

**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**LA PRUEBA TRASLADADA Y SU IMPLICANCIA AL PRINCIPIO
DE CONTRADICCIÓN EN EL JUZGAMIENTO DEL NUEVO
PROCESO PENAL PERUANO**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Bach. KATHERINE CAROLINA VERGARA CANO

ASESOR: Abog. Julio César Pala García

Huaraz – Ancash – Perú

2018

AGRADECIMIENTO

Dedico el presente trabajo a Dios por guiarme en mi camino, a la virgencita de Huata por ser mi guía espiritual, a mis padres por tanto cariño y amor que me brindan día a día, a mis queridos hermanos por ser mi inspiración para seguir adelante y a mis docentes en especial a mi asesor por ser un ejemplo intelectual durante mis años de estudio y la estima brindada a mi persona.

ÍNDICE

Resumen	VI
Abstract	VII
INTRODUCCION	VIII

CAPITULO I

PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema	10
1.2 Formulación del problema	12
1.2.1 Problema General	12
1.2.2 Problemas específicos	12
1.3 Importancia del Problema	12
1.4 Justificación y viabilidad	15
1.4.1 Justificación teórica	15
1.4.2 Justificación práctica	16
1.4.3 Justificación jurídica y legal	15
1.4.4 Justificación metodología	15
1.4.5 Justificación técnica	17
1.4.6 Viabilidad	17
1.5 Formulación de Objetivos	17
1.5.1 Objetivo General	17
1.5.2 Objetivos Específicos	17
1.6 Formulación de Hipótesis	18
1.7 Variables	19
1.8 Metodología de la Investigación	19

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	29
2.1.1 Antecedentes Internacionales	29
2.1.2 Antecedentes Nacionales	30
2.1.3 Antecedentes Locales	30
2.2. Bases Teóricas	31
2.2.1 Garantismo Penal	31
2.2.2 La prueba en el proceso penal	35
2.2.3 El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva	68
2.2.4 Prueba Traslada	96
2.3 Definiciones y Términos	101

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios	103
3.2. Resultados Normativos	111
3.2.1. Derecho Interno	111
3.2.2. Derecho comparado	112
3.3. Resultados jurisprudenciales	113
3.3.1. Tribunal Constitucional	113
3.3.2. Poder Judicial	115

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión doctrinaria	116
4.1.1. Posturas o argumentos a favor	116
4.1.2. Posturas o argumentos en contra	116
4.1.3. Posición o argumentos personales	117
4.2. Discusión normativa	119
4.2.1. Análisis o discusión de la normatividad interna	119
4.2.2. Análisis o discusión del derecho comparado	120
4.3. Discusión jurisprudencial	121
4.3.1. Análisis o discusión de la jurisprudencia del TC	121
4.3.2. Análisis o discusión de la jurisprudencia del PJ	122
4.4. Validación de hipótesis	123
4.4.1. Argumento 1	124
4.4.2. Argumento 2	129
4.4.3. Argumento 3	131
CONCLUSIONES	133
RECOMENDACIONES	134
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	136

RESUMEN

La presente investigación tuvo como finalidad centrar su estudio en la prueba trasladada y su implicancia al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano, para lo cual la metodología desarrollada de acuerdo con la orientación fue dogmática, jurídica, hermenéutico, exegético, argumentación jurídica; igualmente se realizó un estudio cualitativo, transversal, por lo que se efectuó un estudio descriptivo-explicativo, cuyo diseño fue no experimental. Se utilizó la doctrina, jurisprudencia y la normatividad como técnica e instrumentos de recolección de la información. Así también, se utilizaron como instrumento de recolección de datos las fichas textuales y fichas de análisis de contenido.

La investigación ha evidenciado el vacío que existe dentro de nuestra legislación, conllevando a su aplicación de manera errónea al impartir justicia en relación a la prueba trasladada por lo que se estaría vulnerando el principio de contradicción, lo cual se ve reflejado en las jurisprudencias, así como la naturaleza del garantismo penal en el nuevo proceso penal. La investigación ha demostrado que existe una mala aplicación con respecto a los órganos de prueba dentro de la prueba trasladada, si bien es cierto, tiene la finalidad de trasladar pruebas actuadas de un proceso a otro, ello no conlleva a que se vulnere el principio de contradicción y otros que garantizan el debido proceso.

PALABRAS CLAVES: Prueba trasladada, principio de contradicción, y el debido proceso.

ABSTRACT

The purpose of the present investigation was to focus its study on the translated evidence and its implication to the principle of contradiction in the trial of the new Peruvian criminal process, for which the methodology developed according to the orientation was dogmatic, juridical, hermeneutic, exegetical, argumentation legal Likewise, a qualitative, cross-sectional study was carried out, for which a descriptive-explanatory study was carried out, whose design was not experimental. The doctrine, jurisprudence and normativity were used as a technique and instruments for gathering information. Likewise, the text files and content analysis sheets were used as an instrument for data collection.

The investigation has shown the vacuum that exists within our legislation, leading to its application in a wrong way to impart justice in relation to the evidence transferred by what would be violating the principle of contradiction, which is reflected in the jurisprudence, as well as the nature of criminal guarantee in the new criminal process. The investigation has shown that there is a bad application with respect to the test organs within the transferred test, although it is true, it has the purpose of transferring evidence acted from one process to another, this does not lead to the violation of the principle of contradiction and others that guarantee due process.

KEY WORDS: Transferred proof, contradiction principle, and due process.

INTRODUCCIÓN

En el derecho procesal penal existen ciertos institutos que aún no han sido objeto de análisis y comentario dentro de esta gama de clasificación de la prueba; la prueba trasladada es un claro ejemplo de ello.

Por un fin propedéutico, en la presente investigación compartiremos algunas reflexiones sobre la prueba trasladada y su implicancia al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano, poco desarrollado en la doctrina, dogmática y jurisprudencia nacional, la cual cobra suma importancia por los casos que se vienen ventilando en el contexto de la persecución, procesamiento y sanción de estos hechos delictivos.

El capítulo I, trata sobre el problema y la metodología de la investigación, en donde describimos el problema, su análisis, pronóstico y estado actual de la prueba trasladada y su implicancia al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano, formulamos el problema, se establecen objetivos descriptivos, hipótesis, las variables. Así también establecemos la metodología de la investigación que tiene una profundidad científica a nivel descriptiva pues se enmarcó la problemática en una tesis jurídica-dogmática-normativa

Capítulo II, trata sobre el marco teórico, en donde se puede establecer los antecedentes de la investigación, las bases teóricas y los términos de la investigación, siendo estos últimos tópicos en donde se ha desarrollado la prueba trasladada y su implicancia al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano. Es así, que el objetivo general describe la prueba trasladada y los objetivos específicos analizan y exponen sobre las consecuencias y soluciones sobre la prueba trasladada y su implicancia al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano.

El Capítulo III, trata sobre los resultados y discusión de la investigación, en donde se puede advertir el estado normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la prueba trasladada desde el marco de la teoría general de la prueba penal.

El Capítulo IV, trata sobre la validación o contrastación de las hipótesis, en donde se constató las hipótesis tanto general como específica.

En los capítulos V y VI, se desarrollan las conclusiones y recomendaciones que se encaminan a establecer los efectos positivos y negativos dentro de los principios y reglas de la prueba trasladada en el nuevo proceso penal peruano.

La Tesista.

CAPÍTULO I

PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

La prueba trasladada es una figura que surgió en el ámbito del proceso civil y que, ciertamente, presenta varias particularidades en el proceso penal. Pudiendo definirse como aquella que se admite y practica en un proceso, pero que se incorpora a otro en copia certificada, pudiendo tener eficacia si hay identidad total o parcial de las partes; es decir, si las partes son las mismas o por lo menos coincide una de ellas, esto en virtud del principio de unidad jurisdiccional dentro del cual se señala el cumplimiento de ciertos requisitos. Por regla general, en el proceso penal, es necesario que las partes aporten una pluralidad de medios probatorios, siendo éstos parte del método por el cual el juez llega al real conocimiento de los hechos materia de investigación. Así entendida la prueba, como aquel instrumento a través del cual el juez busca llegar a la verdad de los hechos afirmados por las partes a fin de confirmarlos o desvirtuarlos y, en base a ello sustentar su fallo.

El Código Procesal Penal del 2004 no contiene ninguna regulación específica respecto de la prueba trasladada; sin embargo, la Ley 30077, del 20 de agosto del 2013, en su artículo 20 incorpora la prueba trasladada, introduciendo a nuestro ordenamiento la figura de prueba trasladada para casos en donde se procese a miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir.

Por lo que se identifica dos supuestos relacionados a la prueba trasladada en el proceso penal:

- i) El traslado de medios de prueba de naturaleza personal, que sólo operaría cuando se trata de delitos cometidos por organizaciones criminales y se acredite la dificultad o imposibilidad de su actuación; y,
- ii) El traslado de dictámenes periciales, prueba documental y material, que sí podría realizarse en cualquier tipo de proceso, no siendo necesario demostrar su urgente necesidad.

El Código Procesal Penal de 2004 ha instituido el principio de libertad probatoria, de tal modo, que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley. El artículo 157 del mismo código señala que la forma de su incorporación se adecuara al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

Cuando se trata de documentos, dictámenes periciales oficiales (previsto en el artículo 383 del C.P.P), prueba documental y material admitida o incorporada en otro proceso judicial (artículo 20, inciso 2, de la Ley 30077) no existen mayores limitaciones al uso de la prueba trasladada; es decir, puede tratarse de cualquier tipo de delito, no se exige que los hechos se refieran a una organización criminal. En cambio, sí existen límites a las actuaciones tales como prueba personal, ya que esta constituye una decla-

ración verbal presentada ante el fiscal o el juez competente sobre lo que conoce de la comisión del delito o de las circunstancias que lo rodean, la ley señala que tal declaración versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba garantizando así el principio de contradicción.

Frente a lo antes señalado, nos planteamos los siguientes problemas de investigación jurídica:

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema Principal

¿Cómo se viene afectando al principio de contradicción en el juzgamiento del proceso penal peruano con la incorporación de la prueba trasladada actuada en otro proceso penal?

1.2.2 Problemas Específicos

- a. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la afectación al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano mediante el traslado de la prueba actuada en otro proceso penal?
- b. ¿Cuál es el mecanismo jurídico para superar la afectación al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano mediante el traslado de la prueba actuada en otro proceso penal?

1.3 Importancia del Problema

El principal problema de la prueba trasladada en nuestro ordenamiento es relativo a la prueba de carácter personal. Para que este tipo de pruebas sean válidas, es preciso garantizar el derecho de contradicción. En

virtud de este derecho de orden constitucional, para incorporar válidamente una prueba testimonial actuada en otro proceso, por ejemplo, sería preciso que el testigo comparezca y pueda declarar en el segundo proceso. Cuando ello no sea posible podríamos encontrarnos frente a una prueba ilícita, ya que vulnera un derecho de orden constitucional.

De modo que, aun cuando se trate de un delito cometido por un integrante de una organización criminal, el traslado de la declaración de un testigo de cargo, que no comparece en el segundo proceso podría en muchos casos considerarse una prueba prohibida o ilícita, ya que conforme al concepto este es un medio o fuente de prueba es ilícito o prohibido cuando vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales o cuando lesiona garantías procesales básicas o derechos que determinan el carácter justo o el debido del proceso penal, tales como: el derecho de defensa, el derecho de asistencia letrada, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, el derecho a la no autoincriminación.

Ahora bien, nos vamos a dar una respuesta general frente a un tema tan complejo. Podrían excepcionalmente admitirse tales declaraciones, por ejemplo, cuando él o la testigo ha fallecido. En tal caso, se debe actuar con sumo cuidado, ya que en el segundo proceso no ha sido posible ejercer plenamente el derecho de contradicción, y en esa medida solo podría tener un valor coadyuvante de los otros medios de prueba de cargo.

La prueba trasladada está sujeta a la valoración por parte del juez que la recibe, mas no está vinculada a la valoración que hizo el juez anterior; en el ámbito nacional, se debe tener en cuenta respetar las garantías

procesales reconocidas en la Constitución, especialmente el derecho de contradicción; en el ámbito internacional, para el traslado de prueba deberán aplicarse los convenios internacionales suscritos entre el Perú y el país donde se haya admitido o actuado la prueba que se pretende trasladar.

La prueba que se pretende trasladar no debe haber sido cuestionada, tachada o anulada por ilegal o prohibida; asimismo, debe constar en una copia certificada, y este medio de prueba debe haberse practicado con conocimiento de la otra parte (contra la que se invoca).

A efectos de una mayor precisión en la relación con los alcances de la prueba trasladada, sería mejor utilizar la expresión “traslado de medios de prueba”, ya que esta figura no transfiere una determinada valoración judicial, sino solo y únicamente el medio de prueba. La norma es clara en exigir, como requisito mínimo, que la prueba haya sido admitida o incorporada a otro proceso judicial, por tanto, de *lege lata*, solo después del auto de enjuiciamiento podría trasladarse prueba de un proceso penal a otro.

Se podría afirmar que tanto de la regulación actual como de la doctrina se advierte que la prueba trasladada tiene un carácter excepcional, sobre todo cuando se trata de prueba de carácter personal, precisamente debido a las limitaciones que puede significar para ciertos principios procesales. En estos supuestos solo se configuraría traslado de prueba cuando se trate de delitos cometidos a través de una organización criminal y/o cuando se demuestre que su actuación o ejecución es imposible o muy difícil. Por el contrario, cuando se trata de dictámenes periciales (previsto en el

artículo 383 del CPP), prueba documental y material si podría trasladarse en cualquier tipo de proceso, sin que sea necesario acreditar la excepcionalidad de las circunstancias; es decir, su urgente necesidad.

1.4 Justificación y Viabilidad:

1.4.1 Justificación:

La Justificación de una investigación debe realizarse con un propósito definido, a decir de Jesus Josefa Palacios Vilela: “debe de explicar por qué es conveniente la investigación y qué o cuáles son los beneficios que se esperan con el conocimiento obtenido”¹, por lo que pasamos a justificar de la siguiente manera:

a) Justificación Teórica:

Mediante la presente investigación se pretendió explicar la afectación que acarrea el principio de contradicción en el juzgamiento del proceso penal peruano mediante la incorporación de la prueba trasladada actuada en otro proceso penal, lo cual se ve reflejado en las jurisprudencias, así como la naturaleza del garantismo penal en el nuevo proceso penal.

La investigación ha demostrado que existe una mala aplicación con respecto a los órganos de prueba dentro de la prueba trasladada, si bien es cierto, tiene la finalidad de trasladar pruebas actuadas de un proceso a otro, ello no conlleva a que se vulnere el principio de contradicción y otros que garantizan el debido proceso.

¹ PALACIOS VILELA, Jesús Josefa. *Metodología de la investigación jurídica*. 1era. Ed.: Lima - Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.; 2016. p. 214.

b) Justificación Práctica

La presente investigación pretende resolver la aplicación de la institución jurídica de la prueba trasladada sin afectar al principio de contradicción y al debido proceso, al momento que esta sea trasladada a otro proceso penal en la etapa de juzgamiento.

En definitiva, consideramos que la investigación dogmática realizada servirá de antecedente y base teórica a futuras investigaciones referidas a la prueba trasladada y su implicancia al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano.

c) Justificación Jurídica y Legal

La justificación jurídica y legal de la investigación se encuentra en:

- Constitución Política del Perú,
- Ley Universitaria N° 30220,
- Estatuto de la UNASAM y
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

d) Justificación Metodológica:

Se empleó la metodología de la investigación científica como modelo general y la metodología de la investigación jurídica, en particular, mediante el desarrollo de sus diferentes etapas, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el diseño de investigación propio de ésta.

e) Justificación Técnica

Para el desarrollo de la presente investigación se contó con el soporte técnico necesario, habiendo utilizado una computadora personal y el uso del programa Word de Microsoft Office.

1.4.1 Viabilidad

El presente trabajo de investigación contó con los recursos económicos y a partir de ello su viabilidad a nivel económico, a nivel técnico con el uso del soporte Microsoft office – Word 2010; a nivel metodológico, con el manejo básico y la ayuda del asesor de tesis que maneja el proceso de investigación científica y jurídica; asimismo a nivel bibliográfico, con acceso vía física y digital a las bibliotecas jurídicas de la zona y del país.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo General:

Determinar la afectación al principio de contradicción en el juzgamiento del proceso penal peruano mediante la incorporación de la prueba trasladada actuada en otro proceso penal.

1.5.2 Objetivo Específico:

a. Analizar las consecuencias jurídicas de la afectación del principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano mediante el traslado de la prueba actuada en otro proceso penal.

b. Establecer el mecanismo jurídico para superar la afectación al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano mediante el traslado de la prueba actuada en otro proceso penal.

1.6 Formulación de Hipótesis

1.6.1. Hipótesis General:

La incorporación de la prueba trasladada actuada en otro proceso penal tiene una implicancia negativa ya que viene afectando viene afectando al principio de contradicción en el juzgamiento del proceso peruano, por cuánto, si bien existe libertad de pruebas estas para surtir los efectos probatorios en el segundo proceso, deben incorporarse de manera legítima, es decir respetando los principios como la contradicción, e intermediación y publicidad, lo cual implica que puedan combatirla, impugnarla y, por ende, tener un contacto directo de la misma.

1.6.2. Hipótesis Específicas:

- a.** Las consecuencias jurídicas de la afectación del principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano mediante el traslado de la prueba actuada en otro proceso penal, conlleva a la vulneración al principio del debido proceso y, con respecto al imputado, al derecho de defensa y a la prueba.
- b.** El mecanismo jurídico para superar la afectación al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano

mediante el traslado de la prueba actuada en otro proceso penal es la regulación dentro del Código Procesal Penal, la misma que determinara el procedimiento y/o naturaleza para su validez. Teniendo en cuenta que la naturaleza de la prueba esto son: órganos de prueba, documentales y materiales, que las partes deben de observar y/o escuchar los medios probatorios trasladados ejerciendo el conainterrogatorio respectivo.

1.7 Variables:

a) Identificación de Variables:

Variable Independiente (X)

- Prueba Traslada

Indicadores:

- Órganos de Prueba
- Documentales – Materiales.

Variable Dependiente (Y)

- Principio de contradicción

Indicadores:

- En el Proceso: Etapa de juzgamiento

1.8 Metodología de la Investigación

1.8.1 Tipo y diseño de Investigación

1.8.1.1. Tipo de Investigación:

De modo General correspondió a la investigación Básica o Teórica, del nivel Descriptivo-explicativo, cuya finalidad es profundizar y ampliar los conocimientos sobre el tema de investigación planteado. Específicamente corresponde a una investigación **Dogmática – Jurídica**, cuya finalidad fue profundizar y ampliar el conocimiento sobre el problema de cómo se viene afectando al principio de contradicción en el juzgamiento del proceso penal peruano mediante la incorporación de la prueba trasladada actuada en otro proceso penal.

1.8.1.2 Diseño de Investigación:

Corresponde a la denominada **No Experimental**², debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee un grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia. Se empleó el diseño **Transversal**³, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. (Carhuaz 2017-2018).

1.8.2. Métodos de Investigación

Con la finalidad tener en cuenta los métodos utilizados para la presente investigación jurídica, se debe entender cuál es el enfoque metodológico que se pretende, ya que mediante una investigación cua-

² ROBLES TREJO, Luis y otros. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima, Editorial FECATT, 2012, p. 34.

³ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la Investigación*. México D.F., Editorial McGrawHill, 2010, p. 151.

litativa se busca desentrañar el funcionamiento sistemático. Los métodos específicos a emplearse en la investigación jurídica⁴ a nivel de pregrado.

- **Método Dogmático**⁵: Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.
- **Método Hermenéutico**⁶: En sentido amplio, este método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En este sentido, siendo nuestro objeto de estudio sus-

⁴ RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Lima, Editorial y Librería Grijley, 2010, p. 92 y ZELAYARAN DURAN, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima. Ediciones Jurídicas, 2007, pp. 65 y ss.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem

ceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

- **Método Exegético**⁷: Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará al estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.
- **Argumentación Jurídica**⁸: La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación.

La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirme o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o

⁷Ibidem.

⁸ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. *Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica*. Lima, Editorial Palestra, 2004, p. 28 y ss.

la compatibilidad e incompatibilidad de la norma jurídica al caso concreto.

183 Plan de recolección de la información y/o delimitación de la investigación⁹

1.8.3.1 Población:

- a. **Universo físico:** Constituido por el ámbito nacional y mundial.
- b. **Universo Social:** Se circunscribe a la dogmática, normatividad y jurisprudencia.
- c. **Universo temporal:** La investigación se circunscribe a los años 2017-2018.

184 Instrumentos de recolección de la información.

En la presente investigación emplearemos las siguientes técnicas e instrumentos de recolección de datos:

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Análisis documental	Análisis de contenido
Bibliográfica	Fichas: textual, comentario, resumen, crítica.

185 Plan de procesamiento y análisis de información

1.8.5.1 Estrategias o procedimientos de recogida de información:

1. Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empelará la técnica

⁹ ZELAYARAN DURAN, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2007, p. 251-258.

documental, cuyos instrumentos serán las fichas textuales, comentario, crítica y de resumen.

2. Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleará el Método de argumentación Jurídica.

Para la obtención de información de la presente investigación se hará a través del método cualitativo lo que permitirá recoger, son opiniones o valoraciones sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados por las jurisprudencias y doctrinas.

1.8.5.2. Análisis e interpretación de la información:

Se empleó la técnica del análisis cualitativo, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características de esenciales del hecho o fenómeno.

Análisis de contenido; cuyos pasos a seguir son:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán.

- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del Sistema de recuento o de medida.

1.8.5.3. Criterios:

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación será el siguiente:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación empelando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6 Unidad de análisis y muestra:

1.8.6.1 Unidad de análisis:

Para justificar la presente unidad de análisis se tiene que tener en consideración que Universo Social, se circunscribe a la dogmática, normatividad, jurisprudencia, es así, que el universo y la muestra se corresponden en forma total. La unidad de análisis como propósito teórico o práctico de estudios en la presente investigación estará conformada por documentales, siendo estos la doctrina Jurisprudencia, normatividad del tema señalado.

1.8.6.2 Muestra

a. Tipo de muestra: Muestra no probabilística, ya que la presente muestra no depende de la probabilidad, sino de las causas relacionadas con las características de abogado-investigador, no se basa en fórmulas de probabilidad, si no depende del proceso de toma de decisiones.

- **Marco muestral:** normatividad, doctrina y jurisprudencial
- **Procedimiento de Selección:** Es dirigida.
- **Tipo de muestra Dirigida:** La muestra dirigida es de sujetos, tipos, ya que se busca la profundidad y riqueza de información.
- **Técnica muestral:** Técnica intencional: la muestra es escogida.
- **Tamaño de la muestra:** no se puede medir al ser cualitativa.
- **Unidad de análisis:** Documentos

1.8.7 Técnica de Validación de la Hipótesis

En la presente investigación jurídico en la dimensión teórica, tiene su evaluación mediante la contratación de las hipótesis planteadas mediante la argumentación jurídica (o conocida como argumenta-

ción jurídica estándar – AJE)¹⁰. Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

Para conseguir este tipo de validez se deben fomentar procesos de cristalización más que de triangulación. Laurel Richardson sugiere que: la imagen central para «la validez» de los textos postmodernos: «... no es el triángulo, una figura rígida, fijada y en dos dimensiones. Más que ésta figura, la imagen central o la figura central es el cristal, el cual combina la simetría y la sustancia con una infinita variedad de formas, sustancias, transmutaciones, multidimensionalidades, y ángulos de aproximación. Los cristales son prismas que reflejan la parte externa y se refractan sobre ellos mismos, creando diferentes colores, modelos, llevándote por diferentes direcciones y caminos.

Lo que nosotros vemos depende de nuestro ángulo de reposo. No es la triangulación sino la cristalización lo que se debe fomentar en los procesos de investigación cualitativa. En la postmodernidad, con textos en donde se mezclan géneros, nosotros nos movemos desde la teoría de la geometría plana a la teoría de la luz, donde la luz puede ser tanto onda como partícula. La cristalización, sin perder la estructura, que construye la idea tradicional de «validez» pues permite mostrar

¹⁰ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. *Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*. México: Editorial Porrúa, 2011, p 36.

que no existe una verdad singular, la cristalización nos proporciona una comprensión de los temas, parcial, dependiente y compleja»¹¹

1.8.8 Contexto:

El contexto es el lugar donde se realizó la investigación, en este caso es la ciudad de Huaraz, pero resulta ser una investigación cualitativa que tiene que ver con apreciación del tema señalado.

¹¹ Richardson, L. *Fields of play: Constructing an academic life*. New Brunswick NJ: Rutgers University Press, 2007, p. 125.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes:

a. Antecedentes Internacionales:

Mario Ivan Delgado y Pilar Melo Quetama, en su tesis titulada: “**La Ley 1474 del 2011 y la Prueba Traslada al Proceso Disciplinario**” presentado en la Universidad de Nariño - Facultad de Derecho - Especialización Derecho Administrativo - San Juan De Pasto – Colombia para obtener el grado de doctor en Derecho, en el año 2012, señala como conclusión general, el presente escrito toma como base lo fundamental dentro del actual estatuto anticorrupción (Ley 1474 de 2011) y su interacción ante la prueba trasladada al proceso disciplinario, que ejerza control sobre el funcionario que pertenece tanto a las Fuerzas Militares o de Policía, con el fin de determinar que ésta situación no se vulnere los elementos significativos de la confidencialidad de la investigación que incida en el debido proceso ante un caso de estas características en las entidades públicas, sobre todo la legitimidad de la cadena de custodia. Por lo tanto, si esto no se tipifica adecuadamente se generarán mayores problemas, de los que se desean combatir con estas disposiciones.

Es la creencia compartida que cada persona tiene la responsabilidad individual de ayudar al desarrollo de la sociedad en un Estado de Derecho sólido, donde los ciudadanos que cumplen la ley, confían en el gobierno y con ello en sus funcionarios, pero para lograr una simbiosis adecuada, la comunidad como tal, debe efectuar una labor de veeduría que evite acciones

dolosas y mantengan el orden por sí mismos; para lo cual es necesario ampararlos en reglas, debidamente tipificadas y fortalecidas con sanciones ejemplarizantes, que impida que se desarrollen estas conductas.

Por lo tanto, los actos de corrupción que deben ingresar a los regímenes disciplinarios y sobre todo que se enmarquen claramente las sanciones pertinentes que contribuyan a controlar el accionar doloso, extralimitación de funciones o uso indebido de la fuerza, los cuales se encuentran flotando en todos los espacios institucionales que la conforman, de ahí la importancia de establecer e identificar estrategias que mitiguen esta práctica en la gestión estatal, por lo cual se utilizará el método inductivo para este análisis, con el aporte de planteamientos realizados durante el escrito, con el fin de recopilar los datos que integran la información pertinente, hacia la construcción del conocimiento en este tema enmarcado dentro de la normatividad vigente.

b. Antecedentes Nacionales

A nivel nacional no se ha podido establecer antecedentes nacionales.

c. Antecedentes Locales

Que, Realizada la revisión de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, con tesis actualizadas hasta el presente año no se encontró ningún trabajo de investigación similar. Así mismo realizadas las revisiones de distintos portales como la Biblioteca digital de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, dialnet.org, vlex.com y scielo.org, no pudimos

encontrar otras tesis similares que hayan tratado el mismo problema de investigación.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1 El Garantismo Penal

El garantismo penal desarrolla un conjunto de conocimientos capaces de fundamentar la limitación al poder punitivo del Estado desde una óptica de primacía del individuo. La teoría del garantismo penal representa la más consecuente realización de la Ilustración, el propio autor de esta teoría, Luigi Ferrajoli, señalaba que este enfoque es la más fecunda proyección a nuestros días, de la filosofía ilustrada.¹²Al respecto dice Ferrajoli ha denominado estricta legalidad, que no significa sólo que la tipificación legal representa una condición indispensable para que el juez pueda castigar, sino que implica una exigencia que pesa sobre el propio legislador a fin de que las prescripciones penales sean claras, precisas y dotadas de una denotación empírica taxativa. Esto es, en sentido amplio la legalidad.

Constituye un límite que se alza frente a cualquier otro poder o fuente de creación jurídica, mientras que, en sentido estricto, es un límite al propio legislador, que ya no puede castigar de cualquier manera, sino sólo a través de un género de normas dotadas de unas cualidades formales que son garantía de la libertad y de la seguridad.

Ese límite al legislador se traduce también en una barrera frente al arbitrio judicial, ya que dichas cualidades formales están en

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta. 2001, p. 50.

condiciones de asegurar una aplicación neutral mecánica y uniforme del Derecho a los casos particulares”¹³ Mientras los autores del iluminismo ponían el acento en la limitación al poder de los jueces a través de la ley, ahora se estructura una concepción mucho más compleja, donde no sólo la ley limita al juez sino que también el propio legislador está limitado sustancialmente por los principios y valores plasmados en las Constituciones modernas así como los jueces que aplican las leyes penales.

Afirmándose, de esta manera, mayores límites a la persecución punitiva del Estado, a la ya antigua máxima de que no se podrá castigar desde el Estado si no se está frente a la comisión de un delito se tiene otros límites como el no recurrir a la instancia penal ante cualquier falta o inmoralidad, sino como último recurso ultima ratio; además de no afirmar la comisión de un delito si no hay un daño a un bien jurídico protegido; tampoco se podrán imponer tipos penales que correspondan a un Derecho penal de autor ni se castigarán meros pensamientos o actos sin consciencia.

Asimismo, no habrá posibilidad de castigo penal por mera responsabilidad objetiva, *versari in re illicita*, ni podrá ser utilizado el justiciable como un medio para satisfacer fines deseados por el Estado, no podrá arribarse a una condena mediante un sistema inquisitivo, no habrá acusaciones basadas en conjeturas o en meras sospechas, ni en la sola confesión, ni se podrá castigar sin que el

¹³ PRIETO SANCHÍS, Luis, “*La Filosofía Penal de la Ilustración*” Lima. Editorial Palestra, 2007, p 58-59

imputado tenga acceso a todas las pruebas y pueda ejercer su derecho a defensa.

El garantismo penal nos señala que sólo pueden ser delito los comportamientos empíricos, susceptibles de ser probados y determinado judicialmente su campo de aplicación de manera exhaustiva y exclusiva. Es que las garantías penales y procesales penales no se pueden estudiar en forma aislada. Unas y otras son recíprocamente indispensables para su efectiva aplicación. No se puede hablar de estricta legalidad sin estricta jurisdiccionalidad, ni viceversa, porque si no, lo que se logra en un estadio, se lo puede desbaratar en el otro.

El art. 44° de la Constitución Política del Estado establece como deberes primordiales del Estado el de garantizar los derechos humanos y, por otro el proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; del que se desprende que a veces ante las amenazas contra la seguridad ciudadana incrementadas por el accionar delictivo, por un lado el Estado debe reprimir estos hechos y por otro, que ese accionar se encuentre dentro de los límites constitucionales que son la observancia de los derechos fundamentales, tratando así de buscar un equilibrio entre eficacia contra la delincuencia y respeto derechos humanos.

Al respecto resulta importante lo referido por Pablo Talavera Elguera en “La prueba en el nuevo código procesal penal”: La razón estriba en que el proceso penal persigue la realización de la pretensión

punitiva mediante el descubrimiento de los actos delictivos y de sus autores, para lo cual limita en la práctica derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo necesario que despliegue tal actividad respetando el contenido esencial de los derechos, garantías y principios constitucionales. De ahí que la estrecha relación entre Constitución y proceso penal ha llevado a señalar a SCHMIDT que la ordenanza procesal penal no es otra cosa que una ley de ejecución de la ley fundamental de Bonn (Derecho Constitucional aplicado); a Goldschmidt ,que la estructura del proceso penal de una nación no es otra cosa que el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución; y a Roxin a considerar al proceso penal como el sismógrafo de la Constitución estatal, de modo tal que cada cambio esencial en la estructura política también conduce a transformaciones del procedimiento penal”.¹⁴

De lo anterior queda claro que en la medida que nuestro sistema procesal penal garantice el respeto de las garantías constitucionales al imputado, esto es, que sea juzgado en un juicio público, contradictorio, se garantice su derecho de defensa material y técnica, ante un juez imparcial, solo así podremos decir que estamos ante un estado constitucional de derecho; el derecho penal constituye el baremo para determinar los límites del poder del Estado.

El derecho a la prueba goza de protección constitucional, conforme lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional en diversas

¹⁴TALAVERA ELGUERA, Pablo, *“La prueba en el nuevo proceso penal”*, Lima-Perú, Editorial AMAG-GTZ, 2010, p. 19.

sentencias, en la que ha quedado claro que es un derecho implícito que se encuentra dentro del derecho al debido proceso previsto en el art. 139 numeral 3 de la Constitución Política del Estado¹⁵, porque faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen¹⁶para posibilitar la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. ¹⁷

2.2.2 La Prueba en el Proceso Penal

La prueba es uno de los aspectos más importantes del sistema de justicia, ya que a través de ella se logra determinar la verdad jurídica de un determinado hecho de relevancia jurídica y, para el caso del Derecho Penal, permite establecer la existencia del hecho delictivo y la identidad de sus responsables. Ahora bien, en un contexto de reforma instaurado con la vigencia del Decreto Legislativo N° 957, que aprueba un nuevo Código Procesal Penal (en adelante, CPP), cuya inspiración es de corte acusatorio adversarial; es fundamental el reconocer que durante la confrontación de las partes en el proceso penal, la prueba es el elemento que permite al juzgador tomar una

¹⁵Sentencias de Tribunal Constitucional - Expediente N° 010-2002-AI/TC.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>
(Consulta: 10 de noviembre de 2017)

¹⁶Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente 5068-2006-PHC/TC.
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05068-2006-HC.pdf>
(Consulta: 10 de noviembre de 2017)

¹⁷Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente 1014-2007-PHC/TC.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html>
(Consulta: 10 de noviembre de 2017)

decisión imparcial y objetiva en cuanto a la causa puesta a su conocimiento, ello, gracias a que su apreciación se nutre de los aportes probatorios de las partes y demás sujetos procesales.

Por lo tanto, si consideramos como punto de partida que la implementación de un nuevo sistema procesal penal exige un alto grado de eficiencia y eficacia. Entonces es necesario que el ordenamiento garantice los derechos constitucionales que protegen al ciudadano contra actuaciones estatales que violenten sus derechos fundamentales, para ello, es imprescindible y urgente la instrumentalización de garantías a través de las cuales el sistema penal avale la pureza de los procedimientos, y permita, entre otros derechos, la adquisición impoluta y la valoración imparcial de la prueba.

Con ello, se ha institucionalizado que la función del proceso penal es aportar al juzgador, elementos de prueba, para que este pueda garantizar la certeza judicial en la responsabilidad del imputado. De ahí que la prueba tenga una importancia fundamental, porque es el alma del proceso y la energía propulsora de toda la maquinaria procesal.

En tal sentido, atendiendo a la importancia que representa la prueba penal, mediante el presente trabajo desarrollamos un estudio sucinto de sus aspectos generales de conformidad con lo regulado en el Código Procesal Penal.

2.2.2.1 Concepto de Prueba Penal

La raíz etimológica de la palabra prueba se remonta al término latino “*probo*”, bueno, honesto, y a “*probandum*”, aprobar, experimentar y patentizar, por lo que a criterio de Carocca, probar significa básicamente convencer sobre la efectividad de una afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana. Así por ejemplo, el método científico se caracteriza porque exige al investigador acreditar una y otra vez las hipótesis que formula. En el fondo lo que debe hacer es producir una nueva afirmación por medio de un experimento, que le permitan compararla con la primera –la hipótesis– y convencerse y convencer a la comunidad científica, de la efectividad de esta última¹⁸. Es más, en las actividades cotidianas de las personas se pueden encontrar otros ejemplos, como probar la propiedad de un bien mediante la presentación de documentos de compra, o acreditar el pago de una obligación mediante la exposición del comprobante de depósito respectivo.

A partir de lo expuesto, se puede afirmar que la prueba significa, en general, la razón, argumento, instrumento, u otro medio con que se pretende mostrar o hacer patente la verdad o falsedad de una cosa¹⁹. Ahora bien, en términos de Barona Vilar,

¹⁸CAROCCA PÉREZ, Alex. *El nuevo sistema procesal penal*. Santiago de Chile. Tercera edición, Lexis Nexis, 2000 , p. 231.

¹⁹NÚÑEZ VÁSQUEZ, Cristóbal. *Tratado de la prueba penal y del juicio oral*. Santiago, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 323.

en el ámbito jurisdiccional, la prueba puede definirse como la actividad procesal, de las partes (de demostración) y del juez (de verificación), por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos alegados en el proceso²⁰, según este concepto, lo que buscan las partes mediante el aporte de pruebas es lograr influenciar en la psicología del juzgador persuadiendo su apreciación en cuanto a los hechos alegados con el fin de obtener como resultado concreto un pronunciamiento que se ajuste a la posición defendida o expuesta. Sin embargo, esta afirmación resulta inexacta ya que la prueba no se reduce al convencimiento subjetivo del juez, pues comprende principalmente, el otorgamiento de elementos objetivos y científicos que permitan determinar la verdad de los hechos materia del proceso.

A criterio de Levene, la prueba suele definirse como el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso. En este sentido precisa que el fin de la prueba es establecer la verdad a los efectos de una justa resolución de la causa, y su objeto reside en su mayor parte en los hechos, y por excepción en las normas de la experiencia y en el Derecho²¹.

²⁰ BARONA VILAR, Silvia. *“La prueba”*. Valencia. Décima edición, Tirant lo Blanch, 2001, p. 278.

²¹ LEVENE, Ricardo. *Manual de derecho procesal penal. Tomo II*, Buenos Aires. Segunda edición, De palma, 1993, pp. 565-566.

Asimismo, en opinión de López Barja de Quiroga, la prueba es un acto procesal que tiene por finalidad convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho (más o menos verosímil o un acto procesal concretado en un hecho (también en el caso de la presentación de un documento) que debe permitir conocer otro hecho. La mayor o menor verosimilitud del primer hecho proporcionará mayor o menor credibilidad al segundo hecho, de manera que este existirá o no para la sentencia en función de aquel²². Según esta definición, la prueba consiste en trasladar al juez el conocimiento necesario para que resuelva la controversia que ha sido presentada a su conocimiento²³.

En una línea argumentativa más amplia, Moras Moras; sostiene que la prueba es la acreditación de la verdad de cada uno de los aspectos, circunstancias y modalidades que rodean tanto al hecho que se afirma delictivo, como al sujeto a quien se imputa responsabilidad a su respecto. Agrega, además, que ella opera en el proceso, siendo un método legalmente regulado de adquisición de conocimiento. De esta manera, la prueba tiene por objeto acreditar: a) objetivamente, el hecho; b) subjetivamente, el sujeto responsable; y c) las respectivas responsabilidades que ellos

²²LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra. Editorial Thomson Aranzadi, 2004, p. 909.

²³Cfr. MORA MORA, Luis Paulino. “*La prueba como derecho fundamental*”. En: Investigación y prueba en el proceso penal. González-Cuellar (director), Colex, Madrid, 2006, p. 83.

ofrecen y se enmarcan en la ley penal, fundando una aspiración punitiva.²⁴

En estos extremos se argumenta que debe entenderse la prueba como la comprobación en el juicio penal de la verdad o falsedad de un hecho o circunstancia relacionado con la conducta humana que sea pertinente y relevante para acreditar la existencia de un delito y establecer la identidad del delincuente, a través de cualquier medio lícitamente apto para poder producir convicción.²⁵ Es decir, la prueba constituye una herramienta procesal, un instrumento técnico empleado en el sistema de administración de justicia cuya utilidad consiste en producir un estado de certidumbre (objetiva y subjetiva) en el juzgador respecto a la verdad o falsedad de un determinado hecho así como de la existencia o inexistencia de responsabilidad de los sujetos involucrados en el mismo.

Debemos dejar en claro que la prueba es algo distinto a la averiguación o investigación, para probar es necesario previamente investigar, averiguar o indagar. La averiguación es siempre anterior en el tiempo a la prueba, así tenemos que se investigan y averiguan unos hechos para poder realizar afirmaciones en torno a estos, y una vez hechas tales afirmaciones es cuando tiene lugar la prueba de estas, es decir, la verificación

²⁴Cfr. MORAS MOM, Jorge. *Manual de Derecho procesal penal*. Juicio oral y público penal nacional. Buenos Aires, Sexta edición, Abeledo-Perrot, 2004, p. 219.

²⁵NÚÑEZ VÁSQUEZ, Cristóbal. Ob. cit., p. 324.

de su exactitud, así vemos que siendo necesaria la investigación, esta no forma parte del fenómeno probatorio.

Finalmente, a partir de lo expuesto, es posible sostener que el concepto de prueba puede entenderse desde los siguientes aspectos:

- *Objetivo.*- Se considera prueba al medio que sirve para llevar al juez el conocimiento de los hechos, definiéndose la prueba como el instrumento o medio que se utiliza para lograr la certeza judicial. Luego de ello, la prueba abarcaría todas las actividades relativas a la búsqueda y obtención de las fuentes de prueba, así como la práctica de los diferentes medios de prueba a través de los cuales, las fuentes de estas se introducen en el proceso.
- *Subjetivo.*- En este ámbito se equipara la prueba al resultado que se obtiene de esta, dicho de otro modo al convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del juez, la prueba es el hecho mismo de la convicción judicial o del resultado de la actividad probatoria.
- *Mixto.*- Se combinan el criterio objetivo de medio y el subjetivo de resultado, esta apreciación permite definir la prueba como el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los

finés del proceso que se deducen de los medios aportados.

2.2.2.2 Derecho a Probar

Según Chiriños, es el derecho que le asiste a todos los sujetos procesales en el desarrollo del proceso penal, a fin de que cada sujeto procesal alegue mejor su teoría del caso; tal es así, que le corresponde al fiscal demostrar la responsabilidad penal del acusado, previa evaluación de los elementos de convicción y emisión del requerimiento acusatorio²⁶.

Según Cubas, señala que cada parte procesal tiene una propia visión del delito, correspondiente al juez de decidir quién tiene la razón ello se logra únicamente con pruebas. De ahí, precisamente la importancia que tiene este tópico jurídico para sustentar su tesis o pretensión jurídica en el proceso en sí.²⁷

Según Bustamante, el derecho de probar tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por los sujetos procesales, este resultaría ilusorio si el juez no apreciara razonadamente todos los medios probatorios actuados en el proceso con el fin de sustentar su decisión. De modo que uno de

²⁶CHIRINOS ÑASCO, Jose Luis. *“La prueba en el código procesal penal”*. Lima. Editorial Moreno S.A. 2018 . p.60.

²⁷CUBAS VILLANUEVA, Victor. *“El proceso penal”*. Lima. Editorial Palestra.2003,p.311.

los derechos de todo sujeto procesal es que los medios actuados sean debidamente valorados por el juzgador.²⁸

2.2.2.3 Límites del Derecho a Probar

Para Oré Guardia la delimitación conceptual del derecho a la prueba tiene una especial relevancia práctica tanto para las partes como para el juez. Las partes podrán determinar cuándo y cómo pueden probar los hechos que configuran el tema debatido; mientras que el juez podrá identificar los criterios necesarios para admitir y/o denegar una prueba.

Los límites del derecho a la prueba se clasifican en intrínsecos y extrínsecos. Los intrínsecos están conformados por los criterios de pertinencia, utilidad y necesidad; los extrínsecos, por los requisitos legales de proposición y actuación probatoria, cuyo análisis está vinculado con el tratamiento que recibe cada medio de prueba en particular.²⁹

También cabe indicar que otro límite del derecho a probar es el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana reconocidos constitucionalmente y por los tratados internacionales, así mismo que la obtención de las pruebas haya sido bajo el principio de legalidad, descartando de esta manera a la prueba ilegal o prohibida.

²⁸BUSTAMANTE ALARCÓN, Priori Posada. “*Apuntes del derecho procesal*”. Lima. Editorial Ara, 1997. p 91-92.

²⁹ORÉ GUARDIA, Arsenio “*Derecho procesal peruano. Análisis y comentarios al código Procesal Penal*”, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p.317-318

2.2.2.4 Objeto de Prueba:

El artículo 156.1 del CPP determina que “son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito”.³⁰

Por lo tanto, el objeto de prueba comprende la determinación de los aspectos que pueden y deben probarse, es decir, la determinación del requisito de la idoneidad de la comprobación procesal y de la aptitud procesal de prueba. En este contexto, para Clariá Olmedo el objeto de prueba es la materialidad sobre la cual recae la actividad, lo que se puede o debe probar, no se trata propiamente del objeto procesal sino de los datos materiales que, introducidos como elementos de convicción en el proceso, tienen capacidad de producir un conocimiento relacionado con la conducta incriminada.³¹

Habiendo definido los alcances del objeto de prueba, resulta importante hacer referencia que el artículo 156.2 del CPP determina qué elementos no pueden ser considerados objetos de prueba, precisando los siguientes:

- *Las máximas de la experiencia:* están referidas a normas de valor general y por ellas se entiende el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurra co-

³⁰PALACIO, Lino Enrique. Ob. cit., p. 18.

³¹GIMENO SENDRA, Vicente y otros. “*Derecho procesal penal*”. Valencia. Segunda edición, Editorial Colex, 1997, p. 309.

múnmente y pueden formularse en abstracto por toda persona en el nivel medio mental.

Es decir, las máximas de la experiencia son reglas generales, extraídas de la experiencia cotidiana como producto de la observación continua de la conducta humana y de los fenómenos naturales, que permiten predecir que determinados estados de hechos conocidos y comprobados, pueden ser la causa o la consecuencia de otros desconocidos pero que pudieran ser sus antecedentes lógicos y probabilísticos. Esa determinación o afirmación de hecho, a partir de una regla de probabilidad lógica, a partir de la regla que la máxima de experiencia comporta, es lo que se denomina juicio de hecho.

➤ *Las leyes naturales:* el estudio de la naturaleza nos demuestra que existe un orden natural regido por leyes, que el hombre va descubriendo por el examen y comparación de los hechos. Este orden natural se realiza por la armonía, que es la adecuada relación entre las partes y el todo. Por lo tanto, la ley de la naturaleza es la determinación constante de las causas creadas a producir ciertos y determinados efectos en las circunstancias y condiciones semejantes y determinadas.

La constancia y uniformidad de las leyes naturales, da origen y contiene la razón suficiente de lo que se llama

orden de la naturaleza, que no es otra cosa que la subordinación de los efectos a sus causas con relación a los fines particulares de cada una, los cuales, tomados en conjunto y como medios para la existencia y conservación del mundo, constituyen el orden universal.

➤ *La norma jurídica interna vigente:* sobre el particular se entiende que la autoridad judicial conoce la normativa vigente, y por tanto, está obligado a su cumplimiento y aplicación. A criterio del TC, para que una norma jurídica se encuentre vigente, solo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente, en tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica. No obstante ello, precisa que la vigencia de una norma jurídica depende, prima facie, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51 de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz.

De este modo, el efecto práctico de la vigencia de una norma es su eficacia. Por lo tanto, si una norma adquiere

eficacia, entonces es de cumplimiento exigible, es decir, que debe ser aplicada como un mandato dentro del derecho.³²

➤ *Aquello que es objeto de cosa juzgada:* el TC se ha pronunciado señalando que dentro nuestro ordenamiento jurídico, una garantía esencial que informa el sistema de justicia y que encuentra expreso reconocimiento por la Constitución, es el principio de cosa juzgada. Así, el inciso 2) del artículo 139 establece que: “Ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...)”. En ese sentido, el artículo 139, inciso 13, de nuestra Norma Fundamental señala qué tipo de resoluciones producen los efectos de cosa juzgada: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (...)”.

Asimismo, precisa el TC que el principio de la cosa juzgada exhibe una doble dimensión o contenido. Un contenido formal, que alude al hecho de que las resoluciones que han puesto fin al proceso judicial no puedan ser nuevamente cuestionadas, en la medida en que ya se han agotado todos los recursos impugnatorios que la ley prevé, o que, en su defecto, han transcurrido los plazos exigidos para hacerlo; y un

³²Sentencias de Tribunal Constitucional - Expediente N° 00017-2005-AI/TC
(Consulta: 14 de noviembre de 2017)

contenido material, que hace referencia a la materia contenida en la resolución judicial, la que al adquirir tal condición no puede ser modificada o dejada sin efecto, sea por parte de otros poderes públicos, de terceros, o inclusive, de los propios órganos jurisdiccionales que emitieron la resolución judicial en mención.

➤ *Lo imposible y lo notorio:* en cuanto a lo imposible debe entenderse como aquello que no es posible realizar o ejecutar, por lo tanto irrealizable; y en cuanto a lo notorio, esto alcanza a lo evidente, visible, claro, obvio o probado lo cual no merece un mayor análisis o discusión.

Finalmente, el artículo 156.3 del CPP regula que las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta.

Conforme al artículo 350 del CPP, los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio; sin embargo, no está obligado a admitir el acuerdo, pues puede desvincularse del convenio probatorio, exponiendo los motivos que lo justifiquen; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que lo desestime³³. Asimismo,

³³TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 60.

el juez podrá proponer acuerdos acerca de los medios de prueba considerados necesarios para que determinados hechos se estimen probados.

2.2.2.5. Fuente de Prueba:

En la doctrina se precisa que la fuente de prueba es toda persona o cosa que permitirá probar un hecho. Así, por ejemplo, la persona que ha presenciado el hecho o el documento en la que se ha plasmado una obligación jurídica³⁴. Según Palacio, son fuentes de prueba todos aquellos datos que, existiendo con independencia del proceso, se incorporan a este a través de los distintos medios de prueba. Mientras estos, como dice Carnelutti, se hallan conformados por la actividad del juez mediante el cual busca la verdad del hecho a probar, la fuente de prueba es el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad³⁵.

Sentís Melendo señala que la diferencia entre la fuente y el medio de prueba es que la fuente es un concepto meta jurídica, extra jurídica o jurídica, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso: mientras que el medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal. Según ello, la fuente existirá con independencia de que se siga o no en el proceso, mientras el medio nacerá y se formará en el proceso. Así, buscamos las fuentes y cuando las tenemos, proponemos los

³⁴LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit., p. 911.

³⁵PALACIO, Lino Enrique. *“La prueba en el proceso penal”*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 22.

medios para incorporarlas al proceso³⁶. Es decir, los medios de prueba es la actividad desarrollada en el proceso para que las fuentes se incorporen al mismo.

Según López Barja de Quiroga, estas fuentes de prueba se incorporan al proceso penal mediante los medios de prueba. Así, por ejemplo, la testifical o la documental, son medios para probar el hecho. Por lo tanto, los medios de prueba permiten que puedan ser apreciadas por los sentidos las fuentes de prueba, que sean las que permitirán probar el hecho de que se trata.³⁷

La fuente de prueba, es todo aquello que da origen a un medio o elemento de prueba, existe con independencia y anterioridad al proceso mismo; brinda una información histórica de hechos de relevancia jurídica que están directa o indirectamente relacionadas a los hechos materia de juzgamiento, que pueden ingresar al proceso a fin que puedan corroborar o no su existencia.³⁸

La parte procesal que ofrezca prueba para el juicio o presente prueba en juicio o pida oralización de un medio de prueba, tiene el deber de destacar la fuente de prueba³⁹, siendo ello así, un testigo es una fuente de prueba, por cuanto,

³⁶ SENTÍS MELENDO, Santiago. “*La prueba*”. Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1978, p. 151 y ss.

³⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit., p. 911.

³⁸ CHIRINOS ÑASCO, José Luis “La prueba en el código procesal penal” Lima, Editorial Moreno S.A, 2018, p.108.

³⁹ MIXAN MAS, Florencio “*Cuestiones epidemiológicas y teoría de la investigación de la prueba*” Trujillo, Ediciones BLG, p.219.

proporciona información de los hechos delictivos, al igual que lo puede un registro fílmico.

2.2.2.6. Elemento de prueba

El elemento de prueba, o prueba propiamente dicha, es toda información objetiva que se incorpora legalmente al proceso y es capaz de producir un conocimiento acerca de los extremos de la imputación delictiva.⁴⁰

Para Velez Mariconde de igual modo el elemento de prueba, es todo dato objetivo que incorporado legalmente al proceso, produce un conocimiento probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. Siendo ello así, se debe entender que el “dato” como elemento de prueba en el desarrollo de un proceso penal, es capaz de proporcionar información sobre un hecho de connotación penal lo que pasó en un tiempo y espacio determinado y tiene la finalidad de ser valorado por el juzgador, a fin de que emita la sentencia que corresponde.⁴¹

Rosas Yataco indica sobre las características de los medios de pruebas del siguiente modo: a. Objetividad, según la cual el dato de debe provenir del mundo externo del proceso; b. Legalidad, en tanto, se ha presupuesto indispensable para su utilización el abono de su convencimiento judicial valido; c. Relevancia, cuando el elemento de prueba permita fundar sobre el

⁴⁰ CAFFERATA NORES, Jose “*La prueba en el proceso penal*”, Buenos Aires, editorial Lexis Nexis, 2008, p.16.

⁴¹ Cfr. VELEZ MARICONDE, Alfredo, “*La prueba en el proceso penal*”, por Cafferata Nores, José, Buenos Aires - Argentina. Ediciones de Palma. 4ta edición, 2008, p 16.

hecho un juicio de probabilidad, y d. Pertinencia, toda vez que el dato probatorio deberá de relacionarse con los extremos objetivos (existencia del hecho) y subjetivos (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho circunstancias jurídicamente relevante del proceso, de modo que la relación entre el hecho o circunstancias que se requiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar es conocida como pertinencia de la prueba.⁴²

2.2.2.7. Órgano de Prueba

Es la persona física, quien en su uso de sus facultades mentales ha adquirido algún conocimiento del hecho materia juzgamiento, por medio de sus sentidos, de manera directa o indirecta, y este conocimiento lo transmite al propio proceso por medio de su declaración, a fin de que el Juez lo evalúe, bajo los criterios de la lógica, ayudándole de ser el caso a resolver la causa.

Se conoce como órgano de prueba, al sujeto que aporta un elemento de prueba y lo transmite al proceso, lo que permite la incorporación de ese dato a la causa. Es posible distinguir dos formas en las que el dato aportado por un sujeto pueda ingresar al proceso: i. Por propia voluntad del órgano de prueba tal es el caso de un testigo que declara lo que ha visto, o del propio sospechado que decide confesar el hecho; ii. Por orden del juez, al disponer

⁴²ROSAS YATACO, Jorge “Tratado de derecho procesal penal”, Tomo II, Instituto Pacífico, Lima 2013,P.837

que un perito, interprete, traductor u otro auxiliar, realice una determinada labor que será incorporada al plexo probatorio.⁴³

En tal sentido, los órganos de prueba que se tiene en el ordenamiento procesal penal por exelencia, es el testigo, (quien tiene un conocimiento de los hechos por cuestiones accidentales), y el perito (quien tiene un conocimiento de los hechos, por cuestiones de carácter científico, de experiencia calificada o técnica); se debe descartar como órgano de prueba al mismo imputado; por cuanto, si bien este viene a ser la parte procesal más importante, y sobre él recae toda la actividad probatoria para determinar su responsabilidad penal o inocencia; no le asisten los deberes de decir la verdad, como si lo tienen los testigos y los peritos.⁴⁴

Se entiende por órgano de prueba a la persona que colabora con el juez introduciendo en el proceso elementos de prueba. El conocimiento del dato probatorio por parte del órgano de prueba puede haber sido obtenido por orden del juez (como perito, interprete o traductor) o bien accidentalmente (en caso del testigo, o la parte que confiesa). El juez no es órgano de prueba, sino el destinatario de los datos que traen al proceso.⁴⁵

⁴³CHALA, Rubén, *“La prueba en el proceso penal”*, Buenos Aire, Editorial Hamurabí, 2010, p.98.

⁴⁴CHIRINOS ÑASCO, José Luis, *“La prueba en el código procesal penal”*. Lima, Editorial Moreno S.A. 2018, p.110.

⁴⁵JAUCHEN, Eduardo M. *“Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial”*. Buenos Aires, Editores Rubinzal y Asociados S.A, 2017. p. 44

2.2.2.8. Medio de Prueba:

Los medios de prueba son considerados como los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de los hechos sobre el cual versa la causa penal.⁴⁶ Según Moras Moras los medios acreditantes tanto de la materialidad del hecho como de la responsabilidad de su autor o partícipe son los que se rotulan “medios de prueba”. Asimismo, añade, que en torno a tal nominación se agrupan: la testimonial, la pericial, la documental, la informativa, la confesional y toda otra que con autonomía propia o inserta como una forma de las ya citadas, tenga potencia acreditativa.⁴⁷

En concordancia con lo señalado, el artículo 157.1 del CPP determina que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley, y excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. Asimismo, refiere que la forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

Es decir, se reconoce y promueve la aplicación del principio de “libertad de los medios de prueba”, el cual es recogido por el artículo 157.2 al establecer que en el proceso

⁴⁶PALACIO, Lino Enrique. Ob. cit., p. 23.

⁴⁷MORAS MOM, Jorge. Ob. cit., p. 139.

penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, con excepción de las que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.

Sobre el particular hay que tener en cuenta que el estado civil es una institución del derecho privado que se regula en el ámbito extrapenal. No obstante, ello, adquiere trascendencia penal como consecuencia de la tipificación de un conjunto de figuras penales que toman en cuenta la edad, filiación, parentesco, entre otros (como, por ejemplo, los delitos de parricidio e infanticidio).

En el ámbito procesal también tiene importantes consecuencias, así el derecho a abstenerse a declarar contra un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad se funda en una relación de parentesco.

En consecuencia, los aspectos probatorios que se refieran a la filiación, matrimonio, adopción, edad, fallecimiento, etc.; debe realizarse siguiendo las leyes civiles. Sin embargo, queda en debate la cuestión de si, por ejemplo, la imposibilidad de obtener una certificación para acreditar un vínculo paterno filial, acorde a las leyes civiles, puede ser suplida por la libertad probatoria, a pesar de la excepción prevista.

Asimismo, de conformidad a lo prescrito por el artículo 157.3 del CPP, no pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para

influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.

En ese sentido, no será admisible el uso de medios que afecten la libertad, intimidad y dignidad de las personas, como el llamado “narcotest” o suero de la verdad (relajar la conciencia del declarante, mediante el suministro de narcóticos o sustancias químicas), la hipnosis e incluso el “polígrafo” (evaluación de la veracidad de las afirmaciones de los declarantes mediante la medición de su presión arterial, ritmo cardíaco, etc.), aun cuando el propio imputado autorice su empleo.

El cuestionamiento a estos mecanismos de obtención de pruebas se fundamenta, en unos casos, porque suponen la invasión a la conciencia del declarante (al perder el control sobre sus propios actos); y otros, porque son expresiones de coacción (como la utilización del polígrafo). Por lo expuesto, resulta perfectamente plausible esa previsión normativa, que va en coherencia con los derechos de no incriminación y de guardar silencio, según instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El CPP regula la materia referida al acopio material necesario para la determinación de la verdad de los hechos, desarrollando en los artículos 160 al 201, los siguientes medios de pruebas: a) la confesión (artículos 160 al 161); b) el testimonio (artículos 162 al 171); c) la pericia (artículos 172 al 181); d) el

careo (artículos 182 al 183); e) la documental (artículos 184 al 188) y; e) otros medios de prueba (artículos 189 al 201).

El reconocimiento de la prueba, está directamente relacionada con la presunción de inocencia, el cual permite dentro del marco del proceso penal postular los medios probatorios para rebatir los argumentos de imputación que recaen contra el investigado o en su defecto para solventar lo alegado por las demás partes procesales; pero este derecho no solamente se debe tener en la presentación, sino, debe ser más amplio, esto comprende también en que sean admitidos, tramitados, valorados y lo más importante que sean argumentados en la sentencia por el juez. Es por eso, que la omisión injustificada de la valoración de la prueba es una vulneración al debido proceso.

Para Guzman Fluja, los medios de prueba sólo serán tales al interior del juicio oral, pues fuera de este constituyen fuentes de prueba, sin ningún valor probatorio de cara a la sentencia penal, en tanto no sean incorporados a través del procedimiento legítimo.⁴⁸

Son considerados medios de prueba, aquellos que son actuados en juicio oral, en donde están presentes los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad; a fin de que

⁴⁸GUZMAN FLUJA, Vicente, “*Anticipación, el preconstitución de la prueba en el proceso penal*” Valencia, editorial Trand lo Nlanch, 2006, p.19.

sean examinados por las partes procesales y el juez llegue a obtener convicción del ilícito que es sometido a juzgamiento.⁴⁹

Para ser considerada un medio de prueba durante el desarrollo del juicio oral, deberá estar acorde a los principios procesales de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, así recién se puede convertir en prueba en toda la extensión de la palabra, la cual deberá ser expresada en la sentencia.

2.2.2.9. El marco regulatorio de la actividad probatoria en el proceso penal

El numeral 1 del artículo 155 del CPP señala que “la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú y por este Código”. Por lo tanto, mediante esta precisión, el legislador ha considerado importante establecer taxativamente el marco regulatorio de la prueba penal, el que se desarrolla con detalle en las siguientes líneas.

A). Constitución y Prueba Penal:

La Constitución, desde el punto de vista jurídico, constituye la norma fundamental del Estado, organizado en comunidad política, expresado en valores y principios conformadores de esta y dotando de unidad al ordenamiento jurídico en su conjunto; y, sus preceptos sirven para delimitar

⁴⁹ BAYTELMAN, Andres y DÚCE, Mauricio, “*Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*”. Santiago. Ediciones Universidad Dego Portales, 2004, p.90-91

el terreno de juego de la convivencia social y política cuyo centro mismo es la persona, cuya dignidad se erige en el valor central del ordenamiento jurídico en general y del Derecho Procesal Penal, en particular.⁵⁰

Mediante la Constitución se prevé que el *ius puniendi* del Estado (concebido como el poder sancionador de los actos delictivos), sea ejercido mediante la participación de personas autorizadas para ello (los jueces), los cuales tienen la obligación de observar todas las garantías señaladas en la Constitución⁵¹ y las leyes durante el desarrollo del proceso penal⁵². En este escenario, es correcto afirmar que el proceso penal tiene vigencia porque existe el poder coercitivo del Estado para imponer una pena estatal.

Sin embargo, la imposición de una pena no puede ser de modo alguno irracional. Así, en un Estado de Derecho es necesario el establecimiento de medios que canalicen la vigencia del poder punitivo, y para ello, se requiere que la imposición de las penas se defina sobre la base de la observancia de garantías y derechos fundamentales a fin de que esta

⁵⁰Cfr. DE URBANO, Eduardo y TORRES, Miguel Ángel. “*La prueba ilícita penal*”. Estudio jurisprudencial. Cuarta edición, Thomson - Aranzandi, Navarra, 2007, p. 31.

⁵¹BADENI, Gregorio. “*Tratado de derecho constitucional*”. Tomo II, Segunda edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 1069.

⁵²Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “*El proceso penal. Teoría y práctica*”. Quinta edición, Palestra editores, Lima, 2003, p. 29.

sea determinada de manera razonable y proporcional.⁵³

Es así como la Constitución ha establecido para el proceso penal un sistema complejo de garantías vinculadas entre sí, de suerte que cada una de sus fases o etapas se halla sometida a exigencias constitucionales específicas, destinadas a garantizar, en cada estadio del desarrollo de la pretensión punitiva e incluso antes de que el mismo proceso comience, el derecho a la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige tal pretensión.

En ese sentido la presunción de inocencia es una garantía mediante la cual se exige que una persona pueda ser condenada solo cuando exista prueba plena de su responsabilidad en las causas criminales y es un estado permanente de favorabilidad en el que se sitúa el imputado mientras no sea sentenciado condenatoriamente. Por ello, cuando la prueba es incompleta o insuficiente, opera la duda a favor del reo.

A ese respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “(...) el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no

⁵³RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel. “Derecho de la información y respeto a las garantías del debido proceso”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, p. 315.

exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.⁵⁴

Por lo expuesto, resulta importante señalar que teniendo en cuenta que la prueba es la que permite quebrantar el principio de inocencia, para que ella sirva, debe ser obtenida por métodos legales; por ejemplo, es inaceptable la tortura o la coacción para lograr información o confesiones. También sobre el particular, el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado señalando que la prueba tiene protección constitucional, en la medida que se trata de un contenido explícito del derecho al debido proceso⁵⁵, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. La magistratura constitucional también ha establecido que el derecho a la prueba comprende dos dimensiones, las cuales son⁵⁶:

- *Dimensión subjetiva:* comprende el derecho de las partes o un tercero legitimado en un proceso penal de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

⁵⁴Idem

⁵⁵Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 4831-2005-PHC/TC, fundamento 4. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04831-2005-HC.pdf> (Consulta: 10 de noviembre de 2017).

⁵⁶Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 01014-2007-HC/TC, fundamento 10. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html> (Consulta: 10 de noviembre de 2017).

- *Dimensión objetiva:* comporta el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba de la sentencia. Esto es así por cuanto el proceso penal no solo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de los procesados, sino también debe hacer efectiva la responsabilidad jurídico-penal de las personas que sean halladas culpables dentro de un proceso penal.

Por lo tanto, a consideración del TC, las pruebas deben reunir las siguientes características⁵⁷:

- *Utilidad de la prueba,* característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando esta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto;
- *Veracidad objetiva,* según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, prima facie, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en los

⁵⁷Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 01014-2007-HC/TC, fundamento 14. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html> (Consulta: 15 de diciembre de 2017).

fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba;

- *Pertinencia de la prueba*, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada.

En tal sentido, el derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.⁵⁸

B) Los tratados internacionales y la prueba penal

Tratado internacional, es un acuerdo celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

⁵⁸Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 4831-2005-PHC/TC, fundamento 8. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04831-2005-HC.pdf> (Consulta: 10 de noviembre de 2017).

(Art. 2, primer párrafo de la Convención de Viena). Se utilizan muchos nombres para designar a los tratados, aunque esto no es relevante desde el punto de vista jurídico, ya que la Convención de Viena señala: “(...) cualquiera que sea su denominación”. La multiplicidad de nombres se debe a que los tratados internacionales presentan entre sí características muy diversas según la materia a que se refieren, las partes que intervienen en la celebración, la formalidad o solemnidad con que se concluyen, etc.

En cuanto a su importancia, los tratados internacionales son la principal fuente del derecho internacional público, como bien se contempla en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por lo tanto, estos instrumentos jurídicos internacionales, han sido y son, fundamentales para la vida. En el caso peruano, el artículo 55 de la Constitución establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Asimismo, en su cuarta disposición final y transitoria consagra que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

En este marco, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos reza el derecho que goza toda persona a

ser oída públicamente ante los tribunales de justicia ante la existencia de una acusación penal en su contra (artículo 10). Mediante esta prescripción se reconoce el derecho de los justiciables a exponer sus argumentos y aportar las pruebas que considere necesarias como medios de defensa.

De igual modo, hace mención al derecho que tiene toda persona a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (artículo 12). Es decir, para la determinación de la responsabilidad del proceso es exigible además de un juicio público garantista, la existencia de pruebas suficientes que justifiquen la decisión de la autoridad judicial en materia penal.

De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada”.⁵⁹

⁵⁹Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 01768-2009-AA/TC, fundamento 3. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01768-2009-AA.html> (Consulta: 12 de diciembre de 2017).

Los fundamentos antes expuestos también han sido recogidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8 incisos 1 (derecho a ser oído), 2 (presunción de inocencia) y 5 (juicio público). Desarrolla además un conjunto de derechos que tienen por objeto garantizar el debido proceso y la defensa de los procesados como son: a) comunicación y detallada de la acusación formulada, **b)** concesión de tiempo y medios para la preparación de su defensa, y c) derecho de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, y de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24 de la Constitución establece que: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. De esta manera, se ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. Al respecto, el TC peruano ha afirmado que el derecho fundamental a la presunción de inocencia implica que “(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario.

Por lo tanto, rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva”.⁶⁰ De igual forma, ha sostenido que “la presunción de inocencia se mantiene viva en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla”.⁶¹

C) La normativa procesal y la prueba penal

El CPP en el Libro segundo “*Actividad procesal*”, Sección II (La prueba), artículos 155 al 252, desarrolla con detalle el tratamiento procesal de la prueba penal. No obstante, ello, es importante destacar que estas normas no pueden ser interpretadas ni aplicadas aisladamente, sino que deben ser concordadas con los demás dispositivos legales contemplados en la normativa procesal, por ejemplo, las normas generales establecidas en su Título Preliminar, que no son sino la constitucionalización del proceso penal y por su naturaleza de principios constituyen mandatos de optimización⁶² que

⁶⁰Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N° 0618-2005-PHC/TC, fundamentos 21. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00618-2005-HC.html> (Consulta: 12 de diciembre de 2017).

⁶¹Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 2915-2004-PHC/TC, fundamento 12. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02915-2004-HC.html> (Consulta: 19 de diciembre de 2017).

⁶²ALEXY, Robert. “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Madrid, Editores Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

exigen observancia obligatoria. Cabe advertir que el desarrollo normativo del CPP en materia probatoria recoge como regla, generar un equilibrio entre el reconocimiento de los derechos fundamentales de los procesados y la adecuada, pronta, eficiente y efectiva administración de justicia en defensa de los intereses sociales.

Sobre el particular, Sánchez Velarde sostiene que el CPP establece determinadas reglas que deben observarse en el proceso penal, las cuales se han incorporado sobre la base de la estructura del nuevo sistema penal compuesto por una etapa investigadora a cargo del Ministerio Público y por otra decisoria a cargo de la autoridad judicial.⁶³

2.2.3 El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva

2.2.3.1 La tutela jurisdiccional efectiva

1. Conceptualización de la tutela jurisdiccional efectiva

Se considera a la tutela jurisdiccional como el poder que tiene toda persona, sea esta natural o jurídica, para exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional; es decir, permite a todo sujeto de derechos ser parte en un proceso y así causar la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas.

Por su parte el Tribunal Constitucional sostiene que, “la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza

⁶³Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *“Introducción al nuevo proceso penal”*. Idemsa, Lima, 2006, p. 198.

procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido.

En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no sólo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”.⁶⁴

Este derecho constitucional tiene dos planos de acción, siendo factible ubicar a la tutela jurisdiccional efectiva antes y durante el proceso. La tutela jurisdiccional antes del proceso opera como aquél derecho que tiene toda persona de exigir al Estado provea a la sociedad de determinados requisitos materiales y jurídicos, los cuales son indispensables para resolver un proceso judicial en condiciones satisfactorias, tales como: un órgano estatal encargado de la resolución de conflictos y eliminación de incertidumbres con relevancia jurídica, esto de conformidad con la finalidad concreta del proceso; otro elemento es proveer la existencia de normas pro-

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional - Exp. N° 763-205-PA/TC_ <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/25/el-debido-proceso-y-la-tutela-jurisdiccional-efectiva/> (Consulta: 19 de diciembre de 2017).

cesales que garanticen un tratamiento expeditivo del conflicto llevado a juicio.

Por su parte, la tutela jurisdiccional durante el proceso engloba un catálogo de derechos esenciales que deben ser provistos por el Estado a toda persona que se constituya como parte en un proceso judicial.

Siguiendo la línea establecida por el Tribunal Constitucional, la tutela jurisdiccional efectiva no se limita a garantizar el acceso a la justicia, su ámbito de aplicación es mucho más amplio, pues garantiza obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones que se deducen en un proceso.

Para la reconocida procesalista Marianella Ledesma, “la tutela jurisdiccional efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia; agregando que esta, no resulta vulnerada por rechazar una demanda ante la no subsanación de ciertas omisiones; asimismo, no implica un derecho absoluto, ya que requiere del cumplimiento de determinados requisitos a través de las vías procesales establecidas por ley; sin embargo, éste derecho solo podría ser limitado en virtud de la concurrencia de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido, que suponga incompatibilidad con el mismo”.⁶⁵

⁶⁵LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “*Comentarios Al Código Procesal Civil*”. Lima. Editorial y Librería Jurídica Grijley 2008. p 27.

Similar posición adopta el Tribunal Constitucional, al considerar que el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva no implica la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino que tan sólo otorga la expectativa de que el órgano encargado de la administración de justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado.

En conclusión, la tutela jurisdiccional efectiva no significa la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que deba declararse fundada.

2. Antecedentes

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva importa también la garantía de la administración de justicia que integrada por diversos conceptos de origen procesal han devenido en constitucionales, brindando a los justiciables la tutela que un instrumento de ese rango normativo proporciona. Ahondando lo establecido en este último párrafo, es menester indicar que el derecho en mención surge luego de culminada la Segunda Guerra Mundial en la Europa

Continental, como consecuencia de un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial.

Como ejemplo de éste fenómeno de constitucionalización acaecido durante la época de la posguerra, podemos citar a la Ley Fundamental de Bonn, que recoge el derecho al acceso a la jurisdicción, al juez ordinario predeterminado por la ley y a la defensa, en sus artículos 19.4, 101.1 y 103.1, respectivamente:

Artículo 19.- Restricción de los derechos fundamentales

(4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.

Artículo 101.- Prohibición de tribunales de excepción

(1) No están permitidos los tribunales de excepción.

Nadie podrá ser sustraído a su juez legal.

Artículo 103.- Derecho a ser oído, prohibición de leyes penales con efectos retroactivos y el principio de ne bis in idem

(1) Todos tienen el derecho de ser oídos ante los tribunales.

La normatividad española no fue ajena a esta tendencia, así la Constitución de 1978, en su artículo 24 establece: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

3. Contenido de la tutela jurisdiccional efectiva

Para la doctrina española la tutela judicial efectiva, plasmada en su Norma Fundamental, “tiene un contenido complejo, que incluye los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los Tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto”.⁶⁶

⁶⁶PICÓ I JUNOY, Joan. “*Las Garantías Constitucionales Del Proceso.*” Lima. Editorial y Librería Jurídica Grijley. 2008. Página 40.

Por su parte, este derecho constitucional ha sido también recogido en nuestro Código Procesal Constitucional, al respecto su artículo 4° establece que: “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

Del tenor de este artículo se colige que el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva comprende: el derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a una resolución fundada en derecho, y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Corresponde avocarnos al tratamiento de los elementos que constituyen el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva. El derecho de acceso a la justicia se configura como aquel poder que consiste en promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; este componente se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a

promover la actividad jurisdiccional que converja en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas al interior de un proceso.

Otro elemento de la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, que a su vez contempla el principio de motivación de las resoluciones judiciales; tal principio está contemplado en el inciso 5) del artículo 139 de nuestra Constitución. Al respecto Juan Monroy Gálvez señala que, “no hace más de dos siglos, los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, es decir, ejercían su función y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Sin embargo, una de las conquistas más relevantes, no solo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, a excepción de aquellas, que por su propia naturaleza, son simplemente impulsivas del tránsito procesal”.⁶⁷

Cuando un juez emite un pronunciamiento es necesario que las partes conozcan el proceso mental que lo ha llevado a establecer las conclusiones que contiene dicha resolución; es por eso que, toda resolución debe tener una estructura racional y detallada. El Tribunal Constitucional, destaca que: “el derecho a una sentencia debidamente justificada no se agota en la mera enunciación de la norma aplicable a un caso, sino que importa de

⁶⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan. *“Introducción Al Proceso Civil”*. Tomo I. Lima. Editorial y Librería Jurídica Grijley. 2010. p, 85.

manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma de crear convicción en determinado sentido del Juzgador”.⁶⁸

La falta de motivación deja abierta la posibilidad de potenciales arbitrariedades por parte de los jueces. El derecho de motivación permite un ejercicio adecuado del derecho de defensa e impugnación, ya que una motivación adecuada al mostrar de manera detallada las razones que han llevado al juzgador a fallar en un determinado sentido, permite que la parte desfavorecida pueda conocer en qué momento del razonamiento del juez se encuentra la discrepancia con lo señalado por ella y así facilitar la impugnación de dicha resolución haciendo énfasis en el elemento discordante.

Es importante la opinión de Joan Pico i Junoy, quien refiere que “a pesar de que la sentencia debe motivarse en derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea; sin embargo el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que la resolución sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no podría considerarse como expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma”.⁶⁹

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional - Exp. N° 4226-2004-A/A._
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04226-2004-AA.pdf>
(Consulta: 26 de diciembre del 2017)

⁶⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. Cit. Página 65.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada es una manifestación de la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Si bien la citada norma no hace referencia expresa a la efectividad de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de su interpretación, pues busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones.

También, la tutela jurisdiccional efectiva en tanto derecho constitucional de naturaleza procesal, se manifiesta y materializa en un proceso a través del derecho de acción y de contradicción.

Mucho antes de que la humanidad contara con una noción de derecho, ésta debió contar imprescindiblemente con un mecanismo de solución de conflictos que permitiese no recurrir a la acción directa que, tenía como instrumento exclusivo el uso de la fuerza y que a su vez prescindía de todo método razonable para solucionar un conflicto de intereses; es así que se germinó la necesidad de recurrir a un tercero. Pues bien, “el acto de recurrir a este tercero en busca de una solución a un conflicto, es la génesis de lo que siglos después va a denominarse derecho de acción”.⁷⁰

“La acción tiene raíces en el derecho romano, de donde nos viene aquello que la define como la *res in indicio deducta*, es decir,

⁷⁰MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. Cit. Tomo I. Página 08.

la cosa que en el juicio se pide. Ésta coincidencia entre el objeto pretendido y el acto de solicitar ante la justicia, llevó a que se identificaran los conceptos”⁷¹, de modo tal que quien tenía acción tenía derecho.

Para Oscar von Bülow el derecho de acción no relaciona a las partes sino sólo a una de ellas (demandante) con el Estado, afirmando así el carácter público y abstracto del mismo; en su opinión, antes de iniciarse un proceso no hay acción, éste sólo existe cuando se interpone la demanda. En la concepción de Köhler, sobre el derecho de acción se confirma su carácter subjetivo y abstracto, conceptualizándolo como uno inmanente a la personalidad humana, que permite solicitar tutela jurídica; por otro lado, rechaza la identificación que se venía haciendo entre el derecho subjetivo material que se discute y el derecho de acción.

Siguiendo la línea trazada por Muther, Adolfo Wach considera que la acción tiene una orientación bidireccional, en tanto es dirigida por su titular hacia el Estado y al sujeto pasivo de la relación procesal (demandado), a efectos de que se le conceda tutela jurídica y con el fin de que le dé cumplimiento o satisfaga su derecho, respectivamente. Para éste jurista alemán, el derecho de acción es de carácter concreto, es decir, concedido a quien tiene un derecho que debe ser protegido. Con Chiovenda, surge un concepto diferente.

⁷¹GONZAINI, Osvaldo Alfredo. . Ob. Cit. “*La Legitimación En El Proceso Civil.*” Página 57.

Para el maestro italiano la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley que permite actuar la voluntad legal establecida contra el adversario, atribuyéndole un carácter público o privado, según la norma que deba actuarse, siendo además potestativo, dado que tiende a la producción de un efecto jurídico a favor de un sujeto (demandante) y con cargo a otro (demandado) sin que este pueda hacer algo para evitarlo, y además con la intervención de un tercero (juez). Entiéndase a los derechos potestativos como poderes a través de los cuales su titular puede influir sobre situaciones jurídicas mediante una actividad unilateral propia.

Una crítica a la definición esbozada por Chiovenda se centra en que si el derecho de acción al estar dirigido al adversario y al ser potestativo, el demandado no puede ni debe hacer nada contra él, por lo que no podría ejercer su derecho de defensa; “así, cuando Chiovenda se refiere a la condición para la actuación de la ley, le está dando al derecho de acción un carácter concreto, es decir, solo podrá ejercerla aquella persona que tiene razón; por lo que es relativamente fácil discrepar del profesor Boloñes ahora cuando la calidad de abstracto del derecho de acción se encuentra más o menos asentada en la doctrina”.⁷²

Por su parte Calamandrei, prosélito de la doctrina de Chiovenda define a la acción como el derecho común a todos de

⁷² MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. Cit. Tomo I. Página 261.

pedir justicia, concibiéndolo como un derecho constitucional de carácter abstracto. Con Carnelutti surge la concepción contemporánea del derecho de acción, conceptualizándolo como uno de carácter abstracto, autónomo y subjetivo; no obstante, se mantuvo la polémica en torno a su carácter público o privado, es decir, si su sujeto pasivo era el Estado o el adversario del accionante.

Para el maestro uruguayo Eduardo Couture el derecho de acción es una expresión o subespecie del derecho de petición, al que considera como un derecho genérico, universal, presente en todas las constituciones, es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión, inherente a todo sujeto de derecho, además de ser público, por cuanto en la efectividad del ejercicio de éste derecho está interesada la comunidad.

A manera de síntesis podemos afirmar que el derecho de acción es de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, y que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional efectiva para un caso concreto. “Se habla entonces de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión; el hecho de que ésta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del

poder jurídico de accionar, pueden promover sus acciones en justicia aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón”.⁷³

Son caracteres propios de éste derecho el ser público, subjetivo, abstracto y autónomo. Se dice que es de carácter público, ya que el receptor o el obligado es el Estado, quien soporta el deber de satisfacerlo dado que su ejercicio se traduce en la exigencia de tutela jurisdiccional efectiva para un caso concreto. Es subjetivo, porque al ser un derecho fundamental se encuentra en todo sujeto de derechos por la sola razón de serlo. Su carácter abstracto radica en que no requiere de un derecho material para que lo impulse, es decir se prescinde de la existencia del derecho sustancial, pues basta con que el Estado garantice el acceso a los órganos de justicia. Por otro lado, la autonomía del derecho de acción radica en las teorías explicativas (autonomía dogmática) y normas reguladoras sobre su ejercicio (autonomía normativa).

La tutela jurisdiccional efectiva se materializa también en un proceso a través del derecho de contradicción, este al igual que el derecho de acción, participa de las mismas características, es decir, es un derecho público, autónomo, subjetivo y abstracto, y por ende de naturaleza constitucional que permite a todo sujeto de derechos emplazado exigir al Estado le preste tutela jurisdiccional.

⁷³ Revista Jurídica del Módulo Básico de Justicia de Ventanilla, “*La pretensión procesal. Callao*”, Enero, 2008. Página 30.

Aún cuando ambos derechos presentan las mismas características, existe una diferencia que los distingue, la cual radica en la libertad de su ejercicio, mientras que la acción es posible ejercerla casi cuando uno quiera, ésta libertad está ausente cuando se ejerce el derecho de contradicción, pues sólo podrá hacerse efectivo el ejercicio de éste derecho una vez instaurado un proceso.

Otra diferencia entre los derechos de acción y contradicción reside en el interés para obrar, que “es una condición de la acción que consiste en el estado de necesidad de tutela jurídica en la que se encuentra un sujeto de derechos, cuando no tiene otra alternativa para satisfacer su pretensión material que no sea el ejercicio de su derecho de acción. En tal virtud el interés para obrar (...) debe ser invocado por el demandante, de lo contrario no será posible que posteriormente se expida un pronunciamiento válido sobre el fondo, sin embargo, bien puede carecer éste de aquél. No obstante, es imposible concebir la idea de un demandado sin interés para contradecir, porque éste es consustancial a su calidad de emplazado”.⁷⁴

La importancia del derecho de contradicción se halla en dos aspectos: primero, en la necesidad de que el demandado sea notificado válidamente de todo lo que ocurre en el proceso; segundo, en la necesidad de que el emplazado tenga el derecho de

⁷⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. Cit. Tomo I. Página 286.

presentar alegatos y medios probatorios que sustenten su posición. Por ende, una vez iniciado el proceso y ejercitado el derecho de contradicción por el demandado genera otro derecho aún más amplio, se trata del derecho de defensa.

Éste derecho que surge como consecuencia del ejercicio del derecho de contradicción no sólo garantiza al demandado poder ser oído, poder probar, poder impugnar, sino a todos los partícipes del proceso, incluyéndose al demandante. “La vigencia del derecho a la defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas”.⁷⁵Es así que se justifica la naturaleza constitucional de éste derecho.

2.2.3.2 El debido proceso

1. Antecedentes

La génesis del debido proceso se remonta a la Carta Magna de 1215, en dónde los barones, obispos y ciudadanos cansados de la tiranía del rey Juan se levantaron en armas y lograron que se les otorgara una Carta de libertades. La sección 39 de dicha Carta estableció: ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado sobre el ni mandaremos ir sobre el, si no media juicio

⁷⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. Cit. Página 102.

en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país (law of the land o ley del reino). La frase law of the land constituye el antecedente directo del concepto de due process of law (debido proceso legal), que tiene, como veremos, un alcance tanto sustantivo como adjetivo. En conclusión el debido proceso surge como un derecho de toda persona a no ser condenado sin que medie un juicio previo.

A partir del siglo XVIII es recogida por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, así en el año 1789 se adoptó la V enmienda que estableció: “a nadie se le privará de la vida, la libertad o a la propiedad sin el debido proceso legal. La enmienda XIV reafirma lo establecido con la V enmienda, al enunciar que: ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o a la propiedad sin el debido proceso legal”.

Para la procesalista Marianella Ledesma, “tradicionalmente la idea del debido proceso se limitaba a un simple respeto a los procedimientos legales establecidos, sin embargo, de una mera garantía procesal hoy se concibe como un verdadero ideal de justicia. Cooke fue el Juez que afirmó el derecho al debido proceso, mediante la revisión judicial, el control difuso de la ley,”⁷⁶ tal acontecimiento se produjo en el año 1610 al sentenciar el caso Bonham.

Otro antecedente importante está dado por la posición desarrollada por el Juez Marshall de la Corte Suprema de los

⁷⁶LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. Cit. Página 28.

Estados Unidos de Norteamérica en el caso Marbury contra Madyson, en donde se estableció que: “la esencia misma de la libertad civil consiste, ciertamente, en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes cuando ha sido objeto de daño. Uno de los principales deberes de un gobierno es proveer esta protección”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 consagró también la garantía al debido proceso en su artículo 8 y 10:

Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha incluido al debido proceso en el inciso 1) del artículo 8:

Artículo 8.- Garantías Judiciales

Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.

2. Hacia una definición de debido proceso

Es también importante recalcar que el debido proceso tiene varias denominaciones, “las cuales no necesariamente ostentan un contenido unívoco. Se le ha llamado: Forma de proceso, Forma de Proceso y sentencia legal, Derecho de Audiencia en Juicio, Due Process of law, Derecho a la tutela efectiva”.⁷⁷

En cuanto a la conceptualización del debido proceso, para Eduardo Oteiza, el derecho que se comenta “invita a repensar los desafíos del Derecho Procesal en términos de desarrollo de las ideas que han dado cuerpo a la actual legislación procesal y el resultado concreto del ejercicio de los derechos que dicho sistema normativo posibilita ante la administración de justicia. El debido proceso no es un concepto estático con un significado fijo, por el contrario su alcance ha evolucionado a través del tiempo y continúa evolucionando”.⁷⁸

⁷⁷ TICONA POSTIGO, Víctor. “*Comentarios Al Código Procesal Civil.*”. Lima. Editorial y Librería Jurídica Grijley. 2010. p.25.

⁷⁸ OTEIZA, Eduardo. “*El Debido Proceso: Evolución De La Garantía Y Autismo Procesal, En Debido Proceso.*” Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley.2000. p.4.

Jesús María Sanguino Sánchez refiere que “la garantía de un debido proceso constituye, por ende, una seguridad, una tutela, una protección para quien se vincula o tiene la posibilidad de vincularse a un proceso”.⁷⁹; es por eso que el Estado a fin de preservar la tutela jurídica de un debido proceso debe consagrar en sus normas fundamentales los principios generales que regulan los diferentes procesos, las funciones jurisdiccionales y la permanencia de la administración de justicia.

Por su parte, Luis Reneé expresa que el debido proceso significa que:

- a) “Ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley;
- b) Ese procedimiento no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser el debido;
- c) Para que sea el debido tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso;
- d) Esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído)”.⁸⁰

⁷⁹ SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús María. “*Garantía Del Debido Proceso, En Debido Proceso.*” Lima. Editorial y Librería Jurídica Grijley.2012. p. 259.

⁸⁰ HERRERO, Luis René. “*El Derecho A Ser Oído: Eficacia Del Debate Procesal, En Debido Proceso.*” Lima. Editorial y Librería Jurídica Grijley.2013. p. 97.

Es importante la opinión de Roland Arazi, quien considera que, "el debido proceso se integra con tres principios procesales de jerarquía constitucional: igualdad ante la ley, congruencia y bilateralidad".⁸¹ Un debido proceso "supone, que el justiciable haya tenido y podido acceder a un proceso justo y razonable, en donde haya también tenido posibilidad cierta de ejercer un derecho de defensa razonable dentro del Principio de Bilateralidad y en un esquema contradictorio, y al mismo tiempo con un trámite predeterminado en la legislación. Y que todo ello de lugar a una motivada y razonable resolución que sea coherente con lo que se pretende sancionar, y que guarde la proporcionalidad de los hechos que describe".⁸²

Al margen de las diversas definiciones que se puedan dar, la mayoría de tratadistas que se han avocado al desarrollo de éste tema coinciden en considerar al debido proceso como un derecho fundamental que se funda en la dignidad de la persona, constituido por determinadas condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones vienen siendo ventilados en un proceso.

Para el Tribunal Constitucional, el debido proceso es un derecho que: "comprende una serie de derechos fundamentales de

⁸¹ ARAZI, Roland. *Límites A La Verificación De La Verdad Material O Histórico, En Debido Proceso.* Lima. Editorial y Librería Jurídica Grijley. 2003. p. 286.

⁸² QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El Debido Proceso Legal En El Perú Y El Sistema Interamericano De Protección De Derechos Humanos.* Lima. Editorial y Librería Jurídica Grijley. 2005. p. 129.

orden procesal, cada uno de los cuales cuenta con un contenido constitucionalmente protegido que le es propio”.⁸³; “su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos”.⁸⁴ Es por eso que con justa razón se afirma que nos encontramos ante un conjunto de derechos esenciales a la persona humana, los que a su vez han configurado una suerte de mega derecho o derecho continente que contemporáneamente ha recibido el nomen iuris de debido proceso legal.

3. Debido proceso formal y material

Es aceptada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la afirmación de que el debido proceso tiene dos dimensiones: la formal y el material.

En su dimensión adjetiva o formal, el debido proceso está comprendido por determinados elementos procesales mínimos que son necesarios e imprescindibles para el establecimiento de un proceso justo, tales como el derecho de defensa, el derecho a

⁸³Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente. N° 5194-2005-PA/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00314-2014-HC.pdf>
(Consulta: 19 de noviembre de 2017)

⁸⁴Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente. N° 7289-2005-PA/TC.
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07289-2005-AA.pdf>
(Consulta: 19 de noviembre de 2017)

probar, el derecho a impugnar, ser escuchado, entre otros. A su vez, estos elementos impiden que la libertad y los derechos de los individuos se afecten ante la ausencia o insuficiencia de un proceso.

En este punto es menester señalar que el debido proceso, concebido como un derecho fundamental, no sólo tiene como campo de acción el ámbito judicial, sino que es aplicable a cualquier tipo de procedimiento, sea este administrativo, militar o arbitral.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del debido proceso no sólo es exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial, sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional.

En ese sentido ha señalado: "De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine

derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

Este mismo criterio ha sido recogido por el Tribunal Constitucional al expresar que: "el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales.

Sin embargo, esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, *tout court*, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia".⁸⁵ Pues existen ciertos derechos que conforman el debido proceso, pero no necesariamente forman parte del debido proceso en los procedimientos ante personas jurídicas de derecho privado, como puede ser el caso de la pluralidad de la instancia; el mismo caso se

⁸⁵Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente. N° 5194-2005-PA/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00314-2014-HC.pdf>
(Consulta: 19 de noviembre de 2017)

presenta en el ámbito judicial, pues estos derechos varían según se trate de un proceso civil o penal.

El debido proceso sustantivo exige, por su parte, que los actos tanto del legislador, del juez y de la administración sean razonables y respetuosos de los derechos fundamentales, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. En el proceso judicial, ésta labor se posibilita a través del control difuso que realiza el juez, lo que implica que el juzgador puede declarar ineficaz la ley e inaplicarla para un caso concreto. Por ello el debido proceso sustancial tiene por fin asegurar la razonabilidad de lo decidido en un proceso.

Es importante recalcar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en cuanto a la dimensión tanto material como formal del debido proceso, al respecto ha establecido: “El debido proceso está concebido como aquél en el que se respetan sus dos expresiones, tanto formal como sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”.⁸⁶

⁸⁶EXP. N° 7289-2005-PA/TC.
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07289-2005-AA.pdf>
(Consulta: 19 de noviembre de 2017)

El debido proceso puede también desdoblarse, citando palabras del procesalista Monroy Gálvez, en derecho al proceso y derecho en el proceso.

“El derecho al proceso empezó a manifestarse hace ya más de siete siglos, y fue en principio el derecho de todo ciudadano a no ser condenado sin que medie un juicio previo”.⁸⁷ Hoy en día, luego de una constante evolución, el derecho al proceso permite que todo sujeto tenga la posibilidad de acceder a un proceso con la finalidad de que se pronuncie sobre su pretensión. El derecho al proceso también implica por otra parte, que ningún sujeto de derecho pueda ser sancionado sin que se someta a un procedimiento previo.

El derecho en el proceso implica que todo sujeto que participa en un proceso cuente con un catálogo de derechos esenciales durante el desarrollo de éste. “Una vez que un ciudadano empieza a involucrarse en un proceso, voluntaria u obligatoriamente, el Estado debe asegurarle que durante su tramitación no se encuentre en desventaja para expresar su posición jurídica, sea probando su derecho, alegando, impugnando y asegurando la ejecución de lo decidido en definitiva”.⁸⁸ En caso se vulneren estos derechos, el acto que permitió dicha transgresión será nulo.

⁸⁷MONROY GALVÉZ, Juan. Ob. Cit. Tomo 1. Página 247.

⁸⁸ESPARZA LEIBAR, Iñaki. “*El Principio Del Proceso Debido.*” Lima. Editorial Editorial y Librería Jurídica Grijley.2010. p 231.

4. El contenido del debido proceso

En cuanto al contenido del debido proceso, y teniendo en cuenta lo expresado en líneas anteriores en el sentido de que es considerado como un mega derecho o derecho continente, este está constituido por lo siguientes derechos: derecho al juez ordinario, derecho a la asistencia de letrado, derecho a ser informado de la acusación formulada, derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, derecho a la presunción de inocencia.

2.2.3.3 Paralelo entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Culminado el análisis tanto de la tutela jurisdiccional efectiva como del debido proceso, nos corresponde exponer las posiciones de la doctrina y de nuestra jurisprudencia nacional en cuanto a las diferencias que existen entre ambas instituciones jurídicas.

Un sector de la doctrina estima que ambos derechos son equivalentes o idénticos; empero, otros consideran que entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso existe una relación de género a especie, siendo el primero (tutela jurisdiccional efectiva) la abstracción, mientras que el debido proceso vendría a ser la manifestación concreta del primero, es decir ubican el derecho al debido proceso dentro de la tutela jurisdiccional efectiva. No

obstante ello, hay quienes consideran que será la hermenéutica judicial la que determine el alcance de los mencionados derechos.

En la Sentencia Constitucional emitida en el Expediente N° 8123-2005-PHC/TC⁸⁹, nuestro Supremo Tribunal ha establecido lo siguiente: “(...) la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.”

Para la doctrina española la tutela jurisdiccional efectiva está contenida en el debido proceso, en cuanto a la jurisprudencia existen dos tendencias: “la primera que considera al debido proceso como aquella garantía integrada por los elementos del Art. 24.2 C.E., que es uno de los elementos de la tutela judicial efectiva, y la segunda que el concepto de debido proceso como sinónimo de tutela judicial

⁸⁹Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 8123-2005-PHC/TC.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08123-2005-HC.html>
(Consulta: 20 de diciembre de 2017)

sin indefensión, una forma más de referirse al derecho a la jurisdicción”.⁹⁰

Sin embargo, hay quienes consideran que ambas posiciones adoptadas por la jurisprudencia ibérica no es adecuada, ya que se trata de derechos distintos, con orígenes y ámbitos de aplicación diferenciados; como mencionamos anteriormente, la tutela jurisdiccional efectiva tiene su génesis en la Europa Continental luego de culminada la Segunda Guerra Mundial, mientras que el debido proceso surge del derecho anglosajón con la Carta Magna de 1215; en cuanto a su ámbito de aplicación, la tutela jurisdiccional efectiva opera en los procesos de jurisdicción, por el contrario, el debido proceso es aplicable no sólo al proceso judicial sino a los procedimientos administrativos, arbitrales, militares y particulares.

Finalmente es válido concluir que tanto la tutela jurisdiccional efectiva como el debido proceso son derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana y que representan el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, constituyendo el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el Estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional.

2.2.4 Prueba Traslada:

La prueba trasladada es una figura que surgió en el ámbito del proceso civil y que, ciertamente, presenta varias particularidades en el

⁹⁰ MONROY GALVÉZ, Juan. Ob. Cit. Tomo 1. Página 248.

proceso penal. Pudiendo definirse como aquella que se admite y practica en un proceso, pero que se incorpora a otro en copia certificada, pudiendo tener eficacia si hay identidad total o parcial de las partes; es decir, si las partes son las mismas o por lo menos coincide una de ellas, esto en virtud del principio de unidad jurisdiccional dentro del cual se señala el cumplimiento de ciertos requisitos.

Por regla general, en el proceso penal, es necesario que las partes aporten una pluralidad de medios probatorios, siendo éstos parte del método por el cual el juez llega al real conocimiento de los hechos materia de investigación. Así entendida la prueba, comprende dos hechos distintos: uno principal, cuya existencia se trata de probar; y un hecho probatorio, el cual sirve para demostrar la existencia o inexistencia del hecho principal.

El Código Procesal Penal del 2004 no contiene ninguna regulación específica respecto de la prueba trasladada; sin embargo, la Ley 30077, del 20 de agosto del 2013, en su artículo 20 incorpora la prueba trasladada. No se trata en absoluto de una disposición novedosa, ya que el Código de Procedimientos Penales en su artículo 261 regulaba esta figura, merced al artículo 1 del Decreto Legislativo 983 del 22 de julio de 2007, introduciendo a nuestro ordenamiento la figura de prueba trasladada para casos en donde se procese a miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir.

Se podría identificar dos supuestos relacionados a la prueba trasladada en el proceso penal:

- el traslado de medios de prueba de naturaleza personal, que sólo operaría cuando se trata de delitos cometidos por organizaciones criminales y se acredite la dificultad o imposibilidad de su actuación; y,
- el traslado de dictámenes periciales (previsto en el artículo 383 del C.P.P), prueba documental y material, que sí podría realizarse en cualquier tipo de proceso, sin que sea necesario demostrar su urgente necesidad.

El Código Procesal Penal de 2004 ha instituido el principio de libertad probatoria, de tal modo, que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley. El artículo 157 del mismo código señala que la forma de su incorporación se adecuara al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

Cuando se trata de documentos, dictámenes periciales oficiales (previsto en el artículo 383 del C.P.P), prueba documental y material admitida o incorporada en otro proceso judicial (artículo 20, inciso 2, de la Ley 30077) no existen mayores limitaciones al uso de la prueba trasladada; es decir, puede tratarse de cualquier tipo de delito, no se exige que los hechos se refieran a una organización criminal. En cambio, sí existen límites a las actuaciones tales como prueba personal y a las diligencias objetivas irreproducibles, siempre que su actuación sea de imposible conse-

cución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba, de conformidad con el artículo 20, inciso 2, de la Ley 30077. Ello supone, la obligación de acreditar, en el proceso principal; que se puede presentar un motivo, un riesgo o una imposibilidad de actuar la prueba en el proceso receptor, y además tales hechos deben relacionarse con delitos cometidos a través de una organización criminal.

El principal problema –desde nuestra perspectiva– de la prueba trasladada en nuestro ordenamiento es relativo a la prueba de carácter personal. Para que este tipo de pruebas sean válidas, es preciso garantizar el derecho de contradicción. En virtud de este derecho de orden constitucional, para incorporar válidamente una prueba testimonial actuada en otro proceso, por ejemplo, sería preciso que el testigo comparezca y pueda declarar en el segundo proceso. Cuando ello no sea posible podríamos encontrarnos frente a una prueba ilícita, ya que vulnera un derecho de orden constitucional.

De modo que, aun cuando se trate de un delito cometido por un integrante de una organización criminal, el traslado de la declaración de un testigo de cargo, que no comparece en el segundo proceso podría en muchos casos considerarse una prueba prohibida o ilícita, ya que conforme al concepto –que consideramos más preciso– de esta, un medio o fuente de prueba es ilícito o prohibido cuando vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales o cuando lesiona garantías procesales básicas o derechos que determinan el carácter justo o debido del proceso

penal, tales como: el derecho de defensa, el derecho de asistencia letrada, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, el derecho a la no autoincriminación.

Ahora bien, no vamos a dar una respuesta general frente a un tema tan complejo. Podrían excepcionalmente admitirse tales declaraciones, por ejemplo, cuando el/la testigo ha fallecido. En tal caso, se debe actuar con sumo cuidado, ya que en el segundo proceso no ha sido posible ejercer plenamente el derecho de contradicción, y en esa medida solo podría tener un valor coadyuvante de los otros medios de prueba de cargo.

La prueba trasladada está sujeta a la valoración por parte del juez que la recibe, mas no está vinculada a la valoración que hizo el juez anterior; en el ámbito nacional, se debe siempre en cuenta respetar las garantías procesales reconocidas en la Constitución, especialmente el derecho de contradicción; en el ámbito internacional, para el traslado de prueba deberán aplicarse los convenios internacionales suscritos entre el Perú y el país donde se haya admitido o actuado la prueba que se pretende trasladar.

La prueba que se pretende trasladar no debe haber sido cuestionada, tachada o anulada por ilegal o prohibida; asimismo, debe constar en una copia certificada, y este medio de prueba debe haberse practicado con conocimiento de la otra parte (contra la que se invoca).

A efectos de una mayor precisión en la relación con los alcances de la prueba trasladada, sería mejor utilizar la expresión “traslado de me-

dios de prueba”, ya que esta figura no transfiere una determinada valoración judicial, sino solo y únicamente el medio de prueba.

La norma es clara en exigir, como requisito mínimo, que la prueba haya sido admitida o incorporada a otro proceso judicial, por tanto, de *lege lata*, solo después del auto de enjuiciamiento podría trasladarse prueba de un proceso penal a otro.

A modo de conclusión, se podría afirmar que tanto de la regulación actual como de la doctrina se advierte que la prueba trasladada tiene un carácter excepcional, sobre todo cuando se trata de prueba de carácter personal, precisamente debido a las limitaciones que puede significar para ciertos principios procesales.

En estos supuestos solo se configuraría traslado de prueba cuando se trate de delitos cometidos a través de una organización criminal y/o cuando se demuestre que su actuación o ejecución es imposible o muy difícil. Por el contrario, cuando se trata de dictámenes periciales (previsto en el artículo 383 del C.P.P), prueba documental y material si podría trasladarse en cualquier tipo de proceso, sin que sea necesario acreditar la excepcionalidad de las circunstancias; es decir, su urgente necesidad.

2.3 Definiciones y Términos:

Derecho de Prueba: Desde un punto de vista procesal, la prueba se aprecia desde tres aspectos: desde su manifestación formal (medios de prueba), desde su manifestación sustancial (los hechos que se prueban) y desde el punto de vista del resultado subjetivo (el convencimiento en la mente del juzgador).

Proceso Penal. - Es el conjunto de diligencias que se llevan a cabo a nivel jurisdiccional en donde se va a establecer la responsabilidad o culpabilidad del acusado en un hecho que le ha sido imputado.

Sistema Jurídico. - Denominado también ordenamiento jurídico. El sistema jurídico implica el conjunto de fundamentos culturales e ideológicos así como los principios, reglas y métodos técnicos expresados dentro de un ordenamiento legal. A ese conjunto organizado de normas se le llama ordenamiento jurídico, cuya eficacia está garantizada por el Estado.

Sistema Penal. - Se entiende por sistema penal al conjunto de instituciones y a sus actividades, que intervienen en la creación y aplicación de normas penales, concebidas éstas en su sentido más extenso. El sistema penal es, entonces, la parte del control social institucionalizado, que contiene un discurso punitivo. Es el control social punitivo institucionalizado.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios:

3.1.1 El Garantismo penal en el nuevo proceso penal:

El garantismo penal realiza los límites a la persecución punitiva del Estado, a la ya antigua máxima de que no se podrá castigar desde el Estado si no se está frente a la comisión de un delito se tiene otros límites como el no recurrir a la instancia penal ante cualquier falta o inmoralidad, sino como último recurso ultima ratio; además de no afirmar la comisión de un delito si no hay un daño a un bien jurídico protegido; tampoco se podrán imponer tipos penales que correspondan a un Derecho penal de autor ni se castigarán meros pensamientos o actos sin consciencia.

Asimismo, no habrá posibilidad de castigo penal por mera responsabilidad objetiva, *versari in re illicita*, ni podrá ser utilizado el justiciable como un medio para satisfacer fines deseados por el Estado, no podrá arribarse a una condena mediante un sistema inquisitivo, no habrá acusaciones basadas en conjeturas o en meras sospechas, ni en la sola confesión, ni se podrá castigar sin que el imputado tenga acceso a todas las pruebas y pueda ejercer su derecho a defensa.

El garantismo penal nos señala que sólo pueden ser delito los comportamientos empíricos, susceptibles de ser probados y determinado judicialmente su campo de aplicación de manera exhaustiva y exclusiva. Un esquema que enmarca las principales

garantías penales y procesales contenidas en nuestra Constitución. Es que las garantías penales y procesales penales no se pueden estudiar en forma aislada. Unas y otras son recíprocamente indispensables para su efectiva aplicación. No se puede hablar de estricta legalidad sin estricta jurisdiccionalidad, ni viceversa, porque si no, lo que se logra en un estadio, se lo puede desbaratar en el otro.

3.1.2 El Garantismo Penal en la Prueba:

El art. 44° de la Constitución Política del Estado establece como deberes primordiales del Estado el de garantizar los derechos humanos y, por otro el proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; del que se desprende que a veces ante las amenazas contra la seguridad ciudadana incrementadas por el accionar delictivo, por un lado el Estado debe reprimir estos hechos y por otro, que ese accionar se encuentre dentro de los límites constitucionales que son la observancia de los derechos fundamentales, tratando así de buscar un equilibrio entre eficacia contra la delincuencia y respeto derechos humanos; al respecto resulta importante lo referido por el Dr. Pablo Talavera Elguera en “La prueba en el nuevo código procesal penal”:

La razón estriba en que el proceso penal persigue la realización de la pretensión punitiva mediante el descubrimiento de los actos delictivos y de sus autores, para lo cual limita en la práctica derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo necesario que despliegue tal actividad respetando el contenido esencial de los derechos, garantías y principios constitucionales.

De ahí que la estrecha relación entre Constitución y proceso penal ha llevado a señalar a SCHMIDT que la ordenanza procesal penal no es otra cosa que una ley de ejecución de la ley fundamental de Bonn (Derecho Constitucional aplicado); a Goldschmidt ,que la estructura del proceso penal de una nación no es otra cosa que el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución; y a Roxin a considerar al proceso penal como el sismógrafo de la Constitución estatal, de modo tal que cada cambio esencial en la estructura política también conduce a transformaciones del procedimiento penal”.⁹¹

De lo anterior queda claro que en la medida que nuestro sistema procesal penal garantice el respeto de las garantías constitucionales al imputado, esto es, que sea juzgado en un juicio público, contradictorio, se garantice su derecho de defensa material y técnica, ante un juez imparcial, solo así podremos decir que estamos ante un Estado Constitucional de Derecho; el derecho penal constituye el baremo para determinar los límites del poder del Estado.

El derecho a la prueba goza de protección constitucional, conforme lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, en la que ha quedado claro que es un derecho implícito que se encuentra dentro del derecho al debido proceso previsto en el art. 139 numeral 3 de la Constitución Política del Estado⁹², porque faculta a los

⁹¹TALAVERA ELGUERA, Pablo (2010), “La prueba en el nuevo proceso penal”, AMAG-GTZ, Lima-Perú, p. 19.

⁹²Sentencias de Tribunal Constitucional - Expediente N° 010-2002-AI/TC.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>
(Consulta: 10 de noviembre de 2017)

justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen⁹³ para posibilitar la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos.⁹⁴

La Constitución, desde el punto de vista jurídico, constituye la norma fundamental del Estado, organizado en comunidad política, expresado en valores y principios conformadores de esta y dotando de unidad al ordenamiento jurídico en su conjunto; y, sus preceptos sirven para delimitar el terreno de juego de la convivencia social y política cuyo centro mismo es la persona, cuya dignidad se erige en el valor central del ordenamiento jurídico en general y del Derecho Procesal Penal, en particular.⁹⁵

Mediante la Constitución se prevé que el *ius puniendi* del Estado (concebido como el poder sancionador de los actos delictivos), sea ejercido mediante la participación de personas autorizadas para ello (los jueces), los cuales tienen la obligación de observar todas las garantías señaladas en la Constitución⁹⁶ y las leyes durante el desarrollo del

⁹³Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente 5068-2006-PHC/TC.
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05068-2006-HC.pdf>
(Consulta: 10 de noviembre de 2017)

⁹⁴Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente 1014-2007-PHC/TC.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html>
(Consulta: 10 de noviembre de 2017)

⁹⁵Cfr. DE URBANO, Eduardo y TORRES, Miguel Ángel. “*La prueba ilícita penal*”. Estudio jurisprudencial. Cuarta edición, Thomson - Aranzandi, Editorial Navarra, 2007, p. 31.

⁹⁶BADENI, Gregorio. “*Tratado de derecho constitucional*”. Tomo II, Buenos Aires, Segunda edición, La Ley, 2006, p. 1069. [15] Ídem.

proceso penal⁹⁷. En este escenario, es correcto afirmar que el proceso penal tiene vigencia porque existe el poder coercitivo del Estado para imponer una pena estatal. Sin embargo, la imposición de una pena no puede ser de modo alguno irracional. Así, en un Estado de Derecho es necesario el establecimiento de medios que canalicen la vigencia del poder punitivo, y para ello, se requiere que la imposición de las penas se defina sobre la base de la observancia de garantías y derechos fundamentales a fin de que esta sea determinada de manera razonable y proporcional.⁹⁸

Es así como la Constitución ha establecido para el proceso penal un sistema complejo de garantías vinculadas entre sí, de suerte que cada una de sus fases o etapas se halla sometida a exigencias constitucionales específicas, destinadas a garantizar, en cada estadio del desarrollo de la pretensión punitiva e incluso antes de que el mismo proceso comience, el derecho a la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige tal pretensión.

En ese sentido la presunción de inocencia es una garantía mediante la cual se exige que una persona pueda ser condenada solo cuando exista prueba plena de su responsabilidad en las causas criminales y es un estado permanente de favorabilidad en el que se sitúa el imputado mientras no sea sentenciado condenatoriamente. Por ello,

⁹⁷Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “El *proceso penal. Teoría y práctica*”. Lima, Quinta edición, Palestra editores , 2003, p. 29.

⁹⁸RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel. “*Derecho de la información y respeto a las garantías del debido proceso*”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, p. 315.

cuando la prueba es incompleta o insuficiente, opera la duda a favor del reo.⁹⁹ A ese respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “(...) el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.¹⁰⁰

Por lo expuesto, resulta importante señalar que teniendo en cuenta que la prueba es la que permite quebrantar el principio de inocencia, para que ella sirva, debe ser obtenida por métodos legales; por ejemplo, es inaceptable la tortura o la coacción para lograr información o confesiones. También sobre el particular, el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado señalando que la prueba tiene protección constitucional, en la medida que se trata de un contenido explícito del derecho al debido proceso¹⁰¹, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.

3.1.3 Garantismo Penal y el debido Proceso en la prueba trasladada:

La prueba trasladada en nuestro ordenamiento es relativa a la prueba de carácter personal. Para que este tipo de pruebas sean válidas, es preciso garantizar el derecho de contradicción. En virtud de este de-

⁹⁹CIDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto del 2000, fundamento 120.

¹⁰⁰ídem

¹⁰¹Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N° 4831-2005-PHC/TC, fundamento 4. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04831-2005-HC.pdf> (Consulta: 17 de diciembre del 20017)

recho de orden constitucional, para incorporar válidamente una prueba testimonial actuada en otro proceso, por ejemplo, sería preciso que el testigo comparezca y pueda declarar en el segundo proceso. Cuando ello no sea posible podríamos encontrarnos frente a una prueba ilícita, ya que vulnera un derecho de orden constitucional.

Asimismo, cuando se trate de un delito cometido por un integrante de una organización criminal, el traslado de la declaración de un testigo de cargo, que no comparece en el segundo proceso podría en muchos casos considerarse una prueba prohibida o ilícita, ya que conforme al concepto, que consideramos más preciso, se denomina prueba ilícita o prohibida cuando vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales o cuando lesiona garantías procesales básicas o derechos que determinan el carácter justo o debido del proceso penal, tales como: el derecho de defensa, el derecho de asistencia letrada, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, el derecho a la no autoincriminación. Ahora bien, no vamos a dar una respuesta general frente a un tema tan complejo. Podrían excepcionalmente admitirse tales declaraciones, por ejemplo, cuando él o la testigo ha fallecido.

La prueba trasladada está sujeta a la valoración por parte del juez que la recibe, mas no está vinculada a la valoración que hizo el juez anterior; en el ámbito nacional, se debe siempre en cuenta respetar las garantías procesales reconocidas en la Constitución, especialmente el derecho de contradicción; en el ámbito internacional, para el traslado de prueba deberán aplicarse los convenios internacionales suscritos en-

tre el Perú y el país donde se haya admitido o actuado la prueba que se pretende trasladar.

La prueba que se pretende trasladar no debe haber sido cuestionada, tachada o anulada por ilegal o prohibida; asimismo, debe constar en una copia certificada, y este medio de prueba debe haberse practicado con conocimiento de la otra parte (contra la que se invoca).

A efectos de una mayor precisión en la relación con los alcances de la prueba trasladada, sería mejor utilizar la expresión “traslado de medios de prueba”, ya que esta figura no transfiere una determinada valoración judicial, sino solo y únicamente el medio de prueba.

La norma es clara en exigir, como requisito mínimo, que la prueba haya sido admitida o incorporada a otro proceso judicial, por tanto, de *lege lata*, solo después del auto de enjuiciamiento podría trasladarse prueba de un proceso penal a otro.

A modo de conclusión, se podría afirmar que tanto de la regulación actual como de la doctrina se advierte que la prueba trasladada tiene un carácter excepcional, sobre todo cuando se trata de órganos de prueba (testigos y peritos), precisamente debido a las limitaciones que puede significar para ciertos principios procesales. Asimismo, señalaremos que la Ley 30077 “Ley contra el crimen organizado” solo se configuraría traslado de prueba cuando se trate de delitos cometidos a través de una organización criminal y/o cuando se demuestre que su actuación o ejecución es imposible o muy difícil. Por el contrario, cuando se trata de dictámenes periciales (previsto en el artículo 383 del C.P.P), prueba

documental y material si podría trasladarse en cualquier tipo de proceso, sin que sea necesario acreditar la excepcionalidad de las circunstancias; es decir, su urgente necesidad.

3.2. Resultados Normativos:

3.2.1. Derecho Interno:

El nuevo proceso penal no contempla la admisibilidad de la prueba trasladada, con distinción a lo que el artículo 261° del Código de Procedimientos Penales preveía, dado que la aportación de la prueba al proceso penal ha sido debidamente diseñada por el Código Procesal penal, bajo procedimientos previamente establecido, como el ofrecimiento y la presentación de la prueba (fase preparatoria), admisión (etapa intermedia) y actuación y valoración (juzgamiento).

Si bien es cierto que el proceso penal existe libertad probatoria en cuanto a la utilización de los medios de prueba, hay una precisión: los hechos objeto del proceso pueden establecerse con cualquier medio de prueba pero no mediante cualquier procedimiento, por tanto, si existe el órgano de prueba y la fuente de prueba que necesidad existiría de trasladar una declaración a otro proceso judicial.

Asimismo, se cabe señalar que la declaración del imputado es una manifestación de voluntad de defensa, por tanto, se trastocaría el procedimiento de obtención de la prueba, al pretender vía una prueba trasladada, desplazarla a otro proceso, que por lo demás lo incrimina. De otro lado, se sostiene que no resultaría admisible trasladar de un proceso a otro, especialmente prueba personal (testigos y peritos), por cuanto el código

procesal penal es puntual y taxativo en el artículo 383, al indicar en qué casos se procede a oralizar.

3.2.2. Derecho comparado

3.2.2.1 En Costa Rica:

En la legislación costarricense no se regula en norma especial la prueba trasladada, toda vez que en el Código Procesal Civil el numeral 316 establece la obligación del Juez de ordenar recibir de las pruebas ofrecidas las que sean procedentes y las que de oficio considere procedente, rechazando las que se refieran a hechos admitidos expresamente, a hechos amparos por una presunción, a hechos evidentes y a hechos notarios y a los que sean ilegales, inadmisibles o impertinentes, cuando arribamos a los medios de prueba se regula la declaración de las partes, declaraciones de testigos, documentos e informes, dictámenes de peritos, reconocimiento judicial, medios científicos, presunciones e indicios.

3.2.2.2 En Colombia:

En el Código Procesal Civil colombiano se regula a partir del numeral 185 y en él se define: “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.”. En igual sentido se regula en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, en el artículo 145 el cual dispone: “Prueba trasladada. - Las pruebas

practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficacia similar a la que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso, siempre que en el primitivo se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”.

3.3. Resultados jurisprudenciales

3.3.1. Tribunal Constitucional:

El tribunal constitucional comprende que los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos no son cualquier tipo de tratados, sino que vinculan a los estados obligaciones especiales, en ese sentido la sentencia recaída en el exp. 1124-2001-AA/TC. Señala que estos tratados constituyen un parámetro, en materia de los derechos y libertades reconocidas en el texto constitucional y que por mandato de la propia constitución son incorporados a través de integración o recepción interpretativa

En la Sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 0012-2008-PI/TC, señala las reglas para el tratamiento de la denominada “prueba trasladada” prevista en el artículo 261° del Código de Procedimientos Penales, señalando que artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 983 también modificó el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, estableciendo que la sentencia dictada en otro proceso podrá constituir prueba en uno distinto de aquel en el que se dictó, cuando se acredite en dicha resolución, sea la existencia o naturaleza de una organización delictiva o una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos. Como consecuencia de ello la sentencia

constituye prueba respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización en cualquier otro proceso penal, la misma que debe ser valorada conforme al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales.

Este Tribunal considera que dicho precepto podría ser salvado si se precisan algunos criterios para evitar defectos o vicios en su aplicación:

- a. En principio, la sentencia de un proceso penal puede ser utilizada en cualquier otro proceso; pero ello no la convierte en prueba plena.
- b. Los hechos acreditados en esa sentencia lo están en relación con los condenados. Si un tercero es juzgado por los mismos hechos, puede cuestionar no sólo si tales hechos han ocurrido, sino también cuestionar su participación en ellos.
- c. El medio probatorio debe ser incorporado al proceso, de modo que se garanticen las garantías procesales penales establecidas en la Constitución, entre ellas la relacionada con los derechos de contradicción y de defensa.
- d. Además, en relación con la valoración de la precitada sentencia, la norma remite al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, que establece que “Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia”; esto es, que su valor probatorio depende de la evaluación que el juez realice de todos los actuados en el proceso.

3.3.2. Poder Judicial:

Pleno Jurisdiccional distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Sullana del 14 de octubre del 2013

En el Nuevo Proceso penal es admisible la denominada prueba trasladada, entendida esta como el desplazamiento material de las pruebas practicadas válidamente en un proceso a otro, cualquier que sea el medio utilizado, llámese declaración de parte, testimonio de terceros, dictamen de peritos, inspección judicial, documentos, etc, al haber consagrado el Código Procesal Penal el principio de libertad probatoria.

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión doctrinaria

4.1.1. Posturas o argumentos a favor

Para el maestro Davis Echandia¹⁰² es de la postura que es aquella que: “se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite”.

Para los autores Hernandez Lozano y Vasquez Campos¹⁰³ pueden hacerse valer en un proceso las pruebas producidas en otro, aunque tramiten distintas jurisdicciones, siempre que ellas se hubieran producido con la intervención de los interesados.

4.1.2. Posturas o argumentos en contra

Couture¹⁰⁴ señala que el problema no es de formas de la prueba sino un problema de garantías del contradictorio. Las pruebas de otro proceso pueden ser válidas si en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación e impugnación que la ley otorga en el juicio en el que se producen. Es decir, la condición de validez de la prueba trasladada gravita sobre el principio de bilateralidad, es decir que la prueba haya sido introducida con intervención controlada de la parte contra quien se intenta utilizar tenemos al contradictorio: El derecho a interrogar al testigo es un elemento esencial

¹⁰²DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “*Compendio de la Prueba Judicial*”, T. I, Santa Fé, Editorial Rubinzal Culzoni, 1984, página 205

¹⁰³HERNANDEZ LOZANO Carlos y VASQUEZ CAMPOS José, *Código Procesal Civil (comentado y anotado)*, Tomo I, Lima, Ediciones Jurídicas, 1996, pág. 651

¹⁰⁴COUTURE Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Depalma, pág. 255

del derecho a la prueba, el cual se deriva del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 39 y 41 de la Constitución Política, 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 f) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

4.1.3. Posición o argumentos personales:

La prueba trasladada en nuestro ordenamiento es relativo a la prueba de carácter personal. Para que este tipo de pruebas sean válidas, es preciso garantizar el derecho de contradicción. En virtud de este derecho de orden constitucional, para incorporar válidamente una prueba testimonial actuada en otro proceso, por ejemplo, sería preciso que el testigo comparezca y pueda declarar en el segundo proceso. Cuando ello no sea posible podríamos encontrarnos frente a una prueba ilícita, ya que vulnera un derecho de orden constitucional.

De modo que, aun cuando se trate de un delito cometido por un integrante de una organización criminal, el traslado de la declaración de un testigo de cargo, que no comparece en el segundo proceso podría en muchos casos considerarse una prueba prohibida o ilícita, ya que conforme al concepto –que consideramos más preciso– de esta, un medio o fuente de prueba es ilícito o prohibido cuando vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales o cuando lesiona garantías procesales básicas o derechos que determinan el carácter justo o debido del proceso penal, tales como: el derecho de defensa, el derecho de asistencia letrada, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, el derecho a la no autoincriminación. Ahora bien, no vamos a dar una respuesta general

frente a un tema tan complejo. Podrían excepcionalmente admitirse tales declaraciones, por ejemplo, cuando el/la testigo ha fallecido. En tal caso, se debe actuar con sumo cuidado, ya que en el segundo proceso no ha sido posible ejercer plenamente el derecho de contradicción, y en esa medida solo podría tener un valor coadyuvante de los otros medios de prueba de cargo.

La prueba trasladada está sujeta a la valoración por parte del juez que la recibe, mas no está vinculada a la valoración que hizo el juez anterior; en el ámbito nacional, se debe siempre en cuenta respetar las garantías procesales reconocidas en la Constitución, especialmente el derecho de contradicción; en el ámbito internacional, para el traslado de prueba deberán aplicarse los convenios internacionales suscritos entre el Perú y el país donde se haya admitido o actuado la prueba que se pretende trasladar.

La prueba que se pretende trasladar no debe haber sido cuestionada, tachada o anulada por ilegal o prohibida; asimismo, debe constar en una copia certificada, y este medio de prueba debe haberse practicado con conocimiento de la otra parte (contra la que se invoca).

A efectos de una mayor precisión en la relación con los alcances de la prueba trasladada, sería mejor utilizar la expresión “traslado de medios de prueba”, ya que esta figura no transfiere una determinada valoración judicial, sino solo y únicamente el medio de prueba.

La norma es clara en exigir, como requisito mínimo, que la prueba haya sido admitida o incorporada a otro proceso judicial, por tanto,

de *lege lata*, solo después del auto de enjuiciamiento podría trasladarse prueba de un proceso penal a otro.

A modo de conclusión, se podría afirmar que tanto de la regulación actual como de la doctrina se advierte que la prueba trasladada tiene un carácter excepcional, sobre todo cuando se trata de prueba de carácter personal, precisamente debido a las limitaciones que puede significar para ciertos principios procesales. Por el contrario, cuando se trata de dictámenes periciales (previsto en el artículo 383 del C.P.P), prueba documental y material si podría trasladarse en cualquier tipo de proceso, sin que sea necesario acreditar la excepcionalidad de las circunstancias; es decir, su urgente necesidad.

4.2. Discusión normativa

4.2.1. Análisis o discusión de la normatividad interna:

El artículo 261° del Código de Procedimientos Penales preveía, dado que la aportación de la prueba al proceso penal ha sido debidamente diseñada por el Código Procesal penal, bajo procedimientos previamente establecido, como la obtención y la presentación de la prueba (fase preparatoria), admisión (etapa intermedia) y actuación y valoración (juzgamiento). Si bien es cierto que el proceso penal existe libertad probatoria en cuanto a la utilización de los medios de prueba, hay una precisión: los hechos objeto del proceso pueden establecerse con cualquier medio de prueba.

4.2.2. Análisis o discusión del derecho comparado:

En Costa Rica no se regula en norma especial la prueba trasladada, toda vez que en el Código Procesal Civil el numeral 316 establece la obligación del Juez de ordenar recibir de las pruebas ofrecidas las que sean procedentes y las que de oficio considere procedente, rechazando las que se refieran a hechos admitidos expresamente, a hechos amparos por una presunción, a hechos evidentes y a hechos notarios y a los que sean ilegales, inadmisibles o impertinentes, cuando arribamos a los medios de prueba se regula la declaración de las partes, declaraciones de testigos, documentos e informes, dictámenes de peritos previsto en el artículo 383 del C.P.P), reconocimiento judicial, medios científicos, presunciones e indicios.

Mientras que en Colombia se puede advertir el Código Procesal Civil colombiano se regula a partir del numeral 185 y en él se define: “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.”. En igual sentido se regula en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, en el artículo 145 el cual dispone: “Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficacia similar a la que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso, siempre que en el primitivo se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”.

4.3. Discusión jurisprudencial

4.3.1. Análisis o discusión de la jurisprudencia del TC

En la Sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 0012-2008-PI/TC, se establece las Reglas para el tratamiento de la denominada “prueba trasladada” prevista en el artículo 261° del Código de Procedimientos Penales, se señala que el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 983 también modificó el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, estableciendo que la sentencia dictada en otro proceso podrá constituir prueba en uno distinto de aquel en el que se dictó, cuando se acredite en dicha resolución, sea la existencia o naturaleza de una organización delictiva o una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos.

Como consecuencia de ello la sentencia constituye prueba respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización en cualquier otro proceso penal, la misma que debe ser valorada conforme al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales.

También se ha establecido que para que se cumpla el debido proceso y el derecho de contradicción se deberá tener en cuenta:

- a. En principio, la sentencia de un proceso penal puede ser utilizada en cualquier otro proceso; pero ello no la convierte en prueba plena
- b. Los hechos acreditados en esa sentencia lo están en relación con los condenados. Si un tercero es juzgado por los mismos

hechos, puede cuestionar no sólo si tales hechos han ocurrido, sino también cuestionar su participación en ellos.

- c. El medio probatorio debe ser incorporado al proceso, de modo que se garanticen las garantías procesales penales establecidas en la Constitución, entre ellas la relacionada con los principios de contradicción y de defensa.
- d. Además, en relación con la valoración de la precitada sentencia, la norma remite al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, que establece que “Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia”; esto es, que su valor probatorio depende de la evaluación que el juez realice de todos los actuados en el proceso.

4.3.2. Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial:

En el Pleno Jurisdiccional distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Sullana del 14 de octubre del 2013, se ha establecido que la prueba trasladada es como cualquier prueba, bajo el principio de libertad de prueba y su tratamiento debe ser al igual que una prueba penal obtenida conforme al procedimiento previamente establecido y en respecto de los derechos fundamentales: “En el Nuevo Proceso penal es admisible la denominada prueba trasladada, entendida esta como el desplazamiento material de las pruebas practicadas válidamente en un proceso a otro, cualquier que sea el medio utilizado, llámese declaración de parte, testimonio de terceros, dictamen de peritos, inspección judicial, do-

cumentos, etc, al haber consagrado el Código Procesal Penal el principio de libertad probatoria”.

4.4. Validación de hipótesis:

A. Hipótesis General:

La incorporación de la prueba trasladada actuada en otro proceso penal tiene una implicancia negativa ya que viene afectando viene afectando al principio de contradicción en el juzgamiento del proceso peruano, por cuánto, si bien existe libertad de pruebas estas para surtir los efectos probatorios en el segundo proceso, deben incorporarse de manera legítima, es decir respetando los principios como la contradicción, e intermediación y publicidad, lo cual implica que puedan combatirla, impugnarla y, por ende, tener un contacto directo de la misma.

B. Hipótesis Específicas:

- a.** Las consecuencias jurídicas de la afectación del principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano mediante el traslado de la prueba actuada en otro proceso penal, conlleva a la vulneración al principio del debido proceso y, con respecto al imputado, al derecho de defensa y a la prueba.
- b.** El mecanismo jurídico para superar la afectación al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano mediante el traslado de la prueba actuada en otro proceso penal es la regulación dentro del Código Procesal Penal, la misma que de-

terminara el procedimiento y/o naturaleza para su validez. Teniendo en cuenta que la naturaleza de la prueba esto son: órganos de prueba, documentales y materiales, que las partes deben de observar y/o escuchar los medios probatorios trasladados ejerciendo el conainterrogatorio respectivo.

Las hipótesis han sido probadas conforme a los siguientes argumentos:

4.4.1. Argumento 1: Argumento doctrinal

La prueba trasladada es una figura que surgió en el ámbito del proceso civil y que, ciertamente, presenta varias particularidades en el proceso penal. Pudiendo definirse como aquella que se admite y practica en un proceso, pero que se incorpora a otro en copia certificada, pudiendo tener eficacia si hay identidad total o parcial de las partes; es decir, si las partes son las mismas o por lo menos coincide una de ellas, esto en virtud del principio de unidad jurisdiccional dentro del cual se señala el cumplimiento de ciertos requisitos.

Por regla general, en el proceso penal, es necesario que las partes aporten una pluralidad de medios probatorios, siendo éstos parte del método por el cual el juez llega al real conocimiento de los hechos materia de investigación. Así entendida la prueba, comprende dos hechos distintos: uno principal, cuya existencia se trata de probar; y un hecho probatorio, el cual sirve para demostrar la existencia o inexistencia del hecho principal.

El Código Procesal Penal del 2004 no contiene ninguna regulación específica respecto de la prueba trasladada; sin embargo, la Ley 30077, del 20 de agosto del 2013, en su artículo 20 incorpora la prueba trasladada. No se trata en absoluto de una disposición novedosa, ya que el Código de Procedimientos Penales en su artículo 261 regulaba esta figura, merced al artículo 1 del Decreto Legislativo 983 del 22 de julio de 2007, introduciendo a nuestro ordenamiento la figura de prueba trasladada para casos en donde se procese a miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir.

Se podría identificar dos supuestos relacionados a la prueba trasladada en el proceso penal:

- i) El traslado de medios de prueba de naturaleza personal, que sólo operaría cuando se trata de delitos cometidos por organizaciones criminales y se acredite la dificultad o imposibilidad de su actuación; y,
- ii) El traslado de dictámenes periciales (previsto en el artículo 383 del C.P.P), prueba documental y material, que sí podría realizarse en cualquier tipo de proceso, sin que sea necesario demostrar su urgente necesidad.

El Código Procesal Penal de 2004 ha instituido el principio de libertad probatoria, de tal modo, que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos,

siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley. El artículo 157 del mismo código señala que la forma de su incorporación se adecuara al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

Cuando se trata de dictámenes periciales oficiales, y prueba documental - material admitida o incorporada en otro proceso judicial (artículo 20, inciso 2, de la Ley 30077) no existen mayores limitaciones al uso de la prueba trasladada; es decir, puede tratarse de cualquier tipo de delito, no se exige que los hechos se refieran a una organización criminal.

En cambio, sí existen límites a las actuaciones tales como prueba personal y a las diligencias objetivas irreproducibles, siempre que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba, de conformidad con el artículo 20, inciso 2, de la Ley 30077. Ello supone, la obligación de acreditar, en el proceso principal; que se puede presentar un motivo, un riesgo o una imposibilidad de actuar la prueba en el proceso receptor, y además tales hechos deben relacionarse con delitos cometidos a través de una organización criminal.

El principal problema (desde nuestra perspectiva) de la prueba trasladada en nuestro ordenamiento es relativo a la prueba de carácter personal. Para que este tipo de pruebas sean válidas, es

preciso garantizar el derecho de contradicción. En virtud de este derecho de orden constitucional, para incorporar válidamente una prueba testimonial actuada en otro proceso, por ejemplo, sería preciso que el testigo comparezca y pueda declarar en el segundo proceso. Cuando ello no sea posible podríamos encontrarnos frente a una prueba ilícita, ya que vulnera un derecho de orden constitucional.

De modo que, aun cuando se trate de un delito cometido por un integrante de una organización criminal, el traslado de la declaración de un testigo de cargo, que no comparece en el segundo proceso podría en muchos casos considerarse una prueba prohibida o ilícita, ya que conforme al concepto (que consideramos más preciso) de esta, un medio o fuente de prueba es ilícito o prohibido cuando vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales o cuando lesiona garantías procesales básicas o derechos que determinan el carácter justo o debido del proceso penal, tales como: el derecho de defensa, el derecho de asistencia letrada, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, el derecho a la no autoincriminación.

Ahora bien, no vamos a dar una respuesta general frente a un tema tan complejo. Podrían excepcionalmente admitirse tales declaraciones, por ejemplo, cuando el o la testigo ha fallecido. En tal caso, se debe actuar con sumo cuidado, ya que en el segundo proceso no ha sido posible ejercer plenamente el derecho de contra-

dicción, y en esa medida solo podría tener un valor coadyuvante de los otros medios de prueba de cargo.

La prueba trasladada está sujeta a la valoración por parte del juez que la recibe, mas no está vinculada a la valoración que hizo el juez anterior; en el ámbito nacional, se debe siempre en cuenta respetar las garantías procesales reconocidas en la Constitución, especialmente el derecho de contradicción; en el ámbito internacional, para el traslado de prueba deberán aplicarse los convenios internacionales suscritos entre el Perú y el país donde se haya admitido o actuado la prueba que se pretende trasladar.

La prueba que se pretende trasladar no debe haber sido cuestionada, tachada o anulada por ilegal o prohibida; asimismo, debe constar en una copia certificada, y este medio de prueba debe haberse practicado con conocimiento de la otra parte (contra la que se invoca).

A efectos de una mayor precisión en la relación con los alcances de la prueba trasladada, sería mejor utilizar la expresión “traslado de medios de prueba”, ya que esta figura no transfiere una determinada valoración judicial, sino solo y únicamente el medio de prueba.

La norma es clara en exigir, como requisito mínimo, que la prueba haya sido admitida o incorporada a otro proceso judicial, por tanto, de *lege lata*, solo después del auto de enjuiciamiento podría trasladarse prueba de un proceso penal a otro.

A modo de conclusión, se podría afirmar que tanto de la regulación actual como de la doctrina se advierte que la prueba trasladada tiene un carácter excepcional, sobre todo cuando se trata de prueba de carácter personal, precisamente debido a las limitaciones que puede significar para ciertos principios procesales. En estos supuestos solo se configuraría traslado de prueba cuando se trate de delitos cometidos a través de una organización criminal y/o cuando se demuestre que su actuación o ejecución es imposible o muy difícil.

Por el contrario, cuando se trata de dictámenes periciales (previsto en el artículo 383 del C.P.P), prueba documental y material si podría trasladarse en cualquier tipo de proceso, sin que sea necesario acreditar la excepcionalidad de las circunstancias; es decir, su urgente necesidad.

4.4.2. Argumento 2: Argumento normativo

El nuevo proceso penal no contempla la admisibilidad de la prueba trasladada, con distinción a lo que el artículo 261º del Código de Procedimientos Penales preveía, dado que la aportación de la prueba al proceso penal ha sido debidamente diseñada por el Código Procesal penal, bajo procedimientos previamente establecido, como la obtención y la presentación de la prueba (fase preparatoria), admisión (etapa intermedia) y actuación y valoración (juzgamiento). Si bien es cierto que el proceso penal existe libertad probatoria en cuanto a la utilización de los medios de prueba, hay una precisión: los he-

chos objeto del proceso pueden establecerse con cualquier medio de prueba.

En Costa Rica no se regula en norma especial la prueba trasladada, toda vez que en el Código Procesal Civil el numeral 316 establece la obligación del Juez de ordenar recibir de las pruebas ofrecidas las que sean procedentes y las que de oficio considere procedente, rechazando las que se refieran a hechos admitidos expresamente, a hechos amparos por una presunción, a hechos evidentes y a hechos notarios y a los que sean ilegales, inadmisibles o impertinentes, cuando arribamos a los medios de prueba se regula la declaración de las partes, declaraciones de testigos, documentos e informes, dictámenes de peritos, reconocimiento judicial, medios científicos, presunciones e indicios.

Mientras que en Colombia se puede advertir el Código Procesal Civil colombiano se regula a partir del numeral 185 y en él se define: “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.”. En igual sentido se regula en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, en el artículo 145 el cual dispone: “Prueba trasladada. - Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficacia similar a la que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso,

siempre que en el primitivo se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”.

4.4.3. Argumento 3: Argumento jurisprudencial

En la Sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 0012-2008-PI/TC, se establece las Reglas para el tratamiento de la denominada “prueba trasladada” prevista en el artículo 261° del Código de Procedimientos Penales, se señala que el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 983 también modificó el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, estableciendo que la sentencia dictada en otro proceso podrá constituir prueba en uno distinto de aquel en el que se dictó, cuando se acredite en dicha resolución, sea la existencia o naturaleza de una organización delictiva o una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos.

Como consecuencia de ello la sentencia constituye prueba respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización en cualquier otro proceso penal, la misma que debe ser valorada conforme al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales.

También se ha establecido que para que se cumpla el debido proceso y el derecho de contradicción se deberá tener en cuenta:

- a.** En principio, la sentencia de un proceso penal puede ser utilizada en cualquier otro proceso; pero ello no la convierte en prueba plena.

- b.** Los hechos acreditados en esa sentencia lo están en relación con los condenados. Si un tercero es juzgado por los mismos hechos, puede cuestionar no sólo si tales hechos han ocurrido, sino también cuestionar su participación en ellos.
- c.** El medio probatorio debe ser incorporado al proceso, de modo que se garanticen las garantías procesales penales establecidas en la Constitución, entre ellas la relacionada con los derechos de contradicción y de defensa.
- d.** Además, en relación con la valoración de la precitada sentencia, la norma remite al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, que establece que “Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia”; esto es, que su valor probatorio depende de la evaluación que el juez realice de todos los actuados en el proceso.

En el Pleno Jurisdiccional distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Sullana del 14 de octubre del 2013, se ha establecido que la prueba trasladada es como cualquier prueba, bajo el principio de libertad de prueba y su tratamiento debe ser al igual que una prueba penal obtenida conforme al procedimiento previamente establecido y en respecto de los derechos fundamentales: “En el Nuevo Proceso penal es admisible la denominada prueba trasladada, entendida esta como el desplazamiento material de las pruebas practicadas válidamente en un proceso a otro”

CONCLUSIONES

PRIMERA: La institución de prueba trasladada constituida por órganos de prueba tiene una implicancia negativa ya que afecta al principio de contradicción de la actividad probatoria, a razón de que en la actuación la prueba no se introduce con intervención controlada de la parte contra quien se pretende utilizar. Asimismo, no propicia dentro del proceso el conocimiento directo de la personalidad, experiencia, emotividad, temperamento, conocimiento especializado de los órganos de prueba.

SEGUNDA: Al aplicarse la institución de la prueba trasladada sin regulación, vulnera el derecho al debido proceso, ya que se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho de ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados que asegure la conservación y valorados debidamente.

TERCERA: Se ha determinado que la institución procesal denominada “prueba trasladada” que consiste en incorporar pruebas actuadas de un proceso a otro, requiere ser regulada dentro del Código Procesal Penal, para que así no exista afectación a los principios, como, la contradicción, inmediación, oralidad, entre otros.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda al legislador que se regule dentro del Código Procesal Penal Peruano lo referente al procedimiento de incorporación de la prueba trasladada, teniendo en consideración los antecedentes del proceso penal anterior y así mismo su incorporación al nuevo proceso penal, así como su ofrecimiento, admisibilidad, actuación y valoración; la misma que puede incorporarse dentro de los medios de prueba.

ART 157: Medios de Prueba

Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro, no obstante, con relación a los órganos de prueba, estas deberán de ofrecer a la persona mas no la declaración de esta. Excepcionalmente se podrá prescindir, cuando su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción por riesgo de perdidas de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba.

SEGUNDA: Se recomienda a los Jueces penales que deberán tener en cuenta que los casos de prueba trasladada (en especial órganos de prueba: testimoniales y peritos) actuados en otro proceso y luego se ofrezcan, cuando correspondan su actuación en el nuevo proceso penal se deberá exigir la presencia de los órganos de prueba para garantizar el principio de contradicción.

TERCERA: La aplicación de la prueba trasladada debe regular, la actividad procesal durante el desarrollo procesal, es decir durante las fases de

postulación, admisión, actuación y valoración, son también de aplicación de la prueba trasladada, ya que lo esencial del debate probatorio consiste en introducir la fuente de prueba mediante el medio de prueba idóneo, ya que su finalidad es esclarecer el hecho imputado y que se expida un fallo justo.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Madrid, Editores Centro De Estudios Constitucionales, 1993.
- ARAZI, Roland. “*Límites A La Verificación De La Verdad Material O Histórico, En Debido Proceso.*” Lima. Editorial y Librería Grijley. 2003.
- ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. “*Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica*”. Lima, Editorial Palestra, 2004.
- ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. “*Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*”. México, Editorial Porrúa, 2011.
- BADENI, Gregorio. “*Tratado de derecho constitucional*”. Tomo II, Buenos Aires, Segunda edición, 2006.
- BARONA VILAR, Silvia. “*La prueba*”. Valencia. Décima edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2001.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Priori Posada. “*Apuntes del derecho procesal*”. Lima, Editorial Ara, 1997.
- CAFFERATA NORES, Jose “*La prueba en el proceso penal*”. Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2008.
- CAROCCA PÉREZ, Alex. “*El nuevo sistema procesal penal*”. Santiago de Chile, Tercera edición, Lexis Nexis, 2000.
- CHALA, Rubén, “*La prueba en el proceso penal*”. Buenos Aire, Editorial Hamurabí, 2010.

- CHIRINOS ÑASCO, Jose Luis. “*La prueba en el código procesal penal*”. Lima, Editorial Moreno S.A, 2018.
- CUBAS VILLANUEVA, Victor. “*El proceso penal*”. Lima, Editorial Pa-lestra, 2003.
- DE URBANO, Eduardo y TORRES, Miguel Ángel. “*La prueba ilícita pe-nal*”. Navarra, Cuarta edición, Editorial Thomson - Aranzandi, 2007.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki. “*El Principio Del Proceso Debido*”. Lima Editorial y Librería Jurídica Grijley, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. “*Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*”. Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros. “*Derecho procesal penal*”. Valencia, segunda edición, Editorial Colex, 1997.
- HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. “*Metodología de la Investi-gación*”. México D.F., Editorial McGrawHill,2010.
- HERRERO, Luis René. “*El Derecho A Ser Oído: Eficacia Del Debate Procesal, En Debido Proceso.*”Lima, Editorial y Librería Grijley, 2003.
- JAUCHEN, Eduardo M. “*Tratado de la prueba penal en el sistema acusa-torio adversarial*”. Buenos Aires, Editores Rubinzal y Asociados S.A, 2017.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “*Comentarios Al Código Procesal Civil*”. Lima, Editorial y Librería Grijley, 2008.

- LEVENE, Ricardo. “*Manual de derecho procesal penal*” Tomo II. Buenos Aires, Segunda edición, Editorial De palma, 1993.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “*Tratado de derecho procesal penal*”. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2004.
- MIXAN MAS, Florencio “*Cuestiones epidemiológicas y teoría de la investigación de la prueba*” Trujillo, Ediciones BLG, 1990.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. “*Introducción Al Proceso Civil*” Tomo I. Lima, Editorial y Librería Grijley, 2010.
- MORA MORA, Luis Paulino. “*La prueba como derecho fundamental*”. En: Investigación y prueba en el proceso penal. González-Cuellar (director), Madrid, Editorial Colex, 2006.
- MORAS MOM, Jorge. “*Manual de Derecho procesal penal. Juicio oral y público penal nacional.*” Buenos Aires, Sexta edición, Editorial Abeledo-Perrot, 2004.
- NÚÑEZ VÁSQUEZ, Cristóbal. *Tratado de la prueba penal y del juicio oral*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- OTEIZA, Eduardo. “*El Debido Proceso: Evolución De La Garantía Y Autismo Procesal, En Debido Proceso.*” Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley, 2000.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio “*Derecho procesal peruano. Análisis y comentarios al código Procesal Penal*”, Tomo II, Lima ,Gaceta Jurídica, 2016.

- PALACIOS VILELA, Jesús Josefa. “*Metodología de la investigación jurídica*”. 1era. Ed.: Lima - Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.-R.L., 2016.
- PALACIO, Lino Enrique. “*La prueba en el proceso penal*”. Buenos Aires Editorial Abeledo - Perrot, 2000.
- PICÓ I JUNOY, Joan. “*Las Garantías Constitucionales Del Proceso.*” Lima. Editorial y Librería Jurídica Grijley, 2008
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “*La Filosofía Penal de la Ilustración*” Lima. Editorial Palestra, 2007.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. “*El Debido Proceso Legal En El Perú Y El Sistema Interamericano De Protección De Derechos Humanos.*” Lima. Editorial y Librería Jurídica Grijley, 2005.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento.* Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley, 2010.
- RICHARDSON, L. Fields of play: *Constructing an academic life.* New Brunswick NJ: Rutgers University Press, 2007.
- ROBLES TREJO, Luis y otros. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica.* Lima, Editorial FECATT, 2012.
- RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel. “*Derecho de la información y respeto a las garantías del debido proceso*”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

- ROSAS YATACO, Jorge “*Tratado de derecho procesal penal*”, Tomo II. Lima, Editorial Instituto Pacifico, 2013.
- SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús María. “*Garantía Del Debido Proceso, En Debido Proceso.*” Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley.2012.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “*Introducción al nuevo proceso penal*”. Lima, Editorial Idemsa, 2006.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. “*La prueba*”. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas,1978.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo, “*La prueba en el nuevo proceso penal*”, Lima-Perú, Editorial AMAG-GTZ, 2010.
- TICONA POSTIGO, Víctor. “*Comentarios Al Código Procesal Civil.*”Tomo I. Lima, Editorial Grijley, 2010.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, “*La prueba en el proceso penal*”, por Cafferata Nores, José. Buenos Aires – Argentina, Ediciones de Palma, 4ta edición, 2008.
- ZELAYARAN DURAN, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica.* Lima, Ediciones Jurídicas, 2007.