penal, respecto de la verdad no se busca alcanzar una verdad filosófica, científica, o empírica, pero descartamos optar por la distinción entre la verdad material y procesal –no hay varias verdades, decir lo contrario sería negar la verdad como única idea–. Al respecto Asencio Mellado¹⁸ dice que aparte de la función esencial del proceso penal –que es actuar el *ius puniendi* y el de erigirse como garantía de igualdad de los ciudadanos entre sí y frente al Estado–, está la función epistemológica que son propias al proceso en condiciones que aseguren la verdad y la eficacia de esta fórmula.

La función del proceso penal es descubrir la verdad. En consonancia con este principio el nuevo Código Procesal Penal, aprobado por D.Leg. 957, prescribe que el rol del juez es impartir justicia con imparcialidad (artículo I.1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal), y no es un tercero neutral sino un tercero supra parte comprometido con el fin del proceso, el Juez es que aplica el *ius puniendi* a partir de un proceso, sobre la base de la actuación de las partes tiene una participación limitada y de oficio, pero siempre busca descubrir la verdad.

En esta línea el legislador ha optado por hacer participar al juez, excepcionalmente, en el proceso e indicar la actuación de la prueba de oficio. En el artículo 385 del Código Procesal Penal se indica que el juez excepcionalmente dispondrá de oficio o a pedido de parte la actuación de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultasen ‘indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad’, se cuidará

¹⁶ Montero Aroca, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional I*, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 115.

¹⁷ Que es el poder que corresponde a los magistrados, es una de las facetas de su imperio o potestad y comprende, en sentido amplio, toda la actividad de tutela o protección jurídica que un magistrado pueda llevar a cabo.

¹⁸ Asencio Mellado, José María. *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, 2008. p. 25

de no reemplazar a las partes. Los límites serían que no puede incorporarse nuevas pruebas sobre hechos que no han sido planteados por las partes, la prueba de oficio excepcional es la 'prueba sobre la prueba'. Se debe tener presente que el juez por regla general de la sana crítica, prevista en el artículo 158.1 del Código antes mencionado, está obligado a determinar el grado de credibilidad y eficacia de las pruebas. Entonces, es imperativo cumplir con dicha función a través de la prueba de oficio –que no será prueba sobre prueba–, para que el juez tenga un mejor criterio de valoración, en especial de la credibilidad de las fuentes de pruebas actuadas a pedido de las partes en el juicio oral.

Lo señalado de ninguna manera implicará ayudar a las partes ni poner en duda su imparcialidad. Por el contrario, su deber es afirmar la justicia a partir de procesos justos.

d. El planteamiento de hechos en el juicio: la exigencia de su claridad

Generalmente no es percibida como problema. En primer lugar, se advierte un alto grado de falta de claridad en las acusaciones penales. Siguiendo a Atienza diremos que una acusación es una pretensión, como tal es una argumentación de un caso y por tanto debe llevar aparejado aspecto de semántica, retórica, disciplinas olvidadas por nuestros centros de formación. Andrés Ibáñez¹⁹ señala que ante la cultura jurídica tradicional ha permanecido, con frecuencia, indiferente; se ha dado por sentado de que el juez, como operador jurídico dispone ya y *per se*, de instrumentos conceptuales idóneos para operar con eficiencia en ese campo, lo que en gran medida es falso.

Acota el autor antes mencionado, que los hechos no ingresan en el proceso como entidades naturales, como porciones de pura realidad en bruto. La aptitud de los datos empíricos para integrar la cuestión fáctica, el *thema probandum* de un eventual proceso se debe a la razón (artificial) de que son relevantes para el derecho. Por ello los que preseleccionan en abstracto como integrantes del supuesto de hecho de alguna norma, asocian o tienen que asociar las consecuencias jurídicas para el caso que llevarán a un caso. De esa manera y por esa vía es que los hechos pueden llegar a adquirir estatus de hecho procesal. Es imprescindible que las partes entiendan que no se trata de hechos ontológicos, sino de enunciados sobre los hechos de lo que se trata en el proceso.

Entonces, a partir de lo afirmado surge la pregunta ¿Puede el juez controlar la corrección de los hechos? Podríamos decir que sí. Nuestro sistema tiene elementos que permiten actos de corrección antes del juicio, ya que en el juicio esto estaría proscrito. El Código Procesal Penal en su artículo 352.2, posibilita que en la audiencia preliminar de Control de la Acusación –etapa intermedia–, el Juez puede disponer la devolución de la acusación si observa defectos de la acusación. No señala qué tipos de defectos pero desde la función y fin de la

¹⁹ Andrés Ibáñez, Perfecto. *Jueces y ponderación argumentativa*. Cit., p. 22, 24 y 25.

etapa intermedia nos queda claro que debe sanear o en su caso mandar corregir los errores materiales o formales, más no los de fondo. Se puede entender que la poca claridad de la redacción, ya sea en su estructura o gramática puede ser corregida. Los hechos deben estar plenamente establecidos y claros. Otro factor importante es la precisión de los detalles de los hechos, pues un hecho general puede afectar el grado de imputación suficiente y concreta para el acusado.

Es en la etapa intermedia donde el Juez debe y puede ejercer control sobre las imputaciones de hechos. Este control no se advierte en el Código de Procedimientos Penales, pero la Corte Suprema con Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116, trata de poner coto a esto y realiza una interpretación en clave constitucional del artículo 229 del Código de Procedimientos Penales, señalando que a partir de su prescripción el Juez puede hacer traslados –sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional– y después de un plazo con contestación o no, analizará el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación, entre ellos, que los fundamentos de hechos no sean insuficientes, circunstanciados, vagos, oscuros, desordenados, y que contengan una necesaria y debida individualización fáctica y jurídica. En esta actividad si advierte que no se cumple con ello tendrá que devolver mediante resolución judicial motivada.

Lo expuesto podría salvar la posibilidad de corrección, siempre y cuando estemos ante hechos poco claros, solo habría que anotar una diferencia, que el Juez que corrige y exige acusaciones claras en el Código Procesal Penal es uno distinto del Juez que juzgará el caso, mientras que en el antiguo Código de Procedimientos Penales es el Juez de juicio Oral quien tiene la posibilidad de realizar esta corrección.

No es recomendable pasar por alto el presupuesto de realizar un juicio con imputaciones poco claras, la exigencia de la claridad y concreción de las imputaciones es una carga enorme para el Juez, que cobra sus errores al momento de valorar las pruebas.

e. Preclusión y etapas de las pruebas.

Este ítem aborda, el objeto de la valoración: la prueba. El Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 se pronunció por la selección y admisión de la prueba en el proceso penal y sostuvo que ésta se informa del principio de pertinencia de la prueba (de expresa relevancia convencional), así como los principios de necesidad (que rechaza la prueba sobreabundante o redundante), conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba.

Un dato a considerar es que el juicio oral según nuestro Código Procesal Penal tiene tres etapas diferenciadas: el inicio o los alegatos de apertura las partes, la actuación de las pruebas, la deliberación y la sentencia. Estas etapas se rigen bajo el principio de preclusión, así las partes y el Juez, sabrán las

oportunidades que tienen para ofrecer pruebas. La presentación de los alegatos de forma clara y coherente de primera impresión sirve al Juez para tener el contexto de que se discutirá en el juicio, en cambio si ésta poco clara, tendrá un efecto contrario. La buena presentación facilita la siguiente fase de actuación probatoria.

En la etapa de la actuación de pruebas se realizan acciones bajo el régimen de los principios de inmediación, contradicción, concentración y publicidad. Estos garantizarán que la información que pueda alcanzarse al Juez sea de una actividad verificadora de las hipótesis planteadas en el alegato (o mejor dicho para muchos 'la teoría del caso').

Respecto de la presentación de pruebas, el Código Procesal Penal, se permite solo hasta la etapa intermedia, y de forma excepcionalmente o tratándose de pruebas nuevas se podrá incorporar en el juicio oral. Una vez iniciado el juicio no hay opción de presentar nueva prueba. En cambio en el Código de Procedimientos Penales sucede todo lo contrario, la práctica de incorporar pruebas es flexible, rige un criterio amplio de incorporar todo medio de prueba hasta antes que concluya la etapa de actuación de pruebas, no hay norma que restrinja su presentación, no hay un acto de control y admisión de nuevas pruebas y se deja para su admisión o no en el análisis de la sentencia. Situación que genera mucha incertidumbre en las partes no sabes que descartará o tomará en cuenta el Juez en su fallo.

B. La norma procesal y la Corte Suprema: Criterios para valorar la prueba

Este es un segundo ítem, se intenta abordar algunos criterios esgrimidos por nuestra Corte Suprema en materia de valoración de prueba.

Los magistrados de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema abordaron el tema de la valoración de prueba y se decantaron por la clasificación de Montero Aroca, quien consolida la apreciación y la valoración en la apreciación. Así el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 se basa en que el Juez es soberano en la apreciación de la prueba; con ello afirma su independencia y su rol de manera responsable. Pero esta independencia no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Estableció los siguientes criterios:

- a) Se necesita prueba de cargo para la condena (actividad concreta).
- b) Las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles (jurídicamente correcta).
- c) Sobre la base de lo anterior, la valoración de la prueba se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia (determinadas desde parámetros objetivos) y los conocimientos científicos, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158.1 y 393.2 NCPP).

Queda claro que la libertad de apreciación de la prueba no recusa la posibilidad de reglas jurisprudenciales, cuya finalidad es concretar el criterio jurisdiccional de racionalidad probatoria –a través de requisitos mínimos-, hacer más claros y seguros los criterios racionales exigidos constitucional y legalmente.

La idea que subyace es que la mera certeza subjetiva del Juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado, por lo que en aras de la seguridad jurídica y a los efectos de su ulterior control por otros jueces, han construido jurisprudencialmente reglas que son expresión de la búsqueda racionalidad y objetividad de la apreciación judicial.

En esa línea existen algunas reglas tasadas de valoración, que están en la base del razonamiento inductivo, propio de la actividad judicial de valoración judicial de la prueba, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha fijado lineamientos en materia de prueba indiciaria –plasmadas legalmente en el Código Procesal Penal-, declaraciones de coimputados y víctimas, y declaraciones de testigos de referencia, entre otros.

1) Los testimonios de referencia (artículo 166.2 del Código Procesal Penal).

Se trata de pruebas por el cual se tienen conocimiento del hecho criminal o algún dato indiciario a través de persona interpuesta. Lo cierto es que ésta persona no ha presenciado los hechos directamente. Por ello se introduce un factor de inseguridad. A partir de lo señalado en Código Procesal se debe observar los siguientes criterios:

- a) El testigo de referencia tan solo lo puede ser de testigos, nunca de imputados.
- b) La declaración será válida si el testigo directo no comparece al juicio oral (R.N. 3118-2005/Lima Norte, R.N. 5380-2003/Lambayeque). Distinto será el caso cuando se trata de prueba anticipada o de imposibilidad material de incomparecencia. Si comparece solo servirá para controlar la veracidad de aquél, imposible para condenar sobre su base.
- c) Sus declaraciones por sí solas, no pueden desvirtuar la presunción de inocencia aunque podría coadyuvar a ello en consonancia con otras pruebas.
- d) Si existe contradicción entre un testigo directo y otro de referencia, se debe dar preferencia a la versión del primero.
- e) La no comparecencia del testigo directo debe ser por causas absolutas, deben realizarse todas la gestiones para localizarlo; si no se conocen sus datos y personalidad no pueden ser citado el testigo de referencia, y nunca cabe admitir tal testigo si se opone a ofrecer los datos para localizar a los directos.

2) El valor de la declaración del coimputado (Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116).

Como elemento no es muy claro desde un punto de vista jurídico, por cuanto son imputados cuando declaran sobre un hecho de otro coimputado, pero a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente. Como declaran como imputados, con las garantías de esa condición es que ha de valorarse: Su personalidad -sus relaciones con el sujeto coimputado-; sus posibles móviles que le llevan a prestar tal declaración; si existen razones de odio, venganza, obediencia a tercera persona, presiones externas, búsqueda de ventajas procesales, etcétera –examinar la ausencia de elementos de subjetivos de incredibilidad-; que la finalidad de su declaración inculpatoria al coimputado no sea, a su vez, exculpatoria de la propia personalidad.

Cuando declara un coimputado lo hace sobre hechos que conoce extraprocesalmente –por eso se le denomina testimonio impropio-, pero como no es ajeno a ellos, no concurre la ajenidad propia de un testigo, sus declaraciones serán intrínsecamente sospechosas.

3) La declaración del agraviado (Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116).

Habrán ocasiones en las que no hay otra posibilidad que admitir en el proceso las declaraciones de las víctimas del delito, ya que éste, por cometerse buscando la impunidad de propósito, puede no haber dejado otras huellas de su perpetración.

Para tomarse en consideración se exige, tres reglas:

- a) Que no existan motivos para pensar que hay relaciones entre denunciante imputado basadas en el odio u otro tipo de fenómenos que puedan incidir en la parcialidad de la deposición.
- b) Que las declaraciones sean contundentes, es decir, coherentes y creíbles.
- c) Que sean persistentes y se mantengan a lo largo del proceso, así como la inexistencia de contradicciones en ellas.

En el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 se estipuló criterios de apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. En ellos se abordó varios temas y acogió a su vez algunas reglas, en especial la 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional para la valoración de las pruebas en los delitos sexuales.

Indicó los siguientes:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el

aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

4) La prueba por indicios (artículo 158.2 del Código Procesal Penal)

En el Código Procesal Penal -artículo 158.3- se pone especial atención a las pruebas por indicios. Ya antes la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema 1912-2005/Piura fijó también sus alcances. Esta ejecutoria tiene carácter de vinculante.

La prueba por indicios es una prueba compuesta, no es un medio de prueba. Se dirige a demostrar la certeza de unos hechos, denominados 'indicios', que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar.

- a) En cuanto a los *indicios*, es necesario: que estén plenamente acreditados; que sean plurales o, excepcionalmente, únicos pero de una singular potencia acreditativa; que sean concomitantes a hecho que se trata de probar; y, que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.
- b) En cuanto a la *inferencia*: que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

5) Las declaraciones contradicciones.

En este tema la Corte Suprema se pronunció a propósito de un caso de Terrorismo. La Ejecutoria Suprema 3044-2004/Lima, del 1 de diciembre de 2004. Postuló porque no se puede negar eficacia probatoria a las declaraciones sumariales, bajo la denominación de 'declaraciones documentadas de un testigo', aún cuando como principio se entiende que las declaraciones plenariales traslucen, como consecuencia de la vigencia efectiva de los principios del juicio oral, mayor verosimilitud y fidelidad.

Exigió dos requisitos para su valoración y posible reemplazo respecto de la declaración plenarial de la misma persona.

- 1) Que se haya practicado en sede sumarial con todas las formalidades que la ley estipula para ese acto.

- 2) Que esa declaración haya sido sometida a contradicción en el plenario [las originales declaraciones han de haber sido introducidas en el mecanismo contradictorio o debate propio del juicio oral]; de ese modo se somete a contraste su contenido y se depuran las discordancias para obtener de manera directa una conclusión válida sobre la veracidad de unas y otras.

Por su parte el Código Procesal señala que cuando los declarantes difieren en sus declaraciones en distintas sedes o alegan falta de memoria, si bien la regla es la primacía de la declaración plenaria, es de tener en cuenta que:

- a) Se deben leer las anteriores manifestaciones –art. 378.6 según el Código Procesal Penal.
- b) Que debe exigirse al declarante las razones de su contradicción.
- c) Que el tribunal podrá utilizar cualquiera de ellas. Advertirá, como consecuencia de la inmediación, la mendacidad de la declaración sumarial, cuando corresponda.

6) La prueba anticipada y la prueba preconstituida.

En el nuevo Código Procesal Penal la regla imperativa y general es que las pruebas se actúan en el juicio oral. No se tomarán en cuenta las pruebas que no se actúan para formar convicción del juez. La excepción a esta regla esta dada por las pruebas anticipadas y la preconstituidas.

El Código regula expresamente la prueba anticipada en el artículo 242. El artículo 383.1.a, indica que solo se incorporará para su lectura al juicio oral entre otros las actas que contiene la prueba anticipada. La prueba anticipada es esencialmente para personas no para cosas.

Respecto a la prueba preconstituida se toma como referencia lo estipulado en el artículo 330.2 del Código Procesal Penal, que precisa que las diligencias preliminares tiene por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad. La característica de estos actos es que son urgentes e irrepetibles. Su preconstitución se anota en el acta respectiva a efecto de que solo se pueda dar lectura en el juicio oral. Normalmente está orientada a perennizar el objeto, instrumento o cualquier otro dato encontrado en la escena del lugar donde ocurrió el hecho delictivo.

Por su parte, el artículo 383.1.b. no indica de forma expresa la lectura de la prueba preconstituida, pero hace referencia a la constatación (acta) y en buena cuenta el medio de prueba por el que introduce al proceso una prueba preconstituida es a través de actas y en tanto se justifique por su carácter de urgente e irrepetible, debe exceptuarse su actuación y optar por su sola lectura (imágínese actuar un acto como levantamiento de cadáver o de cualquier otro elemento o fuente de prueba). Entonces en estos casos

solo se requerirá que comparezca al juicio quien elaboró el acta de prueba preconstituida para hacer el examen respectivo.

7) Las pericias institucionales.

La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 2-2207/CJ-116, se pronunció sobre las *pericias institucionales*, e indicó que son aquellas elaboradas por órganos públicos como consecuencia de su propia misión institucional: Gabinete Criminalístico, Instituto de Medicina Legal, Contraloría General de la República, SUNAT, etc. Por lo general, a ellos la policía remite los objetos que deben ser peritados, y éstos realizan el reconocimiento y el dictamen periciales.

El carácter técnico pericial de los informes debe evitar, en principio, la comparecencia al juicio oral de los peritos, que poco o nada pueden aportar en la vista, pero en atención al derecho de defensa (derecho a contradecir), si son convocados, deben asistir obligatoriamente.

Entonces, tratándose de pericias institucionales se presume su objetividad y acierto, por la clase de prueba –intermediación de elementos objetivos o aparatos científicos utilizados- y la cualificación técnica de los organismos y personas habilidades que los emiten. Ello no quita, sin embargo, el derecho de convocatoria de las partes.

a. La imparcialidad del juez

Si bien no es un criterio para valorar prueba sino más bien cumple otra función, de garantía el correcto desarrollo del proceso. La Corte Suprema fija sus alcances al respecto en el Acuerdo Plenario 3-2007/CJ-116, del 16.11.2007. Es moneda corriente que en cualquier Tribunal, cuando las partes no están de acuerdo con el juez, tienen expedito el recurso de la *recusación*. Como mecanismo busca preservar la imparcialidad del juez. Ante este problema la Corte Suprema asumió íntegramente la doctrina del TEDH. Lo relevante, más allá de remarcar las dos dimensiones de la imparcialidad, es:

- a) La subjetiva: vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto.
- b) La objetiva: predicable de las garantías que debe ofrecer el juez y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales-, estriba en que el sistema mixto nacional de causas de recusación exige, no un análisis abstracto y a priori y, en definitiva general, sino un examen del caso concreto o criterio material.

Lo que se exige que los temores de parcialidad estén objetivamente fundados, deben alcanzar una cierta consistencia, debiendo valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales

realizadas por el Juez. Debe analizarse la naturaleza del acto investigatorio realizado por el Juez.

Así que respecto al caso abordado por el Acuerdo Plenario se refiere a las quejas y procesos de protección constitucional contra causas en trámite que, *per se*, no obliga a la recusación. Se requerirá para su estimación indicios razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad.

A modo de conclusión:

La valoración de prueba es la parte neurálgica del sistema judicial. El juez como su operador fundamental está obligado a tener un conjunto de elementos (conocimiento) para realizar una buena labor en la valoración de la prueba, como: la teoría de la prueba, las reglas de valoración jurisprudenciales y legales, entre otros ya advertidos en este ensayo preliminar sobre la materia.

El sistema de la libre valoración o sana crítica no significa la facultad de emitir juicios arbitrarios, sino que asegura como garantía descubrir la verdad, noble y encomiable labor para los jueces que cargan sobre sus hombros una gran responsabilidad y cuya única forma de cumplirla satisfactoriamente es ampliando sus conocimientos a otras disciplinas.